

**Seminarios wiki interactivos de
Derecho Internacional Privado
con complemento-refuerzo de
seminarios presenciales
impartidos por especialistas en
los temas propuestos
(Proyecto de Innovación Docente
ID 10/152)**

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

Curso y Grupo: 5^o I

Curso 2010/2011

**Seminarios wiki interactivos de Derecho Internacional Privado con complemento-
refuerzo de seminarios presenciales impartidos por especialistas en los temas
propuestos**

(Proyecto de Innovación Docente ID 10/152)

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 con complemento-refuerzo de seminarios presenciales impartidos por especialistas en los temas propuestos

(Proyecto de Innovación Docente ID 10/152)

Pfra. Dra. ANTONIA DURÁN AYAGO

Temas:

Parte Primera (temas 1 a 7)¹

- Función del Derecho internacional privado**
- Comunitarización del Derecho internacional privado**
- Manifestaciones del neoconflictualismo: segundo escalón y cripto-Derecho internacional privado**

Parte Segunda (temas 7 a 16)²

- Implicaciones de los matrimonios poligámicos**
- Secuestro internacional de menores**
- Tipos de filiación y Derecho internacional privado**
- Pensiones alimenticias en un mundo globalizado**
- Responsabilidad civil y protección del medio ambiente**

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. En cada seminario, señalaré unos ítems que deberéis completar. Todo ello se realizará a través de la plataforma Studium
- VI. Salvo el primer seminario que por su amplitud afecta a todo el temario, cada seminario tendrá una fecha de realización que indicaré y que normalmente coincidirá en la explicación del tema en clase
- VII. 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
- VIII. 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

Temas de los seminarios

Comunitarización del Derecho internacional privado
Implicaciones de los matrimonios poligámicos (Lección 9)
Tipos de filiación y Derecho internacional privado (Lección 10)
Secuestro internacional de menores (Lección 11)

RESULTADOS

Hemos realizado cuatro seminarios sobre los siguientes temas³:

- o Seminario Wiki I: Comunitarización del Derecho internacional privado: 27 alumnos (del 2 de diciembre de 2010 al 27 de febrero de 2011).
- o Seminario Wiki II: Implicaciones de los matrimonios poligámicos: 34 alumnos (del 2 al 31 de marzo de 2011).
- o Seminario Wiki III: Tipos de filiación y Derecho internacional privado: 21 alumnos (del 1 al 21 de abril de 2011).
- o Seminario Wiki IV: Secuestro internacional de menores: 28 alumnos (del 1 al 20 de abril de 2011).

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 I 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.

Para la exposición presencial del segundo seminario, asistió el Pfr. Dr. D. Andrés Rodríguez Benot, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Pablo de Olavide, en una sesión que tuvo lugar el 27 de abril de 2011.

El seminario tercero y el cuarto fueron realizados en común, en una sesión que tuvo lugar el 5 de mayo de 2011 y en el que participó la Pfra. Dra. D^a. Mónica Herranz Ballesteros, Profesora Titular de Derecho internacional privado en la UNED.

Todos los alumnos que han participado en los seminarios han recibido el correspondiente certificado en el que se acredita su participación.

Cada seminario ha tenido uno o varios coordinadores que también han recibido su certificado diferenciado.

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 han realizado.

SEMINARIO I: COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Ana Alfageme Sastre
Valeria Emperatriz de Angulo.
Daniel Barrio Barrio
Angélica Blanco Talaván.
Silvia Borrero Plaza.
M^a. José Camacho Risco.
Ángel Cañibano Gutiérrez
María Casaseca Hidalgo.
Eva Crespo Expósito.
Marina Díaz Rabazas
Tamara Espinosa Pérez.
Sheila Gallego Pol
César Gilo Gómez.
J. Ignacio Leo Castela.
Erika Martínez Ferrero
Laura Marina Melón García
Víctor Mérida Muñoz
Nuria Moreno Mateos
Sara Moronta Calvo.
Ángela Pardo Casado.
Marina Carmen Ruiz de Mier
Patricio Sabag C.
Tamara Silva Pelayo
Fernando Toribio.
Jennifer Vaquero Temprano
María Teresa Felicidad Valladolid Manzano.

COORDINADOR: J. Ignacio Leo Castela.

I. Definición de conceptos:

1. Espacio judicial europeo.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO:

Aludimos con ello al espacio en el que las personas pueden recurrir a los tribunales y a las autoridades públicas de cualquier estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio. O dicho con otras palabras, la UE promueve una libertad que debe

posibilitar que todo ciudadano pueda acudir a las autoridades y tribunales de cualquier estado miembro tan fácilmente como acuden a las autoridades y tribunales de su estado miembro.

El objetivo del espacio judicial europeo es construir un área en el que los tribunales de los estados miembros actúen como si fueran los tribunales de un solo estado.

Este concepto respeta y arranca de una idea básica, a tenor de la cual, los estados miembros son estados soberanos. El hecho de que la UE integra estados soberanos y tribunales distintos en cada uno de los estados miembros no debe generar, necesariamente, un obstáculo a la creación del espacio judicial europeo. Para formar un único Estado resulta imprescindible que los países de la UE compartan valores sociales, morales y jurídicos similares, algo que, a día de hoy, no sucede.

Para poder instaurar dicho espacio es necesaria la eliminación de las barreras jurídico-públicas y jurídico-privadas, ya que ambas dificultan la creación de un espacio sin fronteras interiores, en el que los ciudadanos puedan ejercitar sus derechos fundamentales, así como sus libertades comunitarias. La configuración de este espacio judicial europeo debe procurar mecanismos destinados a facilitar el acceso de las personas a la Justicia de modo que puedan hacer valer sus derechos en toda la UE. Ésta pretende el establecimiento de un espacio en el que se aborden el desafío transfronterizo con un alto grado de seguridad jurídica internacional y un mantenimiento íntegro de las libertades comunitarias de los ciudadanos.

Para eliminar dichas barreras, las instituciones comunitarias pueden adoptar medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, entre las que destacan:

- El mutuo reconocimiento de las resoluciones judiciales y extrajudiciales.
- Aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los estados miembros.

Las sentencias y resoluciones dictadas por los tribunales y autoridades públicas de cualquiera de los estados miembros deberían respetarse y ejecutarse en toda la UE. Al mismo tiempo resulta exigible la protección de la seguridad jurídica básica de las personas. En definitiva, sería deseable lograr un incremento de la compatibilidad y la convergencia de los sistemas jurídicos de los estados miembros.

Para que haya un auténtico espacio judicial europeo es necesario por parte de las autoridades comunitarias la elaboración de normas de conflicto uniformes, únicas en

todos los estados miembros. En Consecuencia: la ley aplicable a una concreta situación jurídica privada internacional será la misma, con independencia del tribunal estatal que conozca del asunto.

En definitiva, de todo lo anterior, podemos deducir que, con la creación de este espacio lo que se busca es que los ciudadanos puedan disponer de un fácil acceso a la justicia aun fuera de su estado.

Respecto a las referencias normativas al respecto, podemos mencionar:

- ➔ Desde el Acta Única Europea de 1987, que consagró en el Tratado de Roma la noción de una Comunidad Europea sin fronteras, se impuso la idea de un “espacio judicial europeo”.
- ➔ El tratado de Maastricht integro en su título VI la cooperación judicial civil y penal.
- ➔ Reglamento (CE) N° 593/2008 del parlamento europeo y del consejo 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)→ el objetivo del mismo es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo. Para ello, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad (no obstante, el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación).
- ➔ Reglamento (CE) n° [805/2004](#) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por la que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados → se incardina en el objetivo de crear un verdadero “espacio judicial europeo”.

Terminamos haciendo una reseña a la crítica situación económica que se atraviesa en la actualidad, tanto dentro como fuera de la UE, cabe puntualizar que en casos de crisis, el espacio judicial europeo, no solo debe apoyar el buen funcionamiento de la actividad económica en el mercado interior, sino también la responsabilización de los agentes

económicos ante la sociedad y sus propios trabajadores. En un contexto de crisis financiera y económica, es importante reforzar los vínculos de solidaridad entre los Estados, los agentes económicos y los ciudadanos, y respetar la dignidad y los derechos de los ciudadanos.

Bibliografía:

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo — Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos»

COM(2009) 262 final

(2010/C 128/14)

Ponente: Luis Miguel PARIZA CASTAÑOS

Coponente: Cristian PÎRVULESCU

Comentario sobre el espacio judicial europeo y el Tratado de Lisboa: hacia un nuevo derecho internacional privado, de la licenciada en derecho, de la universidad de Murcia, María dolores Ortiz Vidal-

TRABAJO REALIZADO POR: ERIKA MARTINEZ FERRERO Y JENIFER VAQUERO TEMPRANO.

2. Libre circulación de personas y libre circulación de resoluciones en el espacio judicial europeo.

1) *El principio de libre circulación de personas*

La libre circulación de personas se menciona en todos los Tratados constitutivos y en la Carta de los Derechos Fundamentales, que reconocen a los ciudadanos de la Unión el derecho “*de circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros*”; y se desarrolla en el título IV de la Parte Tercera del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), bajo la rúbrica de “*libre circulación de personas, servicios y capitales*” (arts 45 a 66).

Por otro lado, la Unión Europea ha aprobado una Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos europeos a circular libremente y a residir en toda la Unión en la que se refunden todas las medidas dispersas en el complejo corpus legislativo que ha venido regulando hasta la fecha esta materia. Entre otras cosas, las nuevas medidas tienen por objeto facilitar el ejercicio del derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión, reducir a lo estrictamente necesario los trámites administrativos, ofrecer una mejor definición del estatuto de los miembros de la familia y limitar la posibilidad de denegar o poner fin a la residencia; e introducir un nuevo derecho de residencia permanente.

El concepto de libre circulación de las personas (libre circulación) ha experimentado un cambio significativo desde que se creó. En las primeras disposiciones se trataba únicamente de la libre circulación de cada persona considerada como sujeto económico, ya fuera como trabajadores o como prestatarios de servicios. Este concepto económico inicial se ha ampliado cada vez más en el sentido de una generalización vinculada a la idea de una ciudadanía europea, independientemente de la actividad que se ejerciera y de las diferencias en cuanto a la nacionalidad. Ello se aplica también a los nacionales de terceros países, dado que tras la supresión de los controles en las fronteras interiores, ya no puede llevarse a cabo comprobación alguna de la nacionalidad.

Por lo que respecta a los elementos de la libertad de circulación de personas, serían los que siguen: sujetos, objeto y forma.

Los sujetos.

Los sujetos de las libertades de circulación de personas son los ciudadanos europeos. En principio, estas libertades están conectadas con las económicas (de circulación de mercancías y de capitales); el ciudadano europeo (trabajador, profesional o prestador de servicios) circula por Europa para realizar actividades económicas.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (TJ) ha ido desconectando dicho vínculo, y dando una virtualidad propia a la libertad de circulación de personas a través de sus interpretaciones, tanto del propio principio como de la

prohibición de no discriminación por razón de nacionalidad y sus excepciones. Así por ejemplo, los preceptos que la regulan se aplican a los familiares del titular de la actividad económica; o a los jubilados o retirados. Incluso, un Proyecto de Directiva se proponía reconocer el derecho a residir desvinculado de la actividad económica, siempre que se probasen los medios de subsistencia (Propuesta de DO C-188, 25.7.80).

Como ejemplo de esta jurisprudencia podemos citar la Sentencia “Emir Gül”, que aborda el caso de un médico chipriota, casado con una peluquera inglesa residente en Alemania, al que se reconoce el derecho a ejercer la medicina, no obstante su nacionalidad, si cumple los requisitos de titulación, por ser cónyuge de una ciudadana europea.

El objeto.

El contenido de la libertad de circulación de personas lo constituye el derecho a entrar y salir y residir en cualquier país comunitario. La jurisprudencia del TJ ha reconocido efecto directo a los artículos 39,43 y 49 del antiguo TCE, actualmente artículos 45,49, y 56 TFUE, que se refieren, respectivamente, a la libre circulación de trabajadores, al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios.

La forma.

La forma de ejercer la libre circulación de personas varía según se trate de un mero desplazamiento o ejercer el derecho de estancia. La Directiva 73/148, de 21 mayo, distingue:

- a. Para el derecho de desplazamiento (entrada y salida), es suficiente la presentación del DNI o del pasaporte. En la Sentencia “Pieck” se trata el caso de un holandés que entra en Reino Unido con el pasaporte en el que se estampa "autorizado a entrar por un período de 6 meses”. Pasado el período, y teniendo trabajo en Cardiff, fue procesado. El TJ estimó que la nota estampada no era equivalente a visado, y

declaró que la Directiva 73/148 prohíbe toda formalidad añadida al DNI o pasaporte.

- b. Para el derecho de estancia, es suficiente tarjeta de residencia por 5 años. La jurisprudencia del TJ considera que este documento no es un acto constitutivo de derechos, sino declarativo, destinado a la constatación de la situación de un ciudadano a la vista del ordenamiento comunitario.

Todo lo anterior deja a salvo los avances producidos por el Acuerdo “Schengen”, al que más adelante nos referiremos.

2) El principio de libre circulación de decisiones judiciales

El principio de libre circulación de decisiones judiciales en el espacio judicial europeo implica que una vez dictada una resolución en un Estado miembro de la UE por los diferentes tribunales o autoridades públicas competentes, esta resolución pueda “circular” libremente por toda la UE, pudiendo ser ejecutada en cualquier Estado sin necesidad de exigir por parte del Estado requerido, donde se ha de ejecutar tal decisión, requisitos especiales para proceder a tal pretensión. Así, para que sea posible llevar a buen puerto tal principio es necesaria una armonización del DIPr en el ámbito de la UE, así como un acercamiento entre los Derechos procesales de todos los Estados que la integran, ya que aunque al respecto cabe decir que ha habido avances en diferentes materias, todavía las legislaciones se encuentran muy distanciadas, sobre todo en lo que incumbe al Derecho de Familia.

Dada esta aproximación al significado de tal principio de libre circulación de decisiones, es necesario destacarlo como el objetivo a alcanzar a través principalmente del principio de reconocimiento mutuo enmarcado dentro de la necesaria cooperación judicial que debe darse en el Espacio de libertad, seguridad y justicia implantado como consecuencia del Tratado de Lisboa; y que a la vez es consecuencia de una libertad fundamental como es la libre circulación de personas.

Origen y evolución de tal principio:

Origen: Las libertades comunitarias fundamentales, relativas a circulación de personas y capitales, libertad de establecimiento y de prestación de servicios supusieron que las actividades comerciales en el interior de la Comunidad Europea se desarrollarían sin

obstáculos transfronterizos. Como es natural, la existencia de transacciones entre sujetos residentes en diferentes Estados de la Comunidad no estaba exenta de la posibilidad del nacimiento de controversias jurídicas en cuanto al contenido de sus derechos y el cumplimiento de sus deberes lo que, ineludiblemente, iba a provocar la intervención judicial para la resolución del conflicto.

- a. Problema que se planteaba: Resultaba necesario que una sentencia dictada en uno de los Estados, si imponía obligaciones para la parte residente en otro diferente, fuera ejecutada en este último Estado. Paralelamente, las normas de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras establecidas de derecho interno tienden a ser proteccionistas, autárquicas y de difícil aplicación. No hay más que ver el exequátur regulado tradicionalmente en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que la competencia se atribuía al Tribunal Supremo con carácter general, salvo que por Tratado Internacional se estableciera otra cosa (artículo 955 I de la antigua LEC) y con aplicación de criterios de reciprocidad y con un régimen legal asentado en la aplicación del principio de orden público.
- b. Solución: los Estados miembros de la Comunidad Europea, con la idea de facilitar la libre circulación de resoluciones judiciales en el ámbito de la Comunidad Europea, buscaron solución sobre la base jurídica proporcionada por el artículo 220 d) del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Disponía este artículo que *los Estados miembros entablarán, en tanto que sea necesario, negociaciones entre sí a fin de asegurar, a favor de sus nacionales la simplificación de las formalidades a que se hallan subordinados el reconocimiento y la ejecución recíprocos de las decisiones judiciales y de los laudos arbitrales.*

Evolución: Con este objetivo, entre los seis Estados miembros en aquel momento, se suscribió el 27 de septiembre de 1968 el Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. En 1992, el Tratado de la Unión Europea, celebrado en Maastricht, supone un nuevo impulso a la cooperación judicial civil. Su artículo K.1, apartado 6, disponía que *para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros*

consideran de interés común los ámbitos siguientes: la cooperación judicial en materia civil. Así, la cooperación judicial en materia civil se integró en lo que se denominó "Tercer Pilar", susceptible de ser desarrollado mediante la celebración de Convenios entre los Estados miembros.

- 1) El Tratado de Ámsterdam de 1997 va a suponer la integración de la cooperación judicial en materia civil dentro del "Primer Pilar" o "Pilar Comunitario". El Tercer Pilar, contenido en el Título VI del TUE quedó reducido a las "disposiciones relativas a cooperación policial y judicial en materia penal". Estos contenidos se integraron en los artículos 29 a 42 TUE, mientras que el resto de materias contenidas en aquel Título VI del TUE pasaron a formar el Título IV del TCE, formado por los artículos 61 a 69, bajo la rúbrica "Visados, asilo, inmigración y otras políticas vinculadas a la libre circulación de personas". De estos artículos, van a tener transcendencia para la cooperación judicial civil el 61 c), el 65 y el 68. Estos artículos son los que van a servir de contraste con la nueva regulación de la materia introducida por el Tratado de Lisboa.
- 2) El Tratado de Lisboa, firmado en esta ciudad el 13 de diciembre de 2001, tenía prevista su entrada en vigor el 1 de enero de 2009, siempre que se hubieran depositado todos los instrumentos de ratificación. El resultado negativo del referéndum de ratificación de Irlanda supuso un duro golpe al proceso de entrada en vigor del Tratado. El proceso en Irlanda se ha decidido favorablemente el 2 de octubre de 2009 mediante la celebración de nuevo referéndum, por lo que con la ratificación por Irlanda los obstáculos a su entrada en vigor se han despejado.
- 3) Conclusión: Al permanecer la cooperación judicial en el Tercer Pilar y estar la cooperación civil ya comunitarizada desde Ámsterdam, lo que puede afirmarse es que la plena consecución del mercado interior lleva consigo la realización de actividades económicas sin los obstáculos que pudieran derivarse de la existencia de mercados nacionales, lo que exige también desde un punto de vista judicial la libre circulación de resoluciones judiciales. Dicho de otra forma y en una única frase, la efectiva consecución de un mercado interior va asociada a la existencia de un mercado común de sentencias

BIBLIOGRAFÍA

Véase: Díez-Moreno, Fernando, *Manual de Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Civitas, 2009, pp. 503-505.

<http://europa.eu>

REVISTA UNIÓN EUROPEA ARANZADI, Núm. 11, noviembre 2009, año XXXV

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

TRABAJO REALIZADO POR: Silvia Borrero Plaza y Seila Gallego Pol.

3. Comunitarización del Derecho internacional privado.

3.- COMUNITARIZACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

A partir de su entrada en vigor el 1 de mayo de 1999 el Tratado de Ámsterdam, suscrito el 2 de octubre de 1997 por los quince Estados miembros de la Unión Europea, representó la “comunitarización” de la cooperación judicial en materia civil (antes en el “tercer pilar”), posibilitando la existencia de un Derecho internacional privado comunitario inimaginable hasta hace pocos años y constituyendo a su vez un paso importante en el camino de la posible armonización o unificación de importantes parcelas del Derecho, incluido el mercantil¹⁵. Ni más ni menos, el Tratado de Ámsterdam “comunitarizó”, transfirió al primer pilar, la cooperación judicial civil poniendo el acento en el desarrollo a través de Reglamentos, que han ido apareciendo (señaladamente en el sector del Derecho procesal civil internacional) con gran celeridad¹⁶. Acaso esa celeridad ha producido una importante dosis de incertidumbre en relación con los aspectos técnicos de las distintas bases jurídico competenciales y respecto al papel que debe jugar el Derecho internacional privado en la construcción de un fidedigno Derecho privado europeo (1).

Pero al margen de esta circunstancia resulta indudable que nos hallamos ante una situación mucho más ventajosa, desde el punto de vista de la integración y de la unificación jurídica, que la hasta ahora existente basada en convenios entre Estados miembros.

En rigor, el Art. 65 TCE emana del Art. K.1.6º TUE en su enunciado por el Tratado de Maastricht y a partir de ahora la coordinación intergubernamental en materia civil ha

pasado ha ser una política comunitaria, atendiendo de esta suerte a una de las principales demandas plasmadas en los informes sobre el Tratado de Maastricht y proclamadas por la doctrina. No en vano, la finalidad del precepto es fomentar la compatibilidad de las normas de conflicto de los Estados miembros, en la medida en que sea necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior.

Debe dejarse bien sentado que la armonización del Derecho civil material, por el contrario, no puede fundamentarse en el referido precepto, que únicamente se refiere de forma directa a las disposiciones de Derecho internacional privado y de Derecho procesal civil internacional. De hecho, el Art. 65 TCE ofrece la posibilidad de proceder a la comunitarización de amplios sectores del Derecho internacional privado: no es una carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del este ordenamiento, pero comporta una atribución significativa de competencias a la Comunidad, cuyo ejercicio no se subordina a la existencia de una precisa vinculación con el mercado interior sino que es suficiente con que la medida que se pretenda adoptar implique “una función promotora del mercado interior” (2).

La institucionalización o “comunitarización” del Derecho internacional privado comunitario, relegando la anterior fórmula de los convenios, presenta ventajas indudables: la adopción de la normativa institucional, impuesta “desde arriba”, evita los inconvenientes en el procedimiento de adopción de actos normativos que genera toda negociación convencional, con las consiguientes versiones sucesivas derivadas de cada ampliación comunitaria¹⁹. Pero también suscita dudas y dificultades. El Art. 67 TCE ha introducido algunas particularidades acerca del procedimiento de adopción de actos normativos relativos a la cooperación judicial en materia civil. A partir de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, se abrió un período transitorio de cinco años, durante los cuales dicho procedimiento se basa en la decisión unánime del Consejo, a propuesta de la Comisión o a iniciativa de un Estado miembro. Tras el período transitorio, únicamente la Comisión conservará la iniciativa legislativa, si bien está obligada a considerar las propuestas presentadas por los Estados miembros. A diferencia del procedimiento normativo previsto para la política general de armonización de legislaciones (Arts. 94 y 95 TCE), el Parlamento Europeo sólo tiene un papel secundario (consulta previa), sin participar en el régimen de co-decisión característico del procedimiento del Art. 251 TCE. Debe insistirse en que dicha competencia no sólo afecta a los sectores típicos del Derecho procesal civil internacional, sino que se extiende al ámbito del Derecho aplicable, como se deduce del Art. 65.b) TCE. (3).

BIBLIOGRAFÍA:

- 1.- S. Álvarez González, “Derecho internacional privado y Derecho privado europeo”, *Derecho privado europeo* (S. Cámara Lapuente, ed.), Madrid, Colex, 2003, pp. 157-190, esp. pp. 157-190, esp. p. 176.
- 2.- *Vid.* S. Leible y A. Staudinger, “El artículo 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?”, *AEDIPr*, t. I, 2001, pp. 89-115, esp. p. 114.
- 3.- José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid.

La comunitarización tras el Tratado de Lisboa: del art. 65 TCE al art. 81 TFUE

La comunitarización se completa con el Tratado de Lisboa. Si antes la comunitarización, esto es, el traspaso de competencias de los Estados hacia los órganos de la Unión Europea, se apoyaba en el marco normativo del derogado Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas (art. 65 TCE), tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, la comunitarización se plasma en el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Este TFUE junto al Tratado de la Unión Europea, también modificado por el Tratado de Lisboa, pasan a ser el derecho originario de la UE.

El Tratado de Lisboa supuso un paso notable para la Unión Europea. Lo más destacable de este instrumento que resulta de un fallido intento de establecer una "Constitución" para Europa, es su reforzamiento institucional, sobre todo al atribuir al Consejo Europeo un mayor capacidad de decisión y al dotar a la UE de nuevas competencias entre la que destaca el establecimiento de una especie de "Ministro de Asuntos Exteriores" que se denomina el Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (actualmente Catherine Ashton).

Otro evidente avance del Tratado de Lisboa es la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (Carta de Niza) que, aunque fue promulgada en el año 2000, no fue hasta la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009 que adquirió fuerza jurídica y por tanto vinculante para los estados miembros. Así, en la actualidad y en el ámbito de la Unión Europea, los ciudadanos gozan de una protección de derechos fundamentales que tiene

que ser respetada en la elaboración del Derecho Europeo y por el TJUE. Hay que dejar claro que por otro lado existe el Convenio de Derechos Humanos de 1950 promulgado en el marco del Consejo de Europa (Organización Internacional que no pertenece a la Unión Europea) que recoge 47 estados europeos.

En el ámbito de la comunitarización el Tratado de Lisboa ha provocado algunos cambios importantes. La comunitarización se recoge en el art. 81 TFUE y que elimina algunas de las críticas que se hacían al antiguo art. 65 TCE:

1. **Elimina la posibilidad de que los estados puedan celebrar convenios que afectan a materias que están en el ámbito competencial de la UE:** esta posibilidad se recogía en el art. 293 TCE y no se eliminó con la comunitarización llevada a cabo por el art. 65. Por lo que estábamos ante una situación en la que por una parte había normas comunitarias en materia de cooperación judicial en materia civil y por otra convenios entre los Estados miembros. Esta situación desapareció con el Tratado de Lisboa que ahora no menciona la posibilidad de que los Estados miembros puedan celebrar convenios en el ámbito de cooperación judicial en materia civil. De esta forma se potencian los objetivos de seguridad jurídica y de armonización del mercado comunitario;
2. **El recurso prejudicial:** con el TCE sólo los tribunales de un Estado miembro cuyas decisiones no seas susceptibles de ulterior recurso judicial podían plantear ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea un recurso prejudicial para la interpretación de Reglamentos y Tratados (art. 68 TCE). Esto significa que si un Juzgado de Primera Instancia tuviera dudas en la aplicación del Derecho comunitario no podía acudir al TJUE y plantear un recurso prejudicial, sino que debía esperar hasta que se agotaran todas las instancias. Esta situación cambió con el art. 267 TFUE donde se distingue:
 - a. **Órgano jurisdiccional de un Estado miembro:** "Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo";
 - b. **Órgano jurisdiccional de un Estado miembro cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso:** "Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones

no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.";

De manera que, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (y en consecuencia la derogación del TCE y la entrada en vigor del TFUE y el TUE) se da la posibilidad a que los Juzgados de Primera Instancia puedan plantear sus dudas sobre la interpretación de un instrumento de Derecho comunitario al TJUE. Hay que destacar aquí que si bien se da esa posibilidad a los órganos jurisdiccionales, únicamente es preceptiva en el caso de tribunales ante los que no quepa ulterior recurso. De manera que en España el Tribunal Supremo, si duda en la aplicación de un precepto comunitario que resultara relevante para el caso que está conociendo, tiene la obligación de acudir al TJUE a través de un recurso prejudicial. Mientras que un Juzgado de Primera Instancia sólo tendría la posibilidad.

Trabajo realizado por Daniel Barrio Barrio

3. Comunitarización del Derecho internacional privado.

Se trata de consensuar y elaborar unas normas que sean de Derecho europeo, que regulen, faciliten y solucionen los conflictos que puedan surgir entre las partes implicadas, en las que debe darse un punto de extranjería que en este caso serían terceros países y sus ciudadanos.

La novedad es que reconocida la ciudadanía europea y el espacio Schengen, con la supresión de barreras dentro de la comunidad europea, la libre circulación de bienes, personas y capitales, estamos hablando de la creación de un único espacio de “libertad, seguridad y justicia” con un derecho propio, igual para todos los estados miembros de la unión europea que sería un derecho interno de la unión.

Que junto con una política exterior común, Pesc, llevaría a la comunidad europea a actuar como un solo ente frente al exterior, frente a terceros estados.

Nadie duda hoy que la creación de la Unión Económica Europea tras la II guerra mundial supuso un gran avance respecto a las relaciones políticas y económicas entre los Estados europeos fundadores.

Los distintos convenios y tratados entre ellos, llevaron a los mismos en muy poco tiempo a unas cotas de bienestar, buenas relaciones y desarrollo nunca alcanzados en la vieja Europa.

A pesar del Convenio de Roma y el reconocimiento que supuso de los derechos humanos y del ciudadano, no podemos olvidar que el motor de la CEE era el comercio, la industria, la economía.

Cuando la UEE se abrió a la integración de nuevos países, lo que había servido para 6 empezó a hacer aguas, se vio la necesidad de quitar barreras y no solamente físicas: aduanas, sino también económicas: desaparición de aranceles, igualdad de oportunidades, libre comercio, libre circulación de trabajadores, capitales... y también políticas: no bastaba con que los nuevos estados fuesen demócratas y acogiesen el acervo comunitario integrando en sus ordenamientos los tratados comunitarios, sino que además las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos debían ir desapareciendo para lograr una efectiva libertad de movimientos dentro de la unión europea y una seguridad jurídica que animase a las empresas a movilizarse dentro de la unión.

Para un desarrollo común se necesitaban “herramientas comunes”, si el viejo sueño de una Europa unida quería llegar a lograrse, se debía trabajar en conjunto, pero la fórmula de los Tratados, que aunque lenta había sido eficiente con 6 miembros resultó un escollo bastante duro con 9, 12,... miembros. Se tardaba más en llegar a acuerdos, y no todos los Estados mostraban la misma buena disposición para lograr acuerdos ni para ceder “cuotas” de poder, lo que dio origen a la denominada “Europa a la carta”, que a su vez originó un estancamiento respecto a la aproximación de las legislaciones y el desarrollo de normas comunes.

Durante muchos años la Comunidad Económica Europea careció de un Derecho I.Pr. propio, limitándose a unificar y armonizar algunas normas estatales de los estados miembros a fin de facilitar el comercio y el mercado interno.

En principio limitándose al derecho público de ámbito económico y de forma muy excepcional se ocupaba de las relaciones entre los particulares, especialmente en materia de alimentos y protección de relaciones familiares.

Tras el Tratado de Maastrich, en el que se creó un espacio único de libertad, seguridad y justicia las diferencias entre los derechos estatales y la cortedad del derecho comunitario entorpecía más que ayudaba al libre comercio entre los estados, por lo que se vio la necesidad de establecer un “régimen de libre circulación de decisiones judiciales, especialmente las de condena (penal), entre los estados miembros”. Establecido en su Título IV, art. K1

De esta forma la justicia impartida en un país sería efectiva en cualquier otro de la C.E., para ello había que unificar las reglas de la competencia judicial. Estos dos objetivos se consiguieron con el C. de Bruselas de 27/09/1968, en materia patrimonial.

Con respecto a los contratos internacionales se trataba de evitar el Forum Shopping, construyendo normas que fijaran la ley aplicable a los mismos, evitando así las resoluciones contradictorias de usarse las leyes de los distintos países miembros a conveniencia.

Lo que se logró con el C. de Roma de 19/06/1980.

Para evitar costes a las Empresas que realizaban su actividad en varios países comunitarios se comienza a armonizar las leyes mercantiles y civiles por medio de Directivas, pero este medio resultó ser lento, costoso y llevaba además a la creación de una integración a distintas velocidades de los diversos estados miembros.

La supresión de barreras a la movilidad dentro del llamado espacio Schengen, no se vio reflejada en cambios jurídicos que facilitasen esa movilidad en las normas de los distintos Estados miembros con la inseguridad jurídica que ello representaba.

Esto conminó a las instituciones de la Unión Europea a buscar una vía más rápida y ello se logró a través del “reconocimiento, en todos los países miembros, de sentencias y laudos dictados en los distintos tribunales, y por las autoridades, de los países miembros”. Con ello no se contrariaba a los Estados.

Para ello se incluyó este reconocimiento en el primer pilar de la unión europea en base a dos directrices:

1. No interferencia en los ordenamientos jurídicos nacionales.
2. Reconocimiento mutuo de las sentencias (reconociendo el buen hacer y el criterio de las autoridades dentro de su propio foro, recogiendo unos puntos de conexión en las leyes de conflicto de cada estado, ampliamente aceptados por los distintos estados miembros.

Que junto con el consenso de los estados en conceder a la Comisión competencia para legislar en la comunidad normas “nuevas”, con definiciones comunitarias que serían de obligado cumplimiento y que irían armonizando la aplicación de los derechos nacionales, el consentimiento por parte de los estados a no legislar en su derecho sobre lo ya legislado por la Comunidad europea, que tendría que basarse en los principios de mínima intromisión y defensa de la comunidad, proporcionalidad, necesidad y subsidiariedad.

Y a pesar que muchos estados miembros han hecho declaraciones y reservas, la aprobación de Reglamentos se fue agilizando.

La entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, en el que se concretan las acciones a seguir y reforzar, para pasar de la UEE a la Comunidad Europea... (ya desarrollado por mis compañeros)

Bibliografía: Calvo Caravaca.

Trabajo realizado por: María Teresa Valladolid Manzano.

II. Base normativa de la comunitarización del Dipr:

1. Tratado de Ámsterdam: art. 65 TCE.

A partir de su entrada en vigor el 1 de mayo de 1999 el Tratado de Amsterdam, suscrito el 2 de octubre de 1997 por los quince Estados miembros de la Unión Europea, representó la “comunitarización” de la cooperación judicial en materia civil, posibilitando la existencia de un Derecho Internacional Privado comunitario inimaginable e impensable hasta hace pocos años y constituyendo a su vez un paso importante en el camino de la posible armonización o unificación de importantes parcelas del Derecho, incluido el Derecho Mercantil. Es tal su importancia que la mayoría de la doctrina afirma que “la producción del DIPr. comunitario desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam puede calificarse de espectacular tanto en cantidad como en calidad”.

Ni más ni menos, el Tratado de Amsterdam “comunitarizó”, transfirió la cooperación judicial civil poniendo el acento en el desarrollo a través de Reglamentos, que han ido apareciendo con gran celeridad. Resulta indudable que nos hallamos ante una situación mucho más ventajosa, desde el punto de vista de la integración y de la unificación jurídica, que la hasta ahora existente basada en convenios entre Estados miembros.

El actual art. 65 TCE emana del art. K.1.6º TUE en su enunciado por el Tratado de Maastricht y a partir de ahora la coordinación intergubernamental en materia civil ha pasado a ser una política comunitaria, atendiendo de esta suerte a una de las principales demandas plasmadas en los informes sobre el Tratado de Maastricht y proclamadas por la doctrina.

No en vano, la finalidad del precepto es fomentar la compatibilidad de las normas de conflicto de los Estados miembros, en la medida en que sea necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior, además atribuye a las instituciones comunitarias la competencia para la elaboración de normas relativas a la cooperación judicial en materia civil, entre las que se incluyen:

1º) Las que tienen por objetivo mejorar y simplificar el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, la cooperación en la obtención de pruebas y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles;

2º) Las que persiguen “fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción”;

3º) Las que tienden a eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.

Lo más relevante del precepto es que, gracias al actual art. 65 TCE, estas normas de DIPr. pueden ser elaboradas por las instituciones comunitarias: es la llamada comunitarización del DIPr.

La vía preferida para llevar a cabo la comunitarización del DIPr. está siendo el Reglamento comunitario, ello se demuestra en el amplio catálogo de Reglamentos comunitarios hoy en vigor y que han sido elaborados con base en el art. 65 TCE, entre los que destacan : Reglamento 1346/2000 de 29 mayo 2000, sobre procedimientos de insolvencia, Reglamento 1348/2000 de 29 mayo 2000 sobre a la notificación de documentos en materia civil o mercantil, Reglamento 1347/2000 de 29 mayo 2000 en materia matrimonial, ya sustituido por el Reglamento 2001/2003 de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, Reglamento 44/2001 de 22 diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y Reglamento 1206/2001 de 28 mayo 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

Debe dejarse bien sentado que la armonización del Derecho civil material, por el contrario, no puede fundamentarse en el referido precepto, que únicamente se refiere de forma directa a las disposiciones de Derecho internacional privado y de Derecho

procesal civil internacional. De hecho, el art. 65 TCE ofrece la posibilidad de proceder a la comunitarización de amplios sectores del Derecho internacional privado: no es una carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del este ordenamiento, pero comporta una atribución significativa de competencias a la Comunidad, cuyo ejercicio no se subordina a la existencia de una precisa vinculación con el mercado interior sino que es suficiente con que la medida que se pretenda adoptar implique “una función promotora del mercado interior”.

Las cuestiones enumeradas dentro de las medidas a adoptar conforme al nuevo art. 65 TCE aparecen agrupadas en tres categorías como hemos visto anteriormente.

La primera contempla la mejora y simplificación del régimen normativo en tres sectores concretos: la notificación transfronteriza de documentos, la cooperación en la obtención de pruebas y el reconocimiento y ejecución de resoluciones.

El primero de esos sectores ha sido desarrollado recientemente en el marco del art. K.3.2.c) TUE, por medio del Convenio relativo a la notificación o traslado en los Estados miembros de la Unión Europea de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil, hecho en Bruselas el 26 de mayo de 1997 (*DOCE* 1997 C 261/1), de manera que las perspectivas de mejora y simplificación en ese sector parecen agotadas de momento con ese texto, si bien la previsión sobre el particular del nuevo art. 65 TCE abre la posibilidad del empleo de fuentes normativas propias del Derecho comunitario derivado, marginando la utilización de la vía convencional.

Por su parte, la mejora y simplificación de “la cooperación en la obtención de pruebas” es una materia en la que ya existe un marco intenso de cooperación multilateral, plasmado especialmente en el Convenio de La Haya de 1970 relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o penal.

El tercero de los sectores mencionados (reconocimiento y ejecución de resoluciones) coincide con uno de los previstos en el anterior art. 220 TCE (art. 293 en la versión consolidada), desarrollado fundamentalmente por medio del Convenio de Bruselas de 1968 en la materia. Ahora bien la inclusión de esta referencia en el art. 65 TCE -que es la base jurídica sugerida ya por la Comisión una vez que entre en vigor el Tratado de Ámsterdam para revisar el Convenio de Bruselas de 1968 (Propuesta de Acto del Consejo publicada en *DOCE* 1998 C 33/2)- parece facilitar la adopción de normas en el ámbito comunitario respecto al reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 1968:

familia, capacidad, estado civil, sucesiones... (basta pensar cómo los obstáculos a la eficacia transfronteriza en el ámbito comunitario de las resoluciones judiciales sobre custodia de menores puede menoscabar la libre circulación de trabajadores).

El nuevo art. 65 TCE abre también aquí la posibilidad de emplear mecanismos normativos propios de Derecho comunitario, desplazando a la técnica convencional y garantizando mayor eficacia unificadora (en especial, si la técnica empleada es el reglamento), pues desaparece la posibilidad de formular reservas y las dificultades inherentes a la falta de simultaneidad de la entrada en vigor de los convenios en los Estados miembros.

El art. 65 TCE se refiere como segunda categoría de cuestiones a las “normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción”.

Llama la atención que las medidas contempladas sean únicamente las que hagan posible “fomentar la compatibilidad” entre esas normas, de manera que sólo se prevé la mera armonización (no unificación). Se trata por lo tanto de una postura más matizada que los planteamientos extendidos en el ámbito doctrinal favorables a la unificación de las reglas de conflicto en un amplio conjunto de sectores, con base en las peculiaridades de las reglas sobre ley aplicable, en las limitadas expectativas de uniformización de la normativa material y en la búsqueda del nivel de seguridad jurídica de las transacciones transfronterizas necesario para garantizar el buen funcionamiento del espacio integrado (planteamientos éstos que, en la medida en que reclaman el empleo de reglamentos, parece que sólo podrían llegar a ser acogidos en su integridad acudiendo a la vía extraordinaria del art. 235).

En todo caso, la competencia prevista en el nuevo art. 65 TCE no menoscaba la posibilidad de que continúen apareciendo como hasta ahora, normas de armonización de reglas sobre ley aplicable en medidas adoptadas en el marco de políticas concretas (por ejemplo, en materia de protección de los consumidores).

Esta segunda categoría del art. 65 hace referencia al fomento de la compatibilidad de las normas de los Estados miembros “sobre conflictos de leyes y de jurisdicción”, de manera que contempla también la coordinación de las normas sobre competencia judicial internacional. La experiencia del art. 220 TCE y en concreto del aludido Convenio de Bruselas de 1968 demuestra que la “mejora y simplificación” del reconocimiento y ejecución de resoluciones (prevista en la primera de las categorías del art. 65 TCE) reclama la unificación (parcial) de las normas sobre competencia judicial, lo que de nuevo llama la atención acerca de la tibia redacción del nuevo art.

65 TCE que se limita a prever que las medidas incluirán “fomentar la compatibilidad de las normas” en ese sector.

Como categoría diferenciada, contempla el art. 65 TCE, la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procesos civiles, fomentando la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables, lo que dejando al margen las cuestiones ya comprendidas en el art. 65 a) TCE, parece que puede conducir a avances en cuestiones específicas, como la eliminación en el ámbito comunitario de ciertas discriminaciones típicas de las normas de extranjería procesal (como las contenidas en relación con la caución de arraigo en juicio y el embargo preventivo en los arts. 534 y 1400 LEC), en línea con la jurisprudencia del TJCE y con los logros de la cooperación internacional.

No obstante numerosa doctrina destaca una serie de carencias técnicas del art. 65 TCE. Así, autores como Kohler ha señalado que el art. 65 TCE presenta diversos defectos de envergadura:

a) La elaboración de normas de DIPr. se prevé sólo “en la medida en que sea necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior”.

b) La atribución de competencia a las autoridades comunitarias para elaborar normas de DIPr. ya estaba prevista, en gran parte, en el antiguo art. 100 TCE.

c) La iniciativa para la elaboración de estas normas está sujeta a un proceso semi-intergubernamental (art. 67 TCE), que reduce las posibilidades de acción de la Comisión Europea.

d) El recurso prejudicial al TJCE, -que permite una interpretación uniforme de las normas que se adopten-, se prevé en términos muy estrictos, pues sólo cabe formularlo por parte de instancias jurisdiccionales que dictan actos no susceptibles de ulterior recurso.

e) Las normas elaboradas con base en el art. 65 TCE pueden no ser aplicables para el Reino Unido e Irlanda y no lo son para Dinamarca, -a tenor de los Protocolos respectivos que se prevén al efecto en el Tratado de Amsterdam.

f) Sigue abierta la vía del art. 293 TCE (antiguo art. 220 TCE), precepto que permite adoptar normas de DIPr. a través de Convenios internacionales, por parte de los Estados miembros.

g) Un DIPr. Comunitario elaborado a golpe de Reglamentos es un DIPr. elaborado sin control parlamentario nacional y, por tanto, poco democrático, ya que

los Reglamentos no necesitan una previa ratificación controlada por los parlamentos de los Estados miembros . Una vez elaborados, tales Reglamentos se “imponen” a los Estados comunitarios.

Los Reglamentos elaborados sobre la base del art. 65 TCE han planteado el problema de la competencia exclusiva o no exclusiva sobre la elaboración del DIPr.: ¿es, desde la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, competencia exclusiva de la Comunidad Europea, la elaboración de “normas de DIPr.”? Para responder a la cuestión, varios datos son relevantes.

Primero: la materia de DIPr. que se regula mediante un Reglamento comunitario no puede ya verse afectada por una regulación posterior que se contenga en normas de producción interna de los Estados miembros, debido al principio de primacía comunitario que acompaña a los Reglamentos comunitarios.

Segundo: los Reglamentos aludidos suelen “impedir” la celebración de convenios internacionales entre los Estados miembros y terceros Estados en las “materias reguladas por tales Reglamentos”.

Tercero: a pesar de la opinión contraria y errónea de ciertos autores, lo cierto es que lo anterior no ha impedido que los Estados miembros sigan celebrando convenios internacionales con terceros Estados en materias de DIPr. que no afectan a los objetivos comunitarios. Así, por ejemplo, con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam y del Reglamento 44/2001, España ha concluido un Convenio bilateral con Túnez sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, con fecha 24 septiembre 2001.

2. **Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: art. 81 TFUE.**

II.2. TRATADO DE FUNCIONAMIENTO DE LA UNIÓN EUROPEA: ART. 81 TFUE

INTRODUCCIÓN

Tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el nuevo artículo 81 TFUE ofrece la base jurídica para la adopción de propuestas e iniciativas en el campo de la cooperación judicial en materia civil.

Teniendo en cuenta el papel fundamental que desempeña el Derecho comunitario como fuente de nuestro DIPr y el progresivo desarrollo del Derecho comunitario ligado a la atribución de competencias en materia de DIPr llevada a cabo por el Tratado de Ámsterdam, que introdujo la referencia expresa a las normas de competencia judicial internacional, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones en el artículo 65 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), resulta de indudable interés conocer las implicaciones en esta materia de la entrada en vigor el 1 de diciembre de 2009 del Tratado de Lisboa de 13 diciembre de 2007, que modifica el TCE que pasa a denominarse ahora Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

En una primera aproximación, cabe destacar que el Tratado de Lisboa no altera de manera sustancial la situación previa en lo que respecta al alcance de las competencias comunitarias específicas en el ámbito del DIPr, aunque es cierto que sí implica algunos cambios relevantes:

-Transformación institucional llevada a cabo por el nuevo Tratado, que supone:

- a) la Unión Europea, que pasa a estar dotada de personalidad jurídica, sustituye a la Comunidad Europea.
- b) desaparece la estructura en pilares existente desde el Tratado de Maastricht.

-El carácter continuista del TFUE en el ámbito del DIPr queda de manifiesto al comparar que los aspectos más significativos del antiguo artículo 65 TCE aparecen ahora reproducidos en el artículo 81 TFUE.

A grandes rasgos, el artículo 81 TFUE es el único que integra el Capítulo titulado “Cooperación judicial en material civil”, que forma parte del Título V (“Espacio de libertad, seguridad y justicia”) de la Tercera Parte del TFUE prevé que, en el desarrollo de la cooperación judicial en asuntos civiles, la Unión adoptará “y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior” medidas para garantizarla.

El cauce preferido para llevar a cabo la comunitarización del Derecho privado ha sido – y continúa siendo- el reglamento. El legislador comunitario ha explotado las ventajas que este acto tiene en beneficio de un proceso, de desarrollo del Derecho privado europeo. El reglamento “unifica” las normas internas de los Estados miembros porque

se aplican de forma directa o inmediata, con lo que se elimina el problema de la diversidad de legislaciones nacionales. Como consecuencia del efecto directo, los particulares pueden invocar directamente las normas contenidas en el reglamento y los jueces nacionales deben aplicarlo de oficio. Si un juez nacional duda de su interpretación puede plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia, lo que asegura que habrá una sola interpretación para el reglamento en toda la Unión. Además, el reglamento es un acto comunitario, esto es, no regido por el Derecho de Tratados propio del Derecho Internacional Público, por lo que no se encuentra supeditado a las eventualidades relativas a la prestación del consentimiento, las reservas, la denuncia, etc.

A continuación procederemos a hacer un análisis referente a la evolución, contenido y conclusiones del art. 81 TFUE.

EVOLUCION

El proceso de comunitarización de las materias civiles tiene su origen en el artículo 65 TCE tal y como quedó reformado por el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 cuya entrada en vigor cambió el panorama competencial en torno al cual giraban los sistemas nacionales de DIPr de los Estados miembros de la entonces “Comunidad Europea“. Hasta entonces, las medidas en este ámbito eran aisladas y puntuales, con una finalidad siempre complementaria o instrumental respecto a las reglas materiales establecidas en actos comunitarios relativos a otras políticas europeas. Sin embargo, a partir de Ámsterdam, se prevén medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil para mejorar y simplificar el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, la cooperación en la obtención de pruebas, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, el fomento de la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y jurisdicción, y la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles potenciando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros.

En los primeros años tras la entrada en vigor del referido TCE, el acento se situó sobre el principio de reconocimiento mutuo y la aproximación o armonización de legislaciones internas quedó en un segundo plano. Eso sí, la idea de que las resoluciones judiciales circularan libremente por la Unión sin necesidad de exequátur era innovadora y muy útil, aunque insuficiente si no se daba la correlativa profundización en la

aproximación de legislaciones. Por ejemplo, la apelación al orden público suponía un obstáculo bastante frecuente al normal desarrollo del principio de reconocimiento mutuo, con la consiguiente merma de la efectividad de la libre circulación de personas.

Llegado a este punto creemos conveniente hacer una breve referencia al art. 65 que sirve de antecedente al art. 81 TFUE objeto de nuestro análisis. El tenor literal del precepto es el siguiente: “Las medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza que se adopten de conformidad con lo dispuesto en el artículo 67 y en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior, incluirán:

- a. Mejorar y simplificar:
 - o El sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales;
 - o La cooperación en la obtención de pruebas;
 - o El reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales;
- b. Fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción;
- c. Eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando, si fuera necesario, la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros”

Dicho artículo ha permitido a la Comisión Europea en la última década presentar y anunciar una batería de instrumentos que, vistos en su conjunto, constituyen todo un programa de comunitarización de las fuentes de “un sistema que hasta entonces había circulado con limitadas excepciones en las veredas laterales del derecho comunitario”. Además esta comunitarización ha alcanzado carácter general al abarcar no solo materias patrimoniales sino también derecho de la persona y de la familia en la medida en que puede afectar al funcionamiento del mercado interior.

La reciente entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009 ha destacado principalmente por su aspecto continuista, así el art. 81 TFUE parece reproducir a grandes rasgos el contenido del art. 65 TCE. Si bien, la evolución marcada por el art. 81 presenta aspectos positivos y negativos:

- Por un lado, el hecho de que en lo que respecta a los tres sectores esenciales del DIPr el artículo 81 TFUE reproduzca básicamente los términos del artículo 65

TCE no parece que deba merecer una opinión especialmente favorable, pues teniendo en cuenta la experiencia y los logros de esta última década cabía haber aprovechado la modificación de los tratados constitutivos para prever una atribución de competencia a las instituciones comunitarias en términos más precisos y respetuosos con las necesidades de la integración comunitaria y el modo como esas competencias se han venido ejerciendo.

Por ejemplo, el Reglamento 44/2001 o el Reglamento 2201/2003 no se limitan a garantizar “la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de... jurisdicción”, ya que lo que establecen es una auténtica unificación de normas en esa materia. Lo mismo ocurre con el Reglamento Roma I y Roma II con respecto a los “conflictos de leyes” en el sector de las obligaciones contractuales y no contractuales.

En Conclusión, la función que desempeñan las normas de DIPr como instrumento de integración en el marco de la UE determinan que en esos sectores sea aconsejable en el ámbito comunitario una verdadera unificación de las normas de competencia judicial internacional y derecho aplicable, como reflejan los instrumentos mencionados, que no se limitan a la “aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros” (art. 81.1 TFUE) ni a garantizar la compatibilidad de las normas de los Estados miembros en la materia. Por ello, hubiera sido aconsejable una redacción diferente que dejara claro que la atribución de competencia en esta materia comprende la posibilidad de establecer normas comunes y unitarias que implican una verdadera unificación, típicamente mediante reglamentos.

-También se critica que la única evolución del art. 81 con respecto al 65 en materia de reconocimiento haya sido la incorporación del vocablo “mutuo” cuando está patente la necesidad de que la Unión entre a regular el reconocimiento en los Estados miembros de las decisiones dictadas en terceros Estados.

No obstante la evolución marcada por el TFUE también tiene consecuencias positivas:

- 1) La UE pasa a tener personalidad jurídica y cambia notablemente el proceso de adopción de decisiones donde solo las referidas al Derecho de Familia exigirán unanimidad;
- 2) Desaparece el esquema “pilarista” del Tratado de Maastricht dando paso el tercer pilar al Título V de la tercera parte del TFUE “espacio de libertad, seguridad y justicia”

donde el capítulo “cooperación judicial en materia civil” contiene como único artículo el mencionado 81;

3) La limitación contenida en el art. 65 TCE a la necesidad de circunscribir cualquier acción a la “medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior” es corregida en el nuevo texto con la introducción de la expresión clásica del Derecho Comunitario “en particular” lo que posibilita justificaciones distintas a las exigidas por el mercado interior;

4) El art. 81 TFUE exige “garantizar” el reconocimiento mutuo y la compatibilidad de las normas de conflictos de leyes y de jurisdicción, mientras que el art. 65 TCE limitaba la expresión a “facilitar”, lo cual tiene consecuencias muy diferentes;

el TFUE introduce expresamente la referencia a “garantizar una tutela judicial efectiva” ,lo que repercute en la configuración de los principios del sistema, (recordar la corrección de la limitación a los tribunales de última instancia de la posibilidad de requerir con carácter prejudicial al TJUE).

Al margen de consideraciones positivas y negativas podemos afirmar que, con algunos añadidos que pueden ser importantes, el artículo 81 TFUE se limita a reiterar los términos del artículo 65 TCE.

CONTENIDO

El art 81 se encuentra inserto en el capítulo tercero sobre “COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL” del título V del TFUE. Este dispone lo siguiente:

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

2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar:

a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución;

b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales;

- c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción;*
- d) la cooperación en la obtención de pruebas;*
- e) una tutela judicial efectiva;*
- f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros;*
- g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios;*
- h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.*

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

La propuesta a que se refiere el párrafo segundo se comunicará a los Parlamentos nacionales. En caso de que un Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación, la decisión no será adoptada. En ausencia de oposición, el Consejo podrá adoptar la decisión.”

A continuación procedemos a analizar el contenido del citado precepto siguiendo la sistemática de sus apartados:

Apartado 1:

Para construir un espacio judicial europeo la UE desarrollará tal y como se establece en dicho apartado una “*cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales*” Esta cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio del mutuo reconocimiento de resoluciones judiciales y extrajudiciales, se concretará a través de la adopción de diversas “medidas”. Observaciones sobre las mismas:

A) Dichas medidas las adoptará el Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Es de aplicación el art. 267 TFUE (antiguo 234

TCE) según el cual los actos o medidas adoptadas por las instituciones de la UE en materia de cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, son susceptibles de un recurso prejudicial relativo a la validez e interpretación de dichos actos. Además, en la aplicación de las medidas relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, puede activarse un “procedimiento prejudicial de urgencia” (art. 23 bis Protocolo 3 sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la UE y art. 104 ter Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia). A través de este “procedimiento prejudicial de urgencia” se simplifican las fases del procedimiento ante el TJUE en los casos en que sea absolutamente necesario que el TJUE se pronuncie sobre la remisión prejudicial en el menor plazo posible. (Por ejemplo en litigios relativos a la patria potestad o a la custodia de menores, cuando la competencia del juez que deba conocer del asunto en virtud del derecho de la Unión dependa de la respuesta a la cuestión prejudicial).

El art. 68 TCE, admitía este recurso pero limitaba su operatividad en relación con las medidas de cooperación judicial civil. Por fortuna dicho precepto ha sido derogado por el TFUE.

B) Estas medidas se adoptarán para construir un espacio judicial europeo, sean o no necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior (art. 67.1 TFUE). No obstante, es cierto que con un espacio judicial europeo, el mercado interior funcionará mejor, puesto que el espacio judicial europeo elimina obstáculos a la libre circulación de personas y factores productivos en la UE. En todo caso, las instituciones de la UE disponen de un margen de discrecionalidad a la hora de determinar si una medida es necesaria para el “correcto funcionamiento del mercado interior”. Cuando una situación privada internacional debe ser decidida por una autoridad de un Estado miembro, ya afecta “*ex ipsa natura sua*” el mercado interior, aunque una o todas las partes implicadas no tengan su residencia habitual o domicilio en la UE. La futura decisión o sentencia que dicte una autoridad o juez de un Estado miembro está llamada a circular libremente en el espacio jurídico de la UE. Por tanto, aunque el caso se suscite entre sujetos no domiciliados en la UE, si tendrá “repercusión en la UE”.

C) Estas medidas deben ser adoptadas sólo en relación con los casos civiles que presentan “repercusión transfronteriza”, es decir en casos “internacionales” y no en casos “internos”. En efecto, sólo los asuntos con repercusión transfronteriza afectan al espacio judicial europeo. La competencia de la UE no va más allá. La UE carece de competencia, en general, para unificar el Derecho de los Estados miembros en relación

con asuntos civiles meramente internos. Las autoridades de la UE pueden acordar “medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros” (art. 81.1 in fine TFUE), pero en todo caso, deben referirse a asuntos civiles “con repercusión transfronteriza”. Dicha expresión significa que la UE puede intervenir en la regulación de supuestos sin elementos extranjeros o supuestos en los que los litigantes tienen su domicilio en el mismo Estado miembro, pero cuya regulación legal uniforme por parte de las autoridades de la UE es necesaria para la construcción de un espacio judicial europeo.

Apartado 2:

El artículo 81.2 TFUE relaciona una serie de metas a alcanzar a través de medidas acordadas por el Consejo y el Parlamento Europeo que tienen competencia para regular el espacio de “libertad, seguridad y justicia” al que alude el art. 3.2 TFUE:

1. En primer lugar, se tomarán decisiones a nivel de la Unión para mejorar y simplificar las medidas intermedias que generan una duración desmesurada del proceso. El precepto hace referencia al sistema de notificación y el traslado transfronterizo de documentos judiciales y extrajudiciales, a la cooperación en la obtención de pruebas y al reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales o extrajudiciales en asuntos civiles y mercantiles (apartados b, d, a).

En relación al apartado a el artículo 81 TFUE introduce un elemento adicional de flexibilidad, coherente con la práctica previa de las instituciones comunitarias al adoptar reglamentos en esta materia, pues matiza la vinculación con el mercado interior, al hacer referencia en su apartado 2 a “y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior”, que al añadir “en particular” parece admitir la adopción de ese tipo de medidas sin requerir una justificación específica de que resultan necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior.

2. En segundo lugar, es imprescindible garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y jurisdicción. El antiguo artículo 65 TCE hablaba de “*fomento de la compatibilidad*” en vez de *garantía*, lo que significa que Lisboa da un paso más en la exigencia de legislación europea. Esta compatibilidad debe entenderse en el sentido de

aproximación de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado, para evitar situaciones que entrañarían sólo la creación de impedimentos para el espacio común de libertad, seguridad y justicia, al dar lugar a consecuencias jurídicas que no son admitidas en otros Estados. (apartado c)

3. En tercer lugar, se tiende a eliminar todos los obstáculos que impidan el buen funcionamiento de los procesos civiles. El precepto hace referencia a la compatibilidad de las normas nacionales relativas al procedimiento civil. De nuevo aquí esta compatibilidad debe entenderse en el sentido de aproximación de los sistemas procesales nacionales.

Pero la disposición también hace alusión a otros dos aspectos reseñables: (apartado f, g y h)

- o En primer lugar se refiere al desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios cuya utilización contribuirá a su vez a agilizar la resolución de los procesos descargando de trabajo a los tribunales. El recurso a la mediación se reputa como un procedimiento alternativo idóneo para este menester.
- o En segundo lugar alude a la formación de magistrados y del personal al servicio de la Administración de justicia. Las instituciones comunitarias muestran una creciente preocupación por propiciar el conocimiento y la correcta aplicación de los instrumentos comunitarios vigentes, requisito básico para alcanzar los objetivos de la cooperación judicial en materia civil. Esta inquietud responde a la creación de la denominada Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. Esta Red tiene una doble función: una de carácter técnico, que hace referencia a la labor de fomento de la cooperación judicial, y una función de difusión, que pretende dar a conocer al público los distintos instrumentos jurídicos europeos, internacionales y de Derecho interno en materia civil y mercantil. Para ello, la Red creó y mantiene al día un sistema de información al público a través de Internet, sobre cooperación judicial en materia civil y mercantil y los sistemas jurisdiccionales de los Estados miembros. Dicho sistema incluye un Atlas Judicial Europeo en materia civil, que proporciona información sobre la cooperación judicial,

incluidos formularios que se pueden transmitir *on line*, y que es de suma importancia para los profesionales del Derecho.

4. Por último, en cuarto lugar, se adoptarán medidas destinadas a garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva. (apartado e). El ciudadano ostenta el derecho a acceder al sistema judicial en cualquier Estado miembro y a obtener de sus tribunales una resolución judicial motivada. Ese derecho se consagra en todas las constituciones internas de los Estados miembros, así como en el artículo 47 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa es vinculante para todos los Estados miembros, teniendo en cuenta la situación particular de Reino Unido, Polonia y la República Checa. Sin duda, se trata de un derecho que debe informar todos los instrumentos que se concluyan en materia de cooperación judicial civil.

Apartado 3:

Este dispone que para las medidas relativas al Derecho de Familia “con repercusión transfronteriza” se requiere que el Consejo se pronuncie por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo, en línea con la situación previa tal y como preveía el art. 67 TCE, manteniendo los Estados miembros su sensibilidad en relación a esta materia.

La única modificación destacable en relación al 67 TCE es que mientras que en aquel se mencionaba simplemente “el derecho de familia” en el nuevo texto se hace referencia al “derecho de familia con repercusión transfronteriza”.

No obstante, el Consejo, por unanimidad y previa consulta al Parlamento europeo puede decidir que determinados “aspectos” del derecho de familia pueden ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. Respecto a esta premisa se plantean varias consideraciones:

- Primero: La duda acerca de la interpretación que ha de otorgarse al término “aspectos”
- Segundo: La posibilidad de adoptar medidas siguiendo el procedimiento legislativo ordinario, o lo que es lo mismo, lo que doctrinalmente se conoce como el método de “ la pasarela” (sobre ello, Borrás, A. “*La Cooperación Judicial en materia civil*”) se contempló ya en relación a la adopción de medidas en materia de obligaciones alimenticias al amparo del art 65 TCE. Si bien los Estados miembros se mostraron reticentes a ésta posibilidad en tanto que son muy celosos de sus competencias y concepciones sobre la familia y el Derecho de Familia. Por tanto, y

sin entrar en mayores consideraciones, si ésta posibilidad no parece resultar aceptable en relación a las obligaciones alimenticias, menos aún parece serlo en relación a sectores que se integran más puramente en la concepción del Derecho de Familia.

CONCLUSIONES

En definitiva, la comunitarización de la cooperación judicial en materia civil ha supuesto un cambio radical en el tratamiento de un campo tradicionalmente ligado a la soberanía estatal. Gracias a este cambio se ha elaborado todo un conjunto de normas de Derecho privado europeo que se aplican a los asuntos con repercusión transfronteriza y que en un mundo cada día más globalizado, relegan la legislación estatal para situaciones que no tienen nada que ver con la Unión.

Por tanto, es imprescindible lograr un incremento de la compatibilidad y la convergencia de los sistemas jurídicos de los Estados miembros en los ámbitos relacionados con la cooperación judicial civil.

En conjunto, la competencia atribuida a la Comunidad parece más amplia y más precisa. Pero no se puede olvidar que el ámbito del derecho y la justicia civil se encuentra estrechamente vinculado a las tradiciones y culturas jurídicas de los Estados miembros, que la UE debe respetar en la medida en que no se cuestionen otros objetivos del Tratado, como las libertades comunitarias y los derechos fundamentales de las personas.

BIBLIOGRAFÍA:

- Pedro Alberto de Miguel Asensio, *El Tratado de Lisboa y el Derecho Internacional Privado*, “Jueves”, 10 de diciembre de 2009.
- J. Antonio Girón Larrucea, *Estudios sobre el Tratado de Lisboa, el sistema jurídico de la Unión Europea: la reforma realizada por el Tratado de Lisboa*.
- Carlos R. Fernández Liesa, *Tratado de Lisboa: análisis y perspectivas*.
- Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado (vol. 1)*.

Trabajo realizado por: Ana Alfageme Sastre, Marina Díaz Rabazas y Víctor Mérida Muñoz.

III. Competencia interna/externa de la Comunidad en materia de Dipr:

I. INTRODUCCION

La regulación legal de la competencia de la UE para concluir “acuerdos con terceros países” en materias de Dipr o “competencia externa” de la UE es defectuosa. Pero el TJCE ha hablado, su opinión es la siguiente: la UE dispone de “competencia externa exclusiva” para celebrar todo tipo de acuerdos con terceros estados que “afecten” a la normativa vigente de la UE. Las consecuencias de la tesis mantenida por el TJCE son las siguientes:

1. Los estados miembros no pueden celebrar por separado acuerdos multilaterales o bilaterales con otros estados si dicha normativa “altera” de cualquier manera las normas de la UE. Ejemplo 1: el Convenio de Lugano II de 2007 altera la aplicación del Reglamento 44/2001, por lo que la negociación y firma de un convenio que modifica el citado Convenio de Lugano de 1988 no puede quedar en manos de los estados miembros. Su conclusión es una “competencia externa exclusiva de la UE”. Ejemplo 2: El convenio de la Haya de 30 de Julio de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro, altera lo dispuesto en el reglamento 44/2001, por lo que solo la UE, y no los Estados miembros separados, es competente para adherirse a dicho convenio;
2. Los Estados miembros solo pueden celebrar acuerdos con terceros Estados si tales acuerdos no “afectan” ni alteran la normativa vigente de la UE. Ejemplo: el Convenio Hispano-Argelino de 24 de Febrero de 2005 que regula la asistencia judicial entre tribunales de ambos países y reconocimiento y ejecución de sentencias entre ambos Estados y el Convenio Hispano-Mauritano relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil de 12 de Septiembre de 2006, no afectan ni alteren la aplicación de ninguna norma de la UE. Por ello la conclusión de ambos acuerdos es competencia del Estado español y no de la UE;
3. Cuando la UE concluye un acuerdo con un “tercer Estado”, los Estados miembros pierden totalmente su competencia para regular la materia. Pero hasta

que ello no se produce, los Estados miembros pueden concluir acuerdos con “terceros Estados”.

II. EL SISTEMA COMPETENCIAL COMUNITARIO

Según el tratado de Roma la asignación de competencias a la comunidad europea se realiza en torno al principio de competencia de atribución, la comunidad solo puede actuar cuando el tratado le asigne competencia. Sin embargo, no existe una lista de competencias sino que éstas se encuentran dispersas a lo largo del Tratado amparadas por las “bases jurídicas”, ligada a la consecución de ciertas finalidades. A priori, existe cierta indeterminación en el reparto de las competencias. No quiere decir que exista ausencia de control, ya que su ejercicio está bajo la supervisión del TJCE y bajo los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

1. El reparto de competencias.

Podemos clasificar las competencias de la Comunidad Europea en tres categorías:

- *Competencias exclusivas*: se atribuyen a la Comunidad para la consecución de sus objetivos, expresamente o en forma implícita. Ejemplos de forma expresa: competencia expresa de la comunidad en materia de emisión de billetes o política comercial común. Las competencias implícitas derivan de competencias expresamente atribuidas en una base jurídica del TCE. La existencia de estas competencias excluye la actuación de los estados miembros.
- *Competencias concurrentes*: pertenecen a los estados hasta que la comunidad actúe o no se contradiga con la actuación comunitaria. Podría suponer un desplazamiento de la competencia atribuida a los estados. Si la comunidad participa en una materia que no le ha sido atribuida en exclusiva respetando los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, la competencia pasa a ser exclusiva y produce un efecto de bloqueo en la actuación de los Estados.
- *Competencias complementarias*: habilitan a la comunidad para que complete la actuación de los Estados. Ejemplo: educación, cultura, salud pública.

2. Las bases jurídicas.

Las bases jurídicas son un elemento determinante en la definición de las competencias. La elección de una base jurídica debe fundarse en elementos objetivos susceptibles de ser controlados jurisdiccionalmente. Esta cuestión se plantea en el modo en que se relacionan los artículos 65 y 95 TCE y de éstos con la cláusula general del art. 308 TCE. El reparto de estas competencias se proyecta en las relaciones ad extra de la Comunidad y los Estados con organizaciones internacionales o Estados terceros (paralelismo de competencias). cuando el derecho comunitario atribuye competencias a las instituciones de la Comunidad en el ámbito interno, la Comunidad estará facultada para contraer las obligaciones internacionales necesaria para la consecución de este objetivo. Ésta se limita a materias conectadas con una apolítica común.

III. EL DERECHO COMUNITARIO Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

Se entiende que con la intervención en esta materia se evitarían las posibles perturbaciones provocadas por la distinta regulación procesal nacional, podría afectar al principio comunitario de no discriminación. El tribunal de justicia dictaminó que las cuestiones procesales pertenecían a las competencias de la Comunidad. Se abordó la posibilidad de regulación de otras actuaciones procesales, de la necesidad de un modelo procesal único para la realización armónica del mercado interior.

El art. 220 TCE crea una nueva base jurídica para que se pudieran concluir nuevos instrumentos incardinados en la cooperación intergubernamental, pero superando el ámbito material del art. 220 TCE.

El derecho comunitario comienza a abordar ciertos aspectos vinculados con cuestiones de Derecho internacional privado a través de una pluralidad de técnicas amparadas en distintas bases jurídicas.

Tras el Tratado de Ámsterdam se reforma el tratado constitutivo. La cooperación judicial en materia civil se convierte en una de las políticas prioritarias de la Comunidad, como una de las materias que integran la libre circulación de personas. Significa la “comunitarización” de las cuestiones vinculadas con la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza. La nueva situación se proyecta en sus relaciones con terceros Estados y afecta al funcionamiento y conclusión de Tratados internacionales con estos y con organizaciones internacionales.

La comisión se reserva el monopolio de la competencia para elaborar proyectos de Reglamentos y directivas relativos a la cooperación judicial internacional en materia

civil e incluir normas sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución y de conflicto de leyes.

Se mantiene la posibilidad de la celebración de convenios comunitarios. Se ha apostado por el art. 65 TCE.

Hay que delimitar el alcance de esta nueva base jurídica, y su relación con las otras dos bases:

- El art. 308 TCE ha servido para justificar ciertas actuaciones de la Comunidad en el momento en que no existía otro medio para ello. El Tribunal de Justicia ha subrayado que éste opera cuando el acto que se pretende adoptar no tiene un fundamento suficiente en otras bases jurídicas o cuando los poderes que se atribuyan sean insuficientes. Tendría un carácter subsidiario o complementario de las otras dos bases.
- Respecto al art. 95 TCE cabe destacar su desplazamiento a favor de la competencia sectorial que supone el art. 65 TCE. No cabe utilizar dicho artículo para la aproximación de legislaciones en las materias contenidas en el art. 65 TCE. De manera que el art. 65 TCE conforma una competencia sectorial específica para las materias que en él se formulan y para la consecución de los fines fijados en él. Materias que integran una política prioritaria de la Comunidad como una de las materias que se integran en la libre circulación de personas. Las normas que se adopten a su amparo han de tramitarse mediante un procedimiento especial recogido en el art. 67.5 TCE.

IV. EL ART. 65 TCE Y LAS COMPETENCIAS EXTERNAS.

1. El art. 65 TCE.

Para delimitar el ámbito de este precepto deben concurrir cumulativamente los siguientes presupuestos:

1. Debe de tratarse de medidas en el ámbito de la cooperación judicial civil
2. Esa cooperación debe tener “repercusión transfronteriza”
3. Las medidas deben adoptarse con vistas al correcto funcionamiento del mercado interior. Medidas que se concretan en:

- a. Mejorar y simplificar el sistema de notificación o traslado transfronterizo de documentos, la cooperación en la obtención de pruebas y el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales o extrajudiciales.
- b. Fomentar la compatibilidad de las regulaciones estatales, el conflicto de leyes y las jurisdicciones.
- c. Eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles fomentando la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembro.

Este es un listado de cuestiones meramente indicativo o, lo que es lo mismo, es un precepto de “textura abierta”, pudiendo ser ampliado o modificado siempre que concurren los tres presupuestos iniciales. A pesar de esto hay que señalar que existen límites a la comunitarización y una prueba de ellos son las restricciones incluidas en el texto sobre la posible exclusión de Dinamarca, Reino Unido e Irlanda a través de los Protocolos anejos al Tratado de Ámsterdam. Esta situación hace que la medida adoptada, salvo pacto en contrario, tenga un carácter parcial y no unificador, razón que permite afirmar la existencia de una competencia compartida entre Estados y Comunidad, competencia que se cuestiona con la interpretación del Dictamen 1/03.

En el reciente Tratado de Lisboa la situación no varía sustancialmente respecto a lo ya indicado (art. 69D) aunque es relevante la mención expresa del reconocimiento mutuo como principio informador y la ratificación de que las medidas que se adopten deben ser en aras del buen funcionamiento del mercado interior.

2. Las competencias externas y el Dictamen del Tribunal de Justicia 1/03.

La delimitación de las competencias externas de la UE es una de las materias más complejas del Derecho Comunitario. Se trata de una materia que se ha ido complicando con el paso del tiempo debido a que la UE ha ido expandiendo sus competencias tanto funcional como materialmente hacia espacios que no se preveían por los Tratados fundacionales. Además el problema se complica debido a que se trata de una materia en la que confluye el D. Internacional Privado comunitario y el D. Internacional Público.

Es muy relevante en esta materia el *Dictamen del Tribunal de Justicia (TJCE) 1/2003, de 7 de febrero de 2006, sobre la competencia externa de la Unión Europea para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.*

Este Dictamen se pronuncia sobre la cuestión de la competencia externa en el doble plano de la competencia judicial internacional y el reconocimiento de decisiones. Hay que tener en cuenta en esta materia los arts. 61 y 65 TCE, que al dotar de competencia normativa a la UE para la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza permite potencialmente a la UE cercenar las competencias de los Estados miembros para concluir Tratados con terceros Estados o con Organizaciones Internacionales.

Este Dictamen tiene como principal antecedente la Doctrina AETR, en ésta se establece por el TJCE que la competencia de la UE para concluir Tratados internacionales con terceros Estado puede derivar no sólo de una atribución directa del Tratado de la UE sino también de actos adoptados por las instituciones de la UE. Se entiende que la competencia tendrá alcance exclusivo cuando afecte a normas internas de la UE o altere su alcance. Así según esta doctrina la competencia exclusiva puede derivar o bien de la necesidad de adoptar a nivel comunitario un acuerdo internacional o bien de la eventual afectación de las normas existentes por la ratificación del Tratado. La cuestión sobre la que versa el Dictamen tiene una gran trascendencia ya que afecta a la competencia normativa de los Estados para concluir Tratados internacionales.

Vamos a pasar a analizar el **Dictamen 1/2003**, en él hemos de distinguir dos partes:

1. Competencia normativa externa y su alcance
2. Ámbitos afectados en la medida en que interviene como condición al ejercicio de la competencia normativa.

En cuanto al alcance, el argumento que utiliza el TJCE para justificar la competencia externa de la UE en esta materia es que el D. Comunitario puede verse afectado por la conclusión de un tratado internacional. El TJCE afirma que “cuando se han adoptado normas comunes los Estados miembros ya no tienen la facultad, bien actúen individualmente o incluso colectivamente, de contraer con terceros estados obligaciones *que afecten a dichas normas*”. El Dictamen trata de determinar que existe una competencia implícita externa de alcance exclusivo por lo que busca establecer las condiciones en las que una competencia puede ser considerada exclusiva. Se entiende por el TJCE que es necesario entender una competencia como exclusiva cuando:

1. Es incompatible con la unidad del mercado.
2. Es incompatible la aplicación uniforme del D. Comunitario. (efecto AETR)

3. Cuando dada la completa armonización en una cuestión determinada, cualquier cambio en la materia afectaría necesariamente a las normas comunitarias (Dictamen 1/94).

El problema se plantea porque se habilitan únicamente competencias de atribución y esto nos lleva a que la decisión sobre el carácter exclusivo se basa en el examen de si el acuerdo puede afectar a normas comunitarias. Se hace necesario realizar un test de afectación del Tratado sobre las mismas. Hemos de tener en cuenta que la referencia a la afectación de normas comunitarias se ha de entender de forma extensa y comprende también las perspectivas de evolución del D. Comunitario, esto es complicado ya que es necesario determinar que entendemos por perspectivas de evolución. El Dictamen realiza en su segunda parte un test de afectación del Convenio de Lugano respecto del Derecho. de la UE, en particular del Reglamento 44/2001, el TJCE examina si se afectan por el acuerdo la aplicación uniforme y coherente de las normas comunitarias y el buen funcionamiento del sistema. Se entiende que los acuerdos internacionales con terceros estados, bien por la Comunidad, bien por los Estado miembros al establecer normas de conflicto de jurisdicción que remiten a unos u otros Tribunales regulan materias que están dentro del Reglamento 44/2001. Pudiéndose dar conflictos positivos o negativos de jurisdicción por existir dos o vario sistemas de competencia judicial internacional en el espacio comunitario.

Otro argumento del TJCE es el hecho de que el sistema Bruselas no sólo se aplica en litigios que vinculan únicamente a Estados miembros sino que también es aplicado cuando se produce entre un Estado miembro y un tercer Estado. Así pues se trataría de justificar la necesidad de la existencia no sólo de un sistema de competencia judicial internacional común a todos los Estados sino de un sistema que dé respuesta a litigios surgidos en medio de una sociedad internacional cada vez más interdependiente, lo mismo sucede en el caso del Derecho aplicable. Estos supuestos serán relevantes cuando afecten al mercado comunitario o a la regulación que la UE hace de las materias competencia exclusiva. Este argumento según la Profesora Guzmán Zapater es insuficiente y si bien puede ser válido referido a este caso concreto, en ningún caso se puede entender que pueda considerarse un criterio general.

Se estudia dentro del test de afectación como afectara el Convenio de Lugano a las normas sobre reconocimiento y ejecución. El TJCE vincula este ámbito normativo muy estrechamente con las normas de competencia judicial internacional. Se hace referencia

en este tema sobre las cláusulas de desconexión tratando de demostrar las dificultades de anclaje que existen entre las normas comunitarias de reconocimiento y las contenidas en los Convenios existentes, contemplándose éstas más como un problema que como una solución.

Se entiende además que en virtud del Art. 26.1 han aumentado las resoluciones dictadas por Estados no miembros de la UE (procedentes de Lugano) que afectan al Derecho Comunitario.

Existe un extraño desdén del TJCE por las cláusulas de desconexión y su función como instrumento paliativo en los supuestos de concurrencia de Tratados sobre la misma materia. Se entiende por el TJCE que “no constituyen una garantía de que las normas comunitarias no se vean afectadas por el acuerdo”. Además establece que dichas cláusulas que buscan solucionar supuestos de concurrencia normativa conllevan que subsistan dentro de la UE regímenes especiales o incluso preferenciales lo que complica mucho determinar el Derecho aplicable y afecta a la eficiencia del sistema.

Hemos de tener en cuenta también, según la autora, una sorprendente posición del TJCE que entiende que no se ha de aplicar el criterio del “correcto funcionamiento del mercado interior” para determinar si nos encontramos ante una competencia externa exclusiva o no. Criterio que se utiliza ad intra para determinar si existe o no competencia comunitaria sobre una determinada materia. El hecho de que se suprima esta condición hemos de ponerla en relación con la jurisprudencia del TJCE que ha entendido que existía competencia comunitaria en situaciones con una escasa vinculación con la UE. El hecho de que las condiciones para asumir una competencia exclusiva externa sean menores que la que se exigen para asumir una competencia ad intra es una gran incoherencia. En suma, esto nos lleva a entender que la conclusión de un Tratado sobre una materia regulada por la UE, aun no afectando al funcionamiento del mercado interno, como tiene efectos sobre el Derecho Comunitario ha de ser considerada una competencia exclusiva.

V. LA AUTORIZACIÓN COMUNITARIA PARA LA NEGOCIACIÓN Y CELEBRACIÓN DE ACUERDOS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ENTRE ESTADOS MIEMBROS Y TERCEROS PAÍSES.

El artículo comenta los Reglamentos 662/2009 y 664/2009 que estudian la competencia de la Comunidad y los Estados miembros para celebrar acuerdos con terceros Estados en materia de DIPr. El autor entiende que en este tema la CEE ha optado por una

competencia exclusiva relativa en lo referente a determinados Reglamentos (2201/2003, 4/2009, Roma I, Roma II) que se basa en dos pilares:

- La Comunidad tiene competencia interna exclusiva para regular las materias reguladas por esos Reglamentos.
- Los Estados que deseen celebrar acuerdos internacionales con otros Estados sobre estas materias necesitarán de autorización de la Comisión.

Esta opción establecida para estos determinados Reglamentos convive con otras diferentes que se establecen en otros casos. La necesaria autorización según estos Reglamentos varía según la materia, así en el caso de las obligaciones contractuales y extracontractuales solo se pueden establecer acuerdos sobre materias particulares referentes a estas obligaciones, mientras que en el resto de materias no se establece esta matización ya que se entiende que los acuerdos siempre lo serán sobre materias concretas.

Estos Reglamentos, según el Sr. Espiniella, no afectan para nada a las competencias de los Estados miembros en las materias no reguladas por los Reglamentos, así podrán celebrar acuerdos sobre las mismas, siempre y cuando se respete lo establecido por el TJCE sobre las materias excluidas de los Reglamentos. En caso de que se trate de acuerdos que afecten únicamente parcialmente al contenido de los Reglamentos se necesitara autorización de la Comisión únicamente en lo referido a estas materias.

En lo referente al elemento espacial de la autorización, sólo se permite a los Estados la concertación de acuerdos bilaterales y también regionales, pero con diferencias según la materia, en materia de familia y alimentos, pero en este caso sólo se reconoce a Suecia y Finlandia. En el caso de las obligaciones contractuales y extracontractuales se establece que se podrá llegar a acuerdos entre unos pocos países vecinos, miembros o no, estableciéndose el concepto de situaciones locales, como concepto de referencia que si bien no es una exigencia legal si se utilizara como referencia para determinar si estamos ante un acuerdo regional o se trata de un acuerdo que afecta a la Comunidad. Se puede ver con esta limitación como se trata de proteger la primacía del D. Comunitario, se busca que no se vean limitadas en ningún caso las competencias comunitarias.

Ambos Reglamentos según el autor tienen ciertos efectos proactivos, ya que aunque parte de los Reglamentos aun no han entrado en vigor la autorización para celebrar

acuerdos sobre las materias reguladas en ellos será necesaria ya que se entiende que la Comunidad ya ha atraído la competencia sobre tales materias aunque la regulación no esté en vigor.

También tiene ciertos efectos retroactivos ya que serán aplicables a negociaciones que se estuvieran realizando antes de su aprobación y que se mantuvieran al momento de ésta.

La fundamentación de la necesidad de autorización se basa en que estas materias son competencia exclusiva de la Comunidad, en el caso de las obligaciones contractuales y extracontractuales debido a que los Reglamentos Roma I y II tienen un alcance erga omnes sobre esta materia, en materia de alimentos habrá que estar a la concreta materia para determinar si nos encontramos ante una competencia exclusiva o no. Hay ciertas materias en las que la competencia exclusiva no parece estar tan clara y esto porque en ciertos casos la competencia de la Comunidad ad intra está limitada y por tanto reclamara exclusividad ad extra parece incorrecto, en otros casos porque aunque la Comunidad se arroga la exclusividad aun no ha legislado sobre la materia, simplemente se ha comprometido a incorporarse a un Protocolo Internacional que regula la materia, pero todavía no lo ha hecho.

En cuanto al procedimiento de autorización, según el autor se establece un mecanismo de doble autorización, esto es, es necesaria una autorización para iniciar las negociaciones y otra para celebrar el acuerdo. Esto se aplica tanto a nuevos acuerdos como a modificaciones de acuerdos ya existentes. La autorización para negociar se puede acompañar del establecimiento de facultades para la Comunidad, que incluso podrán llevar a la Comisión a realizar sugerencias sobre el contenido del acuerdo. Sugerencias, que son eso sugerencias, pero que pueden llegar a ser imperativas si se hace depender la aprobación del acuerdo del cumplimiento de las indicaciones de la Comisión. Así pues la no imperatividad, se puede tornar en imperatividad.

Para que se produzca la autorización a la negociación se han de dar cuatro condiciones:

- Que no exista previsión expresa de negociación, en los próximos 24 meses sobre esa materia entre la Comunidad y el Estado con quien se pretende negociar el Tratado.- Se busca que los Estados miembros no interfieran en las iniciativas negociadoras de la Comunidad
- Que exista un interés probado y justificado en vínculos, económicos, geográficos, culturales, históricos, sociales y políticos.- Esta condición se puede

dar fácilmente ya que se establecen unos criterios muy amplios y por tanto es fácil encuadrarse en los mismos

- Que no se prive de eficacia al D. Comunitario ni se socave el funcionamiento del sistema comunitario.- Se habla de privación de eficacia o socavamiento, es decir, no basta con que se dé una afectación mínima para que no se autorice el acuerdo, sino que se ha de producir una afectación fuerte del D. Comunitario. Lo contrario supondría la celebración de acuerdos fuera materialmente imposible
- Que el acuerdo no atente contra el objeto y finalidad de la política exterior de la Comunidad.

Hay que tener en cuenta que estas son las condiciones necesarias para que se autorice a la negociación, para que se autorice la celebración del acuerdo se ha de dar además otra condición y es que se establezcan cláusulas de denuncia total y parcial del acuerdo, para el caso en que la Comunidad o sus Estados celebren sobre la misma materia un acuerdo con el tercer Estado. Además de esto se vuelven a revisar las dos últimas condiciones citadas anteriormente. Hay que tener en cuenta que en ambos casos sólo se podrá negar al autorización o bien si el contenido del acuerdo difiere mucho del autorizado previamente o si se produce un grave cambio en las circunstancias políticas, lo mismo sucede en el caso de la privación de eficacia al D. Comunitario aunque no se establezca claramente así el autor entiende que no puede utilizarse esto para negar autorizaciones de forma indiscriminada. Tampoco puede suponer una ocasión de corrección de errores, si la autorización para negociar se dio en unos términos estos no se pueden cambiar a la hora de autorizar.

Se establecen en los considerados previos otros dos motivos que al no encontrarse luego en el articulado no se pueden considerar como motivos para la denegación. Según el autor aunque no se pueden alegar como motivos para la denegación la Comisión los puede utilizar como algo más que criterios de autorización y que por tanto pueden utilizarse como límites a la autorización.

D. Ángel entiende que los principios que rigen la autorización configuran un proceso transparente, con unos plazos razonables y que busca soluciones dialogadas si bien el

autor entiende también que pueden surgir ciertos problemas porque ha habido cuestiones preteridas por la regulación.

En suma el autor entiende que los reglamentos han conseguido flexibilizar el régimen de competencia exclusiva de la UE, aunque no zanján del todo los problemas de la competencia externa y recalca el autor la incoherencia que comete la UE al confundir europeísmo con eurocentrismo.

VI. POSIBLES LÍMITES A LA EXPANSIÓN DE LAS COMPETENCIAS EXCLUSIVAS EN EL ÁMBITO DEL ART. 65 TCE

En este aspecto lo primero a señalar es el claro vencimiento de la interpretación más amplia de la doctrina AETR.

1. Límites desde el ordenamiento comunitario

La doctrina AETR hace referencia a la extensión de las competencias exclusivas a las relaciones ad extra cuando estas tengan por objeto una política común, cuestión que queda reforzada con el art.3 d) TCE acerca de la circulación de personas. Así el art.65 queda fuera de dichos fines tratándose entonces de una competencia compartida.

Además, como se reconoce en la “Declaración sobre los artículos 71 y 72 del Reglamento 44/2001 y sobre las negociaciones en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado los Estados miembros pueden celebrar convenios con terceros Estados “sobre materias cubiertas por el mismo, siempre que se trate de acuerdos que no afecten al Reglamento”, declaración que da lugar al precio de lealtad comunitaria (art.10 TCE).

En suma, los Estados miembro podrían celebrar convenios internacionales en materia de cooperación judicial en materia civil siempre que no afecten a la eficacia de los Reglamentos comunitarios. Los Convenios Bilaterales celebrados por España no supondrían una amenaza al Tratado de Ámsterdam, respetan el “status quo”.

2. Límites desde la Constitución española.

Nuestra CE prevé la autorización del Parlamento para la conclusión de Tratados Internacionales. Este fue el método por el que se incorporó España a las Comunidades Europeas. En el Acta de Adhesión a las mismas se fija el alcance de la delegación de soberanía, delegación que no es absoluta sino que sólo habilita al ejercicio de una competencia derivada del propio texto constitucional y con los límites que en él se

contienen. De este modo la competencia del Estado no se ve variada sino que se modula en función de la delimitación de las competencias de la comunidad. La delegación que realizan los estados es limitada a los objetivos que establecen los Tratados.

Destacan la Declaración del Tribunal Constitucional 1/2004 que se pronuncia a solicitud del Gobierno sobre la compatibilidad con la CE de ciertos preceptos recogidos en el TC.

VII. CONSIDERACIONES FINALES: PROBLEMA AÚN ABIERTO.

Hay que tener en cuenta que la interpretación que ha hecho el Tribunal de Justicia sobre los supuestos en los que cabe entender la afectación de la norma comunitaria, tal vez, sea excesivamente amplia. Convendría promover el uso de otras técnicas protectoras de la primacía del Derecho comunitario pero respetuosas con la facultad de los Estados de celebrar acuerdos internacionales con terceros Estados sin que ello suponga en abstracto un ataque a los objetivos de la Comunidad.

En cualquier caso, el Dictamen 1/03 abre el debate sobre el alcance del mismo respecto a otros instrumentos presentes y futuros.

BIBLIOGRAFÍA:

- Mónica Guzmán Zapater, *“Competencia de la Unión Europea para concluir Tratados Internacionales en materia de Derecho Internacional Privado (a propósito del Dictamen del TJCE 1/2003, de 7 Febrero 2006)”*.
- M^a Jesús Elvira Benayas, *“Las competencias externas de la Unión Europea y el Derecho Internacional Privado tras el Dictamen del TJCE relativo al Convenio de Lugano”*.
- Ángel Espiniella Menéndez, *“La autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de Derecho Internacional Privado entre estados miembros y terceros países”*.
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis; Carrascosa González, Javier, *“Derecho Internacional Privado Vol. I, 11^a Edición”*.
- A. P. Abarca Junco, *“Derecho Internacional Privado Vol. I”*.

BASES DE DATOS JURÍDICAS:

- “Diario la Ley”
- “Dialnet”
- “Westlaw”

Este trabajo ha sido realizado por:

- *Blanco Talaván, Angélica*
- *Cañibano Gutiérrez, Ángel A.*
- *Espinosa Pérez, Tamara*
- *Gilo Gómez, César*

IV. Materias comunitarizadas/materias que podrán ser objeto de comunitarización (citar reglamentos y extractar su contenido brevemente):

1. MATERIAS COMUNITARIZADAS

El artículo 61 del *Tratado constitutivo de la Comunidad* prevé el establecimiento progresivo de un espacio común de libertad, de seguridad y de justicia mediante, entre otras cosas, la adopción de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil. Su artículo 65 menciona expresamente medidas tendentes a «mejorar y simplificar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles y mercantiles, incluidos los extrajudiciales», así como a «fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes y de jurisdicción».

ANTECEDENTES

- **Convenio Bruselas**
- **Convenio Roma 1980**

1. ÁMBITO CIVIL Y MERCANTIL

- **Competencia judicial, reconocimiento y ejecución**

1. Reglamento 44/ 2001 (Bruselas I) sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Determina la competencia en materia civil y mercantil. Estipula que las resoluciones adoptadas en un Estado miembro de la Unión Europea (UE) serán reconocidas en los restantes Estados miembros sin recurrir a ningún procedimiento, salvo en caso de oposición. La declaración relativa al otorgamiento de ejecución de una resolución debería producirse de manera casi automática tras un simple control formal de los documentos presentados, sin que el tribunal pueda invocar de oficio ninguno de los motivos de denegación de la ejecución previstos por el reglamento.

Tiene su antecedente en el C. Bruselas de 1968, que era aplicable entre los Estados miembros antes de la entrada en vigor del reglamento. El convenio sigue siendo aplicable a los territorios de los Estados miembros que entran dentro de su ámbito de aplicación territorial y que están excluidos del presente reglamento con arreglo al artículo 299 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (CE). El reglamento también enumera una serie de convenios, tratados y acuerdos celebrados entre los Estados miembros a los que sustituye.

➤ Competencia. Ámbitos de aplicación

1. **Territorial:** Se aplica a todo el territorio de los Estados miembros de la UE.
2. **Temporal:** Será aplicable desde su entrada en vigor en cada uno de los estados miembros, siendo irretroactivo.
3. **Material:** litigios internacionales cuyo objeto sea materia civil y mercantil.

Se excluyen las siguientes materias:

1. Fiscal, administrativa y aduanera
2. Materias civil o mercantil: estado y capacidad de las personas físicas, regímenes matrimoniales, testamentos y sucesiones; quiebras; seguridad social; arbitraje.

4. Personal

El principio fundamental es que la jurisdicción competente es la del Estado miembro donde el demandado tiene establecido su domicilio, cualquiera que sea su nacionalidad. La determinación del domicilio se efectúa en función de la ley del Estado miembro del tribunal competente. Cuando alguna de las partes no tiene domicilio en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto, el tribunal deberá aplicar la legislación de otro Estado miembro para determinar si dicha persona tiene un domicilio en dicho Estado miembro.

- Domicilio personas físicas: Ley del estado cuyos tribunales conocen del asunto
- Domicilio Personas jurídicas: Art. 60 R. sede estatutaria, administración central y centro de actividad principal.

Debe tenerse presente el sistema de jerarquización de los foros. En este sentido, los tribunales de un estado miembro se declararán competentes siempre que les otorgue competencia uno de los siguientes foros:

- a. Foros exclusivos:** materias objeto de competencia exclusiva
 - derechos reales inmobiliarios y contratos de arrendamientos de bienes inmuebles (es competente el tribunal del Estado miembro donde está situado el inmueble);
 - validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas o las decisiones de sus órganos (el tribunal donde tiene la sede la persona jurídica);
 - validez de las inscripciones en los registros públicos (el tribunal del Estado miembro donde se encuentra el registro);
 - inscripción o validez de patentes, marcas, diseños y modelos o derechos análogos (los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se efectuó el depósito o registro con arreglo a un instrumento comunitario o algún convenio internacional);
 - ejecución de resoluciones judiciales (los tribunales del Estado miembro del lugar de ejecución)

b. Sumisión tacita o expresa

c. Foros especiales por razón de la materia: materia contractual, alimentos, delitos...

d. Foro del domicilio del demandado

➤ **Reconocimiento y ejecución**

Las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro son reconocidas en los otros Estados miembros, sin que sea necesario recurrir a un procedimiento complementario. El Reglamento entiende por «resolución» *cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado miembro con independencia de la denominación que recibiere*, tal como: auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución. La decisión extranjera no puede nunca ser objeto de una revisión de fondo.

Una resolución no será reconocida si:

- el reconocimiento fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido
- la cédula de emplazamiento del procedimiento no se hubiera notificado con tiempo suficiente al demandado para que pueda defenderse
- es inconciliable con una decisión dictada entre las mismas partes en el Estado miembro requerido
- es inconciliable con una resolución dictada anteriormente en otro Estado miembro o un Estado tercero entre las mismas partes en un litigio que tiene el mismo objeto y la misma causa.

Un tribunal puede suspender el procedimiento si una resolución dictada en otro Estado miembro fuere objeto de un recurso ordinario.

Las resoluciones se ejecutan en otro Estado miembro después de haber sido declaradas allí ejecutorias a instancia de cualquier parte interesada. Las partes

pueden interponer un recurso contra la decisión relativa a la solicitud de declaración que constata la fuerza ejecutoria.

2. Reglamento 805/ 2004 título ejecutivo europeo para créditos no impugnados

Entrada en vigor: 21.1.2005

Modificaciones: Reglamento (CE) nº 1869/2005, 24. 11. 2005

El objeto es crear un TEE. Se garantiza, mediante el establecimiento de unas normas mínimas en todos los estados miembros , la libre circulación de resoluciones, transacciones judiciales y actos auténticos sobre créditos no impugnados. Así ya no es necesario recurrir a un procedimiento intermedio en el estado miembro de ejecución.

➤ **Ámbito de aplicación:** Se aplica a todos los estados miembros, excepto Dinamarca, respecto a materias civiles y mercantil excluida materia fiscal, administrativa y aduanera.

➤ **Requisitos**

El procedimiento judicial en el Estado miembro de origen debe cumplir algunas condiciones de procedimiento, para que la decisión relativa a un crédito pueda certificarse como título ejecutivo europeo.

1. Disposiciones mínimas en lo relativo a las modalidades de notificación de los actos (escrito de incoación y, llegado el caso, citación judicial) con el fin de garantizar el respeto de los derechos de la defensa. Sólo los métodos de notificación o traslado enumerados en el Reglamento están permitidos para que la sentencia pueda certificarse como título ejecutivo europeo.

2. Escrito de incoación deberá indicar de forma detallada toda la información sobre: el crédito (datos personales de las partes, importe del crédito, existencia de interés y período de duración, etc.); las modalidades procesales requeridas para contestar el crédito (plazo fijado para impugnar, consecuencias de la no objeción, etc.).

Si no se cumplieran dichos requisitos, se podrán subsanar cumpliendo ciertas condiciones.

3. Para que la sentencia pueda certificarse como título ejecutivo europeo, el Estado miembro de origen debe obligatoriamente prever una reconsideración.

➤ **Ejecución:**

Se regirá por Derecho nacional del Estado miembro de ejecución. Dicho estado puede limitar, suspender o rechazar la ejecución si considera que la resolución que se pretenda ejecutar es contraria a una que previamente haya sido dictada en otro estado miembro o tercer país.

➤ **Derecho aplicable**

1. Reglamento 593 / 2008 (“Roma I”) relativo al derecho aplicable en obligaciones contractuales. En vigor 24.7.2008

Su objetivo ha sido establecen normas uniformes para determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales en la UE.

- **Ámbito de aplicación:** Casos que presenten conflicto de Ley. Excluida materias fiscal, aduanera y administrativa; prueba y proceso; estado civil y capacidad de las personas físicas; Régimen económico matrimonial, el estado civil y la capacidad de las personas físicas; las relaciones familiares; los regímenes económicos matrimoniales; los instrumentos negociables, como las letras de cambio, cheques y pagarés; el arbitraje y la elección del tribunal competente; el Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas

jurídicas; la obligación de un mandante o empresa frente a terceros; los trusts; los tratos previos a la celebración de un contrato; los contratos de seguros, excepto los que se definen en el Artículo 2 de la Directiva 2002/83/CE sobre el seguro de vida.

➤ **Ley aplicable**

Existe libertad de elección en cuanto a la Ley aplicable. Dicha ley regirá: su interpretación, cumplimiento, las sanciones derivadas del incumplimiento de sus obligaciones, la evaluación del daño, la extinción de las obligaciones, las instrucciones para estas acciones, y las consecuencias de la nulidad del contrato. No obstante, las disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales prevalecerán sobre el presente Reglamento, excepto en el caso de los contratos de seguro.

Para determinar qué Ley será aplicable se seguirán los siguientes criterios:

1. Las partes serán las que decidirán qué Ley aplicarán a su relación pudiendo esta aplicarse íntegramente o a una parte del mismo aunque deberán respetar la Ley del estado que esté más vinculada con el objeto del contrato.
2. En defecto de pacto por las partes se deberá distinguir ante el tipo de contrato que nos encontremos, así por ejemplo:
 - a. Contratos que tengan por objeto un bien inmueble se regirán por la Ley del Estado donde se hallare sito
 - b. Contratos de venta de bienes mediante subasta se regirán por la Ley del estado donde tenga lugar
3. Si tampoco se pudiera determinar por el segundo criterio, se regirá por la Ley del estado donde tenga la residencia habitual la parte que deba satisfacer la prestación de la que trate el contrato.

Contratos específicos: Reglamento ofrece opciones para elegir la ley aplicable y determina la ley que regirá el contrato en defecto de elección

1. Contrato transporte mercancías
2. Contrato transporte pasajeros
3. Contratos consumo
4. Contratos seguro
5. Contratos individuales de trabajo

2. Reglamento 864/ 2007 (“Roma II”) relativo al derecho aplicable en obligaciones extracontractuales

En vigor: 11 de enero de 2009 (art. 32).

Regla general: La ley aplicable a una obligación extracontractual derivada de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño.

Reglas específicas para determinadas materias. (daños causados por productos defectuosos, competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia, daño medioambiental, infracción de los derechos de propiedad intelectual y acción de conflicto colectivo).

"**Cláusula de escape**" permite operar el principio de proximidad.

No serán aplicables las reglas anteriores cuando de todas las circunstancias del caso se desprende claramente que el hecho dañoso está manifiestamente más vinculado con otro país.

Autonomía de la voluntad: Dentro de ciertos límites se da entrada a la **libertad de elección de ley aplicable**. El Art. 14 que consagra la libertad de elección de ley

aplicable, en el sentido de que las partes podrán pactar someter la obligación extracontractual a la ley que elijan, bien mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño, o bien, cuando todas las partes desarrollen una actividad comercial, también mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño.

➤ **Ámbito de aplicación:**

1. **Territorial:** Son Estados miembros todos los que forman la Unión Europea excepto Dinamarca (art. 1.4).
2. **Material:** El Reglamento se aplica a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil. No se aplica:
 - a. materia fiscal, aduanera, administrativa, etc, ni en los supuestos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones *iure imperii* (art. 1.1).
 - b. las obligaciones extracontractuales derivadas de relaciones familiares, regímenes económicos matrimoniales, letras de cambio, cheques y pagarés, del Derecho de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, de las relaciones internas derivadas de un *trust* voluntario, del daño nuclear y de la violación de la intimidad o los derechos de la personalidad, en especial la difamación (art. 1.2).
 - c. Prueba y el proceso (art. 1.3).

A los efectos del Reglamento, **se entiende por "daños":** *todas las consecuencias resultantes de un hecho dañoso, el enriquecimiento injusto, la gestión de negocios o la culpa in contrayendo* (art. 2.1). La noción de obligación extracontractual deberá interpretarse como un concepto autónomo.

La nueva disposición tiene alcance *erga omnes*, es decir universal, de tal manera que la ley designada por su articulado se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro (art. 3). Esto significa que al entrar en vigor desplazará a las normas de origen interno que determinan la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (art. 10.9 CC y otros).

La norma general (art. 4) :

1. la ley aplicable a una obligación extracontractual derivada de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, *lex loci delicti commissi*, con independencia del país donde se haya producido el hecho generador del daño o del país o países en que se produzcan las consecuencias indirectas del hecho (párr. 1º).
2. **Excepción:** Cuando la persona cuya responsabilidad se alega y el perjudicado tengan su residencia habitual en el mismo país en el momento de producirse el daño, se aplicará **la ley de dicho país** (párr. 2º). No obstante, si del conjunto de circunstancias, incluidas las relaciones preexistentes entre las partes, se desprende que el hecho dañoso tiene vínculos manifiestamente más estrechos con un país diferente al designado por los párr. 1º y 2º, se aplicará la ley de ese otro país.
3. Existen normas especiales respecto del enriquecimiento injusto (art. 10), la gestión de negocios (art. 11) y la *culpa in contrahendo* (art. 12).

➤ **Creación de nuevos procesos**

1. Reglamento 1896/ 2006 proceso monitorio europeo
2. Reglamento 861/ 2007 proceso europeo de escasa cuantía

2. OTROS ÁMBITOS: FAMILIA Y SUCESIONES

1. **Reglamento 1347/ 2000 (Bruselas II) post. Derogado por Regl. 2201/2003 (Bruselas II bis) sobre reconocimiento, competencia y ejecución de resoluciones judiciales en ámbito matrimonial y de responsabilidad parental.**

Debido al aumento en la movilidad de personas, los matrimonios internacionales han aumentado. Si una pareja internacional decide divorciarse, habrá que determinar qué sistema jurídico y qué leyes son aplicables. Estas normas se llaman las normas de colisión

- Inicialmente se elaboró el **Reglamento n° 1347/2000**, en el que Dinamarca no participó. Este documento se refiere a los casos de divorcio matrimonial, así como a las resoluciones judiciales en los derechos de los padres respecto de los hijos. Sin embargo, no regulaba el Reglamento la separación de los bienes de los cónyuges.

- **El Reglamento 2201/2003** del Consejo Europeo fue aprobado el 27 de noviembre de 2003 y entró en vigor a partir del 1 de marzo de 2005, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y las cuestiones de responsabilidad parental.

La palabra "divorcio" se utiliza por simplicidad y está destinada a abarcar todos los asuntos matrimoniales (divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial). Su objetivo es:

1. Orientar a las partes, jueces, abogados, notarios y autoridades centrales.
2. Aconsejar al Estado miembro acerca de la mejor manera de garantizar su aplicación.

➤ **Ámbito de aplicación**

1. El Reglamento se aplica a partir del 1 de marzo de 2005 en todos los Estados miembros de la UE, con la excepción de Dinamarca.
2. Se aplica en los diez Estados miembros que se adhirieron a la UE el 1 de mayo de 2004.
3. Es directamente aplicable en los Estados miembros y prevalece sobre la legislación nacional.

4. El Reglamento se aplica en su totalidad a: los procesos judiciales importantes incoados y los documentos formalmente estructurados o registrados como instrumentos auténticos y los acuerdos celebrados entre las partes después del 1 de marzo de 2005 (artículo 64 (1)).

➤ Soluciones alternativas de controversias

La UE está muy interesada en utilizar los medios alternativos de solución de controversias. A raíz del **Plan de Acción de Viena en 1998 y las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere en 1999**, el Consejo de Ministros de Justicia e Interior pidió a la Comisión que presentara un Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el Derecho civil y comercial que no sea el arbitraje, haciendo un balance de la situación actual y poniendo en marcha una amplia consulta sobre las medidas que deban tomarse. Se dio prioridad a la posibilidad de establecer los principios básicos, ya sea en general o en sectores específicos, lo que ofrecen las garantías necesarias de las soluciones de controversias que fuera de los tribunales velarán por el buen grado de seguridad en la administración de justicia.

En su Libro Verde, la Comisión recordó que el *desarrollo de estas formas de solución de controversias no debía considerarse como un medio de poner remedio a las deficiencias en el funcionamiento de los tribunales, sino como una alternativa*, basada mayormente sobre el consenso de mantenimiento la paz social y sobre la solución de controversias y conflictos, lo cual en muchos casos sería más apropiado que la resolución de controversias por un tercero como a través de los tribunales o mediante arbitraje.

La alternativa a la solución de controversias técnicas, como la mediación, permite a las partes reanudar el diálogo y llegar a una verdadera solución de su controversia mediante la negociación en vez encerrarlos en una lógica de conflicto y en el enfrentamiento con un ganador y un perdedor al final. La importancia de esto es muy evidente, por ejemplo, en los conflictos familiares, pero es potencialmente muy valiosa en muchos otros tipos de litigios.

2. Posible Regl. Bruselas II ter para cubrir lagunas de los anteriores

3. Regl. Roma III sobre derecho aplicable en ámbito matrimonial (o ambos en un solo reglamento). Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.

➤ **En vigor: 30. 12. 2010 aplicable desde 21.6.2012**

➤ **Estados miembro:** Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía y Eslovenia

La Comisión de la Comunidad Europea presentó la propuesta el 17 julio 2006, en régimen de cooperación reforzada, de Reglamento "Roma III" sobre la Ley aplicable al divorcio. Sólo cubre aspectos de Ley aplicable al divorcio y separación judicial y no aspectos de competencia judicial internacional. Se excluye la nulidad.

La propuesta de nuevo Reglamento no supondrá modificación del Reglamento 2201/2003 y vinculará exclusivamente a los Estados miembros que se unan a la iniciativa de "cooperación reforzada", siendo por primera vez utilizado este término. Fue aprobada el 20 diciembre de 2010 por CJI.

¿Qué es la cooperación reforzada? Se trata de un mecanismo cuyo objetivo de dar mayor seguridad jurídica a las parejas de nacionalidad distinta que decidan iniciar un proceso de separación o divorcio a la hora de determinar cuál es la ley que rige la separación o qué juez debe dictar una resolución judicial. Estos son los problemas de competencia y de ley aplicable que se pretenden solucionar con la nueva propuesta de Reglamento Roma III.

Posee dos objetivos claros:

A. Se trata de permitir un divorcio más sencillo ante tribunales de los Estados miembros a los ciudadanos comunitarios que residen habitualmente en terceros países permitiendo:

1. La elección, por los cónyuges del tribunal competente para dictar una sentencia de divorcio
2. Abrir nuevos foros para permitir el divorcio en los casos de matrimonios entre personas del mismo sexo y en los casos en los que la Ley del Estado

miembro del tribunal que conoce del asunto no admite la institución del divorcio.

B. Por otra parte, la Propuesta de Reglamento Roma III incorpora un cuerpo de normas de conflicto para que la Ley reguladora del divorcio sea la misma en todos los Estados comunitarios que participen en este futuro Reglamento.

1. Elección por los cónyuges de la Ley aplicable al divorcio y separación.
2. En defecto de elección de Ley, la Propuesta recoge los criterios de la residencia habitual, nacionalidad común de los cónyuges y en último término, Lex Fori, con la finalidad de facilitar el divorcio en los casos internacionales que se plantean en los Estados miembros.

4. Nuevo Regl. 4/2009 sobre competencia, derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Aplicable 2010-2011

Los factores que han dado lugar a la regulación:

1. Crisis económica
2. Sociedad multicultural
3. Aumento de divorcios
4. Pluralidad de ordenamientos jurídicos

Sobre la base del citado “Estudio sobre el cobro de las deudas alimenticias en los Estados miembros de la Unión Europea”, la Comisión presentó, el 15 de abril de 2004, un *Libro Verde relativo a las obligaciones de alimentos*; tras varias sesiones de trabajo y después de haberse barajado diversas posibilidades se optó por la necesidad de elaborar un instrumento comunitario que abarcara todos los ámbitos de acción posible en materia de obligaciones de alimentos siendo esta la base sobre la que se gestó el Reglamento 4/2009, primer instrumento comunitario que ofrece una respuesta de conjunto a todas las cuestiones atinentes a los alimentos.

➤ **Ámbito de aplicación:**

1. **Material:** art. 1.1, “*a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad*”, con la finalidad

de garantizar la igualdad de trato a todos los acreedores (Considerando 11).

Pueden presentarse problemas con respecto a nuevos modelos familiares (familias reconstituidas, uniones conyugales, matrimonios del mismo sexo). Por lo tanto, tal y como afirma R. ESPINOSA CALABUIG, *“la atribución de un significado autónomo a los términos que aparecen en el Reglamento 4/2009 sería no sólo útil sino necesario para garantizar la ausencia de discriminaciones entre situaciones similares, así como el respeto de los mismos derechos y obligaciones para todas las partes independientemente del juez que resuelva el litigio, facilitando por tanto el cobro de los alimentos.*

2. **Territorial:** art. 1.2 afirma que se entiende por “Estado miembro” *todo Estado miembro al que se aplique el Reglamento (párrafo que, realmente, no dice nada).*

Mientras que Irlanda sí notificó su deseo de participar en la adopción y aplicación del instrumento *–opting in–*, el Reino Unido no (esta reticencia inicial se explica por su rechazo a aceptar las normas sobre ley aplicable). No obstante, este país ha notificado que desea participar en la aplicación del Reglamento.

Con respecto a Dinamarca, este país ha notificado a la Comisión su decisión de aplicar el contenido del Reglamento 4/2009 en la medida en que modifica el Reglamento Bruselas I. (excepción Capítulos III y VII)

3. **Personal:** No depende de la residencia habitual del demandado en un Estado miembro. El Reglamento 4/2009 contiene una regulación completa de la competencia judicial internacional descartándose la aplicación subsidiaria de los foros del derecho autónomo (Considerando 15).
4. **Temporal:** Se establece como regla general que *las disposiciones del Reglamento sólo se aplicarán a los procedimientos incoados, a las*

transacciones judiciales aprobadas y a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados como tales con posterioridad a su fecha de aplicación (art. 75.1). No obstante, se establecen en el párrafo 2 de dicha norma un conjunto de disposiciones transitorias con la finalidad de garantizar la continuidad con el Reglamento Bruselas I.

Si la entrada en vigor se produjo el 30 de enero de 2009, su efectiva aplicación se aplaza al 18 de junio de 2011 con la condición de que, en esa fecha, sea aplicable en la Comunidad el Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Si no se diese esa circunstancia, el Reglamento se aplicará a partir de la fecha de aplicación de dicho Protocolo.

➤ **Otras normas de cooperación judicial intra-comunitarias relevantes**

1. Regl. 1206/ 2001 sobre obtención de pruebas en el extranjero
2. Regl. 1348 / 2000 derogado posteriormente por 1393/ 2007 relativo a la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en el extranjero

2. MATERIAS QUE PUEDEN SER OBJETO DE COMUNITARIZACIÓN

1. PROPUESTA DE REGL. ÁMBITO SUCESIONES relativo al derecho aplicable competencia y ejecución de las resoluciones y actos auténticos en materia donaciones y sucesiones, incluyendo la creación de un certificado sucesorio europeo.

La creación de un instrumento europeo en materia de sucesiones figuraba ya entre las prioridades del Plan de Acción de Viena de 1998, y posteriormente en el Programa de La Haya de 2004 para el refuerzo del Espacio Europeo de libertad, justicia y seguridad.

La libre circulación de las personas de la UE se ve obstaculizada por la diversidad de normas de Derecho material como de normas de competencia internacional o de ley aplicable así como por la multiplicidad de autoridades a las que se puede someter una sucesión internacional. Existe por lo tanto, grandes dificultades para los ciudadanos de la UE a la hora de ejercer derechos en el contexto de una sucesión internacional y ello afecta igualmente a un derecho fundamental siendo este, el derecho a la propiedad. Por

ello, se propone la creación del Reglamento cuyo objetivo garantizar los derechos en materia de sucesiones transfronterizas a los ciudadanos de la UE, es decir, permitir a las personas que residen en la Unión Europea organizar por anticipado su sucesión y garantizar de manera eficaz los derechos de los herederos o legatarios y de las demás personas vinculadas al difunto, así como de los acreedores de la sucesión.

La propuesta del *Regl. Relativo a sucesiones* ha sido presentada por la Comisión europea tras consultar a la sociedad civil y los Estados miembros de la UE, siendo el Parlamento y Consejo quien deberán negociar la adopción del reglamento jugando España un papel importante.

➤ **Derecho aplicable:**

1. Sucesiones por causa de muerte
2. Pactos sucesorios, testamentos mancomunados, donaciones inter vivos irrevocables.

No se aplicará el Reglamento:

1. Derecho de familia, cuestiones de capacidad, alimentos, derecho de sociedades.
2. Se excluye igualmente la publicidad de los derechos reales, en particular el funcionamiento del **registro de la propiedad** y los efectos de la inscripción o no inscripción en dicho registro.

Determina, entre otras **materias**: *las causas, el momento y el lugar de apertura de la sucesión; el llamamiento de los herederos y legatarios; la capacidad e incapacidad para suceder; la desheredación y la indignidad; transmisión de los bienes y derechos que componen la sucesión a los herederos y legatarios; efectos de la aceptación o renuncia; los poderes de los herederos, etc.; la responsabilidad por las deudas de la sucesión; la parte de libre disposición y las restricciones para disponer como legítimas; la validez, la interpretación, la modificación y la revocación de una disposición por causa de muerte, excepto su validez en cuanto a la forma...*

Sistema unitario que permite que la sucesión se rija por *una única ley*, dando preferencia a la ley del Estado de *última residencia habitual del causante* en vez de a la de la nacionalidad. Sin embargo, el Artículo 17, permite que el causante opte, en una declaración que cumpla los requisitos formales de las disposiciones por causa de muerte, por la Ley del Estado cuya nacionalidad posee.

- **Objeciones:** no define qué es residencia habitual ni establece un mínimo periodo de tiempo de permanencia en un lugar, ¿qué debemos entender por residencia habitual?.

➤ **Reconocimiento:**

1. Se prevé el **reconocimiento** de todas las resoluciones y transacciones judiciales a fin de hacer realidad en materia de sucesiones el principio de reconocimiento
2. El Reglamento garantiza el **reconocimiento de los actos auténticos** a fin de permitir su libre circulación. Este reconocimiento significa que poseen el mismo valor probatorio pleno y completo en cuanto al contenido del acto registrado y a los hechos que en él constan que el que revisten los documentos públicos nacionales o al mismo título que en su país de origen, que están protegidos por la presunción de autenticidad y que tienen carácter ejecutivo dentro de los límites que fija el Reglamento

➤ **Competencia:**

1. En el presente Reglamento, la expresión «órganos jurisdiccionales» se entiende en sentido amplio e incluye otras autoridades (notarios y secretarios judiciales), cuando ejercen una función que entra dentro de la competencia de los órganos jurisdiccionales, especialmente por delegación
2. La **competencia de los órganos** jurisdiccionales estará normalmente determinada por el lugar en el que el difunto tuvo su última residencia habitual, ya se trate de jurisdicción voluntaria o contenciosa

➤ **Puntualizaciones**

1. No armoniza ni el Derecho de Sucesiones ni los derechos reales de los Estados miembros. el Reglamento se aplica a la adquisición por vía

sucesoria de un derecho real sobre un bien, pero no al contenido de dicho derecho.

2. Cada zona con **derecho foral** propio se considerará, a efectos de este reglamento, como un estado.
3. Como **acto auténtico** se considera un documento formalizado o registrado como tal y cuya autenticidad:
 - se refiere a la firma y al contenido del instrumento.
 - ha sido establecido por un poder público u otra autoridad autorizada a tal fin por el Estado miembro de origen;
4. Se introduce el **certificado sucesorio europeo** con el fin de permitir la rápida tramitación de los procedimientos internacionales de sucesión. Será un modelo uniforme y se designará a las autoridades que tendrían competencia internacional para expedirlo. Este certificado no sustituye a los certificados ya existentes en algunos Estados miembros. En el Estado miembro de la autoridad competente, la prueba de la cualidad de heredero y de los poderes del administrador o ejecutor de la sucesión se efectúa, por tanto, conforme al procedimiento interno.

2. REGL. RELATIVO A MATRIMONIOS ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Existen grandes dificultades de regular las relaciones matrimoniales entre personas del mismo sexo de diferentes nacionalidades ya que para que esta materia sea objeto del DIPr debe de ser una situación privada y contener un elemento de extranjería.

Los ordenamientos jurídicos de los diferentes estados miembros de la UE son divergentes respecto a la admisión o no de dichos matrimonios. Se pueden diferenciar tres bloques de estados:

1. Conservadores: Italia, Suiza entre otros. Su ordenamiento jurídico se opone a la admisión de los matrimonios entre personas del mismo sexo.
2. Liberales: España, Bélgica, Gran Bretaña, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia y Holanda. En sus respectivos ordenamientos los matrimonios entre

personas del mismo sexo tienen los mismos derechos que los matrimonios heterosexuales.

3. Posición ecléctica: Francia y Alemania. En sus ordenamientos no se regula la admisión de dichos matrimonios pero se establecen ciertos mecanismos para que gocen de los mismos derechos que los matrimonios heterosexuales.
 - a. Francia: Pacto civil de Solidaridad (Pacs). Este último, constituye un paso intermedio entre el concubinato y el matrimonio y es válido para homosexuales y heterosexuales.
 - b. Alemania: Alemania en 2000 aprobó la ley de “Comunidad Registrada de Vida”, que concede a las parejas homosexuales ventajas propias de los matrimonios civiles.

En este contexto, se observa una gran dificultad de establecer una regulación homogénea entre los diversos estados que componen la UE, más aún cuando el matrimonio se lleva a cabo entre diferentes nacionales.

V. Mecanismos utilizados para realizar la comunitarización del Dipro:

Antes que nada debemos tener en cuenta que la comunitarización del DIPri. tiene que ver con la construcción de la Unión Europea, sobre las materia de conflictos de leyes y jurisdicción, la comunitarización corresponde a la transferencia de un sector que depende, en el marco institucional de la Unión, del método intergubernamental (segundo y tercer pilar) al método comunitario (primer pilar).

El método comunitario se basa en la idea de que se defiende mejor el interés general de los ciudadanos de la Unión cuando las instituciones comunitarias juegan plenamente su papel en el proceso de toma de decisiones, respetando el principio de subsidiariedad.

Tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, los aspectos relacionados con la libre circulación de las personas que hasta la fecha se trataban en el marco de la justicia y los asuntos de interior (tercer pilar) se han comunitarizado y se regirán, en consecuencia, por el método comunitario, tras una fase transitoria de cinco años.

El Tratado afirma que la Unión Europea se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humano y de las libertades fundamentales y del Estado de Derecho. Estos principios son comunes a todos los estados miembros, en este sentido, posteriormente en 1998, el Consejo Europeo reunido en Colonia, acordó que la UE redactase un documento que apruebe una Carta de Derechos Fundamentales. Esta Carta vendrá a "comunitarizar" los principios generales expresados en el Convenio Europeode Derechos Humanos, aprobado en 1950 en el marco del Consejo de Europa.

El artículo 6.2. del tratado afirma lo siguiente:

"La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario".

En lo referente a los derechos sociales, la gran novedad la constituye que el Reino Unido, tras la llegada al poder del laborista Tony Blair, se ha adherido al acuerdo social que iba anexo al Tratado de Maastricht. Este protocolo ha sido incluido en el Tratado de Amsterdam y, por él, los estados miembros se comprometen a respetar los derechos sociales recogidos en la Carta Comunitaria de Derechos Sociales, aprobada en 1989, conocida normalmente como Carta Social. La Unión Europea puede en adelante actuar en los ámbitos de salud y seguridad de los trabajadores, las condiciones de trabajo, la integración de las personas excluidas en el mercado laboral o en la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Se prevé la posibilidad de que un Estado miembro viole los derechos fundamentales y se regula los pasos y medidas que puede adoptar la Unión contra este estado. La política de sanciones adoptada por la UE contra Austria en febrero del 2000 por el acceso al gobierno austriaco de miembros del partido ultraderechista de Jörg Haider, muestra esta actitud general de defensa de los derechos fundamentales y de prevención contra posturas atentatorias contra estos derechos.

Se establece el principio de no discriminación y de igualdad de oportunidades como una de las directrices básicas de la política de la UE. El Consejo se compromete a adoptar todo tipo de medidas contra la discriminación por motivos de sexo, de

origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. También se refuerza el fomento de la igualdad entre hombres y mujeres.

También como la libre circulación de personas hace necesario crear sistemas de información a escala europea, se refuerzan las garantías de protección de datos personales.

La Unión se compromete a establecer progresivamente un espacio de libertad, seguridad y justicia común. Todo lo referido a la libre circulación de las personas control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y cooperación judicial en materia civil pasa a formar parte del "pilar comunitario" en un proceso gradual de varios años.

La integración europea, iniciado por el Tratado de París de 18 de abril de 1951, la creación de la CECA, tiene como objetivo "establecer las bases de una unión cada vez más cerca los pueblos europeos". Esta Unión, que inicialmente sólo de carácter económico y, más en un carácter más político, da paso a un gran número de textos que regulan los estados de la Unión Europea, estableciendo así leyes de derecho común aplicable a todos estos países, la Comunidad Europea no es sólo la cooperación entre los estados, sino que se crea una "comunidad jurídica" permitiendo así el desarrollo de reglas ley aplicable a él directamente.

El proceso de comunitarización de derecho privado internacional en el que nos interesa por lo tanto describe la transferencia de las competencias del nivel nacional al nivel comunitario para adoptar y aplicar texto jurídico vinculante sobre el derecho internacional privado.

Su importancia es aún más los intercambios económicos entre los ciudadanos, los Estados miembros están aumentando; los comerciantes necesitan seguridad en sus actividades jurídicas, la definición de las normas de conflicto de leyes y conflictos, los tribunales se siente con mayor agudeza a la profundización progresiva de la construcción de la Comunidad y el aumento del comercio resultante. Sin embargo, el método elegido para la comunidad de la construcción es funcionalista y en un principio limitado a un sector económico pues su misión, en virtud del artículo 2 del Tratado de la Constitutivo de la Comunidad Europea es el "establecimiento de un mercado común", para lograr este objetivo, el artículo 3 del tratado constitutivo de la Comunidad Europea establece los medios previstos que son las cuatro

libertades:el tráfico, la libre competencia y las políticas de acompañamiento, permitiendo así la actuación conjunta de los países que conforman la UE conforme a la definición de bases legales, la Comunidad debe actuar "dentro de las facultades y los objetivos asignados al mismo.

La coordinación más procedentes de las directrices, se ha desarrollado a través de los convenios internacionales. La integración del espacio europeo se ha acelerado la adopción del Tratado de Maastricht del 07 de febrero 1992, el tratado de Amsterdam el 2 de octubre de 1997.

Las innovaciones hechas por esos tratados y la jurisprudencia producida por el Tribunal de Justicia Comunidades Europeas (TJCE) han servido para profundizar y mejorar el sistema comunidad jurídica, estos factores han llevado a lo que el alcance de la cooperación en el derecho internacional privado se ensancha y poco a poco integrar esta cuestión en el contexto de la integración de la comunidad. Así, hoy, significa el desarrollo de un Derecho internacional privado La Unión Europea ya no son principalmente responsabilidad de los Estados y su voluntad de cooperar, pero también y sobre todo, son parte de la competencia comunitaria. Este proceso de transferencia de un asunto de la cooperación intergubernamental en el campo de la competencia comunitaria se conoce como "comunitarización" entonces podemos establecer en cuestión de la palabra comunitarizado es, cuando todas las instituciones europeas que participan en su desarrollo de conformidad con los procedimientos habituales establecidos por el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

La comunitarización de derecho internacional privado es posible gracias a la creación de nuevas bases jurídicas constituidas Tratados constitutivos de la Unión y la Comunidad Europea que proporciona los medios para actuar con las instituciones comunes de los Estados miembros.

También encontramos como instrumento jurídico para la realización del la comunitarización del Derecho Internacional privado no sólo el tratado de Amsterdam encontraremos también el Tratado de Roma aunque este tratado no poseía ningún interés de establecer la comunitarización, sin embargo, la disposición

del tratado da incorporación antes de que el Tratado de Amsterdam permitiendo el desarrollo de un derecho internacional entre los estados privados, miembros de la Comunidad Europea y la Unión Europea. Esta forma de tratados de derecho internacional privado mantiene una cierta relación con las instituciones comunitarias y con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, convenios de Derecho Internacional Privado celebrado entre los Estados miembros antes del Tratado de Maastricht (Capítulo 1) ha concluido que la posibilidad de más adelante (Capítulo 2), después de haber una relación más estrecha con el ordenamiento jurídico comunitario sobre la base de fundamentos para este propósito.

La comunidad de origen heterogéneo de los convenios del derecho internacional privado entre Estados miembros los dos convenios sobre Derecho Internacional Privado celebrado entre los Estados miembros antes de Tratado de Maastricht Bruxelles, Convenio de 27 de septiembre 1968 en Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil y el Convenio de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a contrato. La base jurídica de estos dos instrumentos es diferente, mientras que el primero se basa directamente en el artículo 220 (ahora 293) del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea el segundo tiene una base jurídica de la comunidad más remota.

El desarrollo de instrumentos de la UE:

Los instrumentos que se adopten no van a utilizar un procedimiento estándar de la comunidad, la forma de normas jurídicas que deben adoptarse también ha sido discutido.

a) El procedimiento de toma de decisiones (nueva sección 67 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea), proporciona la reglas para la toma de decisiones Título IV, sobre la cooperación judicial internacional en materia civil.

Esta cuestión de procedimiento de adopción ha sido fundamental en el contexto de un comunitarización de estas materias. De hecho, la importancia de la elección de este proceso comunitaria en lugar de la cooperación internacional tradicional es el la naturaleza cada vez más integrada de los procedimientos con una mayor participación de las instituciones común y por lo tanto menos deja a los estados, no

obstante; esta comunitarización de la cooperación judicial en materia civil es poco a poco.

Durante las negociaciones, este tema tan sensible que derritió comunitarización la hostilidad de algunos estados no se discutió hasta el último. En efecto, el procedimiento del derecho comunitario, que es abandonar la regla de la unanimidad por la de mayoría cualificada. La perspectiva de perder su derecho de veto fue fuertemente rechazado por algunos estados, por lo tanto, la cuestión se debatió en marzo de 1997 la propuesta de la Presidencia neerlandaise⁸². Esto da lugar a la comunitarización parcial y gradual, en el marco del Tratado de Amsterdam, es un período transitorio de cinco años, durante los cuales primeros cinco años el artículo 67.1 del Tratado de Amsterdam establece que el Consejo decidirá por unanimidad propuesta de la comisión o iniciativa de un Estado miembro y previa consulta al Parlamento Europeo. En este caso, aunque el material se encuentra en el tratado constitutivo el Procedimiento comunitario de mantener la iniciativa a los estados con un voto unánimise acerca más a un proceso intergubernamental que un procedimiento comunitario, más allá de cinco años, el Consejo decidirá sobre las propuestas de la Comisión y, en por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo, "que tomar una decisión de procedimiento (codecisión) que se refiere el artículo 251 sea aplicable a todos los ámbitos cubiertos por el

b) Procedimiento de participación del Parlamento Europeo y del Consejo, ambas instituciones tienen en este caso el mismo peso en la decisión. En este contexto se muestra un retorno a los procedimientos convencionales con la comunidad monopolio de la iniciativa de la Comisión y las decisiones adoptadas por mayoría cualificada, cabe señalar, sin embargo; que el requisito de unanimidad para la aprobación del procedimiento es de co-decisión podría frenar el movimiento progresivamente comunidad debido a la hostilidad de algunos estados. Esto es probable que disminuya considerablemente la porción de interés de esta términos del pilar intergubernamental pilar comunitario.

Se produce un cambio de la unanimidad a la mayoría cualificada en los procedimientos comunidad convencional, dando la entrada en vigor del Tratado de

Niza que permitirá completar las fuentes de la comunitarización del Derecho internacional privado.

Una vez que el procedimiento para la adopción de los instrumentos comunitarios en materia de derecho Internacional privado, tenemos que ver lo que es la tarea que es la forma que pueden tomar estas normas una vez definido

c) La forma de las normas que se adopten: Artículo 65 establece una lista de temas, incluyendo el Consejo puede intervenir en el ámbito de la cooperación judicial. Esta acción debe ser tomada "en la medida necesarios para el buen funcionamiento del mercado interior. "En cuestiones de conflictos de leyes mediante las destrezas se debe "promover la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros ".

El texto del artículo 65 precisa que las medidas deben adoptarse. La petición de medida de largo plazo que no es necesariamente a los textos de carácter vinculante lo que puede incluir tanto directrices como reglamentos y también simples recomendaciones o consejos a lo dispuesto en el artículo 249 (antiguo 189).

El conflicto de leyes, por lo que es "promover la coherencia". Se puede llegar a la conclusión de que la misión de la Comunidad no estaríamos aquí para adoptar normas de conflicto uniforme, sino simplemente para alentar a los Estados para hacer o eliminar los conflictos sistemas a través de mecanismos apropiados, por ejemplo, el tipo de referencia, conflictos de leyes en las indicaciones que han mostrado sus limitaciones y deficiencias para la creación de normas uniformes de conflicto que se adopte.

d) El control del Tribunal de Justicia, las disposiciones del artículo 68 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea sobre el jurisdicción del Tribunal de Justicia en virtud del título IV del resultado, también posee un compromiso de política que ha sido difícil de encontrar y por lo tanto suponen una construcción de otra política a falta de claridad, en efecto, aquí como en el tema de la votación por mayoría cualificada, con el temor de que los Estados el tribunal de justicia, por

excesivamente amplios poderes, carece de competencias consenso excesiva de interpretación.

Así, el artículo 68.1 establece una disposición de la referencia al artículo 234. Sólo los órganos jurisdiccionales nacionales cuyas decisiones son inapelables, por lo que lo desea, realizar una remisión a la corte. Este fallo puede ser utilizado para la interpretación o validez.

Por otra parte, el artículo 68.3 introduce un nuevo procedimiento de interpretación en el interés de derecho comunitario, este procedimiento está abierto al consejo, la Comisión y los Estados Unidos. El tribunal de justicia no es una opinión consultiva, sino una decisión real, que sin embargo no es "aplicable a decisiones de los Estados miembros que tienen fuerza de cosa juzgada, este procedimiento híbrido, debido al hecho de que, si los Estados están de acuerdo a una cooperación con los jueces de la Comunidad, no lo hacen, sin embargo, para ver establecido un procedimiento revisar o anular sus decisiones nacionales.

En cuanto al procedimiento de codecisión, el artículo 67.2 establece que, tras el período de transición cinco años "el Consejo, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, tome la decisión adaptar las disposiciones relativas a la jurisdicción de la Corte de Justicia. " Este régimen diferenciado de acuerdo al derecho internacional privado. Existe el riesgo de que soluciones son diferentes y por lo tanto no va en la dirección de jurídico y soluciones internacionales armonía. La Comunitarización del Derecho internacional privado a partir de su entrada en vigor el 1 de mayo de 1999 el Tratado de Amsterdam, suscrito el 2 de octubre de 1997 por los quince Estados miembros de la Unión Europea, representó la "comunitarización" de la cooperación judicial en materia civil (antes en el "tercer pilar"), posibilitando la existencia de un Derecho internacional privado comunitario inimaginable hasta hace pocos años y constituyendo a su vez un paso importante en el camino de la posible armonización o unificación de importantes parcelas del Derecho, incluido el mercantil. El Tratado de Amsterdam "comunitarizó", transfirió al primer pilar, la cooperación judicial civil poniendo el acento en el desarrollo a través de Reglamentos, que han ido apareciendo (señaladamente en el sector del Derecho procesal civil internacional) con gran celeridad.

La institucionalización o “comunitarización” del Derecho internacional privado comunitario, relegando la anterior fórmula de los convenios, presenta ventajas indudables: la adopción de la normativa institucional, impuesta “desde arriba”, evita los inconvenientes en el procedimiento de adopción de actos normativos que genera toda negociación convencional, con las consiguientes versiones sucesivas derivadas de cada ampliación comunitaria¹⁹. Pero también suscita dudas y dificultades. El art. 67 TCE ha introducido algunas particularidades acerca del procedimiento de adopción de actos normativos relativos a la cooperación judicial en materia civil.

Bibliografía:

Derecho Internacional Privado, Volumen I,
Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa Gonzáles.

J.C. Fernández Rozas, “Comunitarización del Derecho Internacional Privado y Derecho aplicable a las obligaciones contractuales”,
Revista Española de Seguros, nº 140, 2009.

Miguel Asensio, “El Tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado”

Le Processus de communautarisation du droit international prive de l’Union Europeenne, Université PARIS X-Nanterre.

VI. Importancia del título ejecutivo europeo en el contexto comunitario:

ANTECEDENTES DEL TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO

Podemos decir que de forma general y dentro de la Unión Europea, se habla de «cooperación judicial» para referirse a aquellas iniciativas, medidas y acciones que

contribuyen a dar forma al denominado «*espacio judicial europeo*». Dentro del mismo se engloban tanto las iniciativas de promoción del conocimiento mutuo recíproco de los sistemas legales, los programas de medidas de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, los instrumentos internacionales dirigidos a la aproximación de legislaciones sustantivas y procesales, la ejecución y cumplimiento de resoluciones judiciales, como las concretas acciones consistentes en el despacho y ejecución de solicitudes de asistencia entre órganos judiciales.

El 3 de diciembre de 1998, el Consejo adoptó un Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. El Consejo Europeo, en la reunión celebrada en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, aprobó el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales como la piedra angular para la creación de un verdadero espacio judicial. El Consejo Europeo lanza un firme mensaje político para confirmar la importancia de este objetivo, y ha acordado una serie de orientaciones y prioridades políticas que convertirán rápidamente este espacio en una realidad. El 30 de noviembre de 2000, el Consejo adoptó un programa de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Este programa incluye en su primera fase la supresión del exequátur con la creación de un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. El Consejo Europeo situará y mantendrá este objetivo entre las máximas prioridades de su programa político. Someterá a constante revisión los avances realizados en la ejecución de las medidas necesarias y el cumplimiento de los plazos establecidos en el Tratado de Amsterdam, el Plan de Acción de Viena y las conclusiones.

En sus conclusiones de Tampere, el Consejo Europeo estimó que conviene acelerar y simplificar el acceso a la ejecución en un Estado miembro distinto de aquél en que se haya dictado la resolución, eliminando toda medida intermedia que deba tomarse antes de la ejecución en el Estado miembro en el que se persiga la misma.

Este procedimiento ofrece importantes ventajas con respecto al procedimiento de exequátur contenido en el Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en el sentido de que no haya necesidad alguna de aprobación por parte de la judicatura en un segundo Estado miembro, con las consiguientes demoras y gastos.

Así, mediante la fijación de normas mínimas, se asegura la libre circulación en todos los Estados miembros de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva. Se pretenden reducir las medidas intermedias que siguen exigiéndose para el reconocimiento y ejecución de una resolución en el Estado miembro requerido. Se contempla la supresión del exequátur como una de las prioridades de la Comunidad para lograr la libre circulación de resoluciones en el territorio de los Estados miembros.

LOS HITOS DE TAMPERE

1. Desde sus inicios mismos, la integración europea ha estado firmemente enraizada en un compromiso compartido de libertad, sustentado en los derechos humanos, en instituciones democráticas y en el Estado de derecho. Estos valores comunes han resultado imprescindibles para garantizar la paz y desarrollar la prosperidad en la Unión Europea. También servirán de piedra angular para la ampliación de la Unión.

2. La Unión Europea ya ha puesto a disposición de sus ciudadanos los principales componentes de un espacio compartido de paz y prosperidad: un mercado único, una unión económica y monetaria y la capacidad para asumir retos políticos y económicos a escala internacional. Corresponde ahora al Tratado de Ámsterdam recoger el desafío de garantizar que esa libertad, en la que se incluye el derecho a circular libremente por toda la Unión, pueda disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia accesibles a todos. Este proyecto responde a las inquietudes que con frecuencia han manifestado los ciudadanos y tiene una incidencia directa en sus vidas cotidianas.

3. No obstante, esta libertad no debería considerarse dominio exclusivo de los ciudadanos de la Unión. Su propia existencia ejerce un poder de atracción para muchos otros ciudadanos de todo el mundo que no pueden gozar de la libertad que los ciudadanos de la Unión dan por descontada. Los principios en los que deben basarse estas cuestiones han de ser claros para nuestros propios ciudadanos y, además, han de ofrecer garantías a las personas que busquen protección en la Unión Europea o traten de entrar en ella. También debe desarrollarse un planteamiento común que garantice la integración en nuestras sociedades a los nacionales de terceros países que residen legalmente en la Unión.

4. El ejercicio de la libertad requiere un auténtico espacio de justicia en el que las personas puedan recurrir a los tribunales y a las autoridades de cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio. Debe evitarse que los delincuentes encuentren la forma de aprovecharse de las diferencias existentes entre los

sistemas judiciales de los Estados miembros. Las sentencias y resoluciones deben respetarse y ejecutarse en toda la Unión, salvaguardando al mismo tiempo la seguridad jurídica básica de las personas y de los agentes económicos. Hay que lograr que aumenten la compatibilidad y la convergencia de los sistemas judiciales de los Estados miembros.

5. El espacio de libertad, seguridad y justicia debe basarse en los principios de transparencia y control democrático. Tenemos que desarrollar un diálogo abierto con la sociedad civil sobre los objetivos y principios a este respecto, a fin de fortalecer la aceptación y el apoyo por parte de los ciudadanos. Para mantener la confianza en las autoridades, deben establecerse normas comunes sobre su integridad.

6. El Consejo Europeo considera esencial que, también en estos ámbitos, la Unión desarrolle la capacidad para actuar y ser considerada como un socio significativo en la escena internacional. Para ello se requiere una estrecha cooperación con países asociados y organizaciones internacionales, en particular el Consejo de Europa, la OSCE, la OCDE y las Naciones Unidas.

CONCEPTOS

El **título ejecutivo europeo** es un certificado que acompaña a una resolución, a una transacción judicial o a un documento público con fuerza ejecutiva y que permite que dicha resolución, transacción o documento circule libremente en la Unión Europea. Como tal, el certificado constituye un «pasaporte judicial europeo» para estas decisiones.

Un TEE constituye un certificado completo y transparente de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, que garantiza el cumplimiento de todas las condiciones para la ejecución sin medidas intermedias en todo el territorio de la Comunidad. Desde el Convenio de Bruselas hasta el Reglamento 44/2001 respecto al TEE se han simplificado progresivamente los trámites para conseguir el exequátur, hasta llegar a eliminarlo en el TEE para los créditos no impugnados.

Es necesario para la ejecución en un Estado miembro de una resolución, una transacción judicial aprobada por un órgano jurisdiccional o celebrada ante el mismo, o un documento público con fuerza ejecutiva redactado en otro Estado miembro relativo a un crédito no impugnado. Cuando se obtiene un título ejecutivo europeo, no se requiere

ninguna declaración de ejecutividad en el Estado miembro en el que se persiga la ejecución de la resolución, transacción judicial o documento público.

Teniendo en cuenta el artículo 3 del Reglamento 805/ 2004 se entenderán

Títulos *ejecutivos que se certificarán como*

título *ejecutivo* *europeo* los siguientes:

El presente Reglamento se aplicará a las resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva sobre créditos no impugnados. Se considerará [no impugnado un crédito](#) si:

- a) el deudor ha manifestado expresamente su acuerdo sobre el mismo, mediante su admisión o mediante transacción aprobada por un órgano jurisdiccional o celebrada en el curso de un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional; o bien
- b) el deudor nunca lo ha impugnado, con cumplimiento de los pertinentes requisitos procesales de la ley del Estado miembro de origen, en el marco de un procedimiento judicial; o bien
- c) el deudor no ha comparecido ni ha sido representado en la vista relativa a dicho crédito después de haber impugnado inicialmente el crédito en el transcurso del procedimiento judicial, siempre que dicho comportamiento equivalga a una aceptación tácita del crédito o de los hechos alegados por el acreedor de acuerdo con la legislación del Estado miembro de origen; o bien
- d) el deudor lo ha aceptado expresamente en un documento público con fuerza ejecutiva.

El presente Reglamento se aplicará también a las decisiones que resuelvan los recursos interpuestos contra resoluciones, transacciones judiciales o documentos públicos con

fuerza ejecutiva certificados como títulos ejecutivos europeos.

Hay que tener en cuenta respecto al concepto de crédito no impugnado que si el deudor no ha impugnado nunca el crédito (3.1.b), el órgano jurisdiccional deberá comprobar si su silencio o pasividad equivale a una aceptación tácita del crédito de acuerdo con la legislación del Estado miembro de origen. Ejemplos típicos de dicha situación son las sentencias en rebeldía u órdenes de pago no acatadas. En el caso establecido en el punto 3.1.c es una situación que se produce cuando el deudor

participó en el procedimiento y se opuso al crédito, pero ya no compareció ni se hizo representar en una vista subsiguiente relativa al crédito. En esta situación, el órgano jurisdiccional deberá comprobar si la conducta del deudor puede asimilarse a una admisión tácita del crédito o de los hechos de acuerdo con la legislación del Estado miembro de origen.

A nivel comunitario, existen dos formas de solicitar la ejecución en el extranjero de una resolución, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva. Un acreedor que solicite dicha ejecución podrá elegir entre:

- obtener un título ejecutivo europeo en el Estado miembro en el que la resolución, transacción o documento público con fuerza ejecutiva fue expedido o formalizado;
- obtener una declaración de ejecutividad en el Estado miembro requerido, de conformidad con el procedimiento de exequátur establecido en el Reglamento (CE) n° 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Al elegir entre ambas formas de solicitar la ejecución en el extranjero, el acreedor deberá considerar que el título ejecutivo europeo le permite obtener una ejecución rápida y eficaz sin que deban intervenir los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de ejecución y prescindiendo de las largas y caras gestiones ligadas a la declaración de ejecutividad de conformidad con el procedimiento de exequátur previsto en el Reglamento 44/2001. Por otra parte, debe ser consciente de que un título ejecutivo europeo sólo puede obtenerse para créditos no impugnados y que sólo se acordará si se cumplen determinadas condiciones.

❖ Título ejecutivo europeo parcial

Si sólo determinadas partes de la resolución cumplen los requisitos para ser certificadas, el órgano jurisdiccional podrá expedir un certificado de título ejecutivo europeo únicamente respecto de dichas partes (ARTÍCULO 8).

❖ Por el artículo 4, a efectos del presente Reglamento se entenderá por:

1. «**resolución**», cualquier decisión adoptada por un tribunal de un Estado miembro con independencia de la denominación que recibiere, tal como auto, sentencia, providencia o mandamiento de ejecución, así como el acto por el cual el secretario judicial liquidare las costas del proceso

2. «**crédito**», una reclamación referida al pago de un importe determinado de dinero que sea exigible o cuya fecha de exigibilidad se indique en la resolución, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva;

3. «**documento público con fuerza ejecutiva**»:

a) un documento formalizado o registrado como documento público con fuerza ejecutiva, y cuya autenticidad:

i) se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y

ii) haya sido establecida por un poder público u otra autoridad autorizada con este fin por el Estado miembro de donde provenga;

o bien

b) un acuerdo en materia de obligaciones de prestar alimentos, celebrado ante las autoridades administrativas o formalizado por ellas;

4. «**Estado miembro de origen**», el Estado miembro en el que se haya dictado la resolución, se haya aprobado o celebrado la transacción judicial o se haya formalizado o

registrado el documento público con fuerza ejecutiva, que debe certificarse como título ejecutivo europeo ;

5. «**Estado miembro de ejecución**», el Estado miembro en el que se persiga la ejecución de la resolución, transacción judicial o documento público con fuerza

ejecutiva que deba certificarse como título ejecutivo europeo;

6. «**órgano jurisdiccional de origen**», el órgano jurisdiccional o tribunal que conozca del asunto en el momento de cumplirse los requisitos previstos en las letras a), b) ó c) del apartado 1 del artículo 3;

7. en Suecia, en los procedimientos sumarios de requerimiento de pago , el término «órgano jurisdiccional» comprenderá el Servicio público sueco de ejecución forzosa.

❖ Artículo 7. **Costas procesales**

Cuando una resolución incluya una decisión ejecutiva relativa al importe de las costas procesales, con inclusión de los tipos de interés aplicables, se certificará como título ejecutivo europeo también por lo que se refiere a las costas, a no ser que el deudor de forma expresa se haya opuesto en el curso de un procedimiento judicial a soportar dichas costas con arreglo al Derecho del Estado miembro de origen.

➤ TRANSACCIÓN JUDICIAL:

Puede solicitarse un título ejecutivo europeo para las transacciones judiciales, es decir, una transacción aprobada por un órgano jurisdiccional o celebrada en el curso de un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional (artículo 3.1.a y artículo 24): Sólo podrá solicitarse un título ejecutivo europeo, cumplimentando el formulario normalizado que figura en el Anexo II, con respecto a transacciones judiciales aprobadas o celebradas a partir del 1 de enero de 2005 (en todos los Estados miembros excepto Rumanía y Bulgaria) o del 1 de enero de 2007 (para Rumanía y Bulgaria) o con posterioridad a esa fecha.

ÁMBITO DE APLICACIÓN:

Ámbito temporal: artículo 33:

El título ejecutivo europeo puede obtenerse para resoluciones dictadas, transacciones judiciales aprobadas o celebradas y documentos públicos formalizados después del 21 de enero de 2005 (en el caso de Bulgaria y Rumanía, después del 1 de enero de 2007).

Ámbito geográfico de aplicación: artículo 2.3:

Un certificado de título ejecutivo europeo puede obtenerse para resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva dictados, celebrados, aprobados o formalizados por un órgano jurisdiccional o una autoridad competente de cualquier Estado miembro de la Unión Europea, excepto Dinamarca.

Ámbito personal: se aplica con independencia de la nacionalidad y del domicilio de las partes.

Ámbito de aplicación material: artículo 2.1 y 2:

La resolución, transacción o documento público que se certifique como título ejecutivo europeo deberá concernir a un crédito no impugnado en un asunto civil o mercantil y podrá referirse asimismo a un acuerdo en materia de prestar alimentos.

La noción «materia civil o mercantil»

Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al término «asuntos en materia civil y mercantil» debe dársele un significado autónomo derivado de los objetivos y del sistema de la legislación comunitaria afectada así como de los principios generales que constituyen la base de los ordenamientos jurídicos nacionales en conjunto (C-29/76, LTU Lufttransportunternehmen GmbH & Co KG/Eurocontrol, Rec. 1976, p. 1541). El Tribunal sostiene que dos elementos son pertinentes para decidir si un litigio es efectivamente de naturaleza civil y mercantil:

- su naturaleza; y
- el tipo de relación entre las partes afectadas.

En particular en lo relativo a acciones en las que está implicado un poder público, el Tribunal especificó que una cuestión no es «civil o mercantil» cuando se refiere a un litigio entre un poder público y un particular cuando el primero actuó en el ejercicio del poder público. Por lo tanto, el Tribunal distingue entre acto *iure imperii*, que están excluidos de la noción de «asuntos civiles o mercantiles», y acto *iure gestionis* que, por el contrario, están incluidos en tal noción. La distinción entre acto *iure imperii* y acto *iure gestionis* no siempre es fácil de establecer en la práctica, pero en la jurisprudencia del Tribunal se encuentran las siguientes directrices, vemos algunos ejemplos:

En el asunto Eurocontrol, el Tribunal sostuvo que una demanda de una autoridad pública creada por un tratado internacional para recaudar de una parte privada cargas por el uso de equipos y servicios cuando tal uso era obligatorio y las cargas se fijaron unilateralmente, no constituye un asunto de naturaleza civil o mercantil.

En el asunto Rüffer (C-814/79, Países Bajos/Rüffer, Rec. 1980, p. 3807), el Tribunal sostuvo que una demanda de un poder público que exige a una naviera la devolución de los costes contraídos durante la extracción de un pecio tampoco puede considerarse como una cuestión civil o mercantil.

Por el contrario, en el asunto Sonntag (C-172/91, Rec. 1993, p. I-1963), el Tribunal sostuvo que una acción civil ejercitada para obtener la reparación del perjuicio causado a un particular como consecuencia de un ilícito penal reviste carácter civil. Sin embargo, dicha acción queda excluida del ámbito del término «asuntos civiles o mercantiles» cuando el responsable del perjuicio debe considerarse como una autoridad pública que actuara en el ejercicio del poder público (en este caso no se consideró que

un profesor que vigilaba a unos alumnos correspondiese a la definición de «actuación en el ejercicio del poder público»).

Un título ejecutivo europeo no podrá obtenerse en las siguientes materias:

- fiscal, aduanera y administrativa ni en los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad («*acta iure imperii*»).
- el estado y la capacidad jurídica de las personas físicas, los regímenes económicos matrimoniales, los testamentos y las sucesiones.

El reconocimiento y ejecución de estas materias están contemplados por otros instrumentos comunitarios existentes (véase, por ejemplo, Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental³) o todavía no están contemplados por el Derecho comunitario.

- la quiebra, los procedimientos de liquidación de empresas o de otras personas jurídicas insolventes, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos. El reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de insolvencia se rige por el Reglamento (CE) n° 1346/2000 del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia.⁴

- la seguridad social.
- y el arbitraje.

REQUISITOS PARA LA EXPEDICIÓN DEL TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO

Para obtener la certificación de TEE es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

1) Que la decisión sea ejecutiva en el Estado de origen. El carácter ejecutivo lo determina la *lex fori* del Estado de origen, pero no se exige que tenga fuerza de cosa juzgada. Si conforme al Derecho de ese Estado una resolución ha dejado de ser ejecutiva (caso de que haya transcurrido el plazo de caducidad, etc.), o se ha suspendido o limitado su ejecutividad, esta circunstancia se extiende también a su eficacia extraterritorial. El art. 6.2 prevé en estos casos que el deudor pueda pedir al órgano jurisdiccional de origen un certificado normalizado en el que se indique la falta o la limitación de ejecutividad (Anexo IV).

2) Que se hayan respetado ciertas reglas de competencia judicial internacional (art.6.1.b). Para entender el alcance de este requisito es necesario recordar que conforme al Reglamento «Bruselas I» la posibilidad de excepcionar la competencia precluye en el Estado de origen salvo en ciertos casos: competencias exclusivas, contratos de consumo y contratos de seguro. La desaparición del procedimiento de *exequatur* implica que *toda* oposición a la competencia precluye en el Estado de origen. En concreto, que se hayan respetado las reglas de competencia exclusiva y en materia de contratos de seguros del R 44. El Reglamento TEE trata de fijar una un «doble control» como garantía, esto es, si el juez de origen se hubiera equivocado al aplicar las reglas de competencia dictando una resolución de condena, cuando se disponga a expedir el certificado deberá volver a revisar su propia competencia en los casos de competencia exclusiva y contratos de seguro y, si entonces repara en su error deberá denegar ese certificado.

3) Que se hayan respetado también las normas mínimas que establece el Reglamento en cuanto a la garantía de los derechos de defensa (art. 6.1), normas pensadas para los casos en los que el procedimiento se desarrolló sin la participación del deudor, con el fin de asegurar que, pese a ello, se respetaron los derechos de defensa. (sólo en los casos de admisión tácita del crédito por la no comparecencia del demandado) El respeto a los derechos de defensa se centra en asegurar que la ausencia del deudor fue consciente (o informada) y voluntaria, es decir, que el deudor tuvo conocimiento de la reclamación con el tiempo suficiente y de manera tal que pudo preparar su defensa, así como de los requisitos para impugnar el crédito y de las consecuencias de su no participación.

Cada Estado conserva su Derecho nacional y practica las notificaciones conforme a él, pero sólo si este Derecho nacional satisface el estándar de las normas mínimas la resolución se podrá certificar como TEE. Todo lo que no esté regulado por las normas mínimas queda al Derecho nacional y, por consiguiente, no es presupuesto de la certificación.

PROCEDIMIENTO DE SOLICITUD DEL CERTIFICADO DE TÍTULO EJECUTIVO EUROPEO

Cumplidos los requisitos necesarios para la certificación de una resolución, transacción judicial o documento público ejecutivo será necesario que la misma se solicite por el acreedor para que ésta pueda llevarse a efecto. El acreedor ha de pedir la

certificación expresamente y, en el caso de las resoluciones judiciales, puede pedirla en cualquier momento (art. 6.1): junto con la demanda (lo cual es aconsejable pues permitirá, en su caso, asegurar *ex ante* el respeto de las normas mínimas), durante el procedimiento, o incluso con posterioridad a la obtención de una resolución favorable. Siempre con el límite máximo de la caducidad de la acción ejecutiva.

El Reglamento no determina cuál es el órgano jurisdiccional competente para expedir el certificado, sino que se limita a precisar que debe solicitarse al «órgano jurisdiccional de origen», esto es, el que ha conocido del asunto en el momento de darse la circunstancia de la «no impugnación del crédito» (art.4.6). El Reglamento, en principio, presupone que la autoridad que expide el certificado es la misma que estaba conociendo del litigio cuando se dieron las condiciones de no impugnación del crédito, ya que a ésta debe dirigirse la solicitud, pero el ap. 3 del Anexo I contempla la posibilidad de consignar un órgano jurisdiccional distinto.

El certificado se expide en un documento formalizado, recogido en el Anexo I del Reglamento (Anexos III y IV para transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva, respectivamente) que ha de cumplimentarse en la misma lengua que la resolución (art. 9.2). Nada impide que la solicitud de certificado se acompañe del correspondiente Anexo relleno por la parte y de tal forma que la autoridad deberá sólo comprobar la veracidad del mismo y emitirlo mediante su firma y/ o sello.

La certificación puede ser parcial (art. 8): por ejemplo, cuando la resolución se refiera a varios asuntos y no en todos ellos se cumplan los requisitos para la certificación o cuando el deudor sólo acepta una parte del crédito.

Contra la expedición de un certificado de título ejecutivo europeo no cabrá recurso alguno de conformidad a los arts. 24 y 25 del RTEE.

PROCESO DE EJECUCIÓN (Capítulo IV Reglamento CE 805/2004)

Tras la expedición del título ejecutivo europeo, el Reglamento 805/2004 dispone que la ejecución se llevará a cabo de acuerdo a la *lex fori*, salvo lo establecido por los arts. 20 a 23 del Reglamento. Para España lo será conforme a las disposiciones generales de los arts. 517 y siguientes de la LEC 1/2000.

El procedimiento de ejecución, común a todos los títulos (resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva), se desarrolla en el art. 20 y ha de practicarse igual que si fuese una sentencia nacional. Con esto se trata de abolir el procedimiento de exequátur, al eliminar procedimientos intermedios respecto

de determinados títulos a partir del reconocimiento mutuo que se establece como objetivo del marco europeo (M. FREUDENTHAL) En efecto, el Reglamento establece que, una vez certificada, la resolución podrá ejecutarse en los demás Estados sin necesidad de *exequatur* (art. 5) El art.20.3 establece la prohibición de exigir al ejecutante cauciones por razón de extranjería o falta de conexión domiciliaria o residencia en el Estado de ejecución (art. 20.3).

PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN

1) DOCUMENTACIÓN. El acreedor presentará a las autoridades del Estado donde deba llevarse a cabo la ejecución, los siguientes documentos:

- Una copia de la resolución dictada que cumpla las condiciones necesarias de autenticidad
- Una copia del certificado de título ejecutivo europeo que cumpla las condiciones necesarias de autenticidad
- En su caso, la transcripción del certificado de título ejecutivo europeo o una traducción del certificado de título ejecutivo europeo en la lengua oficial del Estado miembro de ejecución o de alguna lengua oficial del mismo Estado conforme al Derecho de dicho Estado miembro. El art. 30 exige a los Estados que comuniquen a la Comisión las lenguas aceptadas en sus respectivos Estados. La traducción podrá realizarse por persona cualificada para ello en uno de los Estados miembros y certificará dicha traducción.

Gracias a estas cargas impuestas al acreedor se consigue la agilización del control formal previo al despacho de la ejecución

En cada Estado además deberá respetarse su normativa interna a efectos de ejecución. Así, en España se exige:

- La presentación de una demanda de conformidad a lo previsto en los arts. 517 y siguientes de la LEC. La forma de ejecutar dicha resolución se hará en las mismas condiciones que las resoluciones dictadas en el Estado miembro de ejecución.
- Exigencia de procurador y abogado, que se regirá de conformidad a lo previsto en los arts. 23 y 31 de la LEC 1/2000 en relación al art.539 LEC. Ello motivará algún problema en la práctica, pues el art.539 LEC exige abogado y procurador con carácter general. De esta manera, los

posibles costes sí podrían suponer en muchos casos límites a la eficacia pretendida con la ejecución de estos títulos.

2) DENEGACIÓN DE LA EJECUCIÓN

Las causas de oposición a la ejecución propiamente dicha las determina la ley del Estado de ejecución. En principio, caben todas las causas previstas en los arts. 556 y ss. LEC, en la medida en que sean oponibles a la ejecución de una resolución y, por tanto, no pueden ser distintas de las oponibles a la ejecución de una sentencia nacional. Por ejemplo, no pueden oponerse la falta de competencia del juez de origen, la irregularidad de la notificación o los defectos en la expedición del certificado. No será posible tampoco alegar la nulidad radical a la que se refiere el art. 559 de la LEC del despacho de la ejecución, siempre que el certificado aparezca completo y conforme al formulario correspondiente. Además, el art.21.2 establece como principio fundamental el hecho de que ni el título ejecutivo europeo ni la resolución o documento podrán ser objeto de revisión en cuanto al fondo en el Estado miembro de ejecución. Esto es una consecuencia lógica de adelantar el control al Estado de origen.

La única excepción es la que establece el art.21.1 del Reglamento: la inconciliabilidad de decisiones, derivada de un hecho posterior al momento procesal en que precluyó la facultad de alegar circunstancias sobrevenidas en el proceso previo. El Reglamento TEE regula esta causa de oposición, apartándose en algún punto del sistema «Bruselas I». Esta posibilidad de oposición a la ejecución sólo está prevista para las resoluciones judiciales certificadas (art. 21.1) y no para las transacciones judiciales (art. 24.3) ni para los documentos públicos (art. 25.3) Las causas de oposición a la ejecución de un documento público extranjero certificado como título ejecutivo europeo van también por la ley del Estado requerido (en España, art. 557 LEC).

Por tanto, a instancia del deudor, el órgano jurisdiccional del Estado requerido denegará la ejecución si la resolución certificada como título ejecutivo europeo es incompatible con una resolución dictada con anterioridad en un Estado miembro o en un tercer país, siempre que (art.21.1):

- La resolución anterior tenga el mismo objeto y se refiera a las mismas partes (sujetos, *petitum* y causa de pedir)
- La resolución anterior se haya dictado en el Estado miembro de ejecución o cumpla las condiciones necesarias para ser reconocida en el Estado miembro de

ejecución. Por tanto, serán aplicables el Reglamento CE 44/2001 y cada uno de los convenios vigentes en dicho Estado

- No se haya alegado y no haya podido alegarse la incompatibilidad para impugnar el crédito durante el procedimiento judicial en el Estado de origen. La posibilidad de dichas alegaciones y la correspondiente carga probatoria que conlleva se deberá hacer de conformidad a lo previsto en los arts. 556 y siguientes de la LEC.

Que la denegación se haga a instancias del deudor significa en España que, una vez que el órgano jurisdiccional ha comprobado que se cumplen los requisitos anteriores, se ha de esperar a un momento posterior al despacho de la ejecución (ya dentro del plazo de oposición del deudor). Las resoluciones certificadas son directamente ejecutivas, lo que significa que tampoco el juzgador deberá comprobar el plazo al que se refiere el 548 de la LEC respecto de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado. Sin embargo y *a sensu contrario* el juzgador sí deberá esperar este plazo o los previstos en los procedimientos especiales de requerimiento de pago para poder emitir el certificado del TEE

La caducidad de la acción ejecutiva se rige por la ley del Estado de origen.

3) SUSPENSIÓN O LIMITACIÓN DE LA EJECUCIÓN

Puesto que inicialmente el Reglamento sólo se aplicaba a las resoluciones con fuerza de cosa juzgada, era difícil imaginar casos en los que pudiera plantearse un recurso en el Estado de origen (caben excepciones, como los recursos extraordinarios de audiencia al rebelde). Posteriormente se amplió su ámbito de aplicación a las resoluciones que, siendo ejecutivas, no eran firmes, lo que hace aumentar considerablemente las posibilidades de recursos en el Estado de origen. Por eso, el Reglamento adopta algunas cautelas. Así, si se impugna una resolución certificada como TEE, el órgano jurisdiccional o la autoridad competente en el Estado miembro requerido podrá, a instancia del deudor:

- Limitar el procedimiento de ejecución a medidas cautelares
- Subordinar la ejecución a la constitución de una garantía que determinará dicho órgano jurisdiccional o autoridad competente

- En circunstancias excepcionales, suspender el procedimiento de ejecución, en tanto se resuelva la impugnación, rectificación o revocación (art. 23)

Este precepto se incardina en el procedimiento de ejecución en el Estado requerido, y no prejuzga lo que sucede en el Estado de origen. Presupone que, pese al recurso, en el Estado de origen la resolución conserva su fuerza ejecutiva. El Reglamento se inspira en el principio de extensión de la fuerza ejecutiva que la resolución tiene conforme a la ley del Estado de origen en todo el territorio comunitario y, en consecuencia, la facultad del Estado requerido de limitar esa fuerza ejecutiva debe ser la excepción, motivo por el cual no debería proceder si el acreedor ya ha prestado algún tipo de caución en el Estado de origen y conforme a la ley de éste la resolución mantiene su fuerza ejecutiva.

Para que sea posible solicitar alguna de las medidas anteriores, el deudor debe o bien impugnar la resolución certificada como título ejecutivo europeo y solicitar la revisión a tenor del art.19, o bien solicitar la rectificación o la revocación de un certificado con arreglo al art.10. En estos dos supuestos el deudor debe iniciar ante la autoridad del país de origen un procedimiento de revisión, revocación o rectificación y deberá acreditarlo ante la autoridad del Estado miembro de ejecución.

De este artículo se deduce la discrecionalidad de la autoridad, debiendo tener en cuenta las perspectivas de éxito de las medidas adoptadas por el deudor y la probabilidad de que se ocasione un perjuicio irreparable por una ejecución incondicional.

Respeto de las normas mínimas de notificación

El tercer requisito que exige el Reglamento para expedir el certificado es que se hayan respetado las normas mínimas. Las normas mínimas están pensadas para los casos en los que el procedimiento se desarrolló sin la participación del deudor y su objeto es asegurar que, pese a ello, se respetaron los derechos de defensa (cdo. 10). Por eso el art. 6.1 c), que establece las condiciones de expedición del certificado, se remite sólo a los apartados b) y c) del art. 3.1, esto es, a los casos de admisión tácita del crédito típicamente por la no comparecencia del demandado. En estos supuestos, el respeto a los derechos de defensa se centra en asegurar que la ausencia del deudor fue consciente (o informada) y voluntaria: *i.e.*, que el deudor tuvo conocimiento de la reclamación con el tiempo suficiente y de manera tal que pudo preparar su defensa, así como de los

requisitos para impugnar el crédito y de las consecuencias de su no participación (cdo. 12).

Aunque el Reglamento habla de «normas mínimas», tal vez el concepto no sea muy feliz pues recuerda demasiado al empleado en las Directivas de armonización. Y no es eso. Las normas mínimas *no modifican* el Derecho nacional, ni son de aplicación directa por los jueces nacionales. Tampoco obligan a los Estados a modificar su legislación nacional para adaptarla al estándar de las normas mínimas. Como sabemos, cada Derecho nacional sigue determinando cómo ha de practicarse la notificación. Si la notificación ha de practicarse en el Estado de origen, se aplicará la ley procesal de ese Estado. Si la notificación ha de practicarse en otro Estado, miembro o no, se aplicará la ley correspondiente, así como los Reglamentos o Convenios vigentes (el Reglamento 1348/2000 se aplica cuando la notificación haya de practicarse en otro Estado miembro, *vid.* art. 28 y cdo. 21). Las normas mínimas sencillamente fijan el «listón» que debe «saltar» el Derecho nacional: cada Estado conserva su Derecho nacional y practica las notificaciones conforme a él, pero sólo si este Derecho nacional satisface el estándar de las normas mínimas la resolución se podrá certificar como TEE.

Por su carácter de normas mínimas, todo lo que no esté regulado por ellas queda al Derecho nacional y, por consiguiente, no es presupuesto de la certificación. Por ejemplo, el requisito de la edad o el parentesco para recibir una notificación por sustitución.

A) Notificaciones

Los arts. 13 y 14 enumeran los métodos de notificación aceptables, referidos al escrito de incoación o documento equivalente y a la citación para la vista (aunque respecto de ésta se admite su notificación verbal en una vista anterior dejando constancia en el acta). El primero prevé una notificación al deudor con acuse de recibo firmado por éste, lo cual presupone que hay una prueba directa de que el escrito de incoación ha llegado a sus manos. El art. 14 prevé métodos alternativos de notificación que dan fe de que el escrito ha llegado al entorno del deudor, donde es responsabilidad suya procurarse el acceso a dicho documento. La presunción del legislador comunitario es que estos métodos se caracterizan por ofrecer una certidumbre total (art. 13) o un alto grado de probabilidad (art. 14) de que el deudor ha recibido el documento objeto de notificación.

Además, en este segundo caso (notificaciones por sustitución o en el buzón) sólo se puede certificar cuando el Estado de origen dispone de un procedimiento que permite una revisión plena de la resolución (art. 19). El Reglamento no acepta lo que denomina notificaciones que se basan en una «ficción legal» (por ejemplo, la notificación por edictos o en estrados).

El art. 13 contempla la notificación al deudor acreditada con acuse de recibo. En concreto, el art. 13 prevé cuatro formas de notificación: *(a) Notificación personal acreditada por acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado por el deudor; (b) Notificación personal acreditada por un documento firmado por la persona competente que la haya realizado en el que declare que el deudor recibió el documento o que se negó a recibirlo sin justificación legal y en el que conste la fecha de notificación; (c) Notificación por correo acreditada mediante acuse de recibo en el que conste la fecha de recepción, firmado y reenviado por el deudor; (d) Notificación por medios electrónicos como telecopia o correo electrónico, acreditada mediante acuse de recibo, en el que conste la fecha de recepción, firmado y reenviado por el deudor.*

El sistema español de comunicaciones judiciales permite acomodar su práctica a esos supuestos (*vid.* arts. 152.1.2.^a y 3.^a LEC). En ellos no se limita el lugar en el que se practica la notificación (lo que permite incluir todos los previstos como domicilio del demandado en el art. 155.3 LEC), pero sí se exige el acuse de recibo, como hace la LEC para la comunicación que tenga por objeto la personación en juicio o la realización o intervención personal de la parte en determinadas actuaciones (arts. 155.4 y 158). Conforme al Derecho español si el intento de notificación mediante remisión a su domicilio por correo certificado con acuse de recibo fuera infructuoso, al no firmar el destinatario el acuse de recibo (y directamente en el caso del requerimiento de pago del proceso monitorio, art. 815.1), la LEC ordena practicar la notificación al Secretario judicial mediante la entrega de copia de la cédula o resolución documentada en diligencia con firma del destinatario (art. 161.1), considerando válida la notificación aunque el destinatario rehúse la entrega y así se haga constar en la diligencia (art. 161.2). Las comunicaciones electrónicas están asimismo previstas, aunque su uso dependerá de que la disponibilidad de estos medios para los Tribunales y las partes (art. 162 LEC).

El art. 14, por su parte, prevé la notificación por sustitución y otros métodos que ofrecen garantías equivalentes. En la propuesta original, la relación entre la notificación personal y la notificación por sustitución era subsidiaria: sólo cabía la segunda una vez

intentada la notificación a la persona del deudor. En el texto final la relación entre ambos preceptos es alternativa. Además, el elenco de formas de notificación se ha ido ampliando para alcanzar las formas habitualmente utilizadas en los diferentes Estados, con el único límite de las ficticias. No obstante, los métodos de notificación sin acuse de recibo por parte del deudor sólo son aceptables cuando el Estado de origen disponga a un recurso de revisión (art. 19, *infra*).

En concreto, el art. 14 establece que la notificación al deudor del escrito de incoación o documento equivalente y, en su caso, la citación para la vista, se podrá haber realizado asimismo de alguna de las siguientes maneras:

(a) Notificación personal, en el domicilio del deudor, a persona que viva en la misma dirección que éste o que estén empleadas en ese lugar.

(b) Notificación personal, en el establecimiento comercial del deudor, a personas empleadas por él cuando se trata de trabajadores por cuenta propia o de una persona jurídica.

(c) Depósito del escrito en el buzón del deudor.

(d) Depósito del escrito en una oficina de correos o ante las autoridades públicas competentes y notificación escrita de dicho depósito en el buzón del deudor, si en la notificación escrita consta claramente el carácter judicial del escrito o el hecho de que tiene como efecto jurídico hacer efectiva la notificación y, por lo tanto, constituir la fecha de inicio del cómputo de los plazos pertinentes.

(e) Notificación por correo sin acuse de recibo con arreglo al apartado 3 cuando el deudor esté domiciliado en el Estado miembro de origen.

(f) Por medios electrónicos con acuse de recibo acreditado mediante una confirmación automática de entrega, siempre que el deudor haya aceptado expresamente con anterioridad este medio de notificación.

El sistema español contempla la notificación por sustitución en el art. 161.3 LEC, que se acomoda en lo sustancial a las previsiones de las letras a) y b) del art. 14. En la letra a), las otras versiones lingüísticas (donde se habla de *household, wohnung...*) confirman que ha de tratarse de personas que entran directamente dentro del entorno de vida del deudor, esto es, que vivan en la misma casa o apartamento, lo que excluye a los vecinos, aunque no se exige que sean familiares ni se establece un requisito de edad, habiéndose suprimido la exigencia del proyecto inicial de que se tratara de adultos para dejar esta cuestión a la legislación nacional. La inclusión del conserje de la finca en la referencia a

personas que estén empleadas en ese lugar puede ser dudosa (*vid.* art. 161.3 LEC). El considerando 15 aclara que la notificación por sustitución prevista en este apartado y en el siguiente sólo es aceptable si las personas mencionadas han recibido efectivamente el documento. Los supuestos en los que se han negado a recibirlo quedan excluidos. Por lo demás, la letra b) excluye la notificación por sustitución en el lugar de trabajo cuando el deudor es trabajador por cuenta ajena, como admite nuestra LEC (art. 161.3), lo que se justificó porque sólo los empleados del deudor que es trabajador por cuenta propia o persona jurídica pueden entenderse incluidos en un entorno donde es responsabilidad suya procurarse acceso a dicho documento. En la práctica española, esto puede plantear problemas en los numerosos supuestos en los que el deudor sea un trabajador por cuenta ajena y no tenga a nadie en su domicilio a quien practicar la notificación por sustitución. No obstante, estas dificultades se podrían sortear invocando el supuesto previsto en la letra e: si se trata de un deudor domiciliado en España bastará con haber remitido la comunicación por correo a su domicilio, aunque no se haya recibido el acuse de recibo, o con el depósito en el buzón del escrito o de una diligencia por el Secretario judicial cuando, intentada la notificación por entrega personal del art. 161.1, el deudor no se hallara en su domicilio (art. 155 LEC). En todos los supuestos del art. 14 se exige que el domicilio del deudor se conozca con certeza.

El Reglamento regula también, como contenido de las normas mínimas, la forma de dejar constancia del acto. La fe de la notificación realizada con arreglo a los apartados (a) a (d) se dará de la siguiente forma: o bien mediante un documento firmado por la persona competente que haya efectuado la notificación en el que consten la forma utilizada, la fecha y, en los casos de notificación por sustitución, el nombre de la persona que ha recibido la notificación y su relación con el deudor; o bien, en los casos de notificación por sustitución, mediante acuse de recibo de la persona que haya recibido la notificación (art. 14.3). Cuando la notificación es simplemente por correo sin acuse de recibo (la autoridad competente no deposita el escrito en el buzón, sino que lo remite por correo) o cuando es por medios electrónicos con confirmación automática, las garantías de recepción son menores. Por ello, se restringen estas posibilidades. La primera, sólo cabe cuando el deudor esté domiciliado en el Estado de origen, con lo que se supone que debe conocer esa forma de notificación y no hay razones para que los demás Estados no vayan a admitirla respecto a esas personas. La segunda, exige que el deudor la haya admitido previa y expresamente.

La notificación practicada con arreglo a los arts. 13 y 14 se puede haber realizado también a los representantes del deudor. Así lo dispone el art. 15, que incluye tanto los supuestos de representación legal como los de representación voluntaria (y, en su caso, la representación por procuradores).

B) Información

Con el fin de garantizar que el deudor toma su decisión de no personarse y, por consiguiente, de no impugnar el crédito, de forma consciente y valorando sus consecuencias, el Reglamento exige que se le provea de una información mínima. Esta información ha de referirse a tres aspectos: al crédito, a los requisitos procesales para impugnarlo y a las consecuencias del incumplimiento de esos requisitos. En cuanto al crédito, en el escrito de incoación o documento equivalente se han de hacer las indicaciones siguientes: a) el nombre y la dirección de las partes; b) el importe del crédito; c) en su caso, el tipo de interés que se le reclama y el periodo, salvo que conforme a la ley del Estado de origen se le añada un interés *ex lege*; d) una indicación de las causas de la reclamación (art. 16). En cuanto a los requisitos procesales para impugnarlo y las consecuencias de no hacerlo, también requiere que en ese mismo escrito o en uno adjunto, se le haya informado: a) de los requisitos procesales para impugnar el crédito, incluido el plazo para impugnarlo por escrito o la fecha para la vista, según proceda, el nombre y la dirección de la institución a la que deba responder o ante la que deba comparecer, según proceda, y si es obligatoria, la presencia de un letrado; b) las consecuencias de la ausencia de impugnación o de la incomparecencia, en particular, si procede, la posibilidad de una resolución contraria al deudor o de la ejecución de una resolución contraria al deudor, así como la responsabilidad del pago de las costas procesales (art. 17). A diferencia de lo que establecía la propuesta inicial, ya no se exige que se informe de la posibilidad de certificar la resolución como título ejecutivo europeo, lo cual facilita la adaptación de la práctica forense, en la medida en que los otros extremos son habitualmente señalados en las cédulas de emplazamiento (*vid.* art. 152 LEC, aunque tal vez deba completarse en algún extremo).

El idioma en que ha de darse esta información es fundamental para asegurar los derechos de defensa. En principio, debería aplicarse las reglas del Reglamento 1348/2000: la información deberá darse en la lengua oficial del Estado miembro

requerido o en una lengua del Estado miembro de transmisión que el destinatario entienda (art. 8), por ejemplo, por ser nacional de dicho Estado.

C) Subsanación

El Reglamento prevé dos posibilidades de subsanar una notificación inicial que no haya satisfecho las normas mínimas (haya sido o no defectuosa según la *lex fori*). La primera es mediante la notificación adecuada de la resolución (art. 18.1; recogiendo el principio contenido en el art. 34.2 del Reglamento «Bruselas I»). La resolución podrá ser certificada como título ejecutivo, si se dan tres condiciones: a) que la resolución se le haya notificado al deudor de alguna de las formas previstas en los arts. 13 y 14; b) que el deudor haya tenido la posibilidad de impugnar la resolución mediante un recurso que permita su revisión plena y el deudor haya sido informado debidamente acerca de los requisitos procesales para la impugnación, incluido el nombre y la dirección de la institución ante la que ha de plantearse el recurso y, si procede, el plazo; c) que el deudor no haya impugnado la resolución. El Reglamento presupone que la inactividad consciente y voluntaria del deudor, cuando dispone de la posibilidad de una revisión plena del litigio, subsana la notificación inicial defectuosa (en el sentido de que no satisfacía las normas mínimas del Reglamento).

La otra posibilidad está formulada como cláusula general y entiende subsanado el defecto de la notificación inicial a partir de los actos propios del deudor. En concreto, cuando del comportamiento del deudor durante las actuaciones judiciales se deduce que ha recibido personalmente el documento que se le debía notificar con el tiempo suficiente para preparar su defensa. Como consideró la propia Comisión, este supuesto sólo es pensable que se produzca «en circunstancias verdaderamente excepcionales» (12).

D) La posibilidad de recurso extraordinario

El capítulo dedicado en el Reglamento a las normas mínimas (Capítulo III) se cierra con la exigencia de que exista en el Derecho nacional algún tipo de recurso extraordinario de audiencia al deudor rebelde (art. 19). La remisión a la «legislación del Estado miembro de origen» en el apartado primero del art. 19 y el apartado segundo dejan claro que este precepto es una norma mínima, como las del resto del capítulo III. Este artículo

está pensando para los casos de incomparecencia del deudor por causa que no le es imputable (típico supuesto de rebeldía forzosa). En esos supuestos, los Estados miembros deben de disponer de alguna vía procesal que permite al deudor solicitar la revisión de la resolución. Si los Estados miembros no disponen de esta vía, no podrá certificarse la resolución como título ejecutivo europeo.

El Reglamento prevé dos hipótesis: una para los casos en los que el deudor no tuvo conocimiento efectivo del proceso y otra para los casos en los que sí lo tuvo pero no compareció por razones de fuerza mayor. Para los primeros, establece que la resolución no podrá certificarse como título ejecutivo europeo cuando el deudor no dispone de un recurso de revisión contra dicha resolución si: (i) la notificación no fue al deudor con acuse de recibo de éste (esto es, se notificó de una de las formas previstas en el art. 14, no en el art. 13), (ii) y no se efectuó con la suficiente antelación para permitirle organizar su defensa sin que pueda imputársele responsabilidad por ello [art. 19.1 a)]. Los ejemplos imaginables son muy variados: notificaciones por sustitución en las que la persona notificada no le entrega la notificación al deudor o notificaciones por depósito en el buzón en las que un tercero recoge la correspondencia y no se la entrega al deudor. Para los segundos, en los cuales el deudor tuvo conocimiento del proceso, pero no pudo comparecer e impugnar el crédito por razones de fuerza mayor o debido a circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad, debe disponer de un recurso de revisión conforme al Derecho nacional del Estado miembro de origen; de otro modo, la resolución no podrá certificarse como título ejecutivo europeo. Aunque el Reglamento no lo exija expresamente --como lo hacía el proyecto inicial--, este recurso ha de permitir la revisión plena del litigio y no se aplica cuando el defecto se ha subsanado de conformidad con el art. 18. En nuestro sistema procesal, el art. 501 LEC recoge ambos supuestos en sus aps. 1.º y 2.º, por lo que se cumpliría con el estándar del Reglamento (13).

RELACIÓN DEL REGLAMENTO 805/2004 DE 21 DE ABRIL 2004 CON OTROS REGLAMENTOS

- Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

El Reglamento 44 seguirá siendo el único texto comunitario que establezca las normas de competencia judicial internacional sobre materia civil y mercantil de carácter patrimonial (el mismo ámbito material sobre el que versa el Reglamento 805/2004). La relación entre ambos reglamentos es de coexistencia, no se excluyen entre ellos. Se mantendrá el exequátur regulado en el Reglamento 44 como alternativa de ejecución, siempre que no se opte (o no pueda optarse) por la certificación de una resolución como título ejecutivo europeo. Es el interesado el que elige entre los dos procedimientos siempre que se trate de créditos no impugnados. Si se tratase de un crédito impugnado sólo sería aplicable el Reglamento 44. El título ejecutivo europeo es más rápido y eficiente, por tanto es preferible.

- Reglamento 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental

El Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo de 2000 entró en vigor en marzo de 2001 y establece las normas sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental sobre los hijos de ambos cónyuges. (Asuntos matrimoniales incluye el divorcio, nulidad y separación legal, pero no incluye, por ejemplo, las consecuencias patrimoniales del matrimonio y las causas de divorcio). Este Reglamento fue sustituido por el Reglamento 2201/2003 para los casos que surjan durante o después del 1 de marzo de 2005 pero en relación con asuntos matrimoniales prácticamente no existen cambios.

El Reglamento establece que una decisión sobre un asunto matrimonial hecho en un Estado miembro debe ser reconocida y ejecutada en los demás estados sin ningún procedimiento especial. Sin embargo, cualquier parte interesada puede solicitar al tribunal en el estado de otros miembros de no reconocer la decisión.

El Reglamento 2201/2003 se aplica a todas las decisiones tomadas por los tribunales de los Estados miembros en materia de responsabilidad parental. resoluciones dictadas en un Estado miembro deben ser reconocidas y ejecutadas en otro Estado miembro. El tribunal de otros estados miembros podrá negarse a reconocer la orden sólo sobre la base a lo dispuesto por el presente Reglamento.

En los casos de sustracción de menores, no es necesario pasar por el procedimiento judicial para su reconocimiento.

Por tanto, este reglamento ya había regulado un título ejecutivo europeo antes que el Reglamento 805.

- Reglamento 1896/2006 de 12 de diciembre 2006. Proceso monitorio europeo y requerimiento europeo de pago.

El proceso monitorio europeo se trata de un procedimiento uniforme, rápido y eficaz, que puede utilizarse para el cobro de créditos pecuniarios no impugnados, de importe determinado, vencidos y exigibles en la fecha en que se presenta la petición de requerimiento europeo de pago (art. 4). Este proceso monitorio europeo sólo es posible en relación con los asuntos que presenten carácter transfronterizo y que versen sobre materia civil y mercantil. Están excluidas las materias fiscal, aduanera y administrativa y los *acta iure imperii*, así como, en general, las cuestiones de Derecho de Familia. (Ámbito de aplicación similar al Reglamento del título ejecutivo europeo para créditos no impugnados y al Reglamento 44/2001).

Inicialmente se confundían en la mente del legislador comunitario los conceptos de proceso monitorio europeo y título ejecutivo europeo. En concreto, el motivo de que se produjera tal asimilación de conceptos radicaba en el origen mismo de la idea de elaborar un «título ejecutivo europeo», concebido por parte de sus creadores iniciales como un proceso rápido, muy similar al proceso monitorio, que debía permitir la rápida creación de un título ejecutivo en supuestos de reclamaciones sencillas como las que habitualmente se tramitan a través del proceso monitorio, y ejecutable posteriormente en cualquier país de la Unión Europea sin ningún tipo de *exequátur*.

El establecimiento de un procedimiento uniforme y la supresión del *exequátur* son dos cuestiones distintas, de modo que la solución de una no es una condición previa imprescindible para la solución de la otra. El título ejecutivo europeo entra de lleno en el umbral del proceso de reconocimiento y ejecución de sentencias y de títulos extrajudiciales, es decir, *presupone el pronunciamiento de una resolución y se refiere al acceso a la ejecución en otro Estado miembro*; mientras que el proceso monitorio europeo se sitúa, en cambio, antes del mencionado umbral, es decir, en fase declarativa, constituyendo así una importantísima «llave» para abrir las puertas de la ejecución de sentencias, refiriéndose al acceso a la justicia con el fin de obtener una resolución, independientemente de si ésta debe ejecutarse en el extranjero o no.

Se trata de materias de distinta índole que pueden tratarse independientemente.

La Comisión ha decidido abordar estos dos objetivos (el reconocimiento mutuo de las resoluciones sobre las deudas no impugnadas, por una parte, y la creación de un procedimiento específico para la obtención de resoluciones sobre deudas no impugnadas,

por otra) con dos instrumentos legislativos distintos. Esta estrategia a dos niveles no implica un riesgo de solapamiento o contradicción entre ambos proyectos, toda vez que están claramente delimitados por su estricta circunscripción, respectivamente, a las fases anterior (creación de un proceso monitorio) y posterior (reconocimiento y ejecución) al pronunciamiento de una resolución ejecutiva. Este planteamiento ofrece numerosas ventajas en comparación con una medida que combine ambos aspectos. Permite, por ejemplo, hacer extensiva la supresión del *exequátur* a todas las resoluciones dictadas en ausencia comprobable de conflicto sobre la naturaleza y alcance de una deuda, sin limitarla exclusivamente a las resoluciones dictadas en un procedimiento concreto. Se decanta finalmente por regular íntegramente un *proceso monitorio europeo uniforme, destinado a convivir con los restantes procesos monitorios nacionales, tanto para reclamaciones de deuda internas como de carácter transfronterizo*.

- Reglamento 861/2007 de 11 de julio 2007. Proceso europeo de escasa cuantía

Hay que tener en cuenta los principios de simplicidad, rapidez y proporcionalidad al establecer los costes de tramitación de una demanda con arreglo al proceso europeo de escasa cuantía. El objetivo de dicho proceso consiste en facilitar el acceso a la justicia y permitir que las reclamaciones de cantidad en procesos de escasa cuantía puedan tener efecto no sólo en los propios estados miembros en atención a sus regulaciones de los procesos monitorios, sino en otro estado miembro a pesar de haber regulado de forma distinta, tanto los procesos monitorios como las ejecuciones de sentencia y, en definitiva, sus trámites de ejecución y traba sobre los patrimonios de los ejecutados. Las normas de competencia judicial internacional se siguen regulando en el Reglamento 44/2001 y la novedad más importante que se introduce en el Reglamento del proceso europeo de escasa cuantía en su art. 20 es la posibilidad de certificar como título ejecutivo europeo las resoluciones que emanen de las autoridades de los Estados miembros que han utilizado el proceso europeo de escasa cuantía, que serán directamente ejecutivas en el resto de Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecutividad. Para estos casos no podría utilizarse el Reglamento 805 por tratarse de créditos impugnados.

- Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos

Con relación al Reglamento 805/2004, el Reglamento 4/2009 lo «sustituye» excepto en lo referente a los títulos ejecutivos europeos sobre obligaciones de alimentos expedidos en un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de 2007, es decir, dicho Reglamento seguirá siendo de aplicación entre los Estados miembros no parte en el Protocolo de 2007. Las relaciones entre el Reglamento 4/2009 y el Protocolo comienzan en sus ámbitos de aplicación. La nueva situación deriva en que los Estados miembros vinculados por el Protocolo ya no serán Estados miembros certificadores en los términos del Reglamento 805/2004 dentro del ámbito del Reglamento de alimentos, aunque seguirán ejecutando títulos europeos certificados conforme a dicho reglamento en otros Estados miembros no vinculados por el Protocolo.

BIBLIOGRAFÍA

Reglamento 805/2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-12118.pdf

Material otorgado por Antonia Durán Ayago.

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=DOC/99/14&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en>

http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm

<http://laleydigital.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkuwdaUcjKasqgeplVmVdZ hZAzO2dvPfee++999577733ujudTif33/8/XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9+fb8/In7ROq +v3+Tv2s+yZZtP811OP5pP2qJdl9Un+U/n03VbXNJv67pa5dUvbK6X1fJ68dmbep3/wj abNJ/t/O4Pprv0/z36/z36/z79/1P6/0N8vvMLs2m7zsqn1fSz+/i9uMzfZJPPPv2FbdVm5a u8+ezT/V9Y1bO8fnL92c4vbObV1YvssrjI2qJaPslq6aiYzT57+mYHz6e7+7u7v/Ayrxtq 8NIPFhdA+BfOi4v5c/p/K+2bPKun85fZRf7Zk3VDY5xl46xZvfuF5ftofKav5aml0V+9 VmxnOXvTrJ6drycgRj/D40R4LEWAQA AWKE>

<http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/document?docguid=Ib90ef360dea011db9609010000000000&srguid=i0ad600790000012dffae6ad0237a65b8&tid=legislacion>

www.dialnet.es

www.laley.es

base de datos jurídicos westlaw

Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3ª).Auto núm. 10/2008 de 5 febrero
[JUR\2008\174407](#)

- **Jurisdicción y competencia en los monitorios europeos seguidos en España: la introducción de un proceso monitorio en el orden jurisdiccional social.** Por Javier López Sánchez. Diario La Ley, Nº 6865, Sección Doctrina, 21 Ene. 2008, Año XXIX, Ref. D-15, Editorial LA LEY

- **AÑO XXV. Número 6133. Martes, 23 de noviembre de 2004. Comentarios a la propuesta de reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo.** Por Juan Pablo Correa Delcasso

- **La ejecución en España del proceso europeo de escasa cuantía.** Por Joaquim Martí Martí. Práctica de Tribunales, Nº 59, Sección Estudios, Abril 2009, Editorial LA LEY. Diario La Ley, Nº 7204, Sección Tribuna, 25 Jun. 2009, Año XXX, Ref. D-228, Editorial LA LEY.

- **Cooperación civil y tratado de Lisboa: ¿cuánto hay de nuevo?** Por Mónica Guzmán Zapater. Diario La Ley, Nº 7479, Sección Doctrina, 30 Sep. 2010, Año XXXI, Editorial LA LEY.

- **Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas.** Por Santiago Álvarez González. Diario La Ley, Nº 7230, Sección Doctrina, 31 Jul. 2009, Año XXX, Ref. D-273, Editorial LA LEY.

- **La aplicación del título ejecutivo europeo en el sistema procesal español.** Por Raquel Bonachera Villegas y Carmen Senés Motilla. Diario La Ley, Nº 6341, Sección Doctrina, 18 Oct. 2005, Año XXVI.

- **El título ejecutivo europeo (I) y (II).** Por Enrique Sanjuán y Muñoz. Diario La Ley, Nº 6082 y 6083, Sección Doctrina, 9 y 10 Sept. 2004, Año XXV.

- **La supresión del exequátur en Europa: el título ejecutivo europeo.** Por Francisco J. Garcimartín y María Jesús Prieto Jiménez. Diario La Ley, Nº 6151, Sección Doctrina, 21 Dic. 2004, Año XXV.

- **El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. Comentario al Reglamento 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.** Por Albert Font I Segura.

- **Recensión de “El Título Ejecutivo Europeo”, del profesor Francisco Ramos Romeu,** publicado por Civitas, 2006, 150 páginas. Por MARÍA JOSÉ

CABEZUDO BAJO (Doctora Europea en Derecho Procesal).*Revista General de Derecho Procesal* 15 (2008)

Trabajo realizado por: Ángela Pardo Casado, María Casaseca Hidalgo, Eva Crespo Expósito, Sara Moronta Calvo y J. Ignacio Leo Castela.

Relación entre el Título Ejecutivo Europeo y el Derecho Procesal Español.

Después del análisis anteriormente ofrecido sobre que es el Título Ejecutivo Europeo (TEE en adelante) y su creación mediante el Reglamento 805/2004 para créditos no impugnados, se pretende ofrecer un análisis sobre cómo afecta este al Derecho Procesal Español y ver las modificaciones que aquel ha supuesto a este.

La creación del TEE viene de la mano de un Reglamento por lo que la aplicación de su regulación en los derechos internos de los Estados miembros se da de forma directa, aunque si se requiere la modificación o adaptación de los mecanismos internos para que cumplan los mínimos exigidos por el Reglamento y así hacer el ámbito de aplicación de este más amplio y no reducirlo a mínimos, pues para que se pueda expedir TEE los derechos procesales de los Estados miembros deben cumplir las normas mínimas que el R. 805/2004 establece, art 12.

¿Cumple el Derecho Procesal Español las normas mínimas de expedición de TEE?

→ Antes de comenzar con la comparación concreta entre lo exigido por el Reglamento y lo recogido en el Derecho Procesal español, precisaremos cuáles son los **procedimientos** que recoge este y cuya resolución puede dar lugar a la obtención de TEE si se cumplen el resto de presupuestos. El Derecho Procesal civil español recoge dos procesos declarativos ordinarios en los que se puede obtener un crédito no impugnado:

- Juicio ordinario : para aquellas demandas cuya cuantía exceda de tres mil euros y para aquellas materias que recoge el art 249 LEC.

- Juicio verbal : da cabida a aquellas demandas cuya cuantía no exceda de tres mil €uros y para los asuntos que recoge el art 250 LEC.

Las sentencias que ponen fin a este proceso deben entenderse incluidas en el termino resolucion a efectos del Reglamento regulador del TEE para creditos no impugnados, art 6.1

Ademas de estos y dentro de los procesos especiales, el que mejor se adapta a la estructura del Reglamento es el proceso monitorio, regulado en los preceptos 812 – 818 LEC. Este

proceso termina con un auto que ordena la ejecucion del credito, este auto tambien debe entenderse

como como resolucion capaz de recibir certificadode TEE, pues tal y como contempla el art 6.1 a R.

805/2004, la resolucion debe ser ejecutiva en el Estado miembro de origen y el auto cumple esta

funcion pues lleva aparejada la ejecucion en los terminos que recoge el art 517.2.9o LEC.

→ En nuestro Derecho Procesal, la regla general es la de **notificación por remisión al domicilio de las partes o por correo o método equivalente** y así lo regulan los arts. 155 y 158

LEC. Se requiere ademas que la notificacion por metodo equivalente sea de tal forma que se pueda

dejar constancia fehaciente de la misma. La comunicacion por entrega del art 158 LEC tendra lugar

cuando tenga por objeto la personacion en juicio y que no haya podido acreditarse la recepcion por

el destinatario. Estas posibilidades se adaptan a las normas exigidas por el R. 805/2004.

Sin embargo hay otras formas de comunicacion que pueden no estar tan de acuerdo con lo regulado por el Reglamento:

- Así, nos encontramos con la notificacion por sustitucion a persona mayor de catorce años, empleado o familiar, que se encuentre en ese domicilio o al conserje de la finca, en dicho caso

puede que no cumpla con el estandar del Reglamento cuando por ejemplo la notificacion se

entregue a un familiar que se encuentre en el domicilio en ese momento, pero no viva en el.

- Otra cuestion que tambien puede plantear problemas en cuanto a la notificacion por sustitucion

es que nuestra ley procesal permite que la notificacion se entregue en el lugar de trabajo a personas

que manifieste conocer al destinatario o a la persona encargada de recibir documentos u objetos, el

problema en este caso se plantea debido que el Reglamento aunque permita la entrega en lugar de

trabajo, se restringe a los trabajadores por cuenta propia y solo puede llevarse a cabo por personas

que esten empleadas por el deudor, art 14.1 b.

- La LEC tambien permite que la notificacion se haga mediante edictos y asi lo preve su art

156.4.

Estas medidas que establece nuestro Derecho Procesal, son validas para obtener una resolucio n espanola, pero no se podria obtener un TEE al no cumplir con las reglas minimas, pues

deja claro el Reglamento la importancia de que haya verdadera constancia de que el deudor sea

conocedor de la situacion, por ello mismo no admite las ficciones legales que se puede producir con

lo edictos, pues con estos no se tiene la certeza de que el deudor este informado.

→ Otra norma minima del Reglamento es aquella con la que pretende que haya certeza de que el

deudor ha tenido conocimiento de la resolucio n y aun asi ha decidido no personarse, es decir, el R

805/2004 exige que se provea al deudor de una determinada **informaci3n** para que asi la resolucio n

que se obtenga pueda ser certificada como TEE. Los datos que de los cuales se le deben de proveer,

son los siguientes:

- escrito de incoación: nombre de las partes, importe del crédito y tipo de interés si lo hubiera,

indicación de las causas de reclamación, art 16 R 805/2004

- medios, plazo y datos suficientes para impugnarlo, que se le deberá comunicar en el mismo

escrito, en la citación para la vista o en un adjunto. Art 17 del mismo Reglamento.

El derecho procesal español se adapta a estas exigencias y así se puede observar en diferentes preceptos según el tipo de procedimiento en el que nos encontremos según lo regulado en

el Derecho Procesal español:

- 399 – 400 LEC cuando se trate de juicio ordinario.

- 437.1 LEC si nos encontramos ante juicio verbal.

- 814.1 LEC si es un proceso monitorio.

- 152 LEC, para cumplir las exigencias procesales del art 17 R 805/2004.

→ En cuanto a las **formas de subsanación** en caso de que en un primer momento no se haya

cumplido con las normas mínimas del Reglamento, este establece dos posibilidades, que así

aparecen recogidas en el art 18.1 y 2, y son de diferente naturaleza:

- 18.1, esta forma de subsanación consiste en la notificación adecuada de la resolución, es decir,

se permite que se pueda obtener TEE si aunque la notificación de la cédula de emplazamiento no

satisfizo las exigencias (arts 13, 14, 16 y 17) del Reglamento, se notifique conforme a las mismas la

resolución y que además de dar la posibilidad de que el deudor impugne, este no lo haga, pues de lo

contrario no podría ser TEE pues esta pensado para créditos no impugnado.

- 18.2, mantiene la forma de cláusula general por la cual se puede subsanar el no haber cumplido

con las reglas mínimas del Reglamento mediante el comportamiento del deudor. Aunque también es

cierto que esta forma es verdaderamente excepcional y solo en circunstancias de tal tipo se deba utilizar.

La primera hipotesis que nos ofrece el art. 18.1 tiene relacion con los derechos nacionales en cuanto a que estos tienen un mecanismo para realizar las notificaciones e informaciones y el Reglamento vera si son conformes al mismo o no, sin embargo, lo ofrecido por

el 18.2 no tiene relacion con los derechos nacionales, pues depende de las circunstancias facticas,

pero tambien es cierto que en nuestro derecho interno existe una regla de similares caracteristicas,

art 166.2 LEC.

→ Por lo que se refiere al **recurso extraordinario** que se pudiera plantear, ya desde el mismo

Reglamento se hace una remision a los derechos internos de los Estados miembros, en concreto al

derecho del Estado miembro de origen, art. 19 R 805/2004. Se obliga a los Estados a que dispongan

en su ordenamiento de un recurso que satisfaga la posibilidad de revision del litigio por parte del

deudor si este no comparecio en el proceso por una causa no imputable a el. Si no disponen los

Estado de un mecanismo para esta cuestion, la resolucio n no podra convertirse en TEE.

El Reglamento, por tanto, se refiere a una cuestion de rebeldia forzosa del deudor en base a dos causas reguladas, o bien que la notificacion no se hubiese efectuado con la suficiente

antelacion para permitirle organizar su defensa sin que pueda imputarsele responsabilidad por ello

(art 19.1. a in fine), o bien que el deudor no hubiere podido impugnar el credito por razones de

fuerza mayor o debido a circunstancias ajenas a su responsabilidad (art 19.1. b).

En el derecho procesal espanol se permite la revision, en el sentido que exige el

Reglamento, mediante un recurso para la rescision de sentencias firmes a instancia del demandado

rebelde, art 501 LEC a favor del demandado cuando este desconociera el litigio por causa no imputable a el o cuando este haya permanecido ausente debido a una causa de fuerza mayor. La diferencia en este sentido con el Reglamento se da por el hecho de que en nuestro derecho interno solo se regula la fuerza mayor como motivo de ausencia no recogiendo asi la posibilidad de que sea por circunstancias ajenas a su responsabilidad.

Normas para otorgar el certificado del TEE: revocación y rectificación.

En cuanto a como debe ser el certificado, poco o nada dice el Reglamento, se limita a ofrecer un formulario a rellenar, que una vez cumplimentado, contiene todos los datos necesarios para la ejecucion art 9.1 y Anexo I y a marcar en que lengua se debera realizar, en la del Estado que dicto la resolucion, art. 9.2. No recoge nada sobre el numero de copias necesarias, el plazo de caducidad del certificado, la naturaleza del procedimiento que conduce a su obtencion, ni a como se debe adoptar la decision que da lugar al mismo. Por lo que estas cuestiones quedan a merced de los derechos nacionales.

En Espana la regulacion la encontramos en la Disposicion Final 21a LEC, pues establece las medidas para facilitar la aplicacion en Espana del Reglamento 805/2004. Dicha disposicion regula que la certificacion judicial de un TEE se adoptara de forma separada y mediante providencia.

Por lo que se refiere a la **rectificación** y a la **revocación**, lo contempla el R. 805/2004 en su articulo 10. Ante la expedicion de un certificado de TEE no cabe la posibilidad de recurso en sentido estricto art 10.4, pero si se permite una impugnacion del mismo cuando concurra alguna de las causas tasadas en el art 10.1 a) y b). Es decir:

- Cuando se produzca un error material produciendo así discrepancias entre la resolución y el

certificado obtenido. Esta **rectificación** puede ser solicitada tanto por el acreedor como por el

deudor y debe ser pedida ante el órgano jurisdiccional de origen.

- Cuando la emisión del certificado sea manifiestamente indebida a tenor de los requisitos que

exige el Reglamento. En este caso nos referimos a la **revocación**, puede ser solicitada por el deudor

cuando considere que se ha expedido indebidamente y también ante el órgano jurisdiccional de

origen. En ningún caso debe utilizarse este procedimiento de revocación para debatir sobre el fondo

del asunto, pues ya se está en otra fase diferente, fase en la que la resolución ya se ha dictado y lo

que se pretende es darle el “pasaporte comunitario” a la misma y las cuestiones que se presenten por

tanto, deben ir dirigidas a esta fase, al otorgamiento de certificación como TEE.

Los procedimientos anteriormente mencionados, se deben cumplimentar, en su caso, mediante el formulario que contiene el R. 805/2004 en su Anexo VI, pero el procedimiento para

llevarlos a cabo está regulado en los Estados miembros, es decir, los Estados deben tener un

proceso, un medio que pueda dar lugar a la rectificación o revocación del certificado.

Además

dichos medios de impugnación deben ser notificados a la Comisión para que esta los conozca, art

30.1. a) R. 805/2004.

En el Derecho procesal español, tiene diferentes vías para poder acceder a la rectificación o a la revocación:

- Así, si lo que se pretende es lo primero la más adecuada es la prevista en el art 267 LOPJ que se

aplica a la corrección de errores materiales manifiestos y aritméticos con independencia del órgano

jurisdiccional, a este nos remite la DF 21a 1 III LEC.

- Si lo que se pretende es la revocación, la vía más adecuada para su obtención es el recurso de

reposición, art 451 LEC, al que también nos remite la DF 21a 1 IV LEC

En caso de que se deniegue la expedición del certificado, el Reglamento guarda silencio en cuanto a la existencia de recurso contra la negación. Dicho silencio invita a dos interpretaciones:

- que el Reglamento descarta la posibilidad de que el acreedor intente impugnar la decisión de no

otorgar certificado de TEE. Lo cual si atendemos al objetivo de este texto legal, sería contradictorio

no permitir este medio de defensa para el acreedor.

- Se puede entender, sin embargo, que el Reglamento remite a los derechos internos de los

Estados miembros, permitiéndole por tanto al acreedor la posibilidad de recurrir una decisión

negativa de expedición de certificado de TEE. Si así fuese entendido, el Derecho procesal español

recoge en la DF 21a 1 in fine, el proceso adecuado para intentar impugnar esa decisión, el recurso de

reposición.

Ejecución en el Estado miembro requerido.

La consecuencia típica de la certificación de una resolución como título ejecutivo

européico es que esa resolución deberá ejecutarse en los demás Estados miembros sin que se requiera

ningún tipo de procedimiento intermedio de control, art 5. Este precepto tiene una redacción

contundente para evitar la impugnación del reconocimiento, por lo tanto, una resolución una vez

que ha obtenido el certificado de TEE **debe ejecutarse en el Estado miembro requerido como si**

de una resolución propia se tratase. Por ello mismo, además, la ejecución deberá llevarse a cabo

mediante el Derecho nacional del Estado requerido y practicarse como si de una sentencia nacional

se tratase.

Así, según el derecho procesal español, el acreedor deberá presentar demanda ejecutiva conforme a lo dispuesto por el art 549 LEC. También, en nuestro derecho procesal se requiere para

los procedimientos ejecutivos, ir acompañado de abogado y procurador, art 539 LEC, precepto que

también exceptúa esta regla, no haciendo necesaria la presencia de estos cuando en el proceso del

que proviene la resolución no era precisa la asistencia de dichos profesionales. Lo cual da lugar a

dos posibles interpretaciones para entender si se considera o no preceptiva su asistencia:

- tenemos en cuenta si ha sido precisa su asistencia en el proceso que ha dado lugar a la resolución en el Estado de origen.
- Entendemos que hay equivalencia entre el proceso en el Estado de origen y los procesos en los que en España no es necesaria su intervención.

Cualquiera de las dos interpretaciones tiene argumentos a favor y en contra, pero parece que la segunda está más de acuerdo con la génesis del Reglamento.

En lo que se refiere a la **determinación de la competencia** para ejecutar la resolución, se tiene en cuenta el derecho del Estado miembro en el cual se procederá a ello. Además para su

determinación no se debe tener en cuenta la competencia funcional, sino la competencia territorial

que viene regulada en nuestro derecho en el art 545.3 LEC, por el cual la competencia recae sobre

los Juzgados de 1ª Instancia, remitiéndonos a su vez a las normas establecidas por los preceptos 50

y 51 del mismo cuerpo legal.

→ Causas de oposición a la ejecución.

Una vez que se ha otorgado el certificado de TEE, el siguiente paso es el inicio del proceso de ejecución en el Estado miembro requerido, y será mediante el derecho interno de este

por el que se rija el proceso.

En el Estado miembro requerido, el TEE se equipara a un título ejecutivo nacional y serán las mismas causas de oposición las que se les puedan alegar a cada uno de ellos.

Además las

que se aleguen no pueden implicar una revisión encubierta de la resolución del Juez de origen, así

no se pueden alegar como causas de oposición aquellas que tengan que ver con el fondo del asunto,

la competencia del Juez de origen, irregularidad en la notificación, defectos en la expedición del

certificado, todas estas circunstancias deben ser controladas en el Estado de origen.

En el Derecho interno español, las causas de oposición vienen reguladas en los **art. 556 y siguientes de la LEC**. Siempre y cuando no suponga una revisión directa o indirecta de la

resolución que pretende ser ejecutada.

Junto con las causas de oposición que vienen reguladas en el derecho interno, el

Reglamento establece dos más:

- **Inconciabilidad de decisiones**: es una causa que se debe alegar en el Estado miembro donde va

a ser ejecutada, pues será en este en el que se de la inconciabilidad, en el derecho español esta causa

viene recogida en el art. 556.1 LEC.

- Existencia de **acuerdos** en virtud de los cuales los Estados miembros se hayan comprometido

con terceros Estados a no reconocer una resolución dictada contra un demandado que tuviera su

domicilio o residencia habitual en un tercer Estado, cuando dicha resolución se hubiere dictado

sobre la base de un criterio de competencia exorbitante, art 22 R. 805/2004. España no ha firmado

ningún acuerdo de este tipo por lo que para los jueces españoles, este precepto carece de trascendencia práctica por ahora.

Conclusión:

Con la creación de un TEE se facilita la circulación de las resoluciones de los Estados

miembros entre todos ellos, pues si la ciudadanía puede circular por los mismos, lo lógico es que lo hagan igual las resoluciones que ponen solución a los conflictos que se generan entre los ciudadanos por esa relación internacional que mantienen y cada vez más. Hasta el momento se han establecido una serie de normas para que un tipo concreto de resoluciones (aquellas que dan solución a un conflicto sobre un crédito no impugnado) pueda circular por los Estados miembros, pero para que esto pueda ser así, deben los Estados adaptar su derecho a las normas mínimas marcadas por el Reglamento para que ese objetivo verdaderamente se cumpla y por tanto el ámbito de aplicación del Reglamento 805/2004 sea amplio.

BIBLIOGRAFÍA:

- **“La aplicación del título ejecutivo europeo en el sistema procesal español.”**

RAQUEL

BONACHERA VILLEGAS (Ayudante de Derecho Procesal) CARMEN SENES MOTILLA

(Catedrática de Derecho Procesal) Universidad de Almería. Diario La Ley, No 6341, Sección

Doctrina, 18 Oct. 2005, Ref. D-233, Editorial LA LEY.

- **“Análisis de la propuesta de Reglamento sobre el Título Ejecutivo Europeo.**

Incidencia de

la normativa comunitaria en la LEC.” Juan Pablo Correa del Casso. *Doctor en Derecho.*

Abogado (Bufete Ribalta y Asociados). Profesor de Derecho Procesal Diario La Ley, No 5657,

Sección Doctrina, 18 Nov. 2002, Año XXIII, Ref. D-242, pag. 1773, tomo 6, Editorial LA LEY.

- **“El Título Ejecutivo Europeo.”** Francisco J. Garcimartín Alferez (Catedrático Derecho Internacional Privado URJC). Cuadernos Civitas.

- **"El Título Ejecutivo Europeo"**. Maria Angeles Rodriguez Vazquez. Universidad de Sevilla.
 - **"El Título Ejecutvio Europeo"**. Francisco Ramos Pompeu. Universidad Autonoma de Barcelona.
 - **Reglamento (CE) nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.**
 - **Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.**
- Maria Jose Camacho Risco.

VII. Principio de reconocimiento mutuo y libre circulación de personas en el espacio judicial europeo:

VII. PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS.

INTRODUCCIÓN

El proceso de integración llevado a cabo por la Comunidad Europea, comunitarización, es respuesta a la organización de las relaciones entre los Estados miembros para conseguir una similitud en sus estructuras económicas y una compatibilidad de sus valores socio-culturales y económicos-políticos. Dicho objetivo es perseguido por los Tratados constitutivos de la CE, y el TCEE recoge en su art. 3.c) el principio de la libre circulación de las personas.

En la razón de ser del principio de la libre circulación de personas tiene gran importancia la condición de ciudadanía europea. La ciudadanía europea es una criatura extraña. No define un vínculo jurídico-político en términos puros sino una relación que vincula a un sujeto físico a partir de su nacionalidad originaria. Solo es ciudadano europeo quien tiene previamente un vínculo de nacionalidad con un Estado miembro, siendo esta unión, la tradicional entre el individuo y el poder del estado, la que realmente resulta relevante.

La ciudadanía euro ha ido arrastrada de un vínculo jurídico-político mucho más fuerte, el estatal, y sus consecuencias se han limitado a las que enuncian los art.17 a 22 TUE:

- Protección diplomática.
- Derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones municipales y europeas.
- Derecho de petición.

Unido a estos derechos, asume naturaleza propia el derecho de la libre circulación de personas, como facultad derivada también de la ciudadanía europea. En el plano de la libre circulación de las personas donde la institución de ciudadanía europea tiene mayor repercusión, de la mano de la jurisprudencia del TJCE, ha vivido una espectacular evolución. Una evolución que se manifiesta en dos sentidos:

1. La ciudadanía ha servido para q el TJCE confirme la existencia de un nuevo estatuto jurídico para los sujetos q ostentan la nacionalidad de un Estado miembro. Origina un espacio de protección otorgado por el Derecho Comunitario al ciudadano europeo.
2. La ampliación del ámbito de aplicación del Derecho Comunitario en el terreno de la libre circulación de personas.

SIGNIFICADO Y ALCANCE DEL PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN EL MARCO DE LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA.

- **LIBRE CIRCULACIÓN Y LIBERTADES ECONÓMICAS.**

La integración económica para el establecimiento de un mercado común no solo supone la integración de las mercancías mediante la liberalización del comercio entre los Estados miembros sino del resto de factores de producción, destacando el factor trabajo en lo que respecta al principio de la libre circulación de personas.

Desde el punto de vista económico, la libre circulación de personas junto con el resto de libertades del mercado común (circulación de servicios,

mercancías y capitales), se integra en el Título III “Fundamentos de la Comunidad” del TCEE.

La triple naturaleza económica social y política de la comunidad es un elemento importante para el estudio del principio de la libre circulación de personas. Dicho principio identifica la libre circulación de personas con las libertades económicas de los trabajadores, establecimiento y prestación de servicios. Además la libre circulación de personas se concreta en toda una serie de derechos subjetivos cuya efectividad viene garantizada por los mecanismos de protección del derecho comunitario.

El modelo de integración económica y de la integración de los demás factores productivos se consigue liberalizando el comercio y suprimiendo los obstáculos a su libre circulación.

- **CRITERIOS DETERMINANTES DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN EL TCEE.**

El criterio determinante del ámbito de aplicación de este principio es la nacionalidad. El principio alcanza exclusivamente a los nacionales de los Estados miembros. En este sentido se determina la condición de nacional conforme a los respectivos ordenamientos internos.

Los nacionales de terceros estados solo pueden beneficiarse de las disposiciones comunitarias relativas a la libre circulación de personas de forma dependiente o derivada, en tanto que son familiares de un nacional de un Estado miembro, titular de la libre circulación.

El ámbito de aplicación de principio de libre circulación de personas se limita a que la actividad económica a la que se orienta se ejerza en el marco del conjunto de los territorios de los estados miembros.

CONTENIDO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN EL ÁMBITO COMUNITARIO

- PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN E IGUALDAD DE TRATO.

Los art. 48, 56 y 59 TCEE desarrollan un núcleo común de contenidos formados por unos mismos principios que comprenden la entrada y residencia en el territorio de los Estados miembros de las personas sometidas al Derecho Comunitario, así como la prohibición de toda discriminación ejercida sobre estas personas en razón de la nacionalidad.

En el ámbito comunitario el principio de libre circulación implica la supresión de los obstáculos a la circulación en el espacio del mercado común. En relación con las personas, este principio reviste un carácter positivo de creación de un conjunto de derechos cuyos titulares son los individuos que ejercen la libertad de circulación en la Comunidad. La conexión entre ambos principios (libre circulación e igualdad de trato) resulta del hecho de que la igualdad funcione como criterio de referencia necesario en la concreción de la idea de libertad. En tal sentido la discriminación por razón de la nacionalidad es un obstáculo esencial para la realización de la libre circulación de las personas.

Es posible constatar la existencia de unas normas comunes en relación con los derechos a la movilidad territorial, que tienen un mismo contenido con independencia de la situación de libre circulación de personas. Sin embargo, el contenido del principio de igualdad de trato depende del objetivo perseguido en cada caso por la libre circulación. Es decir, que se extiende a lo que en cada supuesto sea necesario para hacer efectiva dicha circulación.

EVOLUCIÓN DEL PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACIÓN

Razón de ser de la competencia de la UE para elaborar normas de DIPr.

Las barreras jurídico-públicas en la UE han sido eliminadas, pero, pese a ello, no existe un correcto funcionamiento del mercado interior. Esta falta de funcionamiento del mercado interior se produce por distintos motivos:

- Inseguridad jurídica. Cada Estado miembro posee sus propias normas de DIPr, lo que provoca que la Ley aplicable a una situación privada internacional pueda ser distinta según el Estado miembro que la regule. Esta situación incita a la carrera a los tribunales (el que primero presenta su demanda judicial “elige” el derecho aplicable) y fomenta el Forum Shopping (como los particulares pueden especular sobre cuál es la Ley aplicable, pueden elegir los tribunales que les sean más favorables).

- La existencia de situaciones legales claudicantes, válidas y existentes en un Estado miembro, pero no en otro. Esto provoca un perjuicio a la libre circulación de personas y factores productivos en la UE, debido a que no existen garantías de que una sentencia o resolución pública dictada en un Estado miembro, sea efectiva en otro Estado miembro.

- El dilema del intercambio internacional. Si las normas de DIPr son diferentes en cada Estado miembro, se desconoce ante qué tribunales y de qué Estado se podrá demandar a los particulares incumplidores establecidos en otro Estado miembro, así como qué Ley estatal será la que regule las relaciones entre los particulares y si una sentencia dictada en un Estado miembro puede ser ejecutada en otro Estado. Esto trae como consecuencia la desaparición de la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros, aunque dicha libertad esté garantizada por el TFUE.

Para eliminar estos tres obstáculos, las autoridades de la UE tienen que elaborar normas de DIPr, a través de las cuáles se edifique un “Espacio Judicial Europeo”. Es preciso comunitarizar el DIPr, para que el mercado interior funcione adecuadamente. Así se establece en el Tratado de Amsterdam (1997) y en el Tratado de Niza (2001); además, el Espacio Judicial Europeo constituye un objetivo en sí mismo de la UE y debe alcanzarse con independencia de que dicho Espacio Judicial sea o no preciso para el correcto funcionamiento del mercado interior (art. 81.2 TFUE).

CONCEPTO DE ESPACIO JUDICIAL EUROPEO.

De acuerdo a las Conclusiones del Consejo de Tampere, el Espacio Judicial Europeo se caracteriza por:

- a. Es un espacio en el que los particulares pueden acceder a los tribunales y autoridades de otros Estados miembros del mismo modo que pueden acceder a los de su propio Estado.

- b. Es un espacio en el que las resoluciones de los Tribunales y de las demás autoridades públicas de los Estados miembros se respetan y se ejecutan en toda la UE.
- c. Es un espacio en el que los particulares y las empresas no se ven impedidos o desincentivados en el ejercicio de sus derechos a causa de la incompatibilidad o de la complejidad de los sistemas legales y administrativos de los Estados miembros.

RESTRICCIONES AL DERECHO DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS EN LA UE. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

Las restricciones nacionales al derecho de libre circulación de personas deben estar basadas en la conducta personal de los ciudadanos y respetar el principio de proporcionalidad. El artículo 27, apartados 1 y 2, de la Directiva 2004/38, establece que: *“1. los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos. 2. Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general.”*

Por lo tanto, un Estado miembro para adoptar una medida restrictiva de la libre circulación de personas en la UE, como la expulsión de su territorio de un nacional comunitario, debe basarse en la conducta personal de dicho nacional, cuando ésta suponga una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad, y además debe respetar el principio de proporcionalidad.

SUPRESIÓN DE BARRERAS INTERIORES (Acuerdo de Schengen)

El acuerdo de Schengen permite suprimir los controles en las fronteras interiores de los Estados firmantes y crear una única frontera exterior donde se efectúan los controles de entrada en el espacio Schengen. El espacio Schengen abarca a los Estados miembros de la UE, excepto a algunos de ellos y a determinados países, como Noruega, Islandia, Suiza y Liechtenstein. El objetivo es la supresión de los controles de las fronteras comunes, potenciando sus fronteras externas a fin de obstaculizar la inmigración ilegal de nacionales de Estados no miembros de la UE. Además, los Estados se comprometen a armonizar sus normativas sobre prohibiciones y restricciones y a adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la seguridad. Pero el Acuerdo de Schengen no tuvo el resultado esperado y se puede decir que semifracasó.

PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO EN LA UE

La institución del reconocimiento mutuo viene adquiriendo cada día un mayor protagonismo en el ámbito internacional, y ello fundamentalmente como consecuencia del auge adquirido por los procesos de integración de la Unión Europea, donde se aspira a la consecución de un espacio judicial único, espacio que es consecuencia directa de la libertad de circulación de personas, servicios, mercancías y capitales.

El reconocimiento mutuo constituye un proceso por el cual una decisión adoptada por una autoridad judicial de un Estado es reconocida casi automáticamente y, en caso necesario ejecutada, en el territorio de otro Estado, presentándose como un instrumento básico en el campo de la cooperación judicial. Así, el principio de reconocimiento mutuo implicará que una decisión extranjera con trascendencia internacional sea automáticamente aceptada en otro Estado distinto al de su emisión, surtiendo allí los mismos -o parecidos- efectos, limitándose a la mínima expresión las causas de posible denegación del reconocimiento.

La puesta en marcha del principio de mutuo reconocimiento requiere la concurrencia de dos condicionantes. Por un lado, la idea de confianza; lo cual significa que los Estados deben confiar plenamente en sus respectivos sistemas y organizaciones administrativas y judiciales, y para que esto acontezca aquéllos deben tener unas legislaciones basadas en los principios del Estado Democrático y de Derecho donde se respeten plenamente los derechos y libertades fundamentales, así como unos

procedimientos donde, por encima de cualquier otra eventualidad, prevalezca el respeto a las garantías de los particulares. Por otro lado, debe también ser objeto de respeto el principio conocido como de “equivalencia de resoluciones”, y ello aunque éstas no sean idénticas a las que podrían haberse dictado en el Estado de ejecución, no otorgándose trascendencia a las posibles diferencias.

El Tratado de Ámsterdam logró la creación de un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y, con la finalidad de evitar la repetición del semifracasado modelo de colaboración de Schengen, se previó la posibilidad de crear una cooperación reforzada para los Estados miembros en virtud de lo dispuesto en el Título VI, proyectándose la misma en la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

El reconocimiento mutuo ha encontrado un medio de desarrollo propio en el fenómeno de la integración europea y en el desarrollo del espacio de libertad, seguridad y justicia.

Pero es en la Cumbre de Tampere de octubre de 1999, donde el principio de reconocimiento mutuo se consolida de una manera definitiva. En efecto, ahondando en esta línea, los puntos 33 a 36 de las Conclusiones de la Presidencia erigieron el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y penal en un pilar esencial de la cooperación judicial en la Unión Europea. En base a ello, se solicitó al Consejo y a la Comisión, la adopción de un Programa de medidas destinadas a poner en práctica tal principio antes de diciembre de 2000, y el 15 de enero de 2001 se publica el referido Programa de medidas. Y éste se sustituyó cinco años después por un nuevo programa plurianual destinado a impulsar la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia, conocido como el Programa de La Haya. Entre sus objetivos se encuentran determinadas propuestas en relación a la consecución de una mejora de la capacidad común de la Unión y de sus Estados miembros para garantizar los derechos fundamentales, así como la prosecución del establecimiento del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales tanto en materia civil como penal. El Consejo Europeo considera que el proyecto común de consolidación del área de libertad, seguridad y justicia es fundamental a la hora de asegurar la efectividad de la confianza mutua y del Estado de Derecho en toda la Unión.

El Programa establece que la incorporación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el Tratado constitucional y la adhesión al Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, impondrá a la Unión una obligación legal de garantizar, en todos sus

ámbitos de actuación, no sólo el respeto sino también la protección activa de los derechos fundamentales.

LOS PILARES DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO

La existencia de un escenario donde se reconozcan una serie de derechos fundamentales es requisito para lograr la implantación del principio de reconocimiento mutuo. Afortunadamente tal situación es predicable en el ámbito de la Unión Europea, donde la protección de los derechos fundamentales ha constituido una aspiración constante en el propio proceso constitutivo: la misma se está construyendo sobre la convicción de que el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, así como los principios de libertad, democracia y Estado de Derecho son comunes a todos los Estados miembros.

IMPLANTACIÓN DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO.

En el ámbito judicial europeo en materia de Derecho privado se han agilizado los procedimientos de reconocimiento y ejecución y nos acercamos cada vez más hacia una mayor aplicación del principio general en virtud del cual las decisiones judiciales dictadas en un Estado miembro surten efecto automáticamente en los demás Estados miembros. Así, el principio de reconocimiento mutuo viene a convertirse en el máximo exponente de la libertad de circulación de resoluciones en el territorio de la Unión Europea.

La evolución hasta la más amplia aplicación del principio de reconocimiento mutuo en lo que se refiere a las decisiones judiciales civiles se puede establecer en las siguientes en cuatro fases:

a) En un primer momento, el reconocimiento automático de pleno derecho de las decisiones dictadas en un Estado miembro, sin necesidad de un procedimiento especial, se encuentra en la base del sistema. Únicamente se recurre a un procedimiento especial de reconocimiento en el supuesto de que se produzca una oposición al mismo. Tal sistema fue establecido en el Convenio de Bruselas de 1968, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (art. 26.1).

b) Tras reconocerse eficacia con carácter general a las decisiones dictadas en otros Estados miembros, se establece sólo una serie de posibles causas de denegación del reconocimiento. Ello es lo que acontece en los artículos 34 y 35 del Reglamento

44/2001, donde se recogen los únicos motivos de oposición al reconocimiento o ejecución de una decisión dictada en otro Estado.

c) En tercer lugar, se pasa al reconocimiento y ejecución de plano de la decisión extranjera, cabiendo controlar únicamente la autenticidad de la sentencia extranjera, y exigiéndose sólo la presentación de un simple formulario, carente de requisitos. Esto es lo que se recoge en el art. 41 Reglamento 44/2001.

d) La culminación del principio de reconocimiento mutuo la encontramos con la supresión total del exequátur, lo cual se ha hecho realidad con el establecimiento de un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados mediante el Reglamento 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, donde ya ni siquiera se contempla causa alguna de denegación, dado que el procedimiento de exequátur se elimina dando lugar a una máxima libertad de circulación de este tipo de resoluciones.

Con la regulación contenida en este último Reglamento se ha alcanzado la más amplia aplicación hasta ahora del principio de reconocimiento mutuo en el espacio judicial civil europeo. Además, se trabaja intensamente en la extensión del principio de reconocimiento mutuo a otros ámbitos diferentes, particularmente al penal y también al administrativo, sobre todo en lo concerniente a las sanciones administrativas pecuniarias.

PERSONAS FÍSICAS: PRINCIPIO DE LIBRE CIRCULACION DE PERSONAS EN LA UNIÓN EUROPEA.

Considerando que los objetivos de la Comunidad definidos en el Tratado CE, tal y como quedó modificado por el Tratado de la Unión Europea, consisten en lograr una unión cada vez más estrecha entre los pueblos europeos, establecer relaciones más estrechas entre los Estados miembros de la Comunidad, asegurar, mediante una acción común, el progreso económico y social, eliminando las barreras que dividen Europa, fomentar la continua mejora de las condiciones de vida de sus pueblos, preservar y consolidar la paz y la libertad y promover la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones y leyes de los Estados miembros y en

el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

La integración económica y social resultante del establecimiento y funcionamiento del mercado interior va a implicar necesariamente un aumento notable de los flujos transfronterizos de las personas físicas, debido a que cada vez más el mundo está más globalizado por lo que las relaciones jurídicas y sociales no se limitan únicamente al territorio donde el sujeto haya nacido sino que cruzan fronteras.

La tendencia de las autoridades nacionales de los Estados miembros, cuyo sistema de Derecho Internacional Privado (DIPr) remite a la aplicación de la ley nacional para la determinación de los nombres y apellidos de los individuos, a no reconocer validez a las inscripciones de nombres y apellidos de sus propios súbditos practicadas en los Registros civiles de otros Estados miembros, sin tener en cuenta la vinculación comunitaria presente en dichas situaciones, genera una diversidad de apellidos para estos ciudadanos de la UE que puede perjudicar su libertad de circulación.

Las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros sobre la determinación de los apellidos de las personas físicas, datos personales ligados a las personas físicas, pueden impedir el reconocimiento y la circulación de las personas físicas del territorio de un Estado miembro al de otro. Por lo tanto, estas diferencias pueden constituir un obstáculo para el ejercicio del principio de la libre circulación de personas.

Jurisprudencia del TJCE sobre determinación del nombre de las personas físicas.

Un caso de elevada importancia que llegó al TJCE presentó los siguientes hechos:

Un menor, llamado *Leonhard Matthias* de nacionalidad alemana nació en Dinamarca en 1998, cuyos progenitores tenían nacionalidad alemana. Sus padres lo inscribieron en el Registro Civil de Dinamarca donde este nació y residía su madre, la cual se separó de su marido. Según la norma de conflicto del Ordenamiento jurídico danés, como no existía apellido familiar común, los padres decidieron poner a su hijo el apellido *Paul y Grukkin*

como apellido intermedio. Posteriormente, solicitaron a través de un certificado administrativo el cambio de apellido para transmitirle al menor el apellido de los dos padres por un guión, es decir, *Grunkin-Paul*, permitido por dicha normativa. Ahora bien, cuando los padres instaron la inscripción de su hijo en Alemania (país de nacionalidad del menor y donde residía su padre) las autoridades alemanas se negaron a inscribir ese apellido pues no era conforme con la norma de conflicto alemana, art.10 EGBGB, la cual establece en dicha materia la aplicación de la ley nacional de la persona para regular los apellidos. Según la aplicación de la normativa alemana, en defecto de apellido familiar común, los progenitores pueden elegir el apellido del padre o el de la madre, y subsidiariamente, si estos no se ponen de acuerdo en el plazo de un mes se designa a uno de los progenitores para que tome la decisión y si transcurre dicho plazo sin ninguna elección, el tribunal familiar alemán atribuye el apellido del progenitor designado. Pero la legislación alemana no permite designar el apellido de ambos unidos por un guión, como si permitía la legislación danesa. Como consecuencia de la negativa de los progenitores a elegir un apellido el Tribunal de Familia alemán planteó una cuestión de prejudicial ante el TJCE porque dudaba de la compatibilidad entre la norma de conflicto alemana, art.10 EGBGB, con los art.12 y 18 del TCE.

La STJCE de 26 abril de 2006, no resolvió la cuestión por falta de competencia de dicho tribunal que no desempeñaba funciones jurisdiccionales.

Después de esto, la Oficina de Registro Niebüll denegó la inscripción del nombre pretendido pues no era conforme con el Derecho alemán.

Por lo que finalmente, los progenitores acuden al juzgado competente, que vuelve a plantear el recurso prejudicial ante el TJCE sobre si el precepto alemán que remite a la ley nacional para la determinación de los apellidos de una persona es compatible con la prohibición de no discriminación por razón de la nacionalidad establecida en el art.12 TCE y con el art.18 TCE relativo a la libre circulación de personas.

Hay que decir, que los ciudadanos de la UE tienen legitimación para reclamar la eliminación de los obstáculos que las normativas de los Estados miembros y/o su aplicación a un caso concreto pueden oponer al ejercicio de sus libertades comunitarias.

Cuando los sujetos privados se encuentran con supuestos donde existe una vinculación con más de un Ordenamiento jurídico de los Estados miembros se plantean problemas reales y concretos debido a las existentes diferencias legislativas que existen aún. La absorción del Derecho Internacional Privado por los Estados miembros por el

Derecho Comunitario es una consecuencia necesaria para el mercado común, imprescindible para la consecución de un espacio de libertad, seguridad y justicia. El Derecho Internacional Privado como el Derecho sustantivo de los Estados miembros debe plegarse ante las exigencias del Derecho Comunitario a fin de que la ciudadanía de la UE alcance la totalidad de sus efectos.

En el caso que hemos examinado, el TJCE dio finalmente la razón a los progenitores del niño, todos ellos tenían la condición de ciudadanos de la UE, en su *STJCE 14 octubre de 2008*, en la cual establece un hecho con gran relevancia:

“Los Estados miembros están obligados a reconocer los nombre y apellidos de sus propios nacionales, una vez que hayan sido determinados en otro Estado miembro en el que aquellos hayan nacidos y tengan su residencia habitual”.

Todo ello significa que las autoridades competentes de los Estados miembros no pueden imponer el respeto a la ley nacional reguladora de la materia de nombre y apellidos de las personas físicas como condición para el reconocimiento de los apellidos ya determinados conforme a la legislación de otro Estado miembro y en consecuencia, no pueden negarse a reconocerlos tal y como se hayan fijado en otro Estado miembro. Esto provocaría un atentado contra el art.18 TCE, debido a la diferencias de nombres que esta negativa de reconocimiento generaría, supondría un obstáculo al ejercicio de las libertades de circulación y residencia. Según el TJCE los obstáculos a tales libertades sólo estarían justificados si tiene fundamentación en consideraciones objetivas y proporcionales a las finalidades perseguidas. Pero en esta materia, no está justificado dicho obstáculo que impide el reconocimiento, por las siguientes razones:

- No existe conveniencia en determinar el apellido de una persona de forma cierta y continuada.
- Ni existe propósito de garantizar la unidad de apellidos entre hermanos.
- Ni el tratar a los nacionales de un país de manera que su apellido se determine de una determinada manera.

Como consecuencia de las diferencias legislativas existente en la determinación del nombre y apellido de las personas físicas, van a derivar dos cuestiones principales:

1. **Compatibilidad de la conexión de nacionalidad en materia de nombre y apellidos con el art.12 TCE** (Prohibición de la discriminación por razón de la nacionalidad). Este aspecto es tratado en tres grandes casos que llegaron al TJCE que son:

- *Caso Konstantinidis.*

- *Caso García Avello.*
- *Caso Grunkin-Paul.*

2. **La interpretación realizada por el TJCE del art.18 TCE desprende que los ciudadanos de la UE pueden reclamar el reconocimiento de su apellido determinado conforme al Ordenamiento jurídico de otro Estado miembro con el que el sujeto se encuentre más identificado ya sea:**

- el Estado del cuál es nacional o
- lugar de nacimiento o
- lugar de residencia.

Pues una vez inscrito el apellido en el Registro Civil de un Estado miembro, dicho apellido deberá prevalecer en el resto de Estados de la UE. Esto deriva de que las autoridades competentes de un Estado miembro no pueden obstaculizar el ejercicio de las libertades comunitarias. Dicho reconocimiento va a tener como consecuencia la necesidad de revisar las normas de reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras para modular su aplicación a las situaciones intracomunitarias, con el único límite o control de no contrariedad con el orden público del Estado requerido.

Incidencia del principio de prohibición de discriminación en la determinación del nombre y/o apellidos *ex novo*. La compatibilidad de la conexión nacional en materia de nombre y apellidos con la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad.

La determinación del apellido del nacional que no ha sido inscrito en ningún otro Registro civil y va a ser objeto de inscripción *ex novo* en el Registro civil del país de su nacionalidad, difiere de la inscripción en el Registro civil de los nacionales que ya han sido inscritos en los Registros civiles de otro Estado. En el primer caso se plantea un problema real de determinación del nombre y/o apellido de una persona, esto es, lo que se plantea es la ley aplicable al nombre y/o apellido del individuo. En el segundo caso estamos ante un problema de validez de la inscripción registral extranjera.

La primera hipótesis está regulada en el art. 10 EGBGB remitiendo a la ley nacional, al igual que en el ordenamiento jurídico español hace el art. 1 del Convenio de Munich.

En estas normas se indica al aplicador del Derecho y también a los particulares, para que se orienten respecto a la ley reguladora de la determinación de su nombre y apellido, la conexión que tienen que utilizar para identificar el ordenamiento jurídico aplicable a dicha determinación *ex novo* del apellido de una persona. Dichos preceptos no regulan el reconocimiento del nombre y/o apellido ya inscrito en un Registro civil extranjero.

Existe un debate de si es admisible la aplicación de la ley nacional para regir cuestiones vinculadas al:

- estatuto de las personas o
- al Derecho de familia

en el marco de las “situaciones intracomunitarias”. Es decir, si la identidad cultural de una persona se debe determinar por la consecuencia jurídica de aplicar o bien la Ley nacional o bien la Ley de residencia, recogida en una Norma de conflicto del Ordenamiento jurídico de un Estado miembro.

El hecho de que el legislador estime conveniente la aplicación de la ley nacional para regir cuestiones vinculadas al estatuto personal o al Derecho de familia no es *per se* incompatible con el Derecho comunitario; otra cuestión diferente es la oportunidad de seguir manteniendo este criterio de conexión en materias como el nombre y/o apellidos, donde debe introducirse la **autonomía de la voluntad**, a fin de satisfacer todos los intereses implicados en la situación, habida cuenta de la relajación de los intereses públicos de identificación de las personas en esta materia. La asunción del criterio de conexión nacionalidad para cuestiones de estatuto personal es una tendencia muy extendida y arraigada en un buen número de países, tanto de la UE como de terceros Estados. Forma parte de su tradición jurídica y es una forma de respetar la multiculturalidad propia de las sociedades actuales y, particularmente, de los países integrantes de la UE. El criterio de la nacionalidad se resiste a ser abandonado en materia de estado de las personas y no sólo como criterio de conexión, sino también como criterio de competencia judicial internacional, como muestra su inclusión en el marco del Reglamento de Bruselas II bis.

Tampoco la utilización de criterios de conexión diferentes por parte de los distintos Estados miembros es causa, por sí sola, de discriminación prohibida por el TCE. Si unos Estados miembros se basan en el criterio de conexión nacionalidad y otros en el de la residencia habitual y el contenido material de ambos ordenamientos jurídicos coinciden, no puede entenderse que haya incompatibilidad con el Derecho comunitario, pues el resultado de la aplicación de ambas leyes es idéntico. Ni siquiera las dificultades de prueba del Derecho extranjero con que se encontrarían los nacionales de otros países en el foro podrían esgrimirse como elemento discriminatorio, porque estas dificultades no derivan propiamente de la utilización del criterio de conexión nacionalidad, sino de las normas procesales rectoras de la prueba del Derecho extranjero.

La utilización del criterio de conexión nacionalidad asociado a las divergencias en las normativas materiales de los Estados miembros relativas a la determinación del nombre y apellidos tampoco es causa por sí sola de incompatibilidad con el Derecho comunitario. Si el criterio de conexión utilizado fuera la residencia habitual también conduciría a la aplicación de normas materiales distintas a diversos grupos de nacionales, los que residen en el Estado de su nacionalidad y los que residen en otro Estado miembro, lo que daría lugar a que dos nacionales llevaran apellidos distintos, si bien, en este caso, la aplicación de reglas materiales diferentes respondería al deseo de conceder relevancia al hecho de que las dos situaciones son distintas.

El uso rígido del criterio de conexión nacionalidad, como el del criterio del domicilio o residencia habitual o el del lugar de nacimiento para la determinación del nombre y/o apellidos de las personas, no toma suficientemente en cuenta el hecho diferencial que existe en cualquier situación privada internacional que, además, como en el supuesto comentado, constituye una situación intracomunitaria, aun cuando los Estados estén legitimados para mantenerlos, basándose en sus tradiciones jurídicas. El hecho diferencial no es valorado, porque, al final de todo el proceso, se acaba aplicando un Derecho material previsto para regular las situaciones puramente internas, sin tener en cuenta el carácter intracomunitario de la situación

Hay que indicar, como bien ha afirmado el TJCE en su jurisprudencia como es el caso de *García Avello*, el hecho de que: “no se encuentran en la misma situación los ciudadanos de la UE que únicamente guardan vinculación con el Estado de su nacionalidad que aquellos que están vinculados a más de un Estado miembro”. Por

ejemplo: en el *caso Grunkin-Paul*, al menor se le aplica las mismas normas que se emplea al resto de alemanes nacionales y residentes en dicho Estado, pero el menor no se encuentra en la misma situación pues aunque es nacional alemán reside en Dinamarca pero también pasa largos periodos en Alemania como consecuencia de la separación de sus padres (Situación intracomunitaria). Además, debemos tener presente reiterada jurisprudencia del TJCE que afirma: *“hay discriminación cuando se tratan de igual manera situaciones diferentes y de distinta manera situaciones comparables, salvo que exista una justificación objetiva”*. Vamos a ver esto a través del caso analizado: al menor Grunkin-Paul se le da el mismo trato que al resto de nacionales alemanes, le obligan a determinar su apellido conforme a la ley aplicable alemana que es la ley nacional, con independencia del lugar donde haya ocurrido el nacimiento y del lugar en el que haya fijado su residencia habitual. Por tanto este hecho de que las autoridades competentes de un Estado miembro apliquen su ley nacional a un ciudadano de la UE vinculado con una situación intracomunitaria para la determinación de su apellido, aplicándole lo mismo que aquellas personas que no presentan ningún vínculo con otro Estado miembro, puede originar discriminación si no se tienen en cuenta el hecho diferencial que origina la situación intracomunitaria.

De ahí que, pese a que el criterio de conexión nacionalidad para regir la determinación del nombre y/o apellidos no sea en sí mismo incompatible con el Derecho comunitario, su utilización rígida no sea adecuada, porque, por un lado, puede infringir el principio de prohibición de discriminación, al no tomar en consideración el hecho diferencial que hay en la situación intracomunitaria y porque, de otro lado, no satisface el interés de su titular en adquirir un nombre con el que se sienta identificado.

Ahora bien, el TJCE indica que la vulneración de las libertades comunitarias no se produce por lo mencionado anteriormente relacionado con el derecho aplicable a la situación privada internacional sino que dicha vulneración se produce cuando las autoridades nacionales de los Estados miembros reconocen o no el nombre y apellido/s determinado según el Ordenamiento jurídico de otro Estado de la UE.

Por tanto, el TJCE no entre a valorar cuales de los puntos de conexión empleado por la norma es el adecuado (nacionalidad, lugar de nacimiento o de residencia habitual) porque dicha materia es competencia de los Estados miembros (art. 6.3 TUE), siempre y cuando no constituya un obstáculo a la libre circulación de personas. Pero la competencia de los Estados miembros tiene un límite: en el caso de que el nombre y

apellido a determinar o inscribir este vinculado a una situación intracomunitaria, se debe respetar el Derecho comunitario.

Una solución a este problema, sería introducir en los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros la autonomía de la voluntad a la hora de determinar ex novo los apellidos de los ciudadanos de la UE, o como mínimo a flexibilizar sus reglas para admitir el cambio de apellidos.

La obligación intracomunitaria de reconocer apellidos ya inscritos en Registros Civiles de otros Estados miembros. Principio de libre circulación como factor determinante del reconocimiento de apellidos ya inscritos en otro Estado miembro.

Diferente de la determinación *ex novo* del nombre y/o apellido de un nacional en un Estado miembro es la situación que se plantea en el caso Grunkin-Paul, en el que el nacional ya ha sido inscrito en otro Estado miembro con unos apellidos diferentes de los que le corresponden según su ley nacional, de conformidad con el sistema conflictual vigente en el otro Estado miembro. Lo que se plantea, no es, por tanto, un problema de determinación del apellido del menor alemán, que ya ha sido resuelto, sino el reconocimiento de efectos a la certificación registral danesa.

Cabe indicar, que no importa tanto el ordenamiento jurídico conforme al cual se determinen los apellidos en el espacio de la UE, sino más bien que se satisfagan los intereses de los nacionales de los diferentes Estado miembros en dicha determinación, sin que ello suponga un obstáculo a la libre circulación de personas.

El problema en cuanto al reconocimiento se sitúa en la eficacia extraterritorial de un certificado registral extranjero y añadiendo las peculiaridades que deriven de la situación intracomunitaria. El TJCE indica que es necesaria la realización de cambios en sus normas de eficacia extraterritorial, o al menos a su interpretación a fin de facilitar la admisión de nombre y apellidos determinados conforme a la legislación de otro Estado miembro. Porque de lo contrario, obligar a un ciudadano de la UE a llevar un apellido distinto del que le ha atribuido otro Estado miembro en el que ha nacido y reside puede suponer un obstáculo al ejercicio de la libertad para circular y residir, recogido en el art.18 TCE. Es un obstáculo en la medida de que la disparidad de apellidos puede causar a su titular graves inconvenientes tanto profesionales como privados. El problema se reduce decidir bajo qué condiciones se permite la producción de efectos en el foro a un certificado registral extranjero en materia de esta índole.

En nuestro caso hay que mencionar, *¿Por qué motivo se deniega el apellido que se le ha atribuido conforme a las normas de conflicto danesas, amparándose en el art. 10 EGBGB, que es una norma de conflicto para identificar el Derecho aplicable a la determinación del nombre?* Bien porque, al tratarse de la inscripción de los propios nacionales, no se concede ninguna eficacia a la certificación registral procedente de otro Estado miembro, procediéndose a practicar la inscripción *ex novo* del menor alemán, bien porque se interpreta que el art. 10 EGBGB impone un control de la ley aplicada por la autoridad del Estado de origen de la certificación registral extranjera.

Esta última es la práctica que se sigue en España, donde, ante la inexistencia de normas de origen institucional o convencional al respecto, la admisión de los efectos de la certificación registral extranjera se rige por la normativa registral, que constituye un *ius specialis*. Dicha normativa registral está constituida por el art. 85 RRC, según el cual *“la transcripción de la certificación extranjera se efectuará si ésta ofrece garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española”*. Estas garantías se refieren a la regularidad y autenticidad de la certificación. Además, hay que tener en cuenta el art. 23 LRC, que exige que no haya dudas sobre la legalidad del hecho conforme a la ley española. Este requisito de exigencia de legalidad conforme a la ley española ha sido interpretado en el sentido de exigir al operador jurídico español un control de la ley aplicada por la autoridad extranjera. Es decir, que el encargado del Registro civil español no practicará la inscripción basándose en la certificación registral extranjera si en aquella no figura el nombre y/o apellidos tal y como habrían sido determinados conforme al Derecho español, por imperativo de la norma de conflicto española, que, como es sabido, viene constituida por el art. 1 del Convenio de Munich, si bien la DGRN suele basarse en el art. 9.1.º CC y 219 RRC, haciendo caso omiso de la aplicación universal del Convenio. Se efectúa un control de la ley aplicada por la autoridad extranjera, de tal manera que, sólo en caso de que el apellido que se le ha impuesto al español sea el mismo que vendría determinado por la ley española, se le concederían efectos a la certificación registral extranjera. Pero, como se ha afirmado en otro contexto, la atenuación del control de la ley aplicable a través de la equivalencia de resultados supone una desnaturalización del control, ya que evidencia la indiferencia por los criterios formales de aplicación del Derecho exacto, para resaltar más adecuadamente aspectos sustanciales.

Esta práctica consistente en imponer la aplicación del propio Derecho sobre el nombre, incluso en los casos en que éste ya ha sido inscrito en el Registro civil de otro Estado, y no admitir la certificación registral extranjera como título para practicar la inscripción del nombre de un español en el Registro civil español, cuando no se corresponde con el nombre determinado conforme al Derecho español, genera una diversidad de nombres. La DGRN intenta paliar los problemas derivados de esta diversidad de nombres anotando en el Registro civil español el nombre que ya consta inscrito en el Registro civil extranjero, pues se trata de un hecho que afecta al estado civil de un español y es susceptible de esta anotación con valor simplemente informativo, según el art. 38 LRC. Pero, la diversidad de nombres derivada del no reconocimiento en un Estado miembro del nombre ya inscrito en el Registro civil de otro Estado miembro no es compatible con el Derecho comunitario, pues constituye un obstáculo a la libertad de circulación de los ciudadanos de la UE, por dos motivos:

- En primer lugar, porque la persona sigue teniendo dos identidades diferentes, lo que no le sucede al nacional de un Estado que no presenta vínculos con otros Estados miembros y,
- en segundo lugar, porque no se eliminan las dificultades con que se encuentra el ciudadano de la UE que tiene que llevar siempre el mencionado certificado de diversidad de apellidos para demostrar que es la misma persona.

Del mismo modo, no se solucionan los problemas por el hecho de que el ordenamiento jurídico español prevea la anotación con valor simplemente informativo del nombre y/o apellidos correspondientes a un español conforme a un Derecho extranjero, porque esto no evita que en su vida cotidiana tenga dos identidades en cada uno de los países implicados.

Si el TJCE hubiera podido entrar en el fondo del asunto, habría concluido que es contraria al Derecho comunitario la práctica de las autoridades alemanas consistente en no conceder validez a la inscripción registral practicada en el Registro civil danés, coincidente con la práctica española.

El TJCE ya se ha pronunciado en un caso similar, el asunto *García Avello*, donde mantuvo la necesidad de tratar de manera diferente la situación del que ostenta solo la nacionalidad de un Estado miembro y la del que posee la nacionalidad de más de

un Estado miembro, debiendo permitirse a los plurinacionales cambiar su apellido para acomodarse al régimen normativo previsto en la legislación de cualquiera de sus Estados nacionales, pues lo contrario obliga a los ciudadanos de la UE a llevar apellidos diferentes en los distintos Estados miembros, y ello perjudica la libertad de circulación. Para el TJCE no es una solución el hecho de que los ciudadanos de la UE puedan anotar con valor simplemente informativo en los Registros civiles de sus Estados nacionales la diversidad de apellidos, como tampoco lo es el hecho de que puedan adquirir el certificado de diversidad de apellidos, de conformidad con el Convenio de La Haya. En opinión del TJCE la diversidad de apellidos genera una “esquizofrenia jurídica” a estos nacionales de Estados miembros, pues nada previene el hecho de estar inscritos con diversos nombres en cada uno de los países con los que guardan vinculación. Aparte de los problemas psicológicos que pueda originar a una persona el ser conocido con nombres diferentes en cada país, hay que añadir los inconvenientes con que se encontrarán cada vez que tengan que acreditar que las dos identidades corresponden a una misma persona.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, la respuesta del TJCE a esta cuestión prejudicial bien podría ser la misma. En ambos casos ya se había inscrito el apellido de conformidad con el ordenamiento jurídico de un Estado miembro y se pretendía hacer valer dicho apellido en otro Estado miembro: el de la nacionalidad (o el de la otra nacionalidad) de los menores. Es verdad que en el caso *Niebuill* el menor sólo posee la nacionalidad alemana, por lo que no existe identidad total con respecto al caso *García Avello*, al no concurrir el presupuesto de la doble nacionalidad. No obstante, concurren los vínculos con más de un Estado miembro que justifican un trato diferencial, al ser el interesado nacional de un Estado miembro y residente en otro Estado miembro, país en el que ha nacido el menor y donde ha sido inscrito con anterioridad.

Esta vinculación con más de un Estado miembro fue la que condujo al TJCE en el caso *García Avello*, como indicamos con anterioridad, a estimar que no eran idénticas las situaciones del nacional de un Estado miembro residente en ese mismo Estado miembro y la del nacional de un Estado miembro que también tiene vinculación con otro Estado miembro, por ser nacional y residente en ese segundo Estado miembro. La situación es equiparable a la del caso *Grunkin-Paul*, en la medida en que un nacional alemán que reside en otro Estado miembro de la UE, donde ha nacido, no se encuentra

en las mismas condiciones que un nacional alemán, que reside y ha nacido en Alemania, porque no tiene problemas de vinculación con otros Estados miembros de la UE de cara a la determinación de su nombre y/o apellidos. Por tanto, tratarlo igual que si no existieran vínculos con otro Estado miembro constituye una discriminación prohibida por el Tratado. Esta discriminación no deriva en sí del hecho de que el criterio de conexión para la determinación del nombre y/o apellido sea la nacionalidad, pues no se trata de resolver un problema de determinación del apellido del menor, sino de reconocer una situación ya existente en el extranjero. La discriminación deriva del hecho de no reconocer la situación diferencial que obliga a dar efectos a los nombres y/o apellidos ya inscritos en otro Estado miembro.

Es verdad que en el caso *Grunkin-Paul*, el menor no posee doble nacionalidad, hay otra diferencia importante. En el caso *García Avello* las autoridades belgas, aplicando la jurisprudencia del TJCE y admitiendo la inscripción del apellido de los menores de conformidad con el Derecho español, acabarán respetando las prescripciones de la ley nacional de los menores, que, según la norma de conflicto belga rectora de la determinación del apellido es la procedente, aunque esa ley nacional no sea la belga. En cambio, en el caso *Grunkin-Paul*, si las autoridades alemanas admitieran la inscripción del apellido determinado conforme al Derecho danés, lo que respetarían serán las prescripciones de la ley de la residencia habitual. ¿Constituye esto una infracción de la norma de conflicto alemana reguladora de la determinación del apellido, que remite a la ley nacional? Entendemos que no, porque, como se indicó *supra*, no estamos ante un problema de determinación del nombre en sentido estricto, sino de reconocimiento del que ya ha sido atribuido en otro Estado miembro.

Entre los requisitos que la certificación extranjera debe cumplir para que el reconocimiento se produzca no debe incluirse el control de la ley aplicada por la autoridad extranjera. Bastará comprobar que se trata de una autoridad procedente de un Estado que presenta vinculación con el particular, bien porque sea el de su nacionalidad, bien el de su lugar de nacimiento o residencia habitual y que dicho nombre y/o apellido no atenta contra el orden público del Estado miembro en el que se pretende hacer valer la certificación extranjera. Por lo que a España se refiere, la exigencia de legalidad conforme a la ley española que impone el art. 23 LRC tampoco debe interpretarse en el sentido de exigir el control de la ley aplicada por la autoridad extranjera, sino como una

garantía de que el nombre, tal y como ha sido determinado por la autoridad extranjera, de conformidad con su sistema conflictual, no sea contrario al orden público español.

No puede pretenderse que constituya un motivo de orden público el que todos los alemanes se rijan por las mismas normas de determinación de los apellidos, con independencia de su residencia o lugar de nacimiento, pues existe una libertad de elección para los progenitores, aunque limitada a supuestos diferentes del contemplado. Tampoco el principio de unidad de apellidos en la familia podría oponerse como motivo de orden público, porque, en caso de no existir un apellido familiar común de los progenitores, los hijos llevarán un apellido diferente al de algún miembro de la pareja.

Extrapolando la situación al Derecho español, tampoco existe un motivo de orden público que justifique la imposición de las reglas españolas de determinación del apellido de los españoles y permita denegar efectos al certificado registral extranjero con otros apellidos. Si, hasta hace poco, la DGRN consideraba que era un principio de orden público el que todos los españoles llevaran dos apellidos, la situación ha cambiado radicalmente. Por un lado, basta estudiar un poco la realidad social española para darse cuenta de que no todos los españoles tienen dos apellidos. Hay que tener en cuenta, cómo incide la jurisprudencia del TJCE, derivada del caso *García Avello* en la eliminación del doble apellido del ámbito del orden público, pues obliga a que un doble nacional, aunque ostente la nacionalidad española, pueda tener un solo apellido, si así lo dispone su otra ley nacional. Esto implica que en España ya ha dejado de ser el doble apellido una cuestión de orden público.

En el marco CIEC se ha negociado el *Convenio n°31, firmado en Antalya el 16 de septiembre de 2005 sobre el reconocimiento de apellidos*, aunque todavía no ha sido ratificado por todos los Estados. Este Convenio obliga a los Estados miembros a reconocer apellidos atribuidos en el momento de nacimiento o modificados en virtud de una declaración o por motivo de matrimonio, divorcio u otra causa en otro Estado miembro, siempre que la persona interesada presente determinados vínculos, nacionalidad o residencia, con el Estado en cuestión.

El Convenio de la Antalya responde al “método de reconocimiento conflictual”, que significa que una relación jurídica constituida en el extranjero surte efectos en el foro con independencia de la ley aplicable por las normas de conflicto del foro y con

independencia de la ley aplicada por la autoridad extranjera, únicamente depende de que la situación sea eficaz en el país en el que se ha registrado. Este método es considerado una variante del “principio de reconocimiento mutuo”, que se ha convertido en la clave para lograr un espacio europeo de libertad, seguridad y justicia.

Pero dicho Convenio que diferencia al reconocimiento de apellido de los hijos y el reconocimiento del apellido de los cónyuges, respecto al primero no nos sirve para el supuesto que hemos analizado con anterioridad (Grunkin-Paul) pues únicamente aplicamos dicho instrumento en el supuesto de que el hijo posea dos o más nacionalidades y sólo obliga a reconocer el certificado de apellidos si proviene del Estado de nacionalidad del menor. Por tanto, dicho Convenio no soluciona del todo los problemas de reconocimiento respecto al apellido de las personas físicas.

En definitiva, hasta que no se adopten medidas comunitarias o se elabora algún instrumento, el objetivo del TJCE puede lograrse mediante una reducción de los controles que tienen que ser superados por las certificaciones registrales provenientes de otros Estados miembros para producir efectos en el Estado del foro.

Por tanto, de la jurisprudencia del TJCE se puede desprender la obligación de las autoridades de los Estados miembros de reconocer todo apellido determinado por las autoridades competentes de otro Estado miembro, siempre y cuando exista una razonable vinculación entre el Estado de origen con la persona a quién se le atribuye el apellido. Por lo que dicha autoridad únicamente puede ser:

- La de su nacionalidad
- La del lugar de su nacimiento
- La del lugar de su residencia habitual.

Así, sería el propio ciudadano de la UE el que decidiría cuál es el apellido que quiere llevar, que será aquel con el que se sienta más identificado. De este modo, una vez inscrito el apellido en el Estado de origen los demás deberán reconocerlo. Estamos ante una manifestación del <<principio de prioridad>>. Según sea el lugar en el que el ciudadano decida inscribir su apellido no significa fraude de ley pues la persona sólo está cumpliendo con su obligación de practicar la inscripción de un hecho que afecta a su estado civil en los países con los guarda alguna vinculación y es libre para efectuar la inscripción en aquel con el cual se siente más identificado.

Cabe concluir como consecuencia del análisis realizado, que es conveniente una modificación de las normas sobre eficacia extraterritorial para no general discriminaciones en el ámbito del nombre de las personas físicas.

Legislación española para reconocer el apellido de las personas físicas determinado en otro Estado miembro.

Con arreglo al principio de primacía del Derecho comunitario, la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14 de octubre de 2008 en el caso Grunkin-Paul debe prevalecer frente a la aplicación de las normas del Derecho interno español, con arreglo a las cuales el nombre y los apellidos de los españoles, aún cuando tengan además otra nacionalidad, se hayan regulados por la ley española (cfr. art. 9 n.º 1 y n.º 9 del Código civil), básicamente integrada en la materia por los artículos 109 (LA LEY 1/1889) del Código civil y 55 de la Ley del Registro Civil y sus concordantes del Reglamento del Registro Civil (así resulta también de lo dispuesto por el Convenio n.º 19 de la Comisión Internacional del Estado Civil, hecho en Múnich, el 5 de septiembre de 1980, en vigor para España desde el 1 de enero de 1990, sobre la ley aplicable a los apellidos y los nombres). Como indicamos en el análisis anterior, el Tribunal declara que el Derecho comunitario «se opone, en circunstancias como las del litigio principal, a que las autoridades de un Estado miembro, aplicando el Derecho nacional, denieguen el reconocimiento del apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces, y quien al igual que sus padres sólo posee la nacionalidad del primer Estado miembro».

En consecuencia, La Dirección General Española, en el ejercicio de sus competencias ha acordado establecer una serie de directrices recogidas en la Instrucción de 24 de febrero de 2010, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros Civiles de otros países miembros de la Unión Europea.

PERSONAS JURÍDICAS: PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y ESTABLECIMIENTO.

LA SENTENCIA “CENTROS” .

(STJCE de 9 de marzo de 1999, Centros Ltd vs. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen).

Los hechos que dieron lugar a la mencionada decisión fueron los siguientes. Un matrimonio danés -nacionales daneses y residentes en Dinamarca- decide realizar actividades empresariales en Dinamarca operando como una sociedad inglesa (en concreto, como una *private limited company* del Derecho inglés). La razón de esta decisión, según reconocieron los propios interesados durante el procedimiento, fue evitar la aplicación de las normas sobre capital mínimo del Derecho danés.

La legislación del Reino Unido somete a las sociedades de responsabilidad limitada a exigencias muy reducidas con respecto a su constitución, en particular en lo que hace a la cuantía y desembolso de capital mínimo. Mientras que las exigencias del Derecho danés son mucho mayores. Por ello, y pese a que tanto la dirección efectiva de dicha sociedad como sus actividades principales se localizaban en Dinamarca, los socios prefirieron operar bajo una sociedad de responsabilidad limitada del Derecho inglés con domicilio social en Inglaterra.

Los problemas surgen al solicitar la inscripción de una sucursal de dicha sociedad en Dinamarca (sucursal que, de hecho, iba a ser el establecimiento principal de la sociedad ya que ahí se localizaban la dirección efectiva de la sociedad y sus actividades principales). Las autoridades danesas deniegan esta solicitud de inscripción. El argumento principal es que la sociedad interesada tiene su centro de actividades económicas en Dinamarca, no realiza ninguna actividad económica en el Reino Unido y su única intención al constituirse como sociedad del Derecho inglés es eludir las normas danesas relativas a las sociedades de responsabilidad limitada. Esta decisión de las autoridades registrales danesas es recurrida judicialmente y el tribunal plantea la cuestión al TJCE.

Ante esta negativa, el TJCE considera que la letra del Art. 48 es bastante clara en relación a las sociedades que pueden beneficiarse de la libertad de establecimiento (pfos. 19-22 de la Sentencia): estas son “Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividades principal se encuentre dentro de la Comunidad...”. La aplicación de este precepto al caso que se le presenta al TJCE es casi aritmética: la sociedad se ha constituido conforme al Derecho inglés, tiene su sede estatutaria en Inglaterra y su administración central y su establecimiento principal en Dinamarca; ambos son Estados

comunitarios, luego dicha sociedad se beneficia de la libertad de establecimiento que garantiza el Tratado CE y, por consiguiente, podrá establecerse en Dinamarca.

A continuación, el TJCE rechaza que la negativa a dicha inscripción de las autoridades danesas, aun cuando proteja un interés general, sea proporcionada (condición para poder establecer obstáculos al ejercicio de las libertades comunitarias, párrafos 31-38); así como que se trate de un comportamiento abusivo de los interesados: es inherente a un mercado europeo integrado, donde cada Estado conserva su propio ordenamiento, que los operadores escojan aquél que más les conviene (párrafos 24-27).

Expresamente el TJCE concluye que los Arts. 43 y 48 del Tratado CE (numeración post-Amsterdam) “se oponen a que un Estado miembro deniegue la inscripción de una sucursal de una sociedad constituida de conformidad con la legislación de otro Estado miembro, en el que tiene su domicilio social sin ejercer en él ninguna actividad comercial, cuando la sucursal está destinada a permitir que la sociedad controvertida ejerza toda su actividad en el Estado en que dicha sucursal se encontrará establecida, evitando que se cree en éste una sociedad y eludiendo así la aplicación de las normas sobre constitución de sociedades, que son más rigurosos en él en materia de desembolso de un capital social mínimo...”.

1. Libertad de establecimiento, reconocimiento de sociedades extranjeras y Derecho conflictual.

Por un lado, la relación lógica entre la libertad de establecimiento y el reconocimiento de sociedades extranjeras no es difícil de entender. La libertad de establecimiento de una sociedad extranjera *presupone* que esa sociedad existe como tal: esto es, que es una sociedad extranjera con personalidad jurídica (según el ordenamiento extranjero en cuestión) y, por consiguiente, apta para ser titular de derechos y obligaciones; como mínimo, los derechos y obligaciones asociados al ejercicio de esa libertad de establecimiento. Dicho con un lenguaje más preciso, la libertad de establecimiento plantea como *cuestión previa* el “reconocimiento” de la sociedad extranjera como tal sociedad. La razón es obvia: sólo si se reconoce así, puede ser titular de dicha libertad. Esto nos lleva al problema del “reconocimiento de sociedades extranjeras” y a la relación lógica entre esos dos elementos y las normas de conflicto. Los Derechos europeos contemporáneos responde a un sistema de *reconocimiento conflictual*, lo que

significa que una sociedad extranjera va a ser reconocida como tal si se ha constituido válidamente conforme a su *lex societatis*, es decir, conforme a la ley aplicable a dicha sociedad según las normas de conflicto del foro. A estos efectos, unos Estados siguen el llamado “modelo de sede real” o *Sitztheorie* (p.ej., Alemania): la *lex societatis* es la ley del Estado en cuyo territorio la sociedad tenga su sede real (establecimiento principal o administración central); mientras que otros Estados siguen el “modelo de constitución” o *Gründungstheorie* (p.ej., Holanda): la *lex societatis* es la ley del Estado conforme a cuyo Derecho se haya constituido la sociedad. En el primer caso, las consecuencias en cuanto al reconocimiento de una sociedad extranjera dependen de que el Estado donde esté la sede real y el Estado de constitución coincidan. La idea se puede plantear como un silogismo: si el reconocimiento de una sociedad extranjera depende de que se haya constituido válidamente conforme a su *lex societatis*, y la *lex societatis* es la ley del Estado donde esté la sede real de dicha sociedad, la consecuencia es que una sociedad extranjera sólo va a ser reconocida si se ha constituido válidamente conforme al Derecho del Estado donde esté su sede real. Por el contrario, y esto es lo importante a nuestros efectos, los Estados cuyo Derecho conflictual se inspire en un modelo de sede real *no van a reconocer a una sociedad cuya sede real no se halle en el territorio del Estado conforme a cuyo Derecho se ha constituido*. Es más, este es el rasgo característico de los modelos de sede real; por eso se ha llegado a decir el modelo de sede real no es más que un modelo de no reconocimiento.

Si, por ejemplo, la sede real de la sociedad está en Alemania, pero se ha constituido conforme al Derecho holandés, dicha sociedad no va a ser reconocida como tal en Alemania (modelo de sede real), ya que no se ha constituido conforme a la que sería su *lex societatis* según las normas de conflicto alemanas.

En el segundo caso, en cambio, no hay dificultades en reconocer a dichas sociedades: el modelo de constitución se basa en el principio de reconocimiento recíproco de la sociedad: una vez constituida la sociedad válidamente conforme al Derecho de un Estado, se reconoce en los demás. Para explicarlo podemos emplear el mismo silogismo: si el reconocimiento de una sociedad extranjera depende de que se haya constituido válidamente conforme a su *lex societatis*, y la *lex societatis* es la ley del Estado conforme a cuyo Derecho se haya constituido, la consecuencia es que una sociedad constituida válidamente conforme a un ordenamiento extranjero será reconocida sin problemas. Frente al modelo anterior, el modelo de constitución es un modelo de *favor recognitionis*.

Como se puede intuir, la relación de cada uno de estos modelos con el derecho a la libertad de establecimiento es muy distinta. Mientras que el segundo no plantea problemas: una vez constituida una sociedad conforme al Derecho de un Estado miembro, será reconocida y podrá establecerse en el territorio del Estado en cuestión (tanto mediante un establecimiento principal, como mediante uno secundario). Los Estados que siguen el “modelo de sede real” condicionan el ejercicio de dicha libertad a que la sociedad se haya constituido conforme al Derecho del Estado donde tiene su sede real: sólo van a poder ser titular de derechos y obligaciones aquellas sociedades extranjeras reconocidas como tales, lo cual implica que si la sociedad no se ha constituido conforme al Derecho del Estado donde tiene su sede real no va a ser reconocida como tal y, por imposibilidad lógica, no va a poder ejercer los derechos aparejados a la libertad de establecimiento. Por eso se puede decir que, para este modelo, lo único que se permite es una libertad de establecimiento secundario.

2. Libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios de las sociedades.

El art. 48 Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) establece: «Las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central y centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad quedarán equiparadas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo, a las personas físicas nacionales de los Estados miembros.

Por sociedades se entiende las sociedades de Derecho civil o mercantil, incluso las sociedades cooperativas, y las demás personas jurídicas de Derecho público o privado, con excepción de las que no persigan un fin lucrativo».

El art. 48 TCE permite a una sociedad que instale su domicilio estatutario en un Estado miembro y que disponga de su explotación principal y/o sede de dirección en España, sin que se vea obligada, por mandato del art. 5 Ley de Sociedades Anónimas (LSA), por ejemplo, ni a constituirse con arreglo a la Ley española ni a fijar su domicilio estatutario en España. En el caso de las sociedades capitalistas, no son aplicable ni el art. 5.2 LSA y ni el art. 6.2 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (LSRL). Lo mismo vale para las restantes formas societarias que carecen de norma específica para la atribución de la nacionalidad española a la sociedad y que siguen el principio *constitución-domicilio*, genéricamente deducible del art. 28 Código Civil (CC). Estos preceptos son

inaplicables porque implican un *obstáculo no justificado* a la libertad de establecimiento de las personas jurídicas en la Unión Europea, prohibido por el art. 46 TCE.

El Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas confirma el alcance del art. 48 TCE y la consiguiente *eurodepuración* (CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ) de las normas de conflicto de los Estados Miembros que determinan la ley aplicable a las sociedades. La *tetralogía societaria* del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas es de extraordinaria nitidez ⁽²¹⁾. Así, la STJCE de 9 de marzo de 1999, *Centros Ltd vs. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*, la STJCE de 5 de noviembre de 2002, *Überseering*, la STJUE de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*: y la STJUE de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes plc.*, establecen que la libertad de establecimiento de sociedades en la Unión Europea sólo tiene el límite del «fraude» o «abuso de Derecho» cuando se comprueba que la sociedad o sucursal establecida en otro país no existe realmente o se ha llevado un montaje en cuya virtud se le imputan actividades económicas o cifras de negocios falsas.

Dado que el Derecho de sociedades de los Estados Miembros regula distintos tipos societarios es posible que un Estado Miembro regule un tipo concreto de sociedad que no exista en otro Estado Miembro. En tal caso, se plantea la cuestión de si la sociedad creada en un Estado Miembro puede sobrevivir *como tal*, con los caracteres y efectos previstos en la Ley de ese Estado si se traslada u opera en otro Estado Miembro o si, por el contrario, debe transformarse a cualquier tipo societario de los expresamente contemplados en ese otro Estado.

Frente a quienes sostienen que es necesaria esa transformación, cabe recordar que se impone a la sociedad creada en otro Estado miembro un proceso de *nacionalización* inaceptable a la luz del Derecho comunitario por varias razones. En primer lugar, porque desnaturaliza a la sociedad, ya que se pierden algunos de los efectos atribuidos por la Ley con arreglo a la cual se constituyó; en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, porque atribuye a la sociedad efectos legales diferentes de Estado miembro a Estado miembro. Obligar a una sociedad legalmente constituida en un Estado miembro, a *reconvertirse* a un tipo societario contemplado en el Derecho del Estado miembro de destino supone un coste enorme y un obstáculo contrario a las libertades comunitarias de las que son titulares las sociedades. La sociedad beneficiaria de las libertades comunitarias de establecimiento y prestación de servicios no puede ser obligada a cambiar de tipo social cuando ejercita una actividad transfronteriza. La forzada

transformación, por tanto, vulnera la esencia misma de la libertad de establecimiento y de prestación de servicios ⁽²²⁾.

En consecuencia, la única solución conforme al Derecho comunitario consiste en que la sociedad legalmente constituida en un Estado Miembro debe poder operar en los demás Estados Miembros mediante el tipo societario originario de la sociedad en el Estado Miembro del que procede. Esta solución evita que una misma sociedad de capital deba asumir tipos societarios distintos en cada Estado miembro. Esta segunda tesis ha sido expresamente apoyada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: se reconoce la sociedad tal y como se creó en el Estado Miembro de origen ⁽²³⁾.

No obstante, las notables diferencias que median entre el régimen jurídico de las sociedades constituidas en los diversos Estados miembros, plantea dificultades en torno a la protección de socios y de terceros que contratan con ellas. Con el fin de intentar salvar las diferencias entre las legislaciones que regulan los tipos societarios de los distintos Estado miembros, el art. 44, apartado 2, letra g) TCE, prevé la posibilidad de que el Consejo de la Unión Europea adopte directivas para coordinar, «en la medida necesaria y con objeto de hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el párrafo segundo del artículo 48, para proteger los intereses de socios y terceros». Conforme a esta habilitación se han adoptado varias Directivas que armonizan el Derecho de sociedades de los Estados miembros. A los efectos que aquí nos interesan, estas directivas se han centrado en los elementos clave del sustrato económico de las sociedades, sin atender al elemento personal, en el que se incluiría la cualificación profesional de los socios.

Al respecto, el art. 43.2 TCE dispone: «La libertad de establecimiento comprenderá el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo. 2.º art. 48, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales, sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo a los capitales». El art. 43 TCE, en relación con el art. 48, antes reproducido, contiene un dato esencial para la resolución de las cuestiones que plantea la actividad en España de sociedades profesionales constituidas en otros Estados miembros de la Unión Europea: la equiparación de las personas jurídicas, a efectos de aplicación de las disposiciones del presente capítulo (Capítulo II del Título III, que lleva por rúbrica «libertad de establecimiento»), a las personas físicas nacionales de los Estados miembros, y la

consiguiente aplicación a aquéllas de las condiciones fijadas por el Estado de establecimiento en lo que concierne al acceso a la actividad.

3. Derechos que se inspiran en un modelo de sede real y Tratado CE.

Planteadas así las cosas, el problema que inmediatamente surge es si esto último es compatible con el Tratado CE; es decir, si dentro de su ámbito de aplicación, el Tratado CE obligaría a los Estados cuyo Derecho se inspira en un modelo de sede real a reconocer las sociedades constituidas en otro Estado miembro. La posible razón sería que sólo así van a poder beneficiarse del ejercicio de las libertades que garantiza el Tratado CE y en concreto de la libertad de establecimiento a título principal.

Una primera lectura de los artículos 43 y 48 CE (numeración post-Amsterdam) parece conducir a una respuesta afirmativa y, por lo tanto, a reconocer el *alcance conflictual* de dichos preceptos. El Art. 48 CE establece que las sociedades que podrán beneficiarse de dicha libertad de establecimiento (la garantiza por el Art. 43) son aquellas “*sociedades constituidas de conformidad con las legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividades se encuentre dentro de la Comunidad*”. Lo que podemos llamar una lectura “natural y sin prejuicios” del Art. 48 nos dice que para beneficiarse de esa libertad comunitaria es suficiente con que la sociedad se haya constituido conforme al Derecho de *un Estado miembro* y, además, que tenga su sede estatutaria, administración central o centro principal de actividades *dentro de la Comunidad*. Pero ni toma como único elemento relevante la sede real, ni requiere que esa administración central (o ese establecimiento principal) se localice *en el mismo* Estado conforme a cuyo Derecho se ha constituido la sociedad, bastaría con que se localice dentro de la Comunidad. Si se dan esas circunstancias, la sociedad puede beneficiarse de la libertad de establecimiento en las mismas condiciones que una persona física. Así, por ejemplo, una sociedad constituida conforme al Derecho holandés (un Estado miembro) con sede real en Alemania (*i.e.*, dentro de la Comunidad) gozaría de la libertad de establecimiento; lo cual implica que puede fijar su establecimiento (en este caso, su sede real) en Alemania y que puede realizar su actividad económica en Alemania; lo cual, en definitiva, presupone que debe reconocérsele su existencia. El Art. 48 Tratado CE establecería así un *principio de reconocimiento mutuo* o recíproco de las sociedades. Y este principio es incompatible con las consecuencias del modelo de *Sitztheorie*.

4. La jurisprudencia anterior a la sentencia “Centros” y su lectura doctrinal.

La jurisprudencia anterior a la sentencia “Centros”, sin embargo, parecía entender que el Art. 48 no tenía alcance conflictual. Aun cuando el Art. 48 Tratado CE tuviese efecto directo y prohibiese también las restricciones no discriminatorias, *carecía de contenido conflictual inmediato*. Según este argumento, el Art. 48 Tratado CE no tenía por objeto determinar la ley aplicable a una sociedad -y, en consecuencia, no tenía por objeto regular el reconocimiento de sociedades-; simplemente presuponía esos aspectos. El reconocimiento de una sociedad extranjera era un presupuesto, cuya determinación correspondería a cada Derecho nacional. El tenor del Art. 48 se limitaba a reflejar –y a respetar- las distintas soluciones existentes en los Derechos nacionales para, a partir de ahí, impedir que las sociedades reconocidas como tales según el Derecho nacional encontrasen obstáculos a su libertad de establecimiento. El destinatario natural de este precepto, por lo tanto, sería el Derecho de extranjería, no el Derecho conflictual. Y en este mismo sentido, el “modelo de sede real” (o *Sitztheorie*) no quedaba afectado por el tratado (*tesis de la compatibilidad*).

El TJCE, en la Sentencia de 27 de septiembre de 1988 (“**Daily Mail**”), parece seguir esta tesis. En esa ocasión, se trataba de una compañía incorporada en Londres que pretende mantener su sede estatutaria en Inglaterra, pero desplazar su administración central a Holanda; las autoridades inglesas le niegan la autorización por razones fiscales. El problema que se le plantea al TJCE es en qué medida esa decisión de las autoridades inglesas constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento.

Pues bien, al hilo de esta cuestión –y tras proclamar el efecto directo de los Arts. 52 (43) y 58 (48) del Tratado-, el TJCE hace las siguientes afirmaciones:

(1) Las legislaciones de los Estados miembros difieren ampliamente en lo que atañe tanto al vínculo de conexión con el territorio nacional exigido con vistas a la constitución de una sociedad como a la posibilidad de que una sociedad constituida de conformidad con tal legislación modifique posteriormente ese vínculo. Algunas legislaciones exigen que esté situado en su territorio no sólo el domicilio social, sino también la sede real y, en consecuencia, el desplazamiento de la administración central fuera de su territorio supone la disolución de la sociedad. Otras legislaciones reconocen esa posibilidad pero la someten a determinadas restricciones fiscales, como es el caso del Reino Unido (párrafo 20).

(2) *El Tratado ha tenido en cuenta esta disparidad de las legislaciones nacionales.* Al definir en el artículo 58 las sociedades que pueden disfrutar del derecho de establecimiento, el Tratado hizo equivalentes la sede social, la administración central y el centro de actividad principal como vínculo de conexión. *Además*, en su artículo 220 el Tratado ha previsto la celebración, en la medida en que sea preciso, de convenios entre los Estados miembros a fin de asegurar el mantenimiento de la personalidad jurídica.

Aunque el alcance de esta decisión por lo que aquí interesa es relativo, la mayoría de la doctrina entendió que, al menos *obiter dicta*, el TJCE había considerado que el Art. 58 (48) Tratado CE carecía de significado conflictual, que dejaba intactos los regímenes nacionales de determinación de la *lex societatis* y, en definitiva, que el modelo de sede real resultaba compatible con el Tratado.

5. La interpretación de la sentencia “Centros”.

El problema de mayor enjundia que se ha planteado a raíz de la sentencia “Centros” es si debemos considerar modificada dicha jurisprudencia; esto es, si el TJCE ha considerado que efectivamente el Art. 48 tiene alcance conflictual; y en definitiva, ha reconocido la tesis de la incompatibilidad entre el modelo de sede real y el Tratado CE.

La mayoría de los autores, aunque con distintos matices, así lo han entendido: un Estado no puede denegar a una sociedad que fije su establecimiento principal en su territorio si se ha constituido conforme al Derecho de otro Estado miembro. Lo que implica, por necesidad lógica, que debe reconocer a dicha sociedad; y, en este sentido, el modelo de sede real resultaría incompatible con el Tratado CE (*tesis de la incompatibilidad*). Se ha llegado incluso a calificar la sentencia “Centros” como el “epitafio” del modelo de sede real; o a afirmar que esto es tan evidente, que si las autoridades de Estado mantienen su modelo de sede real y rechazan el reconocimiento de sociedades constituidas en otro Estado incurren en responsabilidad frente al particular.

Sin embargo, esta opinión no ha sido compartida por todos los comentaristas.

Hay quienes dudan del alcance conflictual de la sentencia e incluso quienes llegan a afirmar que la sentencia “Centros” no es sino una confirmación de la jurisprudencia Daily Mail. Con lo cual, el modelo de sede real seguiría siendo compatible con el Tratado (*tesis de la compatibilidad*). Las razones para entenderlo así se derivan del propio tenor literal de la decisión y del fallo del tribunal. El TJCE en ningún momento se ha ocupado expresamente de los aspectos conflictuales; y no lo ha hecho por la

sencilla razón de que tanto Dinamarca como Gran Bretaña siguen el modelo de constitución. Desde la perspectiva del Derecho danés las sociedades constituidas en Gran Bretaña, en principio, son reconocibles. Por eso, la negativa a la inscripción de las autoridades danesas no derivan de que esa sociedad no sea reconocible por aplicación del modelo de sede real, sino únicamente del fraude a las normas danesas de capital mínimo. Por eso también, las autoridades danesas no rechazan el reconocimiento de dicha sociedad, sino únicamente la inscripción de su establecimiento en Dinamarca. Y a esto se ciñe el alcance de la decisión del TJCE: lo único que se afirma es que por esa razón (fraude al Derecho nacional) no se puede denegar la inscripción del establecimiento.

Así entendida, la sentencia “Centros” resultaría plenamente compatible la jurisprudencia “Daily Mail”: los aspectos conflictuales quedan sujetos al Derecho de cada Estado. En este caso, a las normas de conflicto danesas. Y sólo si Dinamarca reconoce a la sociedad inglesa, es cuando resulta aplicable la jurisprudencia del TJCE en el caso “Centros”: no se puede invocar el fraude a sus normas sobre capital social para rechazar la inscripción de un establecimiento de una sociedad constituida en otro Estado miembro.

6. La tesis de la incompatibilidad es la más correcta.

Pese a lo que pueda aparentar, en este caso, la interpretación mayoritaria parece más correcta: en la sentencia “Centros” el TJCE se ha orientado hacia la tesis de la incompatibilidad entre el modelo de sede real y el Tratado CE. Y en este sentido puede entenderse como una corrección de la jurisprudencia Daily Mail.

Para justificar esta afirmación se pueden ofrecer dos argumentos, pero antes de exponerlos advertimos lo siguiente: El TJCE sólo dice lo que dice; sólo considera contrario a la libertad garantizada por el Tratado la negativa de las autoridades danesas a la inscripción del establecimiento de la sociedad inglesa. Y en esto tiene razón la tesis minoritaria. Sin embargo, no debemos olvidar esa relación lógica que existe entre libertad de establecimiento, reconocimiento de sociedad extranjeras y Derecho conflictual. Si las autoridades danesas deben aceptar la inscripción de la sucursal, necesariamente han de reconocer a la sociedad inglesa: la inscripción conlleva el reconocimiento y éste, a su vez, la aplicación *qua lex societatis* de la ley del Estado miembro conforme a cuyo Derecho se haya constituido. Dicho esto:

En primer lugar, un argumento *a minore ad maius*: si un Estado no puede invocar la *excepción del fraude* para rechazar la inscripción del establecimiento, con más razón no podrá invocar una *regla general*. Y precisamente esto es lo que implica un modelo de sede real. Este modelo no es más que un modelo de no reconocimiento, cuyo fundamento último es el fraude: no se reconocen las sociedades constituidas conforme al Derecho de un Estado distinto al del Estado donde tiene su sede real para evitar que los socios defrauden los intereses del este último; que, dicen sus partidarios, va a ser el Estado más afectado por las actividades de dicha sociedad. El modelo de sede real es, en este sentido, una *regla general* de fraude, o si se prefiere, es una presunción *iure et de iure* de fraude a las reglas del Estado de la *sede real*. Esto permite apreciar mejor la pertinencia del argumento: si la excepción de fraude es un obstáculo a la libertad de establecimiento, en mayor medida lo será cuando no se formula como excepción sino como *regla general*.

Repárese en que si bien es cierto que Dinamarca responde a un modelo de constitución, también lo es que en dicho sistema el modelo de sede real interviene a través de la excepción de fraude de ley; lo cual relativiza bastante la lectura que hacen los autores que defienden la tesis de la compatibilidad. De hecho, el TJCE sí analiza los aspectos conflictuales, pero lo hace a través de la excepción de fraude. Por eso, si en Dinamarca no puede alegar la excepción, menos aún podrán alegarla aquellos Estados que la formulen como regla general a través de un modelo de sede real.

Y, si no pueden invocar esa regla general, debe inscribir el establecimiento lo cual conlleva, por ser un presupuesto lógico, el reconocimiento de la sociedad extranjera y su sujeción a la ley del Estado de constitución.

En segundo lugar, los considerandos de la sentencia “Centros” sólo se entienden a partir de la tesis de la incompatibilidad. En los primeros párrafos de la sentencia, el TJCE hace esa lectura “natural y sin prejuicios” del Art. 48 (ex 58), que contradice abiertamente el modelo de sede real, "... el Art. 58 del Tratado equipara las personas físicas, nacionales de los Estados miembros, a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividades principal se encuentre dentro de la Comunidad. De aquí se desprende *de forma directa* que dichas sociedades tienen derecho a ejercer su actividad en otro Estado miembro...”. Poco después, el TJCE considera que la alegación de fraude al Derecho nacional societario es impertinente cuando las normas que han querido eludir “...son normas que regulan las constitución de

sociedades y no normas relativas al ejercicio de determinadas actividades profesionales. Pues bien, las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento tienen como finalidad *precisamente* permitir a las sociedades constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro y cuya sede social, administración central o centro de actividades se encuentre dentro de la Comunidad, ejercer por medio de agencia, sucursal o filial actividades en otros Estados miembros” (párrafo 26) y, poco más tarde dice “...En efecto, el derecho a constituir una sociedad de conformidad con la legislación de un Estado miembro y a crear sucursales en otros estados miembros *es inherente* al ejercicio, dentro del mercado único, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado”.

No se olvide que la “sucursal” en Dinamarca, de hecho era la “sede real” de la sociedad inglesa y esto nunca se ocultó: “El Sr. y la Sra. Bryde, constituyeron, en efecto, una sociedad en el Reino Unido, que no ejerce allí ninguna actividad concreta, con la finalidad exclusiva de desarrollar una actividad en Dinamarca a través de una sucursal” (párrafo 16). El TJCE parece emplear el concepto “sucursal” no por relación al establecimiento principal, sino a la sede social (que sí estaba en Londres).

Visto esto, es difícil negar que el TJCE concibe que los operadores pueden escoger libremente el Derecho del Estado miembro conforme al cual se quieren constituir, incluso si quieren fijar su establecimiento –principal o secundario- en otro Estado (algo inconcebible para el modelo de sede real). Y la afirmación es irrefutable en las conclusiones del abogado general A. La Pergola (conclusiones que en sus aspectos fundamentales recoge el fallo del Tribunal).

En definitiva, es difícil negar que en la sentencia “Centros” subyazga la tesis de la incompatibilidad.

B. Las consecuencias de la decisión.

Admitido que la sentencia “Centros” se basa en la tesis de la incompatibilidad, la siguiente pregunta que se han planteado los comentaristas es qué consecuencias se derivan de ello. Sobre todo porque el propio TJCE considera que esa obligación de reconocer a la sociedad constituida en otro Estado y permitirle que fije su establecimiento principal en cualquier territorio de la Comunidad, “...no excluye que las autoridades del Estado miembro afectado puedan adoptar cualquier medida para sancionar fraudes, ya sea en relación a la propia sociedad, ya sea con respecto a los socios...” (fallo).

2. Consecuencias sobre el alcance de la libertad de establecimiento.

De lo dicho hasta ahora se puede extraer la idea de que la libertad de establecimiento que garantiza el Tratado es una libertad de establecerse tanto a título secundario como a *título principal*. Y tanto *ex ante* (esto es, antes de que la sociedad comience a actuar en el mercado) como *ex post*. En una palabra, en un mercado integrado y basado en un principio de reconocimiento mutuo, las sociedades deben poder establecerse a título principal en cualquier Estado parte y poder escoger el Derecho que más les convenga, sea el de ese mismo Estado o el de otro distinto.

3. Consecuencias prácticas: la competencia entre sistemas jurídicos.

Por esta razón, señala el abogado general en sus conclusiones que la decisión Centros abre la puerta a un sistema de “competencia entre ordenamientos jurídicos”: las partes pueden escoger libremente el Derecho conforme al cual desean constituir su sociedad, lo cual incentiva la competencia entre los ordenamientos por atraerse a los operadores. Este dato ha sido resaltado en la mayoría de los comentarios publicados.

Y la consideración mayoritaria no es necesariamente negativa. Si bien se admite que existe el riesgo de una competencia a la baja (“race to the bottom”); este riesgo puede suponer un incentivo para que los Estados y las instituciones comunitarias se decidan de una vez a armonizar el Derecho de sociedades.

Sobre este punto, la única reflexión que conviene hacer es que ese riesgo de “competencia a la baja” no es tan cierto como pueda parecer y, por consiguiente, tampoco es tan necesaria dicha armonización. La “libre competencia entre sistemas jurídicos” en el ámbito societario no conduce necesariamente a una “carrera hacia la baja”; es más, *prima facie* parece suceder lo contrario (al menos, allí donde este mercado funciona).

4. Consecuencias para sociedades de terceros Estados.

Todas las consideraciones que hemos hechos hasta ahora han sido sobre sociedades europeas; es decir, constituidas conforme al Derecho de un Estado miembro.

El artículo 48 del Tratado se limita a este tipo de sociedades y, necesariamente, el alcance de la sentencia “Centros” también. Esto supone que, en principio, aquellos países cuyo Derecho responda a un modelo de sede real pueden seguir aplicándolo

frente a sociedades de terceros Estados. Y los comentarios han sido prácticamente unánimes en esto punto⁶¹.

Sin embargo, esto es matizable. Que este aspecto del Derecho comunitario no sea aplicable a las sociedades de terceros Estados, no quiere decir que los Derechos nacionales no puedan extender “unilateralmente” esa regla. No se trataría de una extensión ex Derecho comunitario, sino ex Derecho nacional. Y, de hecho, algunos autores se han manifestado a favor de esta extensión.

Por un lado, se ha dicho que el mantenimiento de dos regímenes conflictuales (uno *ad intra* de la Comunidad y otro *ad extra*, además de las especialidades derivadas de ciertos convenios bilaterales) genera un sistema fragmentado, que vendría a complicar aún más el intrincado juego de las reglas conflictuales. En interés de la seguridad jurídica y de la practicabilidad de las soluciones sería aconsejable un régimen único y, en la medida en que es un “modelo de constitución” por imperativo del Tratado CE en una dimensión (la intracomunitaria), el mismo modelo debe valer en la otra (la extracomunitaria).

Por otro lado, también se ha dicho que los argumentos *materiales* empleados por el TJCE son perfectamente válidos y universalizables⁶³. Lo cual aboga por la extensión de las consideraciones anteriores también a las sociedades de terceros Estados: al menos, las exigencias derivadas de la unidad del sistema jurídico y del principio de coherencia valorativa hacía allí nos conducirían. La consecuencia positiva de esta tesis es una reducción muy significativa del alcance de artículos como el 5.2 LSA o el 6.2 LRSL.

CONCLUSIÓN.

Las conclusiones que hemos alcanzado a lo largo de este trabajo se pueden resumir así:

- a) La mayoría de los comentaristas han considerado que la decisión del TJCE se apoya en la tesis de la incompatibilidad: el modelo de sede real, al menos en su postulado conflictual fundamental (por ejemplo, una sociedad constituida válidamente en otro Estado miembro no va a ser reconocida como tal a menos que tenga en el territorio de dicho Estado su sede real) es incompatible con el Tratado CE.
- b) Si esto es así, ello implica que el Tratado CE (artículos 43 y 48, al menos) tiene alcance conflictual e impone a los Estados un “modelo de constitución acompañado de

conexiones especiales”. Estas conexiones están destinadas a la protección de terceros y su concreción debe hacerse a partir del principio de proporcionalidad.

c) Así las cosas, ello implica también que el Tratado CE afecta –al menos- al régimen conflictual del cambio de sede: en este sentido, y salvo que el Estado de constitución disponga otra cosa, un Estado no puede aparejar a los simples traslados de sede real una modificación de la *lex societatis* con la consiguiente necesidad de disolver la sociedad y de constituir una nueva.

d) Ello implica que, *de facto* la libertad de establecimiento que garantiza el Tratado CE lo es tanto a título secundario como a título principal; o incluso que el Tratado CE permite a las sociedades fijar libremente su sede principal en cualquier parte del territorio comunitario y escoger para constituirse el Derecho del Estado miembro que más les convenga.

e) La decisión del TJCE no afecta a las sociedades de terceros Estados; sin embargo, y en la medida en que ciertas razones sustantivas empleadas por el TJCE son generalizables, la unidad de sistema y la coherencia valorativa son argumentos que abogan a favor de dicha extensión.

f) Por último, también hemos visto que, pese a alguna posición doctrinal en ese sentido, los Programas Generales de 1961 relativos a la libertad de establecimiento no pueden invocarse para criticar la fundamentación de la sentencia “Centros”.

FUENTES:

Pilar BLANCO-MORALES LIMONES

Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad de Extremadura. Miembro del Consejo Editorial de LA LEY

Pedro GALINDO GIL

Abogado del Estado (excedente)

Diario La Ley, Nº 7281, Sección Doctrina, 11 Nov. 2009, Año XXX, Editorial LA LEY

www.laley.es

<http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkuwdaUcjKasqgeplVmVdZhZAzO2dvPfee++99957773ujudTif33/8/XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9+fB8/In7ROq>

[+v3+Tv2s+m1bJpi3Y9LX739c7O+b3lJ001LfJZNsubT35hc72slteLz97U6/wXttmk+Wznd38w3aX/79H/79H/9+n/939hNm3XWfm0mn62h9+Ly/xNNvls5xe2VZuVr/Lms937D3d/YVXP8vrJNX3ezKurF9llcZG1RbV8ktXSQzGbbf0zQ49u/fuHRx8+gsv87qhBp/9ZHGRl9v8F86Li/lz+n8r7bOmKZqnWZt99vL01dmXT3/3vf2MmtVFVf/u9ybLdX6Z/cI mz+rp/GV2kX9G+K0XBKf6dtG0VV1Mq3HWrN79wqykd5YZ0N7Yrly+pa9eM0BG4P8BLgAbhEcBAAA=WKE](http://v3+Tv2s+m1bJpi3Y9LX739c7O+b3lJ001LfJZNsubT35hc72slteLz97U6/wXttmk+Wznd38w3aX/79H/79H/9+n/939hNm3XWfm0mn62h9+Ly/xNNvls5xe2VZuVr/Lms937D3d/YVXP8vrJNX3ezKurF9llcZG1RbV8ktXSQzGbbf0zQ49u/fuHRx8+gsv87qhBp/9ZHGRl9v8F86Li/lz+n8r7bOmKZqnWZt99vL01dmXT3/3vf2MmtVFVf/u9ybLdX6Z/cI mz+rp/GV2kX9G+K0XBKf6dtG0VV1Mq3HWrN79wqykd5YZ0N7Yrly+pa9eM0BG4P8BLgAbhEcBAAA=WKE)

Exposición de Comentarios a la Sentencia “Centros”: (*STJCE de 9 de marzo de 1999, Centros Ltd vs. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen*); de **Francisco J. Garcimartín Alférez**. Profesor Titular de Derecho internacional privado, Universidad de Castilla-La Mancha. Base de datos jurídicas Westlaw:

<http://www.westlaw.es/wles/app/nwles/document?tid=jurisprudencia&srguid=i0ad818160000012e386b9ade1ff37887&docguid=I5bc64d70f56b11dbb564010000000000>

www.dialnet.es.

EL CASO NIEBÜLL O EL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LAS CERTIFICACIONES REGISTRALES EXTRANJERAS (Por ÁNGELES LARA AGUADO)

Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada)

<http://diariolaley.laley.es/Content/DocumentoHistorico.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYlJi9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee++999577733ujudTif33/8/XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIH9+fB8/In7ROq+v3+Tv2s9enr56/eWL49efnBdNMmc2aT6ZFPV2X2bSolp98dfoLm+tlbxfPamXue/sM0mzWc7v/uD6S79f4/+f4/+v0//v/8Ls2m7zsqn1fSzvV38UVzmb7LJZzu/sK3arHyVN5/t7u/8wqqe5fWTa/q4mVdXL7LL4iJrqacnWS09FLPZZ3s7O5/+rMiq4vq9995uPfw959V091feJnXDbX87CeLi3zZ5r9wXlzMn9P/W3kxa5qieZq1GUZ09uXT331vP6NmBKP+3e9Nluv8MvuFTZ7V0/nL7CL/7HnRtBlhtS7bbFY146xZvfufdb6qmqKt6uuXWTV/bE5tqrqYVr/73jlw+oVZSQCXGcbGQGi06wUhU33btBQ45ftffWae2Ps/h9+Nv wbbwEAAA==WKE>.

LIBROS UTILIZADOS:

- Libre Circulación de personas en el ámbito comunitario, CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL.
- Libre circulación de personas y Unión Europea. MARIA ISABEL LIROLA DELGADO. CIVITAS. Cuaderno de estudios europeos.

<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=es&newform=newform&alljur=alljur&jurcdj=jurcdj&jurtpi=jurtpi&jurftp=jurftp&alldocrec=alldocrec&docj=docj&docor=docor&docop=docop&docppoag=docppoag&docav=docav&docsom=docsom&docinf=docinf&alldocnrec=alldocnrec&docnoj=docnoj&docnoor=docnoor&radtypeord=on&typeord=ALL&docnodecision=docnodecision&allcommjo=allcommjo&affint=affint&affclose=affclose&numaff=C-96%2F04&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatefe=&ydatefe=&nomusuel=&domaine=&mots=&resmax=100&Submit=Buscar>.

<http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAO29B2AcSZYIJi9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBAEozBiM3mkuwdaUcjKasqgcplVmVdZhZAzO2dvPfee++999577733ujudTif33/8/XGZkAWz2zkrayZ4hgKrIHZ9+fB8/In7ROq+v3+Tv2s8+f/XVi9/r7MX2y+Ovnn/CNps0n+387g+mu/T/Pfr/Pfr/Pv3//i/Mpu06K59W08928Xtxmb/JJp/t/cK2arPyVd7Qx1U9y+sn15/t/MJmXl29yC6Li6wtquWTrP7sTb3Of2Exm312+nvv4NI78GBv7xde5nVDDT77yeIiX7b5L5wXF/Pn9P9W2mdNUzRPszb77OXpq7Mvn/7ue/sZNauLqv7d702W6/wy+4VNntXT+cvsIv+MkFsvCE717aJpq7qYVvOsWb37hVIJ7ywwz4LyxXbl8S1+9ZoCMwP8DbVCmryYBAAA=WKE>.

VII. Principio de reconocimiento mutuo y libre circulación de personas en el espacio judicial europeo

RECONOCIMIENTO MUTUO DE DECISIONES PÚBLICAS NO JUDICIALES: ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL Y FRAUDE DE LEY INTERNACIONAL

Como ya se ha dicho, el principio de reconocimiento mutuo supone que una situación jurídica legalmente creada, válida y existente en un Estado miembro debe ser considerada válida y existente en los demás Estados miembros, con independencia de la

ley estatal aplicada por la autoridad del Estado miembro que conoce el asunto.

De este modo, a la situación privada internacional que fue "creada" en el Estado miembro de origen la autoridad pública o tribunal del Estado miembro de origen le otorgó una ley de conformidad con sus normas de DIPr, que la dotó de los efectos jurídicos que derivan de la misma. En consecuencia, el Estado miembro de destino debe limitarse a "re-conocer" tal cual dicha situación jurídica privada internacional "ya creada". Por esta razón, el principio de mutuo reconocimiento sólo resulta aplicable a resoluciones judiciales y a situaciones jurídicas en las que ha intervenido una autoridad pública de un Estado miembro.

Esta regla permite que la existencia de distintos Derechos sustantivos en cada Estado miembro y de sistemas de DIPr diferentes en cada Estado miembro, no opere como obstáculo a la libre circulación de personas en la Unión Europea. Si no, el ciudadano se sentiría desincentivado a circular en la UE, ya que se vulneraría su derecho fundamental al ejercicio de sus libertades comunitarias.

El principio de mutuo reconocimiento resulta aplicable a:

-Nivel uno: resoluciones judiciales

-Nivel dos: actos públicos o intervenidos por autoridad pública. Se trata de decisiones formadas por la asociación de un elemento privado (un negocio jurídico entre sujetos privados) y de un elemento público (la intervención de una autoridad pública que tiene por objeto asegurar el ajuste de tal negocio a la ley). Los actos intervenidos por autoridad pública (por ejemplo, la inscripción en un Registro, firma de escritura pública ante notario, documentos públicos con fuerza ejecutiva...), al igual que sucede en las resoluciones judiciales dictadas por la autoridad de un Estado miembro, deben gozar del beneficio de la aplicación del principio de mutuo reconocimiento; constituyendo ésta la única solución comunitaria para la libre circulación en la UE de este tipo de decisiones, al no existir Reglamentos Comunitarios que regulen los efectos de las mismas; así como tampoco se ha producido hasta la fecha un proceso de unificación o armonización de las normas de conflicto en la UE por parte de las instituciones comunitarias. En este sentido, el reconocimiento mutuo podría extenderse a materias aún no cubiertas por el Derecho Comunitario, como las sucesiones y los testamentos, los regímenes matrimoniales y las consecuencias patrimoniales de la separación.

La autoridad pública del Estado miembro de origen conocerá la situación jurídica privada y, de conformidad con su normativa, la dotará de los efectos pertinentes que deriven de la misma (efecto declarativo o efecto constitutivo). Consecuentemente, la

autoridad pública del Estado miembro de destino deberá considerar válida y existente la situación jurídica privada creada en el Estado miembro de origen sin necesidad de controlar la norma de conflicto de leyes aplicada ni le concederá efectos distintos de aquéllos que adquirió (aunque la intervención de una autoridad pública en este tipo de actos no garantice el efecto de cosa juzgada -efecto propio de las resoluciones judiciales-, el Estado miembro de destino debe reconocer la situación y los efectos que le fueron atribuidos en el Estado miembro de origen).

-Nivel tres: actos puramente privados, esto es, en los que no interviene una autoridad pública. En los actos de este tipo, sin embargo, al tratarse de situaciones jurídicas "creadas" exclusivamente por particulares, no pueden someterse al método del reconocimiento, ya que éste exige la intervención de una autoridad pública y en las situaciones mencionadas sólo participan particulares. Por ello, si un acto de este tipo "cruza la frontera", la autoridad del Estado miembro de destino debe controlar la norma de conflicto aplicada, en su caso, por los particulares.

No obstante, el TJCE otorga al Estado miembro de destino la opción de no reconocer una resolución judicial y demás situaciones jurídicas legalmente creadas, válidas y existentes en el Estado miembro de origen si resultaran contrarias al orden público internacional del Estado miembro de destino (si bien, ciertos autores defienden la supresión de la cláusula de orden público, dado que el derecho armonizado introduce unas garantías mínimas uniformes). También debe poder denegarse el reconocimiento de una situación jurídica privada internacional si el contacto del supuesto con el Estado miembro en el que la situación ha sido creada es un contacto falso, inexistente y artificial (Bad Forum Shopping). Ahora bien, el "control de la ley aplicada" y el "abuso del Derecho" no procederán como excepciones a la validez en el Estado miembro de destino de las situaciones jurídicas legalmente creadas en el Estado miembro de origen.

Así, la Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de diciembre de 2008, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el documento público europeo, teniendo en cuenta lo expuesto en el Programa de la Haya, el cual prevé que la continuación de la aplicación del principio de reconocimiento mutuo debe constituir una prioridad esencial; y "considerando que la creación de un verdadero espacio jurídico europeo descansa, por lo que se refiere a la esfera contenciosa, en el reconocimiento transfronterizo de las resoluciones judiciales que emanan de una jurisdicción o de una autoridad administrativa y, or lo que se refiere a la esfera no contenciosa, en el reconocimiento transfronterizo de los documentos públicos establecidos por una

autoridad judicial o por funcionarios públicos designados para proceder a la autenticación de documentos jurídicos", :

-estima que "la confianza recíproca en el Derecho dentro de la Comunidad justifica la supresión futura de los procedimientos vinculados a la verificación de la veracidad del documento público en asuntos transfronterizos,

-y considera que el reconocimiento de un documento público con miras a su utilización en el Estado miembro requerido sólo puede ser denegado en caso de serias dudas y fundadas sobre su autenticidad, o si el reconocimiento es contrario al orden público del Estado miembro requerido".

Esta resolución pretendía que "el Reglamento solicitado para regular dicha cuestión se aplique a todos los documentos públicos en asuntos civiles y mercantiles, pero con la exclusión de los relativos a inmuebles y que deban o puedan ser objeto de una inscripción o una mención en un registro público", fundamentando dicha exclusión en las diferencias en cuanto a la estructura y la organización de los sistemas de registro público en el ámbito de la propiedad inmobiliaria, así como las diferencias relativas a la naturaleza y la escala de fe pública que se les atribuye. Sin embargo, a diferencia de dicha resolución, el Programa de Estocolmo de 2010 que la desarrolla introduce como prioridad en lo relativo a documentos públicos la supresión del exequatur y de todas las formalidades para la legalización de documentos entre Estados miembros.

EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Cada Estado miembro puede reservarse la opción de no reconocer una situación jurídica legalmente creada en un Estado miembro, si su reconocimiento resulta contrario al orden público internacional o a disposiciones imperativas del Estado miembro de destino. El orden público internacional es distinto para cada Estado miembro y, por tanto, cada Estado miembro determina el reconocimiento de qué situaciones resulta contrario a su orden público internacional.

CUESTIÓN: ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL RESPECTO AL RECONOCIMIENTO DE INSCRIPCIÓN DE APELLIDOS

Como ya se ha puesto de manifiesto, la STJCE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin-Paul* ha supuesto un hito en el ámbito del principio de mutuo reconocimiento de resoluciones

no judiciales entre Estados miembros, afectando también a la cuestión del orden público internacional como excepción al mutuo reconocimiento.

En el caso *Grunkin-Paul*, el Estado alemán es competente para determinar si el derecho de Leonhard Matthias Grunkin-Paul a circular y residir libremente en el territorio de la UE perjudica el orden público internacional alemán.

Ante la cuestión prejudicial planteada ante el TJCE sobre la interpretación de los arts. 12 TCE (prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de aplicación del TCE, la cual no se vulnera en este caso) y 18 TCE (derecho de los ciudadanos comunitarios a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros) en relación con su compatibilidad o incompatibilidad con la aplicación de la regla alemana en materia de conflicto de leyes, que vincula las normas que regulan el apellido de una persona exclusivamente a la nacionalidad; y el pronunciamiento del TJCE, que reconoce que, "si bien en el estado actual del Derecho comunitario las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros, éstos, no obstante, deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia, a menos que se trate de situaciones internas que no tengan ningún vínculo con el Derecho comunitario" (lo cual no ocurre en el caso *Grunkin-Paul*, ni tampoco en el caso *García Avello*, al que se hará una pequeña referencia más adelante); y por tanto, el art. 18 TCE se opone, ya que el hecho de estar obligado a llevar en el Estado miembro del que es nacional el interesado un apellido diferente del ya atribuido e inscrito en el Estado miembro de nacimiento y de residencia puede obstaculizar el ejercicio del derecho reconocido en el mismo, "a que las autoridades de un Estado miembro, aplicando el Derecho nacional, denieguen el reconocimiento del apellido de un niño tal como ha sido determinado e inscrito en otro Estado miembro en el que ese niño nació y reside desde entonces, y quien al igual que sus padres sólo posee la nacionalidad del primer Estado miembro" (STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*).

Sin embargo, dicho derecho a circular y residir libremente en el territorio de la Ue queda sujeto a las limitaciones y condiciones previstas en el propio TCE y a las disposiciones adoptadas para su aplicación, como así lo establece el art. 18 TCE. En consecuencia, la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario no es ilimitada; y, por tanto, el obstáculo a ésta puede justificarse si se erige sobre consideraciones objetivas y es proporcionado al objetivo legítimamente perseguido.

Así, apoyándose en tal sujeción, e intentando justificar la conexión exclusiva de la determinación del apellido con la nacionalidad, el Gobierno alemán alegó:

- a) que la nacionalidad como punto de conexión constituye un criterio objetivo que permite determinar el apellido de una persona de forma cierta y continuada,
- b) que la nacionalidad como punto de conexión garantiza la unidad del apellido entre los hermanos (aunque dicho problema no surge en tal situación jurídica controvertida, puesto que Leonhard Matthias es hijo único) y mantiene las relaciones entre miembros de una familia amplia,
- c) que la legislación nacional alemana no permite la atribución de apellidos compuestos porque considera necesario poder limitar la extensión de los apellidos.

Sin embargo, el TJCE consideró insuficiente la argumentación del Gobierno alemán, puesto que:

a) "observa (el TJCE) que la conexión, por el DIPr alemán, de la determinación del apellido de una persona con su nacionalidad no carece de excepciones. En efecto, consta que las reglas alemanas de conflicto de leyes relativas a la determinación del apellido de un niño permiten una conexión con la residencia habitual de uno de los progenitores cuando ésta se encuentra en Alemania" (cons. 34 STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*).

b) el Derecho alemán no excluye totalmente la posibilidad de atribuir apellidos compuestos a los hijos de nacionalidad alemana. "En efecto, como confirmó el Gobierno alemán en la vista, cuando uno de los progenitores posee la nacionalidad de otro Estado los padres pueden optar por formar el apellido del hijo conforme a la legislación de ese Estado" (cons. 37 STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*).

Tal como el TJCE manifiesta, "procede señalar que no se ha invocado ante el Tribunal de Justicia ningún motivo específico que pudiera, en su caso, oponerse al reconocimiento del apellido de Leonhard Matthias, tal como ha sido atribuido e inscrito en Dinamarca, como sería el hecho de que en Alemania ese apellido fuera contrario al orden público" (cons. 38). Por tanto, el TJCE estimaría la denegación del reconocimiento en el caso de que en Alemania ese apellido resultara contrario al orden público o perjudicara el interés superior del menor (por ejemplo, si un padre decide ponerle a su hijo un nombre que pueda marcarle negativamente durante toda su vida, la intención del padre deberá encontrarse con una barrera que le impida alcanzar su propósito).

La sentencia *Grunkin-Paul* tiene en cuenta en varias de sus exposiciones una sentencia anterior que constituye un precedente, y que, por ello, resulta interesante reseñar.

Se trata de la STJCE de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, la cual se pronuncia como consecuencia de una cuestión prejudicial sobre cómo deben interpretarse los arts. 17 y 18 TCE, en el sentido de si dichos artículos impiden que "la autoridad administrativa belga, que conoce de una solicitud de cambio de apellido para hijos menores que residen en Bélgica y que tienen doble nacionalidad belga y española, solicitud motivada en la única circunstancia de que dichos hijos deberían llevar el apellido del que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición españoles, deniegue dicho cambio porque tal tipo de solicitud se deniega habitualmente debido a que en Bélgica los hijos llevan el apellido de su padre", y especialmente porque "dicha autoridad considera que la concesión de un apellido distinto puede suscitar, en el marco de la vida social en Bélgica, cuestiones de filiación del hijo afectado" (cons. 19).

La cuestión implica la recíproca ponderación de una serie de intereses enfrentados:

- por un lado, se argumentaba la inmutabilidad de los apellidos como un principio de orden social en Bélgica (¿de orden público?), la necesidad de que exista un sistema coherente y estable de apellidos para evitar cualquier riesgo de confusión, o el servicio que presta a la integración de los extranjeros la aplicación de un régimen similar al de los nacionales;
- y en el otro lado, la argumentación partía de relativizar (cuando no negar) la importancia del interés público en la consolidación de un régimen rígido de apellidos, poniendo de manifiesto la existencia de regímenes más liberales en otros Estados miembros, o la generalizada existencia de los registros públicos para reducir o excluir los peligros de confusión; y, ante todo, la primacía del derecho de libre circulación y residencia en la UE de los ciudadanos comunitarios.

Ante esto, el TJCE decidió declarar que "los artículos 12 y 17 TCE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que, en circunstancias como las del procedimiento principal, la autoridad administrativa de un Estado miembro deniegue una solicitud de cambio de apellido para hijos menores que residen en dicho Estado y que tienen la doble nacionalidad de dicho Estado y de otro Estado miembro, cuando dicha solicitud tiene por objeto que los hijos puedan llevar el apellido de que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición del segundo Estado miembro".

Y es que, como observa la doctrina, la progresiva flexibilización experimentada en los últimos años en el régimen del nombre y apellidos de las personas físicas hace que el orden público deba ser considerado realmente como una excepción cada vez menos operativa.

En conclusión, la solución dada por el TJCE en ambos casos establece que, si la ley de un Estado miembro otorga un nombre y apellidos a un ciudadano comunitario, dicha persona tiene derecho a utilizarlo en los demás Estados miembros, con total independencia de los puntos de conexión de las normas de conflicto del Estado miembro de destino.

Pero eso no es todo. La STJCE *Grunkin-Paul* ha supuesto un auténtico leading case y, en consecuencia, la solución que aportó no sólo alcanza la materia de "nombres y apellidos", sino que la solución debe extenderse a toda situación jurídica legalmente creada en un Estado miembro. En este sentido, toda situación que implique un "cruce de frontera" y un perjuicio al ejercicio efectivo de las libertades comunitarias garantizadas en el Tratado, debe considerarse válida y existente en los demás Estados miembros.

Así lo reconoce el propio Derecho español cuando manifiesta, en la **Instrucción de 24 de febrero de 2010 de la Dirección General de Registros y del Notariado**, sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros Civiles de otros países miembros de la UE, que, "con arreglo al principio de primacía del Derecho comunitario, la doctrina sentada por la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 14 de octubre de 2008 en el caso *Grunkin-Paul* deber prevalecer frente a la aplicación de las normas del Derecho interno español, con arreglo a las cuales el nombre y los apellidos de los españoles, aún cuando tengan además otracionalidad, se hallan regulados por la ley española". El objeto de la presente Instrucción es clarificar entonces las dudas que puedan plantearse en la aplicación práctica de la doctrina surgida de la citada Sentencia, fijando los criterios y directrices que habrán de orientar la práctica registral en la referida materia, en beneficio de la conveniente uniformidad y de la deseable seguridad jurídica en el ámbito de la actuación de los Encargados de los Registros Civiles españoles.

De este modo, dicha Instrucción establece que "los españoles que nazcan fuera de España en el territorio de un Estado miembro de la UE cuyo nacimiento se haya inscrito en el Registro Civil local del país del nacimiento con los apellidos que resulten de la aplicación de las Leyes propias de éste último, siempre que en el mismo tenga fijada su residencia habitual al menos uno de los progenitores del nacido/a, podrán inscribirse con esos mismos apellidos en el Registro Civil Consular español competente" (Directriz primera); si bien ello no procederá "cuando los apellidos determinados conforme a la Ley extranjera del país del nacimiento resulten contrarios al orden público español"

(Directriz cuarta). Dicha Directriz cuarta señala que son supuestos en que procede la aplicación de la excepción de orden público en la materia:

- los previstos en la directriz tercera de la Instrucción DGRN de 23 de mayo de 2007 sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles
- y cualquier otro en que puede producirse una violación de los valores superiores del ordenamiento jurídico español.

Así, la **Instrucción DGRN de 23 de mayo de 2007**, en su directriz tercera relativa a la facultad de conservación de los apellidos fijados por el anterior estatuto personal, se remite al art. 199 del Reglamento del Registro Civil que establece que "el que adquiere la nacionalidad española conservará los apellidos en forma distinta de la legal, siempre que así lo declare en el acto de adquirirla, o dentro de los dos meses siguientes a la adquisición o a la mayoría de edad".

Entonces, dos son los requisitos que se deben examinar para apreciar la procedencia de la aplicación de la opción de conservación que prevé esta disposición: el cumplimiento del plazo fijado, y la no contrariedad con el orden público del resultado de dicha declaración de conservación. Al tratarse el orden público de un concepto jurídico indeterminado, dicha Instrucción decidió realizar ciertas precisiones con el fin de lograr el objetivo de su aplicación uniforme en la práctica registral, apuntando que la referida excepción ha sido aplicada por el DGRN, al menos, en relación con dos principios jurídicos rectores de nuestro ordenamiento jurídico en materia de apellidos, cuales son:

1) El principio de la duplicidad de apellidos de los españoles. Entonces, deben consignarse en todo caso dos apellidos de acuerdo con el sistema español de identificación de las personas, porque el extranjero, al adquirir la nacionalidad española, queda sujeto desde entonces a esta legislación que es la que ha regular su estado civil (art. 9.1.Cc), sin que esta norma pueda excepcionarse por la vía de la aplicación del mecanismo previsto en el art. 199 RRC. Ello porque debe estimarse que el principio de que cada español ha de ser designado legalmente por dos apellidos es un principio de orden público que afecta directamente a la organización social y que no es susceptible de variación alguna, so pena de consagrar un privilegio para determinada categoría de españoles que atentaría, al carecer de justificación objetiva suficiente, al principio constitucional de igualdad de todos los españoles ante la ley.

Por ello, aunque el art. 199 RRC obedezca a la finalidad de evitar a quienes adquieran la nacionalidad española eventuales perjuicios en su identificación al quedar sujetos al

régimen español sobre los apellidos, no puede interpretarse en el sentido de permitir la conservación de un solo apellido.

- 2) El principio de la infungibilidad de las líneas paterna y materna, en caso de determinación bilateral de la filiación por ambas líneas, el cual no se excepciona ni siquiera en el ámbito de los expedientes registrales de cambio de apellidos de la competencia de la DGRN, por lo cual resulta contrario a nuestro orden público la transmisión exclusiva de los dos apellidos por una sola de las líneas, sea la paterna o la materna.

CUESTIÓN: ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL RESPECTO AL RECONOCIMIENTO DE INSCRIPCIÓN DE MATRIMONIOS HOMOSEXUALES

La excepción de orden público internacional al reconocimiento de resoluciones públicas no judiciales también ha tenido trascendencia en relación a una cuestión de gran relevancia en la actualidad: la cuestión del reconocimiento de los efectos jurídicos de los matrimonios homosexuales celebrados en un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro.

Pueden distinguirse cuatro tipos de posiciones respecto a los matrimonios homosexuales en el plano internacional:

-Primero: en algunos Estado, la homosexualidad está castigada por la ley y, por tanto, el matrimonio entre personas del mismo sexo es imposible.

-Segundo: otros Estados reconocen determinados efectos jurídicos, limitados a ciertas uniones entre personas del mismo sexo. Pero estas "uniones" no se consideran "matrimonios" y no surten todos los efectos jurídicos que produce un "matrimonio". Francia, Italia, Portugal y otros muchos Estados siguen este segundo modelo.

-Tercero: otros Estados conceden a las uniones civiles entre personas del mismo sexo los mismos efectos jurídicos que al matrimonio, si bien tales "uniones civiles" no son designadas con el nombre de "matrimonio", tratándose esta diferencia de una mera "cuestión terminológica". Es el modelo seguido por Suecia, Dinamarca, Noruega y Alemania, entre otros.

-Cuarto: finalmente, un cuarto grupo de Estados admite los matrimonios entre personas

del mismo sexo con los mismos efectos que el matrimonio entre personas de diferente sexo y con el mismo nombre: "matrimonio". Es el caso de España, Bélgica y Holanda. Teniendo esto en cuenta, en lo que concierne al ámbito de la validez extraterritorial de decisiones, cabe preguntarse al respecto si serán reconocidos en el extranjero los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España. El DIPr español no contiene una respuesta específica, si bien la doctrina sí se ha pronunciado.

**Efectos en España de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero:*

La aplicación de leyes extranjeras que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo no vulnera, a día de hoy, el orden público internacional español. Queda totalmente superada así la RDGRN de 21 de enero de 1988, que estimaba "esencial", en la institución matrimonial, la "diferenciación de sexos".

**Efectos en el extranjero de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España:*

Como se ha expuesto, si las autoridades extranjeras invocan el orden público internacional para impedir en su país los efectos contrarios a los principios básicos de su Derecho que produce un matrimonio entre personas del mismo sexo, dicho matrimonio no se considerará como existente y válido a todos los efectos legales en el país extranjero. A título de ejemplo, la RDGRN de 10 de noviembre de 2006, que estimó el recurso planteado por el MF y revocó el auto de la encargada del Registro Civil que denegó a dos ciudadanos británicos del mismo sexo la autorización para contraer matrimonio civil en España, recordaba que "en un reciente caso, los tribunales italianos han estimado que las leyes holandesas, que admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, vulneran el orden público internacional italiano, por lo que no pueden recibir aplicación en Italia (decreto del Tribunale di Latina de 10 Jun. 2005)" y señalaba que, "por la misma razón puede afirmarse que las leyes de un país comunitario que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, vulneran el orden público internacional español y que, por tanto, no pueden ser aplicadas en España" (FJ 4, punto segundo, RDGRN 10 noviembre 2006).

Si bien es cierto que "el orden público internacional actúa con mayor intensidad cuando de lo que se trata es de crear o constituir una nueva situación jurídica y opera con menor intensidad cuando lo que se valora es la posible aplicación de la ley extranjera a los

efectos de una relación jurídica ya perfeccionada al amparo de dicha ley" (FJ 4, punto cuarto RDGRN 10 noviembre 2006), los efectos negativos que puede acarrear no son vanales. En efecto, los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España serían, muy probablemente, "matrimonios claudicantes", lo cual vulneraría la seguridad jurídica (las personas son "cónyuges" en un país, pero no en otros países), e incrementaría los costes para los particulares (las personas que son "cónyuges" en España pero no en otros países tendrían que buscar soluciones, como, por ejemplo, constituir en los otros países una "unión civil", lo que implica gastos de tiempo y dinero).

Para paliar estas consecuencias jurídicas se han propuesto diferentes mecanismos jurídicos:

-Primer mecanismo: "nacionalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo". Algunos autores han sugerido que los matrimonios entre personas del mismo sexo válidamente celebrados en países que los admiten podrían surtir "algunos efectos" en otros países que no los admiten. Para ello, el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en otro país debería "equipararse" a una situación conocida, regulada y admitida en el Derecho del Estado de destino, normalmente una "unión civil" o similar. De tal modo, el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España surtiría en otro país únicamente los efectos que corresponden a una "unión civil" o similar admitida por el Estado de destino.

De este modo, se salvaguarda el orden público internacional, pero se garantiza, hasta donde es posible, la validez transfronteriza de una situación jurídica creada legalmente en otro Estado.

Sin embargo, esta solución presenta también inconvenientes: en primer lugar, la institución extranjera (el matrimonio) queda en cierta manera "desnaturalizada" (algunos de sus efectos "se pierden", debido a que el matrimonio se degrada forzosamente al nivel de una "unión civil"); y en segundo lugar, se trata de una solución nacionalista y legeforista, porque sólo admite las categorías jurídicas y las instituciones del Derecho nacional (debiendo adaptarse el mundo entero al Derecho nacional).

Esta solución ha sido acogida en Suiza y en Alemania.

-Segundo mecanismo: el "orden público internacional atenuado". Esta solución fue propuesta, ya en el s. XIX, por L. V. Bar y A. Pillet. Estos autores subrayaron que las "relaciones jurídicas legalmente nacidas y creadas en un país extranjero" con arreglo a sus leyes, producen "distintos efectos". De esta forma, los "efectos nucleares" de tales

situaciones jurídicas deben estimarse contrarios al orden público internacional del país cuyas autoridades conocen del asunto, pero no otros "efectos periféricos" de dichas situaciones. Ello parece lógico, porque la situación jurídica (el matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado en España) es una situación jurídica "alejada" del país cuyas autoridades conocen del asunto, por lo que la intervención del orden público debe limitarse sólo a los "efectos nucleares" derivados del matrimonio entre personas del mismo sexo celebrado válidamente en España. Los demás efectos, los "efectos periféricos" del matrimonio entre personas del mismo sexo, "sobreviven" en otros países aunque las legislaciones de tales países no admitan tales matrimonios. En efecto, parece exacerbada la posibilidad de recurrir al orden público internacional para impedir que estos matrimonios gocen de una serie de efectos periféricos (pensión de viudedad, alimentos, posibilidad de divorcio), si no tanto para impedir el acceso al Registro Civil. La teoría ha sido acogida en diversos países europeos, como Francia y España, especialmente en relación con los distintos efectos jurídicos que producen en Europa los matrimonios poligámicos válidamente celebrados en otros países.

Esta alternativa presenta varias ventajas. En primer lugar, se refuerza la seguridad jurídica de los particulares afectados, pues con el simple "cruce de frontera" la situación jurídica no se evapora totalmente. En segundo lugar, se acepta la situación jurídica extranjera, como tal, hasta donde es posible (el matrimonio celebrado en España seguirá siendo "matrimonio" en Francia, por ejemplo), pero sin "degradarla" ni "transformarla" artificialmente en otra institución jurídica (por ejemplo, en una "unión civil", que es algo que el matrimonio no es): el matrimonio español entre personas del mismo sexo no se "nacionaliza" transformándose obligatoriamente en una "unión civil registrada francesa".

Pero esta tesis también plantea inconvenientes: la distinción entre "efectos nucleares" y "efectos periféricos" de la situación jurídica legalmente creada en un Estado es diáfana y difícil de concretar. La solución a esto podría ser semejante a la práctica europea relativa a los matrimonios poligámicos, de forma que tales matrimonios no podrían celebrarse ni inscribirse en países que no admiten dichos enlaces, pero se admitiría el resto de los efectos jurídicos que surte el matrimonio.

Aunque el mecanismo del "orden público internacional atenuado" es, sin duda, mejor que la "nacionalización de instituciones jurídicas", ninguno de ellos resulta plenamente satisfactorio ya que, en alguna medida, el matrimonio entre personas del mismo sexo

válidamente celebrado en España, deja de ser tal "matrimonio" con plenos efectos en otros países que no admiten dichos enlaces; no eliminándose realmente el obstáculo a la libre circulación en la UE.

En efecto, no parece defendible sostener que la ley extranjera con arreglo a la cual nació la situación jurídica pueda no ser aplicada en otro Estado miembro por estimarse contraria a los principios básicos del Derecho de dicho Estado (cláusula de orden público internacional), pues en tal caso el orden público internacional perjudicaría un derecho fundamental de los ciudadanos europeos, su libre circulación comunitaria, el cual debe prevalecer.

Además, el art. 18 TCE lo establece claramente: "todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros...", sólo pudiendo fundarse las excepciones a este derecho subjetivo a la libre circulación en el propio TCE o en disposiciones de Derecho comunitario. Por tanto, si no existen en la actualidad tales excepciones, no parece posible crearlas por vía jurisprudencial o interpretativa. En otras palabras: el orden público internacional podría ser incompatible con la libertad de circulación intracomunitaria. Ello no obsta, sin embargo, que el orden público internacional puede ser un contrapeso correcto a dicha libertad; pero para ello sería preciso que un instrumento legal comunitario así lo recogiese de modo expreso. En sentido contrario, podría argumentarse que un país sin matrimonios entre personas del mismo sexo (como, por ejemplo, Italia) se ve obligado a aceptar unos matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en España sólo por el hecho de que tales matrimonios son posibles en España; a pesar de ello, éste debe entenderse como el precio a pagar por un espacio sin fronteras ni obstáculos a la libre circulación de personas en la UE.

Entonces, la solución futura para evitar los cambios de ley aplicable que provocan obstáculos a las libertades comunitarias es simple: las autoridades comunitarias deben elaborar normas uniformes del DIPr válidas para todos los Estados miembros. Así, en el instrumento jurídico comunitario que se adopte, se podrían incluir ciertos límites a la libre circulación de personas, algo que está admitido, como se ha dicho, por el mismo art. 18.1 TCE. Por ejemplo, un futuro e hipotético Reglamento comunitario sobre la ley aplicable al matrimonio y a su reconocimiento, podría contener una cláusula que permitiera a ciertos Estados miembros no reconocer los matrimonios entre las personas del mismo sexo celebrados válidamente en otros Estados.

Cabe reseñar que también el debate jurídico norteamericano, aunque con sus peculiaridades, tiene rasgos básicos muy similares a los del debate europeo: una disposición superior (Constitución USA - TCE) que asegura la libre circulación y la validez en todos los Estados implicados (de la Unión o de la UE), de las situaciones legales creadas válidamente en un Estado (Full Faith and Credit Clause - Libre circulación sin obstáculos), disposición que se enfrenta a las pretensiones de frenar tal validez internacional de las situaciones legales en ciertos Estados mediante la utilización del orden público internacional.

Sin embargo, mientras el futuro e hipotético Reglamento comunitario sobre "Ley aplicable y reconocimiento de matrimonios" no exista, parece claro que los Estados comunitarios deben aceptar la existencia y validez de un matrimonio entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en otro Estado miembro, tal como lo ha expresado el TJCE en relación con las sociedades mercantiles (STJCE 9 marzo 1999, *Centros* y STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*; que indican que una sociedad válidamente constituida y existente en un Estado miembro debe considerarse como válidamente constituida y existente también en los demás Estados miembros), y en relación con el derecho al nombre de las personas físicas (STJCE 2 octubre 2003, *García Avello*, que señala que el nombre de una persona física atribuido con arreglo al Derecho de un Estado miembro debe ser aceptado "tal cual" por los demás Estados miembros), y lo ha recogido la RDGRN de 10 de noviembre de 2006 (ya citada) en su FJ 4, punto cuarto. En estas parcelas del Derecho, el TJCE ha declarado que las libertades comunitarias no pueden ser frenadas a través de excepciones como el orden público internacional, el fraude de ley, el abuso del Derecho u otros. Si estas decisiones del TJCE se leen entre líneas, se descubre que el TJCE lanza un aviso a navegantes (los órganos legislativos de la Comunidad Europea y los Estados miembros) para que, si se desean establecer límites a las libertades comunitarias, ello se haga mediante la elaboración de normas comunitarias que así lo recojan.

EXCEPCIÓN DE FRAUDE DE LEY INTERNACIONAL

También podrá denegarse el reconocimiento mutuo de resoluciones y decisiones acordadas por autoridades públicas de un Estado miembro en el caso de que se observe un auténtico "fraude de ley internacional", es decir, un Bad Forum Shopping.

El fraude de ley internacional se producirá si concurren los siguientes elementos:

- 1)Elemento material: un cambio voluntario y artificioso de la circunstancia empleada como punto de conexión por la norma de conflicto de leyes,
- 2)Elemento intencional: la intención de las partes de alcanzar un resultado no admitido por el ordenamiento jurídico.

De este modo, no constituye ningún "fraude de ley" el hecho de que los particulares, en virtud de su derecho a la libre circulación y residencia proclamado en el art. 18 TCE, se desplacen al Estado miembro que deseen para constituir en dicho Estado miembro una situación o relación jurídica, aunque dicha situación no presente ningún vínculo objetivo con dicho Estado. Así lo ha puesto de manifiesto el TJCE en varias sentencias (STJCE 9 marzo 1999, *Centros*, STJCE 30 septiembre 2003, *Inspire Art*, STJCE 12 septiembre 2006, *Cadbury Schweppes*).

En su sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*, se hace referencia a una sociedad (la sociedad Inspire Art), la cual fue constituida según las leyes inglesas y con domicilio en Inglaterra, pero dirigida desde Holanda exclusivamente, de tal forma que la sociedad disponía de una sucursal en Holanda y todas sus actividades comerciales se desarrollaban allí. Las autoridades holandesas insistían en que la sociedad debía cumplir las exigencias de la ley holandesa. Sin embargo, el TJCE señaló que Inspire Art podía establecerse en el Estado miembro que prefiriera e instalar sucursales en el Estado miembro que prefiriera y ubicar sus actividades comerciales en el Estado miembro donde prefiriera, sin que ellos constituyese ni abuso ni fraude de ley.

Pero merece especial atención la STJCE de 12 de septiembre de 2006, *Cadbury Schweppes*. Se planteó aquí una cuestión prejudicial sobre la interpretación de los arts. 43 y 48 TCE (libertad de establecimiento), en el sentido de si éstos se oponían a la inclusión de una sociedad residente establecida en un Estado miembro (Reino Unido) en la base imponible de los beneficios obtenidos por una sociedad extranjera controlada en otro Estado miembro (Irlanda), cuando dichos beneficios estén sujetos en este último Estado a un nivel de tributación inferior al aplicable en el primer Estado. Reino Unido planteó que la filial se constituyó en Irlanda para que no se le aplicaran determinadas disposiciones fiscales de Reino Unido en materia de cambio y que dicho comportamiento constituía una práctica abusiva y fraudulenta, por lo que debía aplicársele la ley nacional inglesa. Sin embargo, respecto a la existencia o no de "fraude de ley", el TJCE expresa que los nacionales de un Estado miembro no pueden, aprovechando las posibilidades creadas por el TCE, intentar evitar abusivamente la

aplicación de su legislación nacional, así como tampoco pueden invocar las normas comunitarias de forma abusiva o fraudulenta (cons. 35). No obstante, el hecho de que un nacional comunitario, persona física o jurídica, haya sacado provecho de las ventajas fiscales ofrecidas por las normas en vigor en un Estado miembro distinto de aquél en el que reside, no autoriza, por sí solo, a privarle de la posibilidad de invocar disposiciones del TCE (cons. 36).

Así, la sentencia remite, por lo que se refiere a la libertad de establecimiento, a lo ya declarado por el propio TJCE en sus sentencias *Inspire Art* y *Centros*: que la circunstancia de que la sociedad se haya constituido en un Estado miembro con la finalidad de beneficiarse de una legislación más favorable no es, por sí sola, suficiente para llegar a la conclusión de que existe un uso abusivo de dicha libertad de establecimiento (cons. 37), como tampoco lo es la mera circunstancia de que una sociedad residente cree un establecimiento secundario, como una filial, en otro Estado miembro (cons. 50). En cambio, una medida nacional que restrinja la libertad de establecimiento puede estar justificada cuando tenga por objeto específico los montajes puramente artificiales cuyo objetivo sea eludir la aplicación de la legislación del Estado miembro de que se trate (cons. 51). En conclusión, de ello se deduce que para que una restricción a la libertad de establecimiento pueda estar justificada por motivos de lucha contra prácticas abusivas, el objetivo específico de tal restricción debe ser oponerse a comportamientos consistentes en crear montajes puramente artificiales, carentes de realidad económica, con el objetivo de eludir el impuesto normalmente adeudado sobre los beneficios generados por actividades llevadas a cabo en el territorio nacional (cons. 55), y, por consiguiente, el TJCE falló que los arts. 43 y 48 TCE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a la inclusión en la base imponible de una sociedad residente establecida en un Estado miembro de los beneficios obtenidos por una sociedad extranjera controlada en otro Estado miembro cuando dichos beneficios estén sujetos en este último Estado a un nivel de tributación inferior al aplicable en el primer Estado, a menos que tal inclusión concierna únicamente a los montajes puramente artificiales destinados a eludir el impuesto nacional normalmente adeudado. En consecuencia, la aplicación de esta medida tributaria debe descartarse cuando resulte, en función de elementos objetivos y verificables por terceros que, a pesar de que existan motivos de índole fiscal, la citada sociedad controlada está implantada realmente en el Estado miembro de acogida y ejerce en él actividades económicas efectivas.

Se desprende de la jurisprudencia citada que los casos de auténtico "fraude de ley

internacional" deben ser interpretados de modo muy restrictivo, en tanto que son una excepción a la regla general: la libre circulación de situaciones jurídicas legalmente creadas en los Estados miembros.

En conclusión, tal como ha expresado tanto la jurisprudencia del TJCE, como la doctrina internacional-privatista, cada vez parece menos adecuado invocar el orden público internacional, así como la teoría del fraude de ley, pues ello perjudicaría la libre circulación intracomunitaria de los ciudadanos europeos. Por ello, "orden público internacional" y "fraude de ley" son construcciones que no encajan bien en el DIPr comunitario.

BIBLIOGRAFÍA:

"Derecho Internacional Privado. Volumen I", Alfonso-Luis Caravaca, Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad Carlos III de Madrid, y Javier Carrascosa González, Profesor Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Murcia, Granada, 2009.

"Sobre los documentos públicos extranjeros relativos a compraventas de inmuebles sitos en España", Mónica Guzmán, Catedrática de Derecho Internacional Privado de la UNED, Revista on line del Colegio Notarial de Madrid "El notario del siglo XXI", número 32 (julio 2010).

"Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y Derecho comunitario", Santiago Álvarez González, Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Santiago de Compostela, Diario La Ley, Nº 5876, Sección Doctrina, 22 Oct. 2003, Año XXIV, Ref. D-234, Editorial LA LEY

"El caso Grunkin-Paul: notas a la STJCE de 14 de octubre de 2008" (enero 2009), "Nuevos interrogantes y nuevas respuestas sobre la STJCE de 14 de octubre de 2008, Grunkin-Paul" (julio 2009), y "Espacio judicial europeo y Tratado de Lisboa: hacia un nuevo Derecho Internacional Privado" (enero 2010), María Dolores Ortiz Vidal, Universidad de Murcia.

"El matrimonio entre personas del mismo sexo", Antonia Durán Ayago y Eugenio Llamas Pombo, parte del libro "Nuevos conflictos en el Derecho de Familia", edición nº 1, Editorial LA LEY, Madrid, Febrero 2009.

"Matrimonio entre personas del mismo sexo y Derecho Internacional Privado español", Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Catedrático de Derecho Internacional Privado en la Universidad Carlos III de Madrid, y Javier Carrascosa González, Profesor Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Murcia, Diario La Ley, Nº 6391, Sección Doctrina, 2 Ene. 2006, Año XXVII, Ref. D-1, Editorial LA LEY.

VIII. Reflexiones sobre la comunitarización del Derecho Internacional Privado: lo hecho y lo que queda por hacer.

Al perseguir la comunitarización del Derecho Internacional Privado la construcción de un mercado interior entre los países de la Unión Europea, la cual se sustenta en la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales; puede decirse que, gracias a los múltiples instrumentos uniformizadores utilizados, se ha producido en los últimos años y de forma progresiva, una notable evolución en este ámbito. En efecto, gracias a los numerosos Reglamentos comunitarios utilizados por los Estados miembros, se ha avanzado en la unificación de normas reguladoras de competencia judicial internacional, de conflicto, de validez extraterritorial de decisiones y de procedimientos de notificación de documentos judiciales y extrajudiciales y de obtención de pruebas entre los Estados miembros.

Pero pese a ello, cada Estado posee su propio Derecho Internacional Privado, si bien dichos Reglamentos, en el caso de que el Estado de que se trate sea miembro firmante, formarán parte de ese sistema estatal. Así, cada Estado aplicará a un determinado supuesto las leyes previstas en su ordenamiento; por lo que es esencial que exista una confianza sólida entre los Estados miembros, que reconocerán dichas decisiones sin entrar a controlar dicha ley aplicada. Este principio de mutuo reconocimiento cada vez opera más en defensa de las libertades comunitarias, quedando las excepciones a este principio que poseen los Estados (orden público internacional y fraude de ley internacional) cada vez más relegadas a la inaplicación. Así lo sostiene el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que proclama la primacía del Derecho comunitario y de su

consecución de un mercado interior como preferente al Derecho nacional de los Estados y a las trabas que éstos ponen en ocasiones al reconocimiento de decisiones extranjeras (utilizando las citadas excepciones).

Sin embargo, a pesar de que el principio de mutuo reconocimiento se sigue de forma amplia, para evitar dichos problemas, sólo cabe una medida realmente efectiva: elaborar normas uniformes del Derecho Internacional Privado que sean válidas para todos los Estados miembros, si bien éstas podrían prever ciertas cláusulas de desvinculación para Estados determinados en materias concretas, sin que ello contraviniera el derecho a la libre circulación de los ciudadanos comunitarios en la Unión Europea, proclamada en el artículo 18 del TCE.

[REALIZADO POR: Laura Marina Melón García]

VIII. Reflexiones acerca del proceso de comunitarización: lo hecho y lo que queda por hacer.

Conclusiones individuales:

Erika Martínez Ferrero: Hoy en día, puede afirmarse que, lenta pero inexorablemente, se está construyendo un DIPriv propio de la comunidad europea. La existencia de un autentico DIPri comunitario se acentúa en los primeros años del siglo XXI, circunstancia que se pone de manifiesto, por ejemplo, en la elaboración del convenio de Bruselas de 1968 cuyo objetivo es establecer un régimen de libre circulación de decisiones judiciales así como unificar las reglas de competencia judicial internacional de los estados miembros en materia patrimonial. O también, en el convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales con el que se pretende fijar la ley aplicable a los contratos internacionales con independencia del país comunitario cuyos tribunales conocieran del asunto evitando así que la ley aplicable al contrato internacional fuera diferente según el país comunitario ante cuyos tribunales se planteara el litigio, se elimina así el forum shopping. La entrada en vigor del tratado de Amsterdam también contribuyó notablemente a la producción del DIPri comunitario. Es conveniente referirse a que la vía preferida para llevar a cabo este fenómeno de la comunitarización es el reglamento comunitario. El amplio catálogo que, en la actualidad,

hay de los mismos se ha construido sobre la base del art. 65 TCE, y se dice que tienen carácter preferente porque, entre otras cosas, suprime la diversidad de legislaciones nacionales de DIPri, además de potenciar la seguridad jurídica puesto que permite a los particulares invocar directamente las normas contenidas en los mismos y obliga a los jueces de los distintos estados miembros a aplicarlos de oficio. En definitiva, a mi juicio, lo que se pretende con la comunitarización es tratar de asegurar que la normativa material de derecho privado se aplique en los supuestos conectados con la comunidad europea. No es deseable que sea un DIPriv universal que pudiera aplicarse a todos los litigios entre particulares, con independencia de su vinculación con los distintos estados del mundo, puesto que se quebraría la previsibilidad del derecho aplicable y constituiría un inconveniente para los particulares. La comunitarización del DIPriv es un fenómeno que no hay que dejar a un lado, pensando que todo ya está hecho sino que hay que irlo mimando poco a poco con la seguridad de que aun queda mucho por hacer.

Jenifer Vaquero Temprano: Yo considero que la comunitarización ha supuesto un gran avance para la libre circulación de personas en el espacio europeo, dado que las personas se encuentran más protegidas al conocer el derecho que se le va a aplicar, el posible resultado que va a surgir del litigio y que dicha resolución será reconocida en el resto del territorio comunitario; pero aunque esto sea así en algunos casos, no siempre hay mutuo reconocimiento de resoluciones, ni armonización de las normas de conflicto... por lo que todavía falta mucho por hacer.

Yo considero que el objetivo sería conseguir un auténtico espacio judicial europeo, es decir, al igual que España tiene CCAA, la UE tendría estados miembros, y lo ideal sería aplicar a todos los estados miembros unas mismas normas, pero es una labor complicada, dado que los países no comparten los mismos valores sociales, morales, culturales, jurídicos..., quizás esto llegue a conseguirse con el tiempo, y una forma de conseguirse es facilitando la circulación de las personas en el espacio europeo, pudiendo estas relacionarse entre sí, y de este modo adquirir los mismos valores.

Por lo que llegamos a la misma conclusión, y es facilitar la circulación de las personas, ¿para qué? Para de este modo conseguir un espacio judicial europeo, consiguiendo unos mismos valores. Y esto nos ayudara a poder conseguir un espacio de libertad, de seguridad y de justicia.

Tamara Silva Pelayo: Como conclusión a la investigación realizada sobre la “comunitarización del DIPr”, en lo que respecta al *principio de libre circulación de las*

personas, en especial a la determinación de los nombres y apellidos, aunque el TJCE llama la atención sobre la necesidad de que las soluciones legislativas respeten el hecho diferencial que introduce en una situación privada su vinculación comunitaria, es decir, aunque los Estados mantengan sus tradiciones jurídicas y no introduzcan la autonomía de la voluntad de manera directa, cosa que, por otro lado, sería lo deseable en una materia como los apellidos, donde priman fundamentalmente intereses privados, los particulares tienen la posibilidad de acudir en primer lugar a practicar la inscripción de su nacimiento en el Estado con cuyas reglas de determinación de los apellidos estén más conformes, con la garantía de que luego ese apellido será reconocido en los demás Estados con los que guarden vinculación. La solución que se propone es la más coherente con una UE verdaderamente integrada, evita la diversidad de apellidos de las personas (implicadas en una situación intracomunitaria), favorece la libertad de circulación, permite a los Estados mantener sus propias tradiciones jurídicas en la determinación de los apellidos y concede cierta libertad a los particulares para decidir cuál es el ordenamiento jurídico conforme al cual se va a determinar su apellido. Pero en un futuro, en lo que respecta a esta materia se debería plantear la oportunidad de negociar un Convenio de reconocimiento de apellidos en este sentido, a nivel general y no sólo en el ámbito de los Estados miembros de la UE y, desde luego, no tan limitado y rígido como el de la CIEC. Por último, cabe concluir, que además de lo indicado sobre esta materia, existen otras materias del derecho internacional privado, en especial en el Derecho de Familia, la cual, presenta una enorme divergencia legislativa en los Estados miembros, dificultando su armonización, y en una sociedad tan globalizada como la actual y con enorme flujo de personas de un Estado a otro, la armonización de las legislaciones de los estados miembros, es necesaria para poder poner fin a los obstáculos que existen, aún, al principio europeo de libre circulación de personas, consiguiendo una europea donde realmente no existan fronteras.

María José Camacho Risco: A lo largo de todo el trabajo se ha reflejado la evolución que ha tenido el Derecho Internacional privado (DIPr) en el ámbito comunitario, evolución que ha ido detrás de lo que la sociedad requería, es decir, cuando la ciudadanía daba un paso en sus relaciones internacionales, ya sea por cuestiones particulares o empresariales, el derecho debía responder facilitando esas relaciones regulándolas y no coartando el movimiento social que se produce más allá de las fronteras, todo ello repetando el Orden Público Internacional.

Las respuestas han venido dadas en forma de Reglamentos, Convenios, Jurisprudencia, etc.

Y todo ello no sin dificultad, pues son frutos de largas negociaciones entre los Estados comunitarios.

Considero que el hecho de que el DIPr comunitario se regule mediante estos mecanismos tiene un inconveniente importante, y es lo disperso que se encuentra, lo cual da lugar a que según en qué tipo de relación privada comunitaria nos encontremos, acudimos a un texto legal u otro.

Probablemente esto conduzca a cierta confusión entre la ciudadanía, pues desconocen el derecho bajo el que se rige su relación.

Recordando un sencillo esquema de la evolución del Derecho en los Estados, comprobamos como después de tener leyes dispersas, se pasó a la recopilación de las mismas mecanismo que, aunque base de lo que vendría después, no fue del todo acertado pues estaban anticuadas en el momento de su publicación por lo que se pasó a la Codificación, resultado del pensamiento que imperaba en el S. XIX. La Codificación ofrecía un orden lógico de los diferentes órdenes del Derecho favoreciendo así la seguridad jurídica necesaria y que tanto se echaba de menos.

Menciono todo esto no en vano, pues desde mi opinión (quizá con algo de atrevimiento) el DIPr debería codificarse, es decir, se debería caminar hacia la creación de un Código Civil y Mercantil Europeo y una Ley Procesal Civil Europea para las relaciones entre ciudadanos y ciudadanas comunitarios. La experiencia ha demostrado que de los mecanismos conocidos, la Codificación es el más acertado. Es una labor complicada, entre otras cosas, porque los Estados consideran que pierden Soberanía, pero también forma parte de su Soberanía la protección de su ciudadanía y la libertad de la misma.

Aunque los Estados sigan manteniendo sus legislaciones para las relaciones de sus nacionales, la UE, en mi opinión, debería seguir con la tarea de comunitarización estableciendo unas normas mínimas de adaptación para los Estados, de cara a la creación de un Código Civil y Mercantil Europeo y una Ley Procesal Civil Europea.

María Casaseca Hidalgo: Podemos decir que hoy día, y desde que la CE es consciente de la necesidad de construir un DIPr comunitario, contamos ya con una perspectiva de creación de normas comunitarias de conflicto de jurisdicciones, de conflicto de leyes y de validez extraterritorial de decisiones.

Las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere de 1999 en materia de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales se acompañan de propuestas para un mejor acceso a la justicia en Europa y una mayor convergencia en Derecho civil. De este modo se pone en marcha la elaboración de una nueva legislación en materia procesal para casos transfronterizos, y se plantea la necesidad de aproximar las legislaciones en Derecho civil material para eliminar obstáculos, medidas dirigidas a lograr un sistema jurídico civil uniforme y transfronterizo.

Se persigue el régimen de libre circulación de decisiones judiciales entre los Estados miembros mediante la unificación de reglas de competencia judicial, de modo que las decisiones de un Estado puedan ser también efectivas en otros Estados de la CE. El consenso y unificación de las normas de conflictos de jurisdicción simplifica los trámites para un reconocimiento rápido y simple de las resoluciones judiciales, permitiendo la fluidez las relaciones sociales y jurídicas y promoviendo una mayor integración de la economía. Para facilitar el acceso a toda la información, los Estados miembros se comprometen a proporcionar informaciones, sobre todo en materia civil y mercantil, que contribuyen a la credibilidad en el sistema y a la confianza de los ciudadanos en su eficacia.

La pretensión de superar la disparidad de las normas nacionales sobre competencia judicial y reconocimiento, propias de cada uno de los países miembros, comienza a lograrse mediante la formulación de mecanismos como la ejecución de títulos ejecutivos para créditos no impugnados. La confianza recíproca y la cooperación en la justicia dentro de la CE legitima que las resoluciones dictadas en un Estado miembro sean reconocidas de pleno Derecho sin que sea necesario invocar el Reglamento 44/2001, que precisa la convalidación de la resolución extranjera en el Estado de recepción, superando los inconvenientes que supone un procedimiento específico de reconocimiento y ejecución, y todo el sistema de recursos que lleva aparejado y que puede disminuir su eficacia. Esto garantiza la celeridad de la justicia, elimina formalismos y pone de manifiesto el principio de economía procesal. No obstante, sigue existiendo un procedimiento para obtener una declaración sobre el cumplimiento de los requisitos de la resolución y, asimismo, la forma de control de dicho cumplimiento es similar a la que establece el R-44

El problema es que existe una gran divergencia en la regulación del proceso de ejecución de las legislaciones nacionales como consecuencia del principio de la

autonomía procesal que el Derecho comunitario ha preservado en el ámbito del Derecho privado. Pero puesto que el art.65.c TCE es un instrumento que permite a la Comunidad adentrarse en este ámbito e incide en los cauces para el ejercicio de la potestad jurisdiccional, sería interesante extender esta figura, que se limita al ámbito de los créditos no impugnados, a otros ámbitos y, conformar así un Derecho procesal comunitario optativo que nos siga aproximando al sistema uniforme perseguido.

Eva Crespo Expósito: Con la creación del Tratado de Amsterdam en 1997 se produjo un cambio radical a partir del cual comenzó la des estatalización del DIPr y con ello un traslado de la competencia para elaborar las normas de DIPr a la UE, esto es, el DIPr dejó de ser un derecho estatal para convertirse en un derecho comunitario. El artículo 65 TCE es la base la comunitarización del DIPr pues otorga competencia a las CCEE para la elaboración de sus normas. Hoy en día ese artículo ha sido sustituido por el actual artículo 81 TFCE.

El Tratado constitutivo de la UE eliminó las barreras jurídico públicas a los intercambios de mercancías y capitales y al libre establecimiento de empresas y libre prestación de servicios entre los estados miembros. Sin embargo, ello no fue suficiente porque se observó que el comercio entre las empresas radicadas en los estados miembros no despegaba y ello es debido al “dilema del intercambio internacional”: en los negocios internacionales los empresarios de un estado desconfían de los empresarios y clientes de otros estados porque en caso de incumplimiento desconocen ante qué tribunal de qué estado podrán demandarlos y también desconocen si una sentencia de condena dictada en un estado contra un empresario incumplidor puede ser ejecutada en otro estado. Por todo ello el Convenio de Bruselas de 1968 estableció un régimen común (artículo 293 TCE) para todos los estados miembros en relación a la competencia judicial internacional y a la validez extraterritorial de resoluciones judiciales en materias civiles y mercantiles de carácter patrimonial. Este Convenio de Bruselas fue un éxito pues proporcionó la seguridad jurídica necesaria para fomentar las relaciones económicas entre empresas y particulares con domicilio en diferentes estados miembros y se convirtió en la pieza fundamental del “mercado interior”.

En el año 2000 ese Convenio de Bruselas sufrió una metamorfosis y fue transformado en el Reglamento 44/2001. Luego se puede decir que el R44/2001 es fruto de la comunitarización del Dipr, es el instrumento a partir del cual se ha llevado a cabo la comunitarización del DIPr. Es el instrumento que se aplica preferentemente a la

legislación interna y es muy efectivo porque los estados deben aplicarlo obligatoriamente.

La competencia de la UE para elaborar normas de DIPr consiste en un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de personas. Las autoridades de la UE disponen de competencia para regular dicho espacio y a medida que las autoridades de la UE asumen esa competencia los diferentes estados miembros pierden progresivamente su competencia.

Esa competencia de las autoridades de la UE se encuentra actualmente recogida en el TFUE debido a que la cooperación judicial en materia civil es una materia que fue trasladada en virtud del Tratado de Amsterdam desde el Tercer Pilar al Primer Pilar. Para regular y alcanzar este espacio judicial europeo tales autoridades deben desarrollar una “cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza”, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Dicha cooperación se logra a su vez a través de ciertas medidas que pueden adoptar tanto el Parlamento y como el Consejo Europeo con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior (estas medidas se regulan en el artículo 81.2 TFUE)

Luego en conclusión vemos que a pesar de que hoy en día ya no existen esas barreras interiores de Derecho Público a las libertades de circulación, el mercado interior sigue sin funcionar correctamente puesto que los particulares y las diferentes empresas que se encuentran establecidas en los diversos estados miembros de la UE no se relacionan del modo esperado y deseado. Los principales motivos que se aducen a ello son la existencia de una gran inseguridad jurídica y de sentencias claudicantes lo cual se ha venido expresando por el dilema del intercambio internacional ya mencionado. Para acabar con estos tres obstáculos se han creado unas normas de DIPr a través de las cuales se ha intentado edificar un auténtico espacio judicial internacional, un espacio donde todas las personas puedan acceder al ejercicio efectivo de sus derechos ante los tribunales, sin que el hecho de que la UE esté formada por diferentes estados lo desincentive u obstaculice. Para lograr la efectiva creación de ese espacio y que ello ayude a la correcta y deseable aplicación del DIPr todas las actuaciones deben descansar en el principio de confianza mutua entre los todos los estados miembros de la comunidad.

Se ha posibilitado la existencia de un Derecho internacional privado comunitario inimaginable hasta hace pocos años y constituyendo a su vez un paso importante en el

camino de la posible armonización o unificación de importantes parcelas del Derecho. Ni más ni menos, el Tratado de Amsterdam “comunitarizó”, transfirió al primer pilar, la cooperación judicial civil poniendo el acento en el desarrollo a través de Reglamentos, que han ido apareciendo con gran celeridad. Esa celeridad ha producido una importante dosis de incertidumbre en relación con los aspectos técnicos de las distintas bases jurídico competenciales y respecto al papel que debe jugar el Derecho internacional privado en la construcción de un fidedigno Derecho privado europeo. Pero al margen de esta circunstancia resulta indudable que nos hallamos ante una situación mucho más ventajosa, desde el punto de vista de la integración y de la unificación jurídica, que la hasta ahora existente basada en convenios entre Estados miembros. A pesar de ello todavía queda mucho por hacer puesto que no se ha logrado una total armonización de los derechos propios de cada uno de los estados intervinientes de modo que en los diferentes contactos que puedan producirse entre ellos siempre es posible la existencia de diferencias que obstaculicen dichas relaciones.

J. Ignacio Leo Castela: La comunitarización del Dopr es un ambicioso proyecto jurídico que pretende la regulación armoniosa de un sistema de Dopr común para todos los Estados miembros de la UE. Es decir, que partiendo de ordenamientos y regulaciones heterogéneas, lo que se persigue es la creación de una normativa homogénea común, que facilite los trámites entre Estados miembros y que proteja al demandante internacional del desinterés que se deriva de los conflictos suscitados en las relaciones privadas internacionales. Ello, para evitar que se le impongan a este demandante cargas adicionales derivadas de la internacionalidad de su conflicto, cargas que en ningún caso tendría a nivel nacional.

Para abarcar un proyecto jurídico de semejante envergadura, es imprescindible contar con el esfuerzo de las partes implicadas. Cada Estado, debe comprometerse a cumplir con unos mínimos comunes en aras de lograr una auténtica armonización. Ello se garantiza, en parte, a través del sometimiento del derecho interno al derecho comunitario, mediante la cesión de competencias a los órganos de la UE con capacidad legislativa (Consejo Europeo), flexibilizando la legislación interna para procurar su coexistencia con la comunitaria, etc...

En definitiva, ello ha dado lugar a que progresivamente, los Estados de la UE hayan ido comunitarizando materias mediante instrumentos legales como los reglamentos (en la mayoría de los casos, dado que éstos son de obligado cumplimiento).

El proceso de la comunitarización es relativamente joven. Sus inicios son de finales del siglo pasado y, sin lugar a dudas, aún queda bastante por hacer antes de lograr un auténtico sistema de derecho comunitario homogéneo. Los pasos más importantes son los primeros que se han dado (en parte, inspirados por los propios sistemas de Dopr de cada Estado miembro). Los grandes avances destacan en materia civil y mercantil. Sin embargo, en materia procesal ahora comienza a despuntar un nuevo proceso de comunitarización acuciado por el reglamento sobre el procedimiento monitorio europeo, por el procedimiento europeo de escasa cuantía y por el Reglamento 805 sobre el TEE. Es de esperar, que en el próximo siglo, la comunitarización evolucione en este sentido, abarcando nuevas ramas del derecho, perfeccionando la regulación de las materias ya comunitarizadas y abriendo nuevas puertas a los procedimientos de reconocimiento y libre circulación de resoluciones judiciales en el espacio judicial europeo.

Sara Moronta Calvo: La existencia de un Dopr propio de la Comunidad Europea ha sido y es un tema conflictivo doctrinalmente. Durante muchos años, la mayor parte de la doctrina sostenía que la Comunidad Europea carecía de un Dopr propio y se limitaba a armonizar algunas normas de Dopr de los Estados miembros con el fin de ayudar a un correcto funcionamiento del mercado interior; pero, hoy en día esta postura no es defendible, sino que en los primeros años de este siglo XXI se puede hablar de un Dopr comunitario. El Dopr se encuentra en un momento crucial, en el que se está abriendo nuevos horizontes hacia una mayor libertad.

Podemos analizar distintas etapas en la evolución del Dopr:

1. Desde la fundación de la Comunidad Económica Europea hasta finales de los años sesenta del siglo XX, el Derecho comunitario limitó su acción al Derecho público de la economía, y sólo excepcionalmente se ocupaba de las relaciones entre particulares.
2. Se produce un acercamiento del Derecho Comunitario al Derecho Privado para establecer un régimen de libre circulación de decisiones judiciales, construir un sistema que fijara la ley aplicable a los contratos internacionales con independencia del país comunitario cuyos tribunales conocieran del asunto, armonizar el Derecho civil y mercantil.
3. La Comunidad Europea toma conciencia de la necesidad de construir un Dopr propio de la Comunidad Europea. Existe una perspectiva de creación de normas comunitarias de conflicto de jurisdicciones, conflicto de leyes y validez extraterritorial de decisiones reflejado en el “Proyecto de medidas para la

aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil” (DOCE C12, de 15 enero 2001), que comprende materias tanto de Derecho Patrimonial como de Familia.

No se trata de elaborar un Derecho privado universal, aplicable a todos los litigios entre particulares, con independencia de sus caracteres y vinculaciones con los diferentes Estados del mundo porque sería un problema para los particulares, ya que se podría aplicar una normativa comunitaria a casos no vinculados con la Comunidad Europea, quebrándose el principio de seguridad jurídica. Sino que, se trata de elaborar un Derecho privado comunitario aplicable a las situaciones vinculadas con la Comunidad Europea, para que los particulares puedan prever qué Derecho es aplicable a cada situación, es decir, el Derecho privado elaborado por la Comunidad Europea se aplica sólo si se aprecia la existencia de una conexión comunitaria. Esta conexión comunitaria puede proceder de distintas vías:

- Vinculación comunitaria legal. Aun no se ha logrado llegar a la quinta libertad comunitaria: la libre circulación de resoluciones; pero ha habido una evolución importante. En el Convenio de Bruselas 1968 el procedimiento de exequátur existía y no era de plano. Posteriormente, el Reglamento 44/2001 recogía un exequátur automático. Finalmente, se pretende armonizar las normas procesales en cuanto a la ejecución, pero sólo se ha llevado a cabo en materias muy específicas como el título ejecutivo europeo sobre créditos no impugnados, el procedimiento monitorio, el procedimiento de escasa cuantía y lo relativo al derecho de visitas de menores o restitución de menores.

- Vinculación comunitaria jurisprudencial.

La “teoría de la conexión comunitaria” ha llevado al legislador comunitario a distinguir entre decisiones que afectan al espacio jurídico comunitario y decisiones que no afectan a dicho espacio. Las primeras son las dictadas por autoridades de los Estados miembros que cuentan con importantes instrumentos para lograr que las decisiones públicas dictadas por las autoridades de los países comunitarios sean efectivas en los demás países comunitarios. Las segundas son las dictadas por autoridades de terceros Estados y tales decisiones no inciden en el espacio jurídico comunitario. El Derecho comunitario no regula la eficacia en la Comunidad Europea de decisiones procedentes de terceros países, lo que puede afectar a la libre circulación de las personas en la Comunidad Europea.

SEMINARIO II: IMPLICACIONES DE LOS MATRIMONIOS POLIGÁMICOS

© Seminario realizado por:

Ana Alfageme Sastre

Valeria Emperatriz Angulo Sánchez

Pilar Bajo Almendra

Paula Álvarez Pérez

Marina Carmen Álvarez Ruiz de Mier

Daniel Barrio Barrio

Inés Blanco Hernández

Angélica Blanco Talaván

Silvia Borrero Plaza

Ángel Cañibano Gutiérrez

Ana Carrillo del Teso

María Casaseca Hidalgo

Eva Crespo Expósito

Lara Delgado Oliva

Marina Díaz Rabazas

Eduardo Duque Pindado

Tamara Espinosa Pérez

Luis Esteban Rubio

Juan José Estévez Hernández

Sheila Gallego Pol

Casandra García Sosa

César Gilo Gómez

J. Ignacio Leo Castela

Juan Melero Calzada

Víctor Mérida Muñoz

Nuria Moreno Mateos

Sandra Moronta Calvo

Ángela Pardo Casado
Antonio Pérez Vicente
Sara Sánchez Hernández
Tamara Silva Pelayo
Fernando Toribio Carrera

COORDINADORES:
Inés Blanco Hernández
J. Ignacio Leo Castela

I. Definición de matrimonio poligámico

Angélica Blanco Talaván, Ana Carrillo del Teso e Inés Blanco Hernández.

Tamara Espinosa Pérez, Cesar Gilo Gómez y Ángel Cañibano Gutiérrez.

II. Estados en que se contempla este tipo de matrimonio y regulación del mismo

Pilar Bajo Almendra.

Paula Álvarez Pérez, Lara Delgado Oliva y Casandra García Sosa.

Fernando Toribio Carrera.

III. Relación entre capacidad matrimonial y matrimonio poligámico

Tamara Silva Pelayo, Nuria Moreno Mateos y J. Ignacio Leo Castela.

Valeria Emperatriz Angulo Sánchez.

Marina Carmen Álvarez Ruiz de Mier.

IV. Influencia del orden público internacional respecto de los matrimonios poligámicos en España.

María Casaseca Hidalgo, Sara Moronta Calvo, Eva Crespo Expósito, Ángela Pardo Casado y J. Ignacio Leo Castela.

Sara Sánchez Hernández.

V. Tratamiento jurisprudencial de los matrimonios poligámicos en España

Seila Gallego Pol y Silvia Borrero Plaza.

Eduardo Duque Pindado, Luís Esteban Rubio y Juan José Estévez Hernández.

Daniel Barrio Barrio.

VI. Prensa y poligamia

Antonio Pérez Vicente.

Marina Díaz Rabazas, Víctor Mérida Muñoz y Ana Alfageme Sastre.

I. Definición de matrimonio poligámico

1. Introducción:

Todo el mundo reconoce el matrimonio como una de las instituciones de mayor arraigo en nuestra sociedad; institución que durante mucho tiempo contó con una compleja regulación, marcada por la influencia del Derecho canónico. Esta situación cambió drásticamente en España con la reforma de 1981, y posteriores, que simplificaron la materia, llegando a una situación de estabilidad en cuanto a la legislación civil se refiere. Sin embargo, en su proyección internacional ésta se ha visto drásticamente modificada en las últimas décadas como consecuencia de factores de enorme trascendencia, entre ellos el aumento del fenómeno migratorio. Éste ha facilitado la presencia en España de instituciones hasta entonces desconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, como el repudio y el matrimonio poligámico, lo que ha dado lugar a la intervención del orden público internacional en esta materia.

2. Definición:

El capítulo 4, versículo 3 del Corán dice: *"Si teméis no ser equitativos con los huérfanos, entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro. Pero si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras esclavas. Así, evitaréis mejor el obrar mal"*.

La aceptación tradicional de la poligamia se ha apoyado en la primera parte de este versículo, mientras que la segunda parte ("*pero, si teméis no obrar con justicia, entonces, con una sola*") ha sido alegada por algunos autores más liberales para defender una prescripción islámica implícita de la monarquía, afirmando que es imposible que un hombre trate con imparcialidad a sus esposas. Estos últimos señalan que el precepto citado del Corán debe complementarse con lo prescrito en el capítulo 4, versículo 129: *"no podéis ser justos con vuestras esposas, aun si lo deseáis"*.

La poligamia, el casamiento múltiple (polys, mucho; gameo, matrimonio), es una grave deformación del matrimonio, altera siempre la igualdad debida entre esposo y esposa, sea en la poliginia (un hombre con varias mujeres), sea en la poliandria (una mujer con varios hombres):

- En la poliginia, la poligamia da ocasión a que el hombre considere a la mujer como objeto de goce y fuerza de trabajo, lo que degrada al uno y a la otra. De hecho, generalmente la poligamia lleva consigo la compra de las esposas, que pueden adquirirse como cabezas de ganado. Es el matrimonio poligámico más frecuente. Aunque se vincula a las sociedades islámicas, su peso es mayor en los países árabes que en los musulmanes no árabes. En estos últimos, la poliginia llega a estar prohibida. Entre los cristianos sólo tuvo alguna importancia entre los anabaptistas protestantes de Münster y, en la actualidad, en la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos días, pero únicamente en algunos grupos, como el de los mormones de Utah.

- La poliandria, de mucha menor frecuencia que el poligínico, tiene presencia en áreas centrales y meridionales de Asia, especialmente en el Tíbet, en la India y en Sri-Lanka. La poliandria está presente, a menudo, allí donde hay occisión de las niñas. Sin embargo, esta occisión suele tener una causa anterior que es la motivada por la escasez. La pobreza de los recursos ganaderos (montes del Nilghiri) o la pequeña superficie de las escarpadas parcelas que cultivan (Tíbet) explican la dramática limitación del número de reproductoras.

Dentro del concepto de matrimonio poligámico, podemos diferenciar dos casos:

1. Poligamia estricta: se da cuando un varón unido por vínculo matrimonial previo contrae nuevos matrimonios con diferentes mujeres sin disolver ninguno previamente. Se puede dar, por ejemplo, en Estados con Leyes de inspiración islámica, donde el varón tiene capacidad para contraer matrimonio con más de una mujer.

2. Poligamia a través de divorcio revocable: en este caso el varón está divorciado de manera “revocable” en virtud de sentencia extranjera y contrae matrimonio con otra mujer en un Estado que admite el matrimonio poligámico. Como el anterior matrimonio no está definitivamente disuelto, al contraer nuevo matrimonio podemos considerar la situación como “doble vínculo matrimonial”.

El origen de la poligamia es muy remoto en la historia. Ya en el antiguo testamento de los libros religiosos judeo-cristianos encontramos pasajes y referencias polígamas. Abraham, Jacob, David y Salomón tuvieron varias esposas.

Algunos autores señalan que la poligamia derivó de una necesidad. En tiempos pretéritos morían en guerras o en conquistas de espacios geográficos más hombres que mujeres y éstas quedaban desamparadas. Ante esta situación, las mujeres contraían nuevos matrimonios con el varón más cercano a su difunto marido, quien como consecuencia pasaba a estar casado con varias mujeres.

Históricamente, se han encontrado ambas prácticas, pero la poliginia parece por mucho más frecuente que la poliandria. De las 1170 sociedades humanas estudiadas por Murdock en su Atlas Etnográfico, la poliginia aparece en 850 de ellas, 72%. Sin embargo, los términos poliginia y poliandria hoy parecen insuficientes para describir relaciones contemporáneas donde hay un número igual de hombre y mujeres. Ejemplo de ello son las nuevas derivaciones siguientes:

Poliamoría: El término poliamoría significa tener más de una relación íntima, simultánea, amorosa, sexual (no necesariamente), duraderas, con el pleno consentimiento y conocimiento de todos los amores involucrados. Mientras que cualquier relación polígama pudiera considerarse poliamorosa, no viceversa, pues puede existir una relación poliamorosa entre sólo dos personas.

En otro sentido, el término poligamia es usado más a menudo para codificar formas de relaciones múltiples que tienen una base religiosa o tradicional y una normatividad preestablecida, mientras que en la poliamoría, la relación es definida por sus miembros más que por normas culturales o sociales

Matrimonio grupal: El matrimonio grupal o círculo matrimonial es una forma de matrimonio o de relación en el cual más de un hombre y más de una mujer forman una unidad familiar, y todos los miembros del matrimonio comparten responsabilidad paterna para cualquiera de los hijos que surjan del vínculo. Aunque actualmente el matrimonio grupal no se reconoce bajo ninguna jurisdicción, es posible que la legislación que se abre en algunos países para vincular personas de un mismo sexo, pueda llegar a evolucionar en este sentido.

3. Relación de la poligamia con las distintas religiones

Cristianismo

La sociedad grecoromana en la que se desarrolló el cristianismo fue —al menos formalmente— monógama, aunque el Antiguo Testamento mostraba claramente que todos los patriarcas bíblicos eran polígamos. San Agustín apoyó la legitimidad de los patriarcas aludiendo a cierta necesidad reproductiva de aquellos tiempos, pero —en observancia de las costumbres romanas— sostenía la prohibición de tener más de una esposa en la vida. En la actualidad, la Iglesia Católica claramente condena la poligamia en su catecismo, señalando que la poligamia es contraria al amor conyugal, el cual sería indivisible y exclusivo.

Islamismo

La poligamia musulmana (del tipo poliginia), en la práctica y en la ley, difiere sustancialmente a lo largo del mundo islámico. Mientras que en algunos

países musulmanes la poliginia es algo común, en muchos otros, es a menudo rara o inexistente. Mientras que la poliginia musulmana se puede encontrar principalmente en las culturas árabes tradicionales, como Arabia Saudita, y en los Emiratos Árabes Unidos, es extremadamente rara o aun prohibida en estados árabes seculares como Líbano o en países musulmanes no árabes como Turquía y Malasia.

En los países musulmanes donde ocurre la poliginia, existen ciertos principios fundamentales comunes en la mayoría de ellos. De acuerdo con la tradición de la ley islámica, un hombre puede tomar hasta cuatro esposas, pero cada una de ellas debe tener sus propiedades, bienes y dote. Usualmente las esposas tienen poco contacto una con las otras y llevan vidas separadas en sus propias casas, algunas veces en ciudades diferentes, aunque compartan un mismo marido. Así, la poliginia musulmana está tradicionalmente restringida a hombres ricos, y en algunos países es ilegal para un hombre casarse con varias esposas si es incapaz de darles un cuidado apropiado. En tales países musulmanes donde la poliginia es común y legal, los musulmanes polígamos viven en gran medida, abiertamente ante el resto de su sociedad

Judaísmo

Aunque la literatura clásica judía indica que la poligamia (del tipo poliginia) está permitida, en el judaísmo está en la práctica rechazada hoy en día. Algunos grupos sefarditas discontinuaron la poliginia hasta hace poco tiempo, al punto que el Estado de Israel tuvo que hacer provisiones para familias polígamas después de su creación en 1948.

Hinduismo

En el hinduismo, la poligamia (del tipo poliginia) fue practicada desde tiempos ancestrales. El hinduismo no prohíbe la poliginia pero tampoco la fomenta. Históricamente, en la práctica sólo los reyes fueron polígamos. En la actualidad, la poligamia está prohibida bajo las leyes de la India, especialmente entre las provisiones relativas al matrimonio hindú. Sin

embargo, los musulmanes de India tienen permitido tener varias esposas. A partir de octubre del 2004, los musulmanes y los hindúes tienen un trato diferente en la ley. Han existido intentos que proponen una ley marital uniforme que trate a todos por igual, independiente de su religión.

Mormonismo

En sus inicios en Estados Unidos, la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días no tuvo esta práctica en su doctrina. Sólo después de la muerte de su fundador Joseph Smith Jr., el grupo de miembros de la iglesia que emprendió su migración a Utah tomó esta práctica como oficial bajo el liderazgo de Brigham Young, aunque ya se practicaba en secreto bajo la dirección de Joseph Smith Jr. La practicaron casi la totalidad de sus líderes, pero sólo algunos de sus miembros.

La prohibición de la poligamia produjo una división de esta Iglesia, en varias fracciones que han continuado, hasta nuestros días, practicando la poligamia en el estado de Utah y estados vecinos, como también entre individuos aislados sin ninguna afiliación. Este tipo de polígamos se llaman "mormones fundamentalistas", a pesar de su falta de afiliación con la Iglesia principal de esa denominación. La práctica de la poligamia en este orden se estima, hoy en día, en alrededor de 30.000 personas, comprendidos dentro de 12 fracciones fundamentalistas.

La práctica informal de la poligamia dentro de estos grupos presenta varios aspectos legales interesantes. Es difícil perseguir legalmente a los polígamos, en parte, porque no se casan formalmente ante la ley de Utah. Sin evidencia, que los presuntos infractores tengan múltiples matrimonios, quedan solamente sujetos al delito de adulterio por cohabitación, las cuales no son legalmente sancionables. Actualmente la poligamia sigue estando prohibida.

4. Regulación del matrimonio en el Islam

En el Islam el matrimonio se considera un mandato coránico, sin embargo su rasgo fundamental es el de ser un contrato civil que regula la unión entre un hombre y la mujer que abarca a las relaciones personales, filiales y económicas. Como contrato que es, puede ser rescindido a voluntad de las partes.

El Derecho islámico permite al hombre celebrar matrimonio de forma simultánea, hasta un número máximo de cuatro, a pesar de que dicha posibilidad no es reconocida para la mujer. La poligamia no es una obligación que deriva de la Sharía, y además hoy día, puede ser excluida dicha posibilidad a través de pacto, antes de celebrarse el matrimonio. Así se desprende del art. 30 del Código de familia de Marruecos, en el que se regula expresamente la posibilidad de introducir una cláusula en el contrato matrimonial, por el que: "La mujer puede imponer al marido la condición de que no le sean impuestas otras esposas. En el supuesto de que se produjera el incumplimiento de la misma, la esposa podrá exigir al marido que se comprometa a no tener más de una esposa y a reconocerle el derecho a exigir la anulación del matrimonio en el caso de que se viole el compromiso asumido".

En la mayoría de los países musulmanes se admite, a pesar de que su ejercicio se somete a condiciones concretas.

Ø Bases del matrimonio en el Corán

El fundamento jurídico de esta institución reside en el Corán. La Sura 4:3 establece: "Entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro. Pero, si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras esclavas. Así, evitareis mejor el obrar mal".

En contraposición con esta primera propuesta, otros autores, consideran que en el Corán se contiene una prescripción implícita de

monogamia, afirman que es imposible que un hombre trate con imparcialidad y justicia a todas sus esposas. El argumento que utilizan estos autores se contiene en el propio Corán, Sura 4:3, recogido anteriormente, y en la 4:129: “no podréis ser justos con vuestras mujeres, aún si lo deseáis” .

Ø Concepto del matrimonio islámico

En el Islam el matrimonio se considera un mandato coránico, sin embargo su rasgo fundamental es que el matrimonio es un contrato de Derecho privado.

Algunos autores se han inclinado por asimilarlo a la compraventa, aunque no es pacífica la identificación del matrimonio como compraventa entre los autores.

Consideran los autores que el matrimonio se negocia con los parientes de la mujer.

En realidad, existe una diferencia sustancial entre el matrimonio y la compraventa, y es que mientras ésta última es total y absolutamente libre, y sin un contenido moral, el matrimonio es obligatorio, según se desprende del Derecho musulmán, para todo varón que tenga medios suficientes, debiendo además, dirigirse a la procreación.

La celebración de este contrato matrimonial es simple, ya que consiste en la oferta y aceptación, por el tutor matrimonial o Wali, ante dos testigos musulmanes que deben ser varones y honestos. La presencia de dos testigos se constituye en una exigencia “ad solemnitatem”. Esta forma de celebración, en la mayoría de los casos, va acompañada de una ceremonia religiosa, en este caso estará presente el Cadí o Mullah, no siendo necesario que los contrayentes se encuentren en el mismo lugar.

Por tanto, las fases esenciales del matrimonio islámico son:

- La declaración de la oferta por parte del novio o su tutor matrimonial.
- La aceptación de dicha oferta por un representante o agente de la novia, (su tutor matrimonial), en un mismo acto.
- La presencia de testigos cuyo número depende de cada escuela musulmana aunque el mínimo, como hemos señalado, es de dos.

Las condiciones necesarias para que estemos ante un matrimonio válido, por tanto son:

- Que se emita el consentimiento de las partes.
- Que el contrato se celebre ante dos testigos válidos que se encuentren presentes con el fin de asegurar publicidad al contrato.
- Que no exista ningún impedimento para que las partes se unan en matrimonio.

El matrimonio islámico es poco formal y no exige el registro ni la presencia de autoridad competente para su válida celebración.

Ø Elementos esenciales del matrimonio islámico

Los juristas musulmanes coinciden al considerar, que son cuatro los requisitos que se exigen al matrimonio musulmán para que podamos calificarlo como válido:

- 1º) La capacidad de los contrayentes, para emitir un consentimiento suficiente
- 2º) La ausencia de impedimentos
- 3º) La intervención del wali o tutor matrimonial
- 4) La aportación efectiva de la dote.

Ø Ausencia de impedimentos

En el Derecho musulmán existen determinados obstáculos, que en los Derechos occidentales se denominan impedimentos, que hacen que una persona sea haram para otra, es decir, que tiene prohibido el matrimonio, bien de forma absoluta o relativa.

Los impedimentos pueden ser:

- a) Permanentes: consanguinidad, la afinidad y la lactancia
- b) Temporales: afinidad colateral, la continencia legal o idda, el impedimento resultante del repudio triple, y el impedimento religioso.

El impedimento de ligamen no existe propiamente sino respecto de la mujer, mientras su matrimonio anterior no se haya disuelto.

Ø Función de la dote

Originariamente se le denominaba Al Mahr para referirse a la cantidad entregada al padre o al tutor de la mujer al tiempo del contrato, mientras que Sadka era el regalo ofrecido por el esposo a la esposa el día de la boda.

La dote se constituye en un requisito esencial para la validez del matrimonio musulmán. La esencialidad de la dote la deducen los juristas musulmanes del texto coránico: "dad a las esposas sus dotes asignadas". Su constitución, entrega efectiva y condiciones deben cumplimentarse como conditio sine qua non.

Se define la dote, en Derecho musulmán, como la suma de dinero o bienes que debe entregar el marido a la mujer por razón del matrimonio, y que pasa a ser propiedad de ella, siendo libre de administrarla como desee, en muchos casos es el único patrimonio de la esposa, teniendo en cuenta que

la posibilidad de obtenerlo mediante el trabajo se encuentra supeditada a la autorización del marido.

Establece el Derecho musulmán que para celebrar matrimonio válido, deben reunirse una serie de requisitos para que la dote se constituya válidamente: la proporcionalidad, la determinación y la realidad.

Ø La forma

El matrimonio en Derecho musulmán "es un acto formal, pese a que no se exija obligatoriamente la intervención de juez o personaje religioso, como requisito sine qua non para la validez del matrimonio, no podemos establecer que sea un contrato exclusivamente consensual, puesto que el consentimiento debe prestarse ante dos testigos y ésta es una exigencia que de no cumplirse acarrea la nulidad del acto".

Sólo se exige que exista unidad de acto, que cada parte comprenda a la otra, que estén plenamente de acuerdo, y que se celebre ante dos testigos válidos con el fin de asegurar la publicidad del contrato.

El consentimiento se expresará directamente por parte del varón y el representante de la esposa. La presencia de éste es necesaria para la validez del matrimonio. El consentimiento no puede estar sometido a término o a condición suspensiva.

BIBLIOGRAFÍA

- www.noticias.juridicas.com
- El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español. Autora : M^a Lourdes Labaca Zabala.
- Derecho de Familia Islámico. Autores: Motilla, A. y Lorenzo, P.

Fuentes :

- o Esplugues Mota, Iglesias Buhigues; "Derecho Internacional Privado". Ed. Tirant Lo Blanch, 2008.
- o M^a Lourdes Labaca Zabala, " El matrimonio polígamo islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español".
- o Jose María Iraburu, "El matrimonio en Cristo".
- o Calvo Caravaca, Carrascosa González, "Derecho Internacional Privado", Editorial Comares, undécima edición, Junio 2010
- o Lévi-Strauss, Claude (1974), "La familia", en Polémica sobre el origen de la familia, Ediciones Siglo XXI, México.
- o Lévi- Strauss, Claude (2006). Antropología estructural: Mito, sociedad, humanidades. México: Ediciones Siglo XXI
- o Llobera J.R (1975) . La antropología como ciencia. Barcelona: Anagrama

II. Estados en que se contempla este tipo de matrimonio y regulación del mismo

ESTADOS QUE RECONOCEN LOS MATRIMONIOS POLIGÁMICOS

Países que lo reconocen en la ley civil :

Afganistán, Arabia Saudí, Argelia, Barein, Bangladesh, Brunei, Burkina Faso, Camerún, Chad, CAR, Comoros, Congo, Djibouti, Egipto, Etiopía, Gabon, Gambia, India, Indonesia, Irán, Iraq, Jordania, Kuwait, Libia, Malasia, Maldivas, Mali, Mauritania, Marruecos, Myanmar, Niger, Oman, Pakistán, Palestina, Qatar, Senegal, Singapur, Somalia, Sur África, Sri Lanka, Sudán, Siria, Tanzania, Togo, Uganda, UAE, Western Sahara, Yemen y Zambia.

Países que lo reconocen en algunas regiones:

Eritrea y Nigeria (BA, BO, GO, JI, KA, KD, KE, KT, NI, SO, YO, ZA).

Países que reconocen los matrimonios extranjeros :

Australia y Reino Unido. Ambos sólo para el bienestar social.

Países que los reconocen bajo ley consuetudinaria:

Botswana, Guinea Ecuatorial, Lesotho, Ligeria, Kenya, Malawi, Mozambique, Namibia, Nigeria, Sierra Leona, Sur África, Swaziland y Zimbawe.

La regulación jurídica de la poligamia varía de un país a otro.

Hay muchos países que no permiten la poligamia, y una persona que se casa en uno de esos países con otra mientras aún está legalmente casada con otra comete un delito de bigamia. En todo caso, el segundo matrimonio es considerado legalmente nulo e inválido, y el consentimiento de una esposa previa no hace diferente la validez del segundo matrimonio. En los países que declaran ilegal la poligamia, algunas personas burlan la prohibición con una práctica sucesiva de la poligamia, donde una persona se casa y divorcia de múltiples parejas, o recurriendo a las leyes comunes del matrimonio. Casi todos los países occidentales prohíben la poligamia, pero algunos reconocen los matrimonios poligámicos establecidos en países que los permiten. Además de que el segundo y subsiguientes matrimonios son inválidos, el bigamo es también responsable de otras penas, las cuales también varían entre jurisdicciones.

Donde está permitida, la poligamia existe en tres formas: poliginia (donde el núcleo familiar consiste en un hombre y múltiples esposas), poliandria (donde el núcleo familiar consiste en una mujer y múltiples maridos) o matrimonio colectivo (donde el núcleo familiar consiste en múltiples maridos y mujeres). Históricamente han existido estas tres prácticas, pero la poliginia es de lejos la más común. La confusión surge cuando el término "poligamia" en sentido amplio es usado cuando se hace referencia a una forma específica de poligamia, y la mayoría de las referencias a la poligamia en la práctica es a la poliginia. La mayor parte de los países que permiten la poligamia, permiten sólo la poliginia.

En ningún país se requiere la poligamia, pero es sólo permitida y reconocida. Donde está permitida, es abierta y frecuentemente practicada, algunas veces incluso fomentada.

Ø PAÍSES QUE RECONOCEN LOS MATRIMONIOS POLIGÁMICOS

Los matrimonios poligámicos son reconocidos civilmente en cerca de 50 países, la mayoría países musulmanes y africanos. En este contexto, Israel, Turquía y Túnez son las notables excepciones. Casi una docena de países que no permiten los matrimonios civiles poligámicos reconocen los matrimonios poligámicos bajo el derecho consuetudinario, aunque a los ojos del gobierno no son considerados como matrimonios genuinos. Todos los estados del norte en Nigeria reconocen los matrimonios poligámicos, ya que están gobernados por la ley de la Sharía. Los distritos de Eritrea que operan bajo la Sharía también reconocen los matrimonios poligámicos, mientras que el gobierno federal no lo hace. La poligamia tiende a ser la menos frecuentemente practicada en los estados árabes seculares, como Líbano, que aún permite dichas uniones (aunque sea conocido que, a diferencia de otros países árabes, casi la mitad de los libaneses no son musulmanes y no tienen tradición de poligamia).

Reino Unido y Australia reconocen las uniones poligámicas celebradas en otros países que las permiten. En circunstancias similares, India y Sri Lanka, por otra parte, permiten sólo a sus ciudadanos islámicos unirse legalmente en matrimonios poligámicos. Muchos indios se han convertido al Islam para evitar dichas restricciones legales. Naciones predominantemente cristianas no permiten, por lo general, las uniones poligámicas, con un puñado de excepciones como son la República del Congo, Uganda y Zambia. Myanmar (frecuentemente llamada Birmania), es también la única nación predominantemente budista que permite los matrimonios poligámicos civiles, aunque son raramente tolerados por la población birmana.

Las regiones autónomas de Somaliland y Puntland de Somalia del Norte también reconocen la poligamia, así como el Gobierno Federal de Transición, ya que el país está gobernado bajo la ley de la Sharía. La región autónoma de Sudán del Sur también reconoce la poligamia. Los territorios palestinos (compuesto de Cisjordania y la Franja de Gaza) permiten las uniones poligámicas para los ciudadanos musulmanes de su territorio. En la práctica también puede encontrarse en Buthán y partes de Nepal, a pesar de su ilegalidad formal en el país.

Los debates sobre la legalización de los matrimonios poligámicos continúan en Kenya, Namibia y muchos países de Asia Central.

Ø EJEMPLOS ALREDEDOR DEL MUNDO

- Norteamérica

EE.UU: La práctica es ilegal en los 50 estados. Hace más de un siglo, el gobierno federal de los EE.UU forzó a los ciudadanos del territorio autónomo de lo que es hoy Utah, a abandonar la práctica de la poligamia a través de la aplicación rotunda de varios Actos del Congreso. Al final lo acataron. Los mormones abolieron formalmente su práctica en 1890, en un documento llamado "El Manifiesto". Entre los musulmanes americanos, una pequeña minoría de entre 50.000 y 100.000 personas tienen actualmente una relación poligámica ilegal.

CANADÁ: Es ilegal por la sección 293 del código penal de Canadá. La bigamia está prohibida por la sección 290. Sin embargo, el gobierno no hace cumplir la ley que prohíbe la bigamia. Hace más de sesenta años que ninguna persona ha sido procesada por este motivo. Un caso de referencia está ahora en proceso en la Corte Suprema de British Columbia cuestionando la constitucionalidad de esta ley.

- África

BURKINA FASO: Tanto los musulmanes como los no musulmanes pueden unirse en poligamia conforme a la ley de Burkina Faso.

MAYOTTE: Considerada de facto ilegal desde un referéndum promovido por Francia en marzo de 2009, forzando a la isla a cumplir con la cultura francesa. Sin embargo, los matrimonios musulmanes preexistentes son aún válidos.

BENIN: Reconoció los matrimonios poligámicos hasta 2004, cuando fueron declarados ilegales constitucionalmente. Sin embargo, los matrimonios preexistentes son aún válidos en Benin.

COSTA DE MARFIL: Parecida a la situación de Benin, la poligamia y dichos matrimonios fueron declarados ilegales, mientras que los matrimonios previos están todavía reconocidos.

NIGERIA: Reconocida en todos los estados del norte, la ley federal reconoce las uniones poligámicas bajo la ley consuetudinaria.

GHANA: Ilegal.

GABON: Tanto hombres como mujeres puede participar en matrimonios poligámicos con el otro género bajo la ley gabonesa, aunque en la práctica solo lo hacen los hombres.

· Asia

MALDIVAS: Permitido para los hombres musulmanes.

MALASIA: Permitido para los hombres musulmanes con el consentimiento de la primera mujer. Sin embargo, una cantidad muy importante de hombres musulmanes se han casado una segunda (incluso una tercera y cuarta) vez en secreto sin el conocimiento de su primera mujer.

INDONESIA: Legal, aunque duramente restringido.

AFGANISTÁN: Legal, frecuentemente practicado.

MONGOLIA: La posible legislación de la poligamia ha sido debatida con la esperanza de poder igualar a la población femenina y masculina de Mongolia. Sin embargo, no ha sido un debate formal en el gobierno, sino más bien público.

IRÁN: Legal con el consentimiento de la primera esposa.

· Europa

FRANCIA: El registro de matrimonios civiles ilegales, todavía no hay leyes contra la persona que vive con más de una pareja/esposa. Las leyes de inmigración más estrictas han sido hechas cumplir debido a varios problemas de poligamia relacionados con inmigrantes de Mali y otras naciones africanas que permiten la poligamia.

POLONIA: Ilegal, penado con la cárcel.

ALEMANIA: Ilegal, penado con la cárcel.

REINO UNIDO: Ilegal, matrimonios poligámicos extranjeros reconocidos con el objetivo de beneficios sociales.

· Oceanía:

AUSTRALIA: Ilegal, aunque varios grupos musulmanes han exigido el reconocimiento legal. Incluso el debate de tal legislación fue inmediatamente abatido por los políticos australianos. Los matrimonios extranjeros fueron reconocidos con el objetivo de beneficio social.

Ø ESTADO DISCUTIDO O CONFUSO

KENYA: El código legal es presumido por muchos para prohibir el reconocimiento legal de los matrimonios poligámicos, pero otros códigos parecen mencionarlo de otra manera. Un proyecto de ley está pendiente de legalizar la poligamia, conocido como "El Proyecto de Ley del Matrimonio 2007".

REPÚBLICA DEMOCRÁTICA DEL CONGO: Mientras se ha dicho que la nación tuvo reconocidos matrimonios poligámicos en el pasado, su actual reconocimiento legal es desconocido.

SWAZILAND: Mientras algunos han pensado que las leyes actuales podrían ser interpretadas para permitir la unión legal de los matrimonios poligámicos, no hay un reconocimiento legal. Todavía no hay ninguna ley contra un hombre que vive con más de una mujer, así que su práctica no es rechazada, e incluso el rey tenía 13 esposas en 2010.

1. Matrimonios poligámicos en Marruecos (el Nuevo Código de la Familia).

¿Qué la Mudawana?

Se trata de una codificación de la Sharía, basada en el "fiqh" - jurisprudencia- tradicional malekita, (escuela jurídica del Islam sunita, fundada por Ibn Anán en el siglo VIII).

Evolución histórica.

El Código del estatuto personal y de la familia, que fue promulgado entre 1957 y 1959, inmediatamente después de la independencia por Mohamed V, abuelo del rey actual, tenía como principales disposiciones:

1.- El marido es la cabeza de familia, dirige el hogar. La mujer para casarse debe tener un tutor o "wali" (algo más que un padrino).

2.- El matrimonio sólo puede terminarse de tres maneras:

- El "jul", cuando la propia esposa rescata su libertad, restituyendo el dote.

- La repudiación, que sólo la practican los maridos contra sus esposas y no viceversa.

- El divorcio ante un juez, que únicamente puede ser conseguido por la mujer en caso de abandono, impotencia del marido, violencias domésticas con golpes y heridas, falta de mantenimiento... Todo dejado al buen criterio del juez.

3.- La poligamia está permitida, pero la mujer puede de antemano inscribir en su contrato matrimonial, que ella la considera una ruptura del vínculo conyugal.

4.- La mujer continúa siendo considerada una menor; aunque tenga la libre disposición de su nombre y de sus bienes. Siempre necesita la autorización del marido para trabajar.

En marzo de 1992, las feministas lanzaron una campaña exigiendo la igualdad entre hombres y mujeres con justicia en todas sus relaciones. Ante estas reivindicaciones el rey Hasán II creó una comisión para la revisión de la Mudawana, pero las reformas que se instauran defraudaron a las feministas.

Así, se reduce el poder del tutor matrimonial, pero la mujer cuyo padre viva no podrá concertar su matrimonio ella misma, aunque debe consentir y estar presente. Por otro lado, en caso de disolución del matrimonio, la custodia de los hijos es atribuida prioritariamente a la madre, ocupando el padre un segundo lugar. Hasta esta reforma, el padre ocupaba el sexto lugar. Sin embargo, cuando los chicos pasan de los 12 años y las chicas de los 15, es el padre quien obtendrá prioritariamente la custodia de los hijos. Además, el divorcio no será pronunciado por un juez, sino reglamentado y dejado al buen criterio del magistrado.

La poligamia no fue abolida, pero la esposa deberá ser advertida por su esposo pudiendo ésta beneficiarse de una indemnización por perjuicios. También queda autorizada a inscribir una cláusula de monogamia en su contrato de matrimonio.

¿Qué supone la reforma del Código de familia?

La actual Mudawana representa un avance sin precedentes en los países de mayoría musulmana, además representa un desafío hacia las fuerzas conservadoras de corte islámico.

En el año 2000, el gobierno del socialista Abderrahman Yusufi anunció la intención de reformar el Código de familia; las fuerzas conservadoras declararon la guerra abierta tachando la reforma de antiislámica y acusando al entonces gobierno de laico e infiel. Durante un periodo de casi tres años, Marruecos se transformó en un campo de batalla entre defensores y detractores de la reforma. No le fue posible al gobierno sacar la reforma adelante y fue necesaria la intervención del monarca, en condición de príncipe de los creyentes, ordenando la creación de una comisión de sabios representando todas las sensibilidades, dirigida por el histórico líder del partido Istiqlal y presidida por el propio monarca. El trabajo de dicha comisión duró más de un año y la comisión estuvo varias veces amenazada por el fracaso.

Por fin, el 5 de marzo de 2004 fue publicada la ley nº 03-70 relativa al Código de familia en el Boletín oficial del Reino de Marruecos. El nuevo texto se recibió con entusiasmo, en especial por las asociaciones de defensa de los Derechos de la mujer.

El actual código de familia incorpora reformas sustanciales en materia de derechos de la mujer, adoptando una formulación moderna, en lugar de los conceptos que vulneran la dignidad y la condición humana de la mujer.

Los puntos principales del nuevo código:

1° La familia queda colocada bajo la responsabilidad conjunta de ambos esposos y no sólo del marido, como acontecía hasta el presente.

2° La edad para contraer matrimonio queda fijada en 18 años para ambos. Las mujeres no pueden ser obligadas a contraer matrimonio contra su voluntad, adquiere por tanto la voluntad de tutela que ejercerá en función de lo que haya decidido.

3° La poligamia queda tan restringida, que "casi es abolida". Quedará en adelante sometida al visto bueno previo de la primera esposa, que podrá incluir en su contrato matrimonial una cláusula que la prohíba. El juez únicamente podrá autorizarla, si el marido es reconocido como capaz de otorgar a la segunda mujer e hijos el mismo trato digno, que a la primera esposa. En caso de autorización, la primera esposa tiene derecho a pedir el divorcio y a ser indemnizada.

4° En cuanto al repudio de la esposa por el marido, pasa a ser considerado un divorcio bajo control judicial, quedando sometido a los tribunales de justicia y no es efectivo hasta que la esposa repudiada y sus hijos no hayan obtenido todos sus derechos y reparaciones.

En razón de algunas de las reformas que incorpora el Código de familia destacaremos algunos artículos. Por una parte, los artículos 4 y 5 que hacen referencia a la intención de garantizar la igualdad entre los cónyuges; y por otra parte, los artículos 40 y 41 que indican las condiciones que le impone el Código a la poligamia que casi imposibilitan su realización.

- En primer lugar el artículo 4: "El matrimonio es un pacto basado en el consentimiento mutuo para establecer una unión legal y duradera, entre un hombre y una mujer. Su objetivo es la vida en la fidelidad recíproca, la pureza y la fundación de una familia estable bajo la dirección de ambos esposos, conforme a las disposiciones del presente Código".

- El artículo 5: “Los esponsales son una promesa mutua de matrimonio entre un hombre y una mujer. Los esponsales se realizarán cuando ambas partes expresen, por cualquier medio admitido habitualmente, su promesa mutua de contraer matrimonio. Esto ocurre con la recitación de la Fatiha y con las prácticas admitidas por los usos y costumbres en cuanto al intercambio de regalos”.

- Referidos a la poligamia, el artículo 40: “Estará prohibida la poligamia si cabe temer una injusticia hacia las esposas. Asimismo, quedará prohibida en el caso de existir una condición por parte de la esposa en virtud de la cual el marido se compromete a no contraer otro matrimonio más.”

- Y por último, el artículo 41: “El tribunal no autorizará la poligamia en los casos siguientes:

- Cuando no se haya establecido el motivo objetivo excepcional;
- Cuando el cónyuge que la solicite no disponga de recursos suficientes para cubrir las necesidades de ambas familias y garantizar todos sus derechos, tales como la manutención, el alojamiento y la igualdad en todos los aspectos de la vida.

2. Matrimonios poligámicos en Irán.

El Corán recoge la posibilidad de la poligamia, ya que permite al hombre casarse hasta con cuatro mujeres. Esto es lo que ocurría en Irán con anterioridad a la ratificación de la Ley de Protección de la Familia en 1.975, ya que un hombre podía casarse con cuatro mujeres de forma permanente así como tener un gran número de matrimonios temporales.

Sin embargo, actualmente esta situación es muy poco común en Irán, ya que no se practica generalmente en la sociedad iraní. Como resultado de la Ley de Protección de la Familia, un hombre sólo puede casarse con una segunda esposa sólo con el permiso de los tribunales (con una razón válida

para obtener este permiso) y después de obtener el consentimiento expreso de su primera esposa. Esto se aplica a las esposas permanentes, no a las temporales. Por tanto, para que el hombre pueda contraer un segundo matrimonio se requiere permiso previo de la primera esposa. Esto se recoge en el art. 14 LPF.

Además, al mismo tiempo esta ley atribuye a la esposa el derecho a obtener el divorcio de su marido en caso de que éste haya contraído matrimonio con una segunda esposa.

Hay que destacar que en el año 2007 se elaboró por el gobierno iraní un proyecto de ley de protección de la familia, que tenía como objetivo facultar al hombre para contraer matrimonio con una segunda esposa sin consultar a su actual mujer. Este proyecto de ley fue calificado de altamente discriminatorio, ya que suponía dar un paso atrás en relación a los derechos de la mujer, produciéndose la restricción de los mismos. Por esta razón, el proyecto no salió adelante, gracias a la fuerte oposición realizada por los movimientos a favor de los derechos de la mujer y por diversas personas pertenecientes al mundo de la justicia.

Por último, hay que decir que entre las disposiciones más controvertidas se encontraba el art. 22 del proyecto, que eliminaba de forma efectiva cualquier obligación de registrar los matrimonios temporales (que se ven en Irán como una forma de prostitución legalizada), lo que implicaba la eliminación de todas las protecciones financieras y jurídicas de las mujeres en estos matrimonios, así como los niños fruto de los mismos; y el art. 23, que autorizaba los matrimonios poligámicos dependiendo de la capacidad financiera del hombre, eliminando la eficacia del consentimiento de la primera esposa para que su marido pudiera contraer un segundo matrimonio.

3. Matrimonios poligámicos en Túnez.

Túnez es el país más occidental del mundo musulmán y constituye el único país musulmán en donde la poligamia está prohibida por ley.

Bibliografía.

- www.elmundo.es
- www.elpais.com
- Fundación para estudios iraníes.
- <http://www.webislam.com/?idl=238>
- www.wikipedia.es
- http://www.mundoarabe.org/la_mujer_en_marruecos.htm

III. Relación entre capacidad matrimonial y matrimonio poligámico

En la relación entre capacidad matrimonial y matrimonio poligámico, cabe advertir en primer lugar que se entiende por capacidad matrimonial la aptitud legal de cada uno de los contrayentes para contraer un matrimonio válido y eficaz. Es decir, un matrimonio que surtirá efectos jurídicos plenos conforme al ordenamiento español. En tal sentido, dicha capacidad matrimonial se relaciona con la ausencia de los impedimentos legalmente previstos en nuestro código civil. Impedimentos que, de concurrir, inhabilitarían a la persona para contraer matrimonio porque impedirían su capacidad matrimonial. Resulta imprescindible, por tanto, acreditar fehacientemente la aptitud legal de dichos contrayentes, de cara a la determinación de la validez de su unión conyugal. Acreditación que deberá expedir el juez encargado del registro civil de que se trate y que recibe el nombre de Expediente Previo Matrimonial.

Respecto de los matrimonios poligámicos, resulta útil distinguir entre los que se pretendan celebrar en España y los que habiéndose celebrado en un país extranjero, se pretendan hacer valer en España. Estos supuestos son:

1º) Matrimonio Poligámico a celebrar en España.- Respecto de este tipo de matrimonios, cabe destacar que no se admite bajo ningún motivo su celebración en España, ni siquiera en el supuesto en que lo admita la ley

nacional del contrayente. Ello dañaría la cohesión del ordenamiento jurídico español y alteraría sobremanera la paz social en España. El art. 12.3 del código civil es tajante y descarta la aplicación de la ley extranjera que permita ese matrimonio poligámico del contrayente extranjero. Ello, porque la capacidad matrimonial del sujeto, queda regulada por la Lex Fori (ley española). Y, con arreglo al derecho español, ese sujeto carecería de capacidad matrimonial por aplicación de los arts. 46 y 47 del código civil. En concreto, es el art. 46.2 del código civil el que regula este impedimento de ligamen o de vínculo anterior (*impedimentum ligaminis*), que es el que determina en estos casos la incapacidad del miembro de la pareja que ya está casado para contraer un nuevo matrimonio en España.

Este impedimento es una prohibición legal que inhabilita a quien incurre en él a contraer un nuevo matrimonio. Concretamente, en nuestro país no se prohíbe casarse varias veces, sino que lo que se prohíbe es la coexistencia de más de un matrimonio simultáneamente. Pero, disuelto el vínculo (por nulidad, separación, divorcio o viudedad), el sujeto ve rehabilitada su capacidad matrimonial y, puede, por tanto, volver a contraer válidamente un nuevo matrimonio.

Se trata de un impedimento absoluto (art. 46.2 código civil). Esta prohibición responde a la concepción monogámica y monoándrica que rige en nuestro sistema, es decir, el rechazo de la poligamia y de la poliandria; fundamentalmente, por considerarlas contrarias a nuestro orden público y a los principios básicos que rigen nuestro ordenamiento: art. 1.1º CE, art. 10 CE, art. 14 CE, art. 16.1 CE y art. 32 CE.

Este impedimento o prohibición de carácter absoluto se basa en la existencia de un matrimonio anterior que tenga efectos civiles plenos, es decir, que sea válido y existente, y ello con independencia de la forma de celebración (civil o religiosa). Si el matrimonio hubiera sido nulo o no hubiera desplegado plenos efectos, en realidad no existiría este impedimento porque no habría más que un matrimonio (el segundo).

Este impedimento desaparece cuando el matrimonio anterior esté disuelto, ya sea por fallecimiento ya sea por declaración de fallecimiento o por divorcio. Si el matrimonio anterior es nulo existe también dicha posibilidad mientras no sea declarada la nulidad, es decir, cuando exista sentencia de nulidad ya se puede contraer, de nuevo, matrimonio. En cuanto a la declaración de ausencia de un cónyuge, no extingue el vínculo matrimonial. En este caso deberá obtener el divorcio o instar la declaración de fallecimiento para poder contraer ulterior matrimonio.

Es un impedimento no dispensable y debemos tener presente que la declaración de nulidad o de disolución del matrimonio anterior no convalida la nulidad del matrimonio ulterior.

2º) En el caso de un matrimonio poligámico celebrado en un país extranjero.- Debemos atender al eventual reconocimiento del mismo en España. Se trata de un acto jurídico válidamente celebrado (siempre que el país de origen admita en su ordenamiento la poligamia), cuyos efectos pretenden hacerse valer en España.

Cuando se trata de intentar hacer valer dicho matrimonio en España, los artículos 65 del código civil y 256 del Reglamento del Registro Civil obligan a que el juez español practique un control de la ley aplicada a la capacidad de cada contrayente. Es decir, a que verifique conforme a qué legislación de qué ordenamiento jurídico se ha valorado la aptitud legal de cada cónyuge para que la celebración de dicho matrimonio pueda ser considerada como válida. Así, por tanto, el matrimonio solamente va a ser válido en España si se contrajo por un sujeto con capacidad matrimonial en el momento de la celebración del matrimonio. Y, esa capacidad de cada contrayente, habrá que valorarla y entenderla conforme a la ley personal de cada uno de los cónyuges. Si la ley nacional del contrayente, resulta admitir el matrimonio poligámico, intervendrá de modo irremediable el orden público internacional español para impedir el reconocimiento del acta matrimonial del registro

extranjero en el que conste la celebración de dicho matrimonio. Además de los fundamentos jurídicos que ya hemos destacado como base para dicha prohibición legal, cabe mencionar también en el ámbito penal, el art. 217 CP castiga la bigamia, (STC CA 19 junio 2008). Por ello, podemos afirmar que cualquier matrimonio poligámico que se haya celebrado en el extranjero, va a ser nulo en España y no va a surtir ningún efecto. No existe como tal, sencillamente es como si jamás hubiese sido celebrado y por ello, es imposible que pueda acceder al Registro Civil Español. Ello con independencia de que pueda ser o no considerado válido en el país de su celebración (así lo viene indicando sucesivamente la Dirección General de los Registros y el Notariado, en sus resoluciones de 7 de octubre y de 11 de diciembre de 2008).

En el ámbito del Derecho de Familia, todas las cuestiones que tienen que ver con el matrimonio se considera que son cuestiones de orden público y, por tanto, están fuera de la disponibilidad de las partes. Aquí entra la capacidad nupcial para contraer matrimonio. Pero como la Ley personal es la que rige para los contrayentes, los problemas surgen cuando la ley que regula la capacidad nupcial de los contrayentes islámicos, le permite al esposo celebrar un segundo u ulterior matrimonio, estando vigente un matrimonio anterior. Originando, por tanto, conflictos que guardan relación con la aptitud nupcial por conculcar el orden público español, así como a través de la determinación de la eficacia extraterritorial de documentos y sentencias emitidas por los Tribunales o autoridades extranjeras.

El orden público está protegiendo: la unidad de la relación matrimonial, el principio de igualdad jurídica entre hombre y mujer en relación con el derecho a contraer matrimonio (arts. 14 y 32 CE), puestos en relación con el Convenio sobre eliminación de formas de discriminación de la mujer de 8 de diciembre de 1979, el respeto a la dignidad humana...

El control de la capacidad matrimonial que debieron ostentar los contrayentes que celebraron su matrimonio en el extranjero, para que éste pueda desplegar plenos efectos en España, resulta también de aplicación a

otras formas de celebración. Respecto a la formalidad del matrimonio según el rito evangélico este matrimonio es válido desde su celebración pero para el pleno reconocimiento de los efectos se necesita la inscripción en el Registro Civil. Se tramita expediente previo ante el encargado del Registro Civil quien expedirá una certificación de la capacidad matrimonial de los contrayentes. El matrimonio se celebra ante el ministro del culto de la Iglesia Evangélica quien extenderá, en la certificación de la capacidad, diligencia de haber celebrado el matrimonio en presencia de dos testigos; y un ejemplar se remite al encargado del Registro para su inscripción. El otro ejemplar se mantiene en el acta de la celebración como archivo del oficiante.

En cuanto a la formalidad del matrimonio según el rito judío, rige el mismo procedimiento: expediente previo ante el Registro Civil, celebración ante el ministro de culto respectivo y extensión en el certificado de la capacidad matrimonial de los contrayentes de diligencia de haberlo celebrado ante dos testigos. Tanto en uno como en otro caso, el consentimiento habrá de prestarse dentro de los seis meses siguientes a la expedición de la certificación de capacidad de los contrayentes, emitida por el encargado del Registro Civil. Así mismo, en ambos casos, el juez encargado del Registro Civil, deberá advertir si aprecia o no la existencia de algún impedimento y, de apreciarlo, impedirá inmediatamente su inscripción. Tanto si se trata de un matrimonio poligámico como si se trata de un supuesto de hecho de cualquiera de las demás causas legales de incapacidad matrimonial tasadas en los arts. 46 y 47 del código civil.

Cosa distinta es el reconocimiento de determinados efectos de dicha unión en aras de otorgarle protección a la segunda esposa. Sobre todo, en materias de pensión de viudedad o en materia de alimentos para los hijos.

Bibliografía:

- [www.noticias.jurídicas . com](http://www.noticias.jurídicas.com)
- [www.derechoycambio social. com](http://www.derechoycambio social.com)
- STSJ de Galicia, de 2 de abril de 2002

· S BASES DE DATOS:

www.laley.com

(Comentarios al art. 46 del Código Civil)

www.iustel.com

Aranzadi Westlaw:

-RDGRN de 17 de noviembre de 2008.

-RDGRN de 22 de octubre de 2004.

-RDGRN de 23 de noviembre de 2002.

-RDGRN de 10 de diciembre de 2004.

-STC de 19 de junio de 2008 TS.

- Tribunal Supremo Sala III de lo Contencioso-Administrativo. Sentencia de 1 de febrero de 2010.

www.poderjudicial.es

<http://www.maec.es/subwebs/embajadas/berlin/es/menuppal/seccionconsularberlin/registrocivil/Paginas/Registrocivil.aspx>

<http://ulpilex.es/articulos/poligamia-y-adquisicion-de-la-nacionalidad-espanola-por-residencia>

TSJ Andalucía Sede de Málaga, de 30 de enero de 2003

IV. Influencia del orden público internacional respecto de los matrimonios poligámicos en España

Uno de los conceptos jurídicos indeterminados de uso habitual, tanto en la Ley como por la doctrina, es el de orden público. En efecto, numerosas normas de nuestro Ordenamiento, y de muy diversa naturaleza (del ámbito penal, civil, administrativo...) utilizan el orden público como criterio delimitador del ejercicio lícito de algunos derechos o facultades, o incluso, lo configuran como un bien jurídico tutelado por la Ley, pero sin aportar una definición.

El Tribunal Supremo ha definido el Orden Público Internacional como «el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada» (STS de 5 de abril de 1966).

Como consecuencia de la promulgación de la Constitución de 1978 y sus principios informadores, no es posible aceptar en nuestro ordenamiento la celebración de matrimonios polígamos en territorio español, puesto que, en caso contrario, se estarían conculcando varios preceptos constitucionales, en concreto:

- Art. 1.1º CE: la igualdad y la libertad
- Art. 10.1º CE: la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad
- Art. 14 CE: la igualdad y la no discriminación
- Art. 16.1 CE: limitación del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa.
- Art. 32 CE: el derecho a contraer matrimonio en plena igualdad jurídica, la igualdad de los contrayentes antes, durante y tras la celebración del matrimonio

El Derecho español considera contrario al orden público el matrimonio poligámico por ser incompatible con la concepción occidental del matrimonio y con la dignidad de la mujer. El impedimento de ligamen y la prohibición de la poligamia son cuestiones de orden público derivados directamente del derecho constitucional a la dignidad de la persona. El orden público está referido a convicciones básicas de la sociedad fundamentadas en su propia organización y en su propio ordenamiento jurídico. De este modo, la excepción del orden público estaría protegiendo la unidad de la relación matrimonial, configurada a través del principio de fidelidad conyugal y dando por supuesto que en una relación multilateral quedan excluidas la total entrega y aceptación propias de la relación matrimonial. Por lo tanto, las

restricciones del orden público internacional se establecen con la finalidad principal de proteger la igualdad y los derechos de la mujer.

1. Respecto de su nacimiento

A la hora de hablar del Orden Público Internacional español hay que distinguir entre las situaciones en las que intervendrá de forma necesaria de las que interviene de forma parcial, como es el caso de las Leyes extranjera que permiten el matrimonio poligámico.

El tratamiento jurídico del matrimonio poligámico en DIPr. español aconseja distinguir entre matrimonio poligámico que pretende celebrarse en España y matrimonio poligámico que ya se ha celebrado en país extranjero. En relación con el matrimonio poligámico a celebrar en España el OPI español impide la aplicación de las leyes extranjeras que consideran capaz para contraer matrimonio en España a un sujeto que ya está ligado por anterior matrimonio no disuelto (art. 12.3 Cc). Es decir, el OPI español impide la aplicación de las Leyes que permiten el matrimonio poligámico cuando tal matrimonio pretende celebrarse en España. Esto es así porque la aplicación de tales Leyes dañaría la cohesión de la organización social y jurídica de la sociedad española, que se asienta en la monogamia matrimonial como expresión de la igualdad jurídica entre varón y mujer y de la dignidad de la persona. La poligamia se basa en la sumisión de las mujeres al varón marido, por lo que es jurídicamente inaceptable.

La posición que defiende la DGRN respecto a este tipo de matrimonios es que no debe permitirse la celebración de un matrimonio poligámico en España, aunque lo admita la Ley nacional del contrayente porque dañaría la cohesión jurídica de la sociedad española y en consecuencia, la convivencia y la paz social de dicha sociedad española.

El matrimonio poligámico nunca podrá celebrarse en España porque el varón carece de capacidad matrimonial. Se descarta la aplicación de la Ley

extranjera que permite el matrimonio poligámico del contrayente extranjero (art. 12.3 Cc). La capacidad matrimonial del sujeto pasa a ser regulada por la Ley española (lex fori), y con arreglo a Derecho español, el sujeto carece de capacidad matrimonial para contraer matrimonio si está vinculado por matrimonio anterior, pues existe impedimento de ligamen.

Resumiendo, la excepción de orden público (arts. 12.3 CC) se opone a que se inscriba en España un matrimonio poligámico, contrario a la concepción española del matrimonio y a la dignidad constitucional de la mujer. Además, siendo el dato del estado civil de cada contrayente de obligada consignación en la inscripción de matrimonio (arts. 35 LRC y 12 y 258 RRC), no puede permitirse que el casado conste ya casado.

2. Respecto de los efectos del matrimonio poligámico celebrado en el extranjero

En ocasiones es deseable un efecto atenuado de la reserva del orden público para garantizar una adecuada protección jurídica y económica de la familia, reconocer alimentos, derechos sucesorios y la pensión de viudedad a los sucesivos cónyuges.

En caso contrario estarían los integrantes de estas uniones en franca desprotección económica y jurídica. Es cierto que la familia polígama no es un modelo aceptado por los países occidentales, pero el sistema de reagrupamiento familiar establecido en nuestros países, invocando el orden público, deja en total desamparo a las sucesivas esposas e hijos, que son los sujetos más desprotegidos, creándose resultados intolerables con base en nuestro ordenamiento.

El Tribunal Supremo hace una aplicación de los efectos atenuados de la cláusula del orden público, pues reconoce que el matrimonio poligámico está proscrito en nuestro ordenamiento jurídico (delito en el art. 217 CP), pero al mismo tiempo reconoce igualmente que los vínculos matrimoniales del

causante con las actoras fueron legítimamente contraídos conforme a la legislación de su país según la Ley personal de los contrayentes. De modo que, a pesar que el Código Civil en los art. 49 y 50 contiene normas sobre el reconocimiento de matrimonios extranjeros, existe una laguna legal sobre el matrimonio de extranjeros ante autoridades extranjeras fuera del territorio español, laguna que se llena aplicando la analogía del art. 49.2 CC que establece lo siguiente: «También podrán contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración». Por esta vía se reconoce a los matrimonios celebrados por extranjeros en el extranjero válido según la Ley personal de los contrayentes.

Podemos distinguir dos tipos de situaciones que se dan en el matrimonio poligámico en España: supuestos en los que se le ha denegado el reconocimiento en virtud de la excepción del orden público y supuestos en los que se le han atribuido efectos indirectos en virtud de la flexibilización de la excepción de orden público.

A) No reconocimiento de efectos al matrimonio poligámico

a) Inscripción del matrimonio poligámico en el Registro civil. La inscripción implicaría reconocer como matrimonial la relación poligámica a todos los efectos.

En España, la Dirección General de los Registros y del Notariado entiende que no se puede permitir la inscripción de un matrimonio poligámico ya que atentaría contra la concepción española del matrimonio y contra la dignidad constitucional de la mujer.

b) Integración del extranjero en España a efectos de adquisición de la nacionalidad española. Estos casos están fundamentados en la falta de integración y armonización del solicitante polígamo en la sociedad española, es decir, con los principios y valores sociales, culturales y con el propio ordenamiento, ya que en gran parte tienen su reflejo constitucional. Hace

referencia, en suma, al grado de implicación en las relaciones económicas, sociales y culturales, así como con las leyes y forma de vida de nuestra sociedad (SAN de 27 de enero de 2005)

B) Reconocimiento de efectos indirectos al matrimonio poligámico

El no reconocimiento del vínculo poligámico y su estimación como contrario al orden público, no impide que éste produzca determinados efectos por razones de seguridad jurídica internacional, y que la DGRN califica como “efectos periféricos” que el matrimonio poligámico surte en otros órdenes jurídicos distintos del propio del estado civil. Así, un matrimonio poligámico puede ser considerado en España como institución jurídica válida a ciertos efectos, por ejemplo, a efectos sucesorios, de solicitud de alimentos por parte de la segunda esposa, o a los efectos de la determinación de la pensión de viudedad de la segunda esposa, entre otros.

a) Pensión de viudedad. La jurisprudencia no es unánime respecto a la aplicación rígida o flexible de la excepción del orden público. En este sentido, en algunos casos, ha establecido que la excepción de orden público impide considerar a la segunda esposa como tal, a efectos de atribución de la pensión de viudedad por no merecer la condición de cónyuge (STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2003), mientras que, en otros, sí se reconoce a ésta su derecho a la pensión (STSJ de Galicia de 2 de abril de 2002), incluso cuando no sería beneficiaria de tal derecho de acuerdo a su propia ley nacional (STSJ de Madrid de 29 de julio de 2002) Esta divergencia nos coloca ante situaciones de inseguridad jurídica, sobre todo para la mujer.

b) Reagrupación familiar. La reagrupación familiar la regula la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Se trata de una institución que favorece la integración social del inmigrante y es parte del derecho a la vida en familia garantizado por la ley. En el caso de la poligamia se trataría de cómo reagrupar a las diferentes esposas en España. La directiva

comunitaria 2003/86, de 22 de septiembre, afirma que “el derecho a la reagrupación familiar debe ejercerse en el debido respeto a los valores... reconocidos por los Estados miembros, especialmente en lo que se refiere a los derechos de las mujeres y los niños, respeto que justifica que se opongan medidas restrictivas a las solicitudes de reagrupación... de familias poligámicas”, pero la ley española establece restricciones indicando que únicamente podrá reagruparse una de las esposas del inmigrante polígamo. Esta exigencia da lugar a que el esposo polígamo pueda discriminar a sus esposas, ya que la ley española no afirma que la esposa reagrupable tenga que ser la primera, lo cual supone poner en juego los derechos e intereses de las personas integrantes de otros modelos familiares (STSJ de Aragón de 22 de diciembre de 2000).

Sería posible el orden público atenuado y podría otorgar algunos efectos al matrimonio poligámico cuando la ley nacional de ambos cónyuges admita la poligamia y no afecte a los derechos de terceros ni repercuta negativamente a los intereses del foro o bien cuando sea admitido en convenios bilaterales por el estado en cuestión.

Este es el caso de varias decisiones sobre el reconocimiento y concesión de la pensión de viudedad en los matrimonios poligámicos, como la del TSJ de Cataluña, de 30 de julio de 2003 mediante el cual se consideró necesario acudir a la excepción del orden público y no aceptar la validez del segundo matrimonio y repartir al 50% la pensión de viudedad como hizo el INSS.

Una cuestión distinta es el caso de un convenio bilateral (como es el caso del Acuerdo bilateral de Seguridad Social hispano-marroquí), que contempla la poligamia celebrado entre dos estados por el que el país monógamo (España en este caso) se compromete a dar ciertos efectos a los matrimonios poligámicos del otro Estado y respecto de sus nacionales. Pero no puede servir como base jurídica legal para extender sus efectos a los nacionales de otros estados.

Con respecto a esto, es curioso ver cómo en el ordenamiento jurídico marroquí se admite la poligamia y reconoce la pensión de viudedad a todas las viudas en partes iguales pero si una de las esposas se divorciara, ésta quedaría excluida del derecho a pensión.

- Los valores defendidos por el orden público se han utilizado también para reclamar el reconocimiento y la concesión de asilo y estatuto de la refugiada.

Algunos de los requisitos que se exigen para poder tener asilo es que se tenga una persecución pública, no familiar o social. En el caso de la STC de la AN de 14 de abril de 2004, la demandante de asilo decía que tenía una persecución personal por su padre que la obligaba a contraer matrimonio con un hombre mayor, que ya tenía varias esposas. Al ser una persecución personal, no se le concedió dicho asilo.

- Vemos ahora si la poligamia es un dato de que la persona que solicita la nacionalidad española, no tiene suficiente grado de integración. Según el art. 22 CC, esto se ha cuestionado porque señala que la integración ha de ser suficiente, no total o absoluta. La AN dice que resulta dudoso que la poligamia no afecte al grado de integración social, ya que deben someterse a la CE y a las leyes para acceder a la nacionalidad española.

Sin embargo, la AN dice que se valora de manera positiva el hecho de que el recurrente haya demostrado que ha repudiado a todas sus esposas menos a una de ellas, ya que en ese caso estaría ante un matrimonio monógamo que le permitirá adquirir la nacionalidad española por residencia.

- La defensa del orden público impide la reagrupación familiar completa del matrimonio poligámico independientemente de lo que establezca el Reglamento de Extranjería. Esto es así sin que pueda interpretarse contrario al art.14 CE, ya que, conforme a este, aunque ambas esposas son iguales, el marido hizo valer su derecho de reagrupación familiar con su primera esposa, y la legislación española no acepta la existencia de un segundo cónyuge.

- Además y como colofón a todo esto, la libertad religiosa no puede vulnerar los principios y valores del foro, ya que esto iría en contra del principio de igualdad del art.14 CE, que a su vez llevaría a la aplicación del CP a todos los españoles y extranjeros, independientemente de su religión.

BIBLIOGRAFÍA:

> M.L. Labaca Zabala, "El matrimonio poligámico islámico y su trascendencia en el ordenamiento jurídico español". Noticias jurídicas.

> Jesús Díez del Corral Rivas, " Resumen de la Doctrina de la Dirección General de los Registros sobre estado civil durante el año 1997". <http://laleydigital.laley.es>

> M. Lema Tomé, "Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia en España". Migraciones Internacionales, ISSN 1665-8906, Vol.2, Nº 2, 2003, págs. 149-170.

> A. Fernández-Corondo González, "Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales". Revista española de derecho constitucional, ISSN 0211-5743, Año 2009, nº29, Nº 85, págs. 125-156.

> M. Vargas Gómez- Urritia, "matrimonio poligámico, orden público y extranjería". Actualidad Laboral, Nº 33, Sección Doctrina, Año 2003, Ref, XXXI, pág. 581, tomo 3, Editorial LA LEY.

> J. Bonet Navarro, J. Landete Casas, "Aportaciones desde el Derecho Eclesiástico al concepto constitucional de orden público". http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=404323&d=1

> J.M. Leonés Salido, "Pensiones de viudedad y modelos familiares". Diario La Ley, Nº 7453, Sección Doctrina, 26 jul. 2010, Año XXXI, Editorial La Ley.

> Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

> Z. Combalía Solís, "¿Igualdad o equidad?: el reconocimiento en occidente de instituciones islámicas de inspiración patriarcal. Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (2009).

> F. Pérez- Madrid, "Mujer y reagrupación familiar en una sociedad multicultural. Especial referencia al Derecho español. Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado 20 (2009).

“La situación de la mujer en el matrimonio multicultural: la práctica española y europea”. Isabel García Rodríguez. Jurídicas.

V. Tratamiento jurisprudencial de los matrimonios poligámicos en España

Numerosa jurisprudencia española se pronuncia al respecto de los matrimonios multiculturales, concretamente, el matrimonio poligámico que es nuestro tema objeto de tratamiento. Veamos pues, un breve análisis de diferentes sentencias dictadas por los tribunales españoles con el fin de dar una respuesta adecuada a aquellas situaciones que se plantean en España en relación con tales matrimonios, por ser esta una institución no contemplada en nuestro ordenamiento jurídico y por la cada vez mayor presencia de población de países que la permiten:

- Sentencia de 19 de junio de 2008 del Tribunal Supremo: No es posible otorgar la nacionalidad española a quien está casado con dos esposas, toda vez que ello es atentatorio contra el orden público español, considerándose que en supuestos de poligamia el solicitante de la nacionalidad no acredita un suficiente “grado de integración en la sociedad española”

Se trata de un recurso de casación que se dirige contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional confirmatoria de la resolución del Ministerio de Justicia, que había denegado la solicitud de concesión de la nacionalidad española formulada por el señor Simón por el hecho de poseer dos esposas (matrimonio poligámico). Tal como explica la sentencia que se impugna, la razón por la que la Administración denegó en su día la concesión de la nacionalidad fue que el solicitante “no ha justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, ya que está casado con dos esposas”; y además, “el solicitante en ningún momento al inicio del Expediente manifestó la circunstancia de tener dos esposas y fue en el traslado del Informe policial cuando formuló alegaciones a tal respecto”. La sentencia de la Audiencia Nacional acogió como correcta la fundamentación de la resolución administrativa denegatoria de la concesión

de la nacionalidad, afirmando en sustancia que "es sumamente dudoso que la poligamia no suponga un rasgo de diferenciación notable en una sociedad que, aunque abierta y tolerante con usos y costumbres diferentes, no reconoce sino la unión matrimonial monogámica".

El recurrente en este caso invoca la infracción del art. 22.4 CC: Así considera que en torno a tal artículo no se exige para otorgar la nacionalidad española una integración "total" en la sociedad española sino únicamente "suficiente", alegando llevar residiendo en España 10 años, con trabajo estable...

En opinión del TS, no hay discriminación en considerar que el polígamo no satisface el requisito del "suficiente grado de integración en la sociedad española" del art. 22.4 CC, ya que no es lo mismo residir en España (algo que sólo se podría prohibir al polígamo si una ley española así lo previese) que adquirir la nacionalidad española, que comporta toda una serie de derechos, incluidos el de sufragio activo y pasivo y el de acceder a los cargos y funciones públicas. La solución debe ser ahora la misma que la adoptada por la STS de 14 de julio de 2004 y, en el fondo, por la misma razón: la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del derecho extranjero (art. 12.3 CC). Entendido el orden público como el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya nuestro entero ordenamiento jurídico, resulta incuestionable la incompatibilidad con el mismo de la poligamia; y ello sencillamente porque la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos. Tan opuesta al orden público español es la poligamia, que el acto de contraer matrimonio mientras subsiste otro matrimonio anterior es delito en España (art. 217 CP). Así pues, alguien cuyo estado civil es atentatorio contra el orden público español no ha acreditado un "suficiente grado de integración en la sociedad española".

Por otro lado, hace referencia al art. 9.2 CC donde se indica que la ley aplicable a ambos matrimonios es la Ley personal de los contrayentes en el momento de la celebración: en este supuesto la ley de Senegal que permite el matrimonio hasta con cuatro mujeres

Sin embargo, que el Código Civil, a efectos de resolver los conflictos de leyes, establezca que el estado civil de las personas se rige por su ley personal y que ésta viene determinada por su nacionalidad no equivale a dar por bueno el contenido de todas las legislaciones nacionales sobre el estado civil existentes en el mundo. Ciertamente, las autoridades administrativas y judiciales españolas están obligadas por el art. 9.2 CC a considerar que el estado civil de cada persona es el regulado en la legislación del país del que dicha persona es nacional; pero ello en nada obsta a que esas mismas autoridades deban aplicar las normas jurídicas españolas, entre las que se halla el art. 22.4 CC, con rigurosa observancia del orden público español. En otras palabras, la llamada a la correspondiente legislación nacional para regular el estado civil de las personas no puede servir de pretexto para soslayar el orden público español, que incluye sin duda la prohibición de la poligamia.

- Sentencia de 29 julio 2002 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid: el art. 23 del Convenio bilateral Hispano Marroquí para la prestación de viudedad en caso de matrimonio poligámico, no puede entenderse como una remisión o sustitución general o en bloque de la legislación española por la legislación marroquí en materia de reconocimiento, adquisición y cuantía de la misma, sino que debe ser interpretada de forma restrictiva.

Doña Samira contrajo matrimonio con el señor Hassan en 1993. El señor Hassan, sin que se divorciara de Samira, contrajo nuevo matrimonio con Doña Amina ya que en Marruecos está permitido tener más de una esposa en 1995. En 1996, el matrimonio contraído por Don Hassan con Doña Amina quedó disuelto por divorcio. En 1999, Don Hassan fallece en el Hospital Universitario de Getafe. En el momento del fallecimiento éste se encontraba casado con

Doña Samira y divorciado de doña Amina. Así, según la Ley de Marruecos, la esposa divorciada, transcurridos tres meses de la separación y si ésta no está embarazada, no tiene derecho a reclamar la herencia del marido. Dicho esto, en el año 2000 se le notificó a Samira por parte del INSS, la modificación de la pensión de viudedad que venía percibiendo por la muerte de su esposo, en aplicación de los artículos 3 y 23 del Convenio Hispano Marroquí de 8-11-1979, al haberle sido re conocida también a doña Amina la pensión de viudedad por lo que se le notificaba que había percibido indebidamente una cierta cantidad de dinero en relación a tal pensión.

Doña Samira recurre la sentencia, y atendiendo a la declaración telefónica del Director de Prestaciones de la Caja Nacional de la Seguridad Social marroquí que señala que “en el caso de separación matrimonial, la esposa no tendría derecho a pensión de viudedad por el fallecimiento de su marido”; se falla a favor de esta alegando que “Doña Samira, única esposa legal de Don Hassan en el momento de su fallecimiento, es la única que tiene derecho a percibir la Pensión de Viudedad.

Dicho esto, el TSJ de Madrid, en vistas de dar una solución coherente al caso, alega:

1. El art. 23 del Convenio bilateral Hispano Marroquí que contempla las pensiones de supervivencia: “la pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida, en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”.

2. E l art. 22 de la misma norma prevé que: “el capítulo 2 (Vejez) se aplicará por analogía a las prestaciones por supervivencia que hayan de concederse según las disposiciones del presente Convenio”

3. El art. 17.1 del Convenio indica que: “la institución competente de cada Parte Contratante determinará el importe de la prestación, según las disposiciones de la legislación que ella aplique, teniendo en cuenta solamente los períodos de seguro cumplidos bajo esta legislación”.

Interpretación integradora, conjunta y sistemática de tales preceptos por parte del TSJ de Madrid: según este, el principio general en lo referente a la legislación aplicable, como suele suceder en cualquier convenio bilateral de Seguridad Social, es que cada Estado contratante determine, según su propia normativa interna, si el interesado reúne o no las condiciones requeridas para tener derecho a la prestación cuestionada y, conforme a esa misma legislación interna, se calcule igualmente el importe o cuantía definitiva de la pensión.

La excepción a tal principio que se deriva del art. 23 del Convenio para la prestación de viudedad, no puede entenderse como una remisión o sustitución general o en bloque de la legislación española por la legislación marroquí en materia de reconocimiento, adquisición y cuantía de la misma, sino que debe ser interpretada de forma restrictiva, entendiendo que la expresión «conforme a la legislación marroquí» alude solamente a la posible situación de poligamia del causante, máxime si la lógica también conduce a pensar que la única razón de tal remisión no puede ser otra que la de dar cobertura limitada, ampliando o extendiendo la condición de beneficiarias, a las distintas mujeres que, de acuerdo con el ordenamiento marroquí, estuvieran simultáneamente casadas con el causante, en una institución o realidad social (la poligamia) que, siendo legal en Marruecos, en España sólo es contemplada por el derecho penal (art. 217 CP).

Conclusión: la remisión a la legislación marroquí, no puede afectar de forma absoluta al modo de distribución que contempla el núm. 2 del art. 174 de la LGSS para los supuestos de separación o divorcio de quien sea o haya sido cónyuge legítimo, en función exclusivamente del tiempo que alcanzó su convivencia matrimonial con el causante porque ésta es la interpretación que mejor se compeadece con el objetivo protector de la propia prestación, siempre, claro está, que en la distribución de la pensión se pondere la circunstancia cierta de que los períodos de convivencia matrimonial necesariamente han de superponerse en el tiempo y pueden llegar a afectar

incluso a más de dos mujeres. Así, el art. 23 del Convenio bilateral obliga a repartir la pensión entre quienes resultaban ser beneficiarias conforme a la legislación marroquí mientras estaban casadas (las dos esposas) pero, debido al «divorcio» de una de ellas, atendiendo sólo a su período de convivencia matrimonial, que, como coincidió también con el de la otra, debe significar el 50% para cada una, pues esa es, precisamente, la finalidad del art. 23 del Convenio bilateral

La principal finalidad que con ello se persigue es la de evitar la total desprotección del cónyuge divorciado, pues ello choca frontalmente con los principios que inspiran nuestro sistema de previsión social pública: sin embargo, cabe decir que la solución adoptada, es decir, la distribución de la pensión en función del período de convivencia matrimonial, no parece ser la adecuada cuando, siendo aplicable el Convenio Hispano Marroquí, sobrevivan al causante todas sus esposas con diferentes períodos de convivencia matrimonial.

- Sentencia de 11 de mayo de 2009 del Tribunal Supremo: concesión del asilo a una mujer que sufría una persecución por su pertenencia al género femenino que la obligaba a un matrimonio no deseado y que le había ocasionado la mutilación genital.

Se trata de un recurso de casación que se dirige contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de marzo de 2006, recaída en el recurso contencioso administrativo nº 429/04, confirmatoria de la resolución del Ministerio de Justicia que denegó el asilo en España a una mujer, D.^a B. O, concretamente, la petición de reconocimiento de la condición de refugiada, estimando sin embargo la petición de permanencia en España por razones humanitarias conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2 de la Ley de Asilo. (La petición de asilo se fundó en la circunstancia de haber sido sometida la interesada a una ablación de clítoris, siendo destinada a un matrimonio forzado). La resolución recurrida se fundamentaba básicamente en que:

1. La solicitante no aportaba ningún documento acreditativo de su identidad, sin que del expediente se desprendiera motivo alguno que justificase suficientemente dicha carencia
2. El relato resultaba inverosímil e incongruente.
3. Y, finalmente en que los elementos probatorios aportados por la solicitante en apoyo de sus alegaciones se referían a hechos que no habían sido establecidos suficientemente en el relato de la persecución alegada, por lo que no podían considerarse prueba o indicio de persecución.

El recurso interpuesto por D. ^a B. O. se articulaba en dos motivos, formulados ambos al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA. En el primero de ellos, alegaba la recurrente la infracción del artículo 3.1 de la Ley de Asilo así como del artículo 1.A.2 de la Convención de Ginebra: Argumentaba que se daban los requisitos exigidos legalmente para tener la consideración de refugiada, puesto que la lesión física y psíquica consistente en la mutilación genital que había sufrido (y cuya existencia la sentencia reconocía hasta el punto de basar en ella la autorización de permanencia en España por razones humanitarias) así como el matrimonio forzoso a que se vio abocada, eran formas de violencia de género que debían ser consideradas con entidad suficiente para ser configuradas como persecución a los efectos del reconocimiento de la condición de refugiado, y no sólo para conceder la permanencia por razones humanitarias.

El TS señaló que si se tenía en cuenta:

1. Que, con carácter general, en Nigeria es habitual la práctica de la mutilación genital femenina incluso más allá de la infancia; que también es habitual la práctica de los matrimonios forzosos, y que las mujeres no encuentran frente a estas prácticas inhumanas una protección eficaz en el sistema legal de aquel país.
2. Que el relato de la interesada es suficientemente preciso y coherente con ese contexto social del país del que procede y no puede calificarse de inverosímil.

3. Que si se ponen en relación estos datos con el dato cierto e indubitado de que la actora ha sufrido efectivamente esa ablación genital, se tenía que concluir que todos esos datos, conjuntamente analizados y sopesados, hacían aflorar lo único que exige el artículo 8 de la Ley 5/84, de 26 de Marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, para la concesión del derecho de asilo, que son los "indicios suficientes", según la naturaleza de cada caso, para deducir que cumplía los requisitos que se requieren para su concesión, es decir, que sufría una persecución por su pertenencia al género femenino que la obligaba a un matrimonio no deseado y que le había sido mutilado un órgano genital.

Como argumentos a favor de dicha estimación aludía la Sala Tercera a diversas sentencias, entre ellas la STS de 10 de octubre de 2006 -RC 6597/2003, donde se recogía el criterio del ACNUR sobre la práctica de la mutilación o ablación genital en Nigeria. En él se establecía que la mutilación genital, aun estando prohibida en algunos Estados, "se practicaba extensivamente en todo el país, y que las mujeres podrían verse sometidas a esta práctica desde la primera semana hasta después de dar a luz a su primer hijo", concluyendo en dicha sentencia que la huida con la finalidad de evitar esa reprobable práctica de la ablación genital encontraba acomodo y acogida dentro de las causas de asilo por constituir la amenaza de dicha práctica una persecución por razón de género encuadrable entre las persecuciones sociales a que se refiere la Convención de Ginebra.

Además, en ésta y otras sentencias sobre casos similares, referidas a solicitantes de asilo procedentes de Nigeria, transcriben un informe del ACNUR que resulta sumamente expresivo de la situación de las mujeres en ese país. Decía aquel informe: "según la ONG Human Rights Watch los derechos de las mujeres se violan de un modo rutinario. El Código Penal establece explícitamente que la violencia ejercida por un hombre dentro del matrimonio no son ofensas si están permitidos por la costumbre o no se infringen daños corporales graves. Los matrimonios infantiles continúan siendo algo común sobre todo en el norte de Nigeria. Las mujeres no poseen

derechos en derecho hereditario de las propiedades y se estima que el 60% de las mujeres nigerianas son sometidas a mutilación genital en todo el país".

Por lo que respecta al segundo motivo casacional, la mujer alegaba la infracción del artículo 8 de la Ley de Asilo y de la jurisprudencia relativa a la suficiencia de prueba indiciaria : Argumentaba para ello que su relato, preciso y coherente, puesto en relación con la acreditación médica de la ablación genital que había sufrido, era totalmente verosímil en el contexto del país del que procede (Nigeria), por lo que entendía que había aportado indicios de prueba suficientes a los efectos de la concesión del asilo solicitado.

El TS lo estimó aduciendo que si la nacionalidad nigeriana de la recurrente no se hubiera considerado suficientemente acreditada, no habría tenido sentido practicar prueba sobre la situación social y política de Nigeria. Es decir, que cuando la Sala accedió a conceder a la interesada el derecho a la permanencia en España por razones humanitarias, lo hizo valorando que en caso de regresar a su país podría tener problemas de acogida en su entorno familiar y social; y que lógicamente, ese juicio sólo podría hacerse si se parte del presupuesto de que efectivamente la actora provenía de Nigeria, ya que cuando no se sabe realmente de dónde procede una persona no es posible formar juicio alguno sobre su lugar de origen. Por ello, aceptó dicho segundo motivo casacional.

BIBLIOGRAFÍA:

Vease, www.poderjudicial.es

Segunda versión

Para empezar, tenemos que decir que por una parte, el Art. 217 del Código Penal español considera que la bigamia y la poligamia son delitos contra las relaciones familiares; y por otra, el Art. 73.2 del Código considera nulos estos enlaces. A pesar de esto, nuestro legislador ha establecido varias excepciones en esta materia. Vamos a ver varios ejemplos:

El Art. 23 del convenio sobre Seguridad Social firmado entre España y Marruecos el 8 de noviembre de 1979 (ratificado el 5 de julio de 1982)

Este artículo establece que “La pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí será distribuida en su caso, por partes iguales y definitivamente entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación”;

El convenio de Seguridad Social suscrito entre España y Túnez el 26 de febrero de 2001, artículo 24 establece que: “En caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales”; es decir, que la pensión de viudedad se tendrá que prorratear entre las mujeres del difunto.

Así, se le reconoce ciertos efectos a los matrimonios bigámicos o poligámicos en España, a pesar de que no sean válidos. De acuerdo con el criterio establecido por los convenios suscritos con Marruecos y Túnez, se han producido varias sentencias que vamos a pasar a analizar en el siguiente punto.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 2 de abril de 2002

En ella que se estimó el derecho de dos mujeres senegalesas, viudas de un ciudadano de este país que trabajaba como vendedor ambulante en Galicia, dado de alta en el RETA (Régimen Especial de Trabajadores Autónomos) y con permiso de trabajo de ámbito nacional, y con el que ambas se habían casado, de acuerdo con la legislación poligámica de Senegal, en 1974 y 1981) a recibir la pensión de viudedad -y la de orfandad de sus cuatro hijos- condenando al Instituto Nacional de la Seguridad Social a abonarles la pensión de viudedad teniendo en cuenta que ha de dividirse por mitad entre ambas esposas, aunque no íntegramente tal y como pretendían ambas, por

ello se les reconoce el derecho a recibir pensión, pero no le otorga una pensión a cada una, sin que pueda ser aplicable lo que al efecto señala el núm. 2 del art. 174 de la LGSS, porque el supuesto es distinto.

En este caso, la sentencia reconoce que los vínculos matrimoniales del causante con sus viudas se contrajeron conforme a la legislación de su país, según las normas personales de los contrayentes y del lugar de su celebración. Por ello, y pesar de que en nuestro país no se permite la bigamia, si se da reconocimiento a los efectos que derivan de la misma si se contraen de la forma establecida y conforme a las normas del lugar, produciendo en nuestro país consecuencias en el ámbito de Seguridad Social.

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, con fecha de 30 de enero del año 2003

En este caso, el sujeto D. Abdelkader A., de nacionalidad marroquí, contrajo matrimonio con D.^a Fatna A. en 1962. Tres décadas después, volvió a casarse con D.^a Fadma O. Dicho Abdelkader falleció en el año 1999. Tras este suceso la primera esposa solicita pensión de viudedad del INSS que se la reconoce íntegramente. Con posterioridad la segunda cónyuge solicita también la pensión de viudedad, y entonces el INSS le reconoce pensión de viudedad a prorrata del 50%, mientras que procede a la revisión de la prestación de D.^a Fatna por el percibo de cantidades indebidas. El INSS interpone demanda sobre revisión de derechos.

Dictándose sentencia con fecha del día 26 de febrero de 2002 por el Juzgado de Lo Social de Melilla en la que acuerda estimar la demanda, y la representación de D.^a Fatna interpone recurso de suplicación invocando los arts. 10, 34, 14 y 24 CE, sosteniendo que el supuesto de bigamia está expresamente prohibido por el ordenamiento jurídico por lo que no puede ser de aplicación el art. 23 del Convenio Hispano-Marroquí.

Confirmando la sentencia por el Tribunal Superior que realiza dos argumentaciones: por un lado, porque la situación de bigamia no fue discutida en la instancia por la demandada y, en consecuencia, se infringiría el principio de contradicción del proceso; por otra parte, porque según establece el art. 9 CC, la situación familiar de un extranjero se gobierna por las Leyes de su estatuto personal, y en este caso el causante era súbdito marroquí, cuyas leyes permiten la situación que se denuncia por la recurrente, también de igual nacionalidad, por lo que siendo aplicables todas las normas del Convenio, según su art. 3 a los marroquíes que estén o hayan estado sujetos a la legislación de la Seguridad Social española, así como a sus familiares, procede, como concretamente ha hecho la entidad gestora, la aplicación del art. 23 de dicho Convenio.

La Sala del Tribunal aplica nuevamente la norma, sustrayendo parcialmente el precepto del Convenio Hispano-Marroquí que se refiere a la distribución de una pensión, se llega a la conclusión de que se generan dos prestaciones a favor de las diferentes esposas.

- La sentencia más polémica que se ha dictado sobre esta materia fue la del TSJ Cataluña de 30 de julio de 2003.

En ella, un varón de la República de Gambia contrajo matrimonio en dicho país con una mujer de la misma nacionalidad en 1980. Ulteriormente se volvió a casar. Dicho varón falleció en España en 1999 siendo trabajador en dicho país y dado de alta en la Seguridad Social. El INSS reconoció que la pensión de viudedad debía dividirse al 50% entre las dos mujeres. La primera esposa reclama la totalidad de la cuantía de la pensión de viudedad ante el Juzgado de lo Social núm. 6 de Barcelona. Se desestima la demanda y se declara conforme a derecho lo reconocido por el INSS.

Pero sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña revoca la sentencia del Juzgado de lo Social y reconoce el derecho de la primera esposa a recibir la totalidad de la pensión de viudedad solicitada debido a que

considera: “a efectos de la ley española el segundo matrimonio es nulo y por lo tanto quod nullum est ab initio, nullum efectum pdorucet”. En los fundamentos de derecho no pudo ser más claro: la cuestión que se plantea a la Sala no es otra que determinar la eficacia de la institución islámica de la poligamia y de si tal figura puede ser aplicada y tener sus efectos en el ordenamiento español, o por el contrario atenta contra el orden público y por lo tanto ninguna efectividad debe comportar; estableciendo que, (...) a efectos de la ley española, únicamente tiene el concepto de cónyuge la que deriva del primer matrimonio y por lo tanto debe estimarse el recurso de suplicación formulado.

Tercera versión

Una de las cuestiones más recurrentes en cuanto a los efectos que produce la poligamia es la que se refiere a la pensión de viudedad que surge al fallecer el esposo. En un número significativo de sentencias los tribunales se han manifestado de manera favorable a la concesión de dicha pensión de viudedad, difiriendo no obstante en la forma de otorgarla, bien prorrateando la pensión (STSJ Madrid núm. 456/2002, Social, 29 julio 2002) , o a partes iguales entre las esposas (Sent. Juzgado Social núm. 3 La Coruña 13 julio 1998; STSJ Madrid 29 de julio 2002; STSJ Galicia, Social, 2 abril 2002;). Otro grupo de sentencias, sin embargo rechaza de plano otorgar efectos a los matrimonios polígamos y por tanto deniega esta pensión de viudedad (STSJ Cataluña núm. 5255/2003, social, 30 julio 2003; STSJ Com. Valenciana Social, 6 junio 2005).

Resulta preocupante que no exista un criterio único en el supuesto de varias esposas con un único marido que pretenden obtener una pensión de viudedad. Reconocer dicha pensión únicamente a la primera esposa deja en una situación de desamparo a sucesivas mujeres y debe ser una posición a evitar a la hora de afrontar los efectos de un matrimonio polígamo. Esta discrepancia de criterio resulta curiosa, sobre todo cuando se tiene en cuenta que existen Convenios con la Seguridad Social, por ejemplo en el caso de

Túnez y Marruecos, en los que se establecen que les corresponde una pensión de viudedad a las esposas polígamas (vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 2 de abril de 2002).

De esta forma, otorgar efectos jurídicos a una situación completamente rechazada por el ordenamiento jurídico español como es la poligamia sobre la base de unas "relaciones favorables" entre países, resulta ser un criterio un tanto dudoso si se examina a la luz del art. 13 CE, en relación con el art. 14 CE. Si bien esta es la situación actual y la ley sigue rechazando los efectos a los matrimonios polígamos, con las excepciones de convenios entre Estados (resulta asimismo curioso que estos convenios no sean contrarios al orden público internacional), sería interesante abrir un espacio para examinar la realidad y considerar si resultaría oportuno o no dar una asistencia social a las mujeres que justamente se pretenden proteger con la prohibición de la poligamia y sus efectos.

http://www.mjusticia.es/cs/Satellite/es/1215197982464/Estructura_P/1215198022515/Detalle.html;

http://www.accursio.com/_poligamia.html;

<http://www.aranzadi.es/>;

<http://www.poderjudicial.es>;

<http://www.tirantonline.com>;

<http://www.westlaw.es>;

<http://www.derechoycambiosocial.com>;

http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Pensiones/poligamia/elpepisoc/20080217elpepisoc_3/Tes;

VI. Prensa y poligamia

No es fácil encontrar estudios o análisis rigurosos acerca de la poligamia o artículos específicos que versen concretamente sobre la poligamia en la opinión pública española. No obstante, en los últimos años sí que distintos libros de estilo de los principales medios de comunicación han

tratado de establecer un código deontológico en el tratamiento tanto de la mujer como de la inmigración que nos puede dar algunas pistas para entender cómo se está tratando y cómo se debería tratar el asunto en la actualidad.

No podemos soslayar el hecho de que los matrimonios poligámicos suponen un modo de vida que difiere sustancialmente de la concepción que en los países occidentales tenemos sobre el matrimonio y la vida en pareja. Como ejemplo, una noticia publicada por el diario "El País" el pasado 23 de noviembre de 2010 (proveniente de un teletipo de la agencia Europa Press) hacía referencia al archivo de una denuncia por poligamia contra un imán de Lleida por parte de un juzgado de Alicante. La noticia destaca que "el juez considera que la boda celebrada en la mezquita no existe".

En el caso, una mujer española, Aicha López, denunció al imán Abdelwahab Houzi "por haberse casado con ella cuando ya tenía otra mujer y por maltratarla y abandonarla durante un viaje a Marruecos", tal y como reproduce la noticia. En este caso, el periódico no ahonda en las diferencias culturales ni en el tratamiento de la poligamia desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, pero sí especifica que el juez "argumenta que la boda en la mezquita no está registrada en el Registro Civil, por lo que no existe y, en consecuencia, no hay poligamia".

La noticia entremezcla el supuesto caso de poligamia con presuntos malos tratos, que, según la denunciante, tuvieron lugar en Rabat después de que el imán recibiera una llamada "de su primera mujer", se pusiera "muy nervioso" y obligara a la denunciante a "bajar del coche a la fuerza y regresar a España sola".

Es reseñable que no se explica un contexto que permita al lector conocer por qué en España no es posible ese matrimonio, qué implicaciones tendría, que tipo de calificación jurídica recibe... Tal vez se puede entender, tras leer el texto, que se presenta como un conflicto entre una española y un extranjero, en el que la principal fuente es precisamente la ciudadana

española, que se sitúa en el eje de la información (no aparece ninguna fuente contrastada que permita defenderse al denunciado o algún portavoz relevante del ámbito musulmán), además de la propia sentencia.

El mismo diario, unos meses antes -concretamente el 28 de abril de 2010- publicó un artículo titulado "Prohibida la poligamia (pero está aquí)", en el que profundiza más sobre el asunto, al hilo de una noticia relativa a Francia, que entonces debatía si era posible castigar a un hombre con cuatro mujeres a las que declaraba como amantes. Con un atinado subtítulo, el texto firmado por Ana Terual y M.R. Sahuquillo centraba el debate en que "Europa proscribiera el matrimonio múltiple en su suelo, pero no puede combatir una realidad informal".

De esta manera, en este tipo de artículos -menos habituales que las noticias más o menos breves, concisas, centradas en lo extraordinario y obviando el necesario contexto- los medios de comunicación profundizan más en las implicaciones de la poligamia y ayudan a divulgar datos y conocimientos que permiten acercarse a la realidad para comprenderla mejor.

En concreto, señala que en España se han llegado a reconocer pensiones de viudedad a las esposas de polígamos, pone de manifiesto la necesidad de regular esas situaciones, de adaptar las leyes para evitar tanto el fraude de ley como situaciones no admitidas por nuestro Ordenamiento Jurídico y se centra en el debate desatado en Francia después de que saltara a la luz pública el caso de Liès Hebbadj, un francés de origen argelino "sospechoso de practicar la poligamia y de defraudar al Estado con ayudas sociales". La policía le acusaba -además de pertenecer a un movimiento islámico radical- de vivir en "situación de poligamia con cuatro mujeres" con las que habría tenido doce hijos. "Cada una de estas compañeras habría recibido una ayuda del Estado por su supuesta condición de madres solteras, por lo que estaría cometiendo fraude con las ayudas sociales", afirma la noticia. Por ello, el Gobierno francés se planteaba la posibilidad de retirarle

la nacionalidad (debemos tener en cuenta que la poligamia allí es un delito castigado con hasta un año de cárcel y 45.000 euros de multa).

Sin embargo, la poligamia supone contraer más de un matrimonio por lo civil a la vez y no incluye otras uniones más informales o las que se lleven a cabo por distintos ritos religiosos.

En España, tal y como subraya el texto, la poligamia también está prohibida y castigada con la misma pena de prisión, y tampoco pueden existir uniones de hecho de más de dos miembros. La situación, en este caso, se analiza con distintos jueces y con fuentes de la Junta Islámica de España, que consideran que apenas hay casos de poligamia en España. También se explican algunas maneras que se utilizan para evitar quebrantar la ley, como el caso de “un hombre casado con tres mujeres legalmente en Senegal que vive con una de ellas en España” o la de otro que “optó por casarse con la primera de sus esposas” en España y “con la segunda en Marruecos por el rito musulmán”. O casarse y no inscribir el matrimonio en el registro...

En el caso del francés, el propio protagonista llegó a decir: “Que yo sepa, las amantes no están prohibidas en Francia, ni en el islam. En el cristianismo puede, pero en Francia no”, y añadió que “si tener amantes es motivo para ser despojado de la nacionalidad, entonces muchos franceses se quedarán sin nacionalidad”.

Fuera de esta casuística concreta, los medios de comunicación se enfrentan en ocasiones a este tipo de noticias sin saber muy bien cómo tratarlas, si tomar partido por las mujeres, si tratar de comprender la situación explicándola desde las diferencias culturales... La línea en algunos casos puede ser muy fina y la discriminación y subordinación de la mujer puede también ser entendido, en ocasiones, como una falta de sensibilidad con una religión diferente.

En este sentido, medios como RTVE han señalado en su recientemente publicado libro de estilo (se puede consultar en <http://manualdeestilo.rtve.es/cuestiones-sensibles/5-14-inmigracion-racismo-y-xenofobia/5-14-3-la-multiculturalidad-y-sus-limites/>) que “la defensa del patrimonio cultural propio de los inmigrantes tiene su límite en los derechos reconocidos por la Constitución, que deben ser respetados por todos. Ninguna singularidad propia de grupos o etnias puede prevalecer sobre el ordenamiento jurídico vigente para cuantos viven en España”. Del mismo modo, añade que los periodistas “deben contribuir a la integración de los inmigrantes en la sociedad española. La integración no equivale a la pérdida de la identidad de los recién llegados sino que implica la interacción y convivencia de españoles e inmigrantes”.

En este sentido, parece claro que prevalece la igualdad entre hombres y mujeres que consagra la Carta Magna, al establecer claramente el límite. Del mismo modo, resulta oportuno recordar, de modo resumido, RTVE ha lanzado varias recomendaciones en sus estudios realizados en colaboración con el Instituto de la Mujer, en el que aboga por “evitar los modelos de mujer que lesionen su dignidad y ampliar los ámbitos de representación de las mujeres”.

En el Manual de Estilo de la televisión pública española también se hace referencia, respecto al tratamiento de la violencia contra las mujeres, a que se deben evitarán contenidos que “inciten a la violencia, así como a los comportamientos machistas, xenófobos, racistas u homófobos”. El texto destaca que RTVE prestará “promoverá un compromiso activo en contra de la discriminación de la mujer”, algo que sirve de guía para el tratamiento informativo de posibles casos de poligamia que se pudieran dar en España.

Del mismo modo, en el ámbito de la violencia machista, también se dan algunos consejos que pueden ser aplicables al caso que nos ocupa, como la recomendación de “contribuir a erradicar los estereotipos que atribuyen a las mujeres valores y funciones sociales inferiores a los de los hombres”. También

se defiende que se deben evitar “adjetivos, frases hechas y/o tópicos que puedan introducir ciertas dosis de frivolidad y de banalización” -se puede consultar en los estudios “Mujer, violencia y medios de comunicación” (2002) y en “Representación de la violencia de género en los informativos de TVE” (2006)-.

El Manual de estilo de RTVE también hace referencia a la información sobre confesiones religiosas. Después de subrayar la aconfesionalidad del Estado que consagra la Constitución Española, apunta que “todas las creencias y prácticas religiosas deben ser tratadas en RTVE con el mismo respeto, atención e imparcialidad”, añadiendo que los profesionales “deben tener el suficiente conocimiento e información de todas las religiones presentes en su audiencia” para “no ofender involuntariamente los sentimientos religiosos a quienes las profesan” .

En esta línea de abogar por códigos deontológicos que permitan mejorar la imagen que dan los medios de comunicación, Álex Grijelmo, en “El estilo del periodista”, mantiene que “en los reportajes sobre pueblos, países, étnicas... no se debe olvidar el papel que la mujer cumpla en esas sociedades, sobre todo si sufre discriminación legal o social” .

En artículos más específicos, la profesora Yolanda Polo Tejedor, en “Comunicando más allá de la dicotomía de género”, aporta también una buena manera de enfrentarse a la elaboración de una noticia sobre poligamia en España. Defiende la necesidad de dar voz a las mujeres afectadas por este tipo de casos, para “escuchar” y “divulgar su palabra como sujetos activos de la noticia; respetarlas como seres humanos capaces de tomar decisiones; abrir espacios para el reconocimiento de esas luchas que, la mayoría de las mujeres en el mundo, tienen que asumir diariamente” .

Para ello es necesario “dejar a un lado pensamientos preestablecidos que las definen como ignorantes, dignas de lástima, pasivas y atrasadas” e “interactuar” con ellas, “entender sus discurso, valorar sus experiencias

sociales, así como “calibrar las múltiples y diversas limitaciones que se les imponen”.

Es decir, que no sólo basta con una posición ambigua que permita escudarse en el respeto a las distintas religiones, sino que se debe tomar un papel activo para evitar que determinadas prácticas supongan una vulneración de la Constitución Española. Para ello hay que conocer, comprender, acercarse y dar la palabra a las principales afectadas del caso. Con sus testimonios y el adecuado conocimiento del contexto jurídico, se podrá informar adecuadamente sobre cada caso de poligamia.

De esta manera, conociendo las normas aplicables, exigiendo su cumplimiento desde el respeto a las distintas culturas y conociendo los conflictos desde sus perspectivas personales, sociales y jurídicas se ofrecerá información veraz y rigurosa y se permitirá que la audiencia o los lectores tengan base para conocer, reflexionar y opinar sobre situaciones que se pueden dar cada vez más en una sociedad tan globalizada como la actual.

Segunda versión

El tratamiento que la prensa de nuestro país da a poligamia sigue la línea general de los medios de comunicación occidentales, que han contribuido en buena medida a generar una imagen estereotipada del mundo musulmán. Así, tal y como explica Karim H. Karim, de los innumerables acontecimientos que cada día suceden en torno a los alrededor de mil millones de musulmanes que hay en el mundo, sólo aquellos hechos dramáticos, trágicos o al margen de la ley logran aparecer en las portadas de los periódicos o en los principales noticiarios. De alguna forma, es la falta de comprensión de los acontecimientos, de la historia y de la cultura de las sociedades musulmanas la que provoca un erróneo acercamiento a su realidad.

Y esta es la visión que, por lo general, ha ido calando en la sociedad española respecto a los musulmanes, algo que se abordó a finales del año pasado en un Encuentro Internacional de Periodistas sobre Oriente Medio, organizado por la Casa Mediterráneo en Alicante, en el que participaron medio centenar de periodistas, y que pretendía abordar el tratamiento informativo de Oriente Medio en los medios de comunicación y la influencia que tiene sobre la opinión pública, en particular sobre la española.

En el transcurso de estas jornadas se dieron a conocer los resultados de una encuesta específica para España realizada por esta Institución, entre los que llamaba la atención el dato de que la mitad de los españoles tiene prejuicios hacia los musulmanes.

Por su parte en el mismo enclave, Miguel Vicente, coautor del estudio "La imagen del mundo árabe y musulmán en la prensa española" indicó que en España "no podemos hablar de procesos de islamofobia en el discurso de los medios de comunicación", pero que, sin embargo "sí hemos encontrado prácticas periodísticas no recomendables...". Y añadió que los medios de comunicación españoles "repiten ciertos estereotipos que acaban transmitiéndose a la ciudadanía, algunas veces movidos por las prisas, la necesidad de informar, a través de titulares, artículos o viñetas". Destacando finalmente como en España existe una asociación de todos los medios de comunicación de adjetivar al terrorismo como "islamista".

Este estudio al que me acabo de referir aborda con todo lujo de detalles el tratamiento que en la prensa española se da del mundo árabe y musulmán desde distintos puntos de vista. El Estudio se realizó analizando toda la producción periodística de seis de los principales diarios de difusión estatal (El País, El Mundo, ABC, La Vanguardia, El Periódico de Catalunya y La Razón) durante el año 2008, rastreando toda señal de presencia de la realidad árabe y musulmana.

A pesar de que de éste informe se pueden extraer interesantes comparaciones en numerosos aspectos del tratamiento informativo que en nuestro país se da de los musulmanes, nos centraremos en lo que nos atañe, la poligamia y la situación de la mujer.

Para analizar el choque cultural en la prensa española es imprescindible referirse a la situación de la mujer en los países musulmanes y en las comunidades de origen árabe o musulmán y residentes en países occidentales. Los periódicos le dedican a este tema un importante espacio, destacando la poligamia, pero también su situación de discriminación o las rígidas normas de vestimenta.

Respecto a la poligamia, el informe al que estamos haciendo referencia expone varios ejemplos, por citar algunos, un artículo de El País titulado "Pensiones de poligamia" y una noticia de El Mundo: "El Gobierno paga pensiones a viudas de polígamos de Túnez y Marruecos" se hacen por ejemplo eco de informaciones según las cuales en España se pagan pensiones a segundas y terceras esposas de matrimonios procedentes de países de mayoría de religión musulmana, y destacándose, en el caso de la información de El País, que "Líderes musulmanes y directores de mezquitas exigen que se legalicen las segundas mujeres ya que se han regulado los matrimonios entre homosexuales".

Lo que se desprende de estos ejemplos es la ausencia de una crítica desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado de la situación de las mujeres, y un intento especialmente en el titular de la noticia de El Mundo, de dar una imagen frívola respecto al pago de la pensión de viudedad. No ahonda en la situación en la que se encuentran esas mujeres, que necesitan de esa pensión de viudedad para subsistir en muchos casos, y que más aún, están perfectamente legitimadas para que se les reconozcan sus derechos.

Este detallado análisis del mundo musulmán en la prensa española presenta una serie de interesantes conclusiones, en él se dice que ninguno de los seis periódicos analizados mantiene abiertamente una posición contraria al diálogo cultural, pero con diferencias relevantes, ya que la presentación del árabe o del musulmán como una amenaza para los valores occidentales sólo suele mencionarse en los diarios ubicados en el espacio ideológico del centro-derecha. Todo puente que se intente construir se convierte en un objetivo de interés estratégico para aquellas personas que no deseen que estas dos culturas estén bien comunicadas. Diversos gestos positivos acaban siendo presentados de forma llamativa, espectacular o humorística. Cabe destacar aquí la llamada "Alianza de Civilizaciones" criticada desde antes de que naciera por la prensa conservadora de nuestro país.

Estas reflexiones conviene enmarcarlas dentro de la teoría del Choque de Civilizaciones de Samuel Huntington, que afirmaba que los actores políticos principales del siglo XXI serían las civilizaciones y que los principales conflictos serían los conflictos entre civilizaciones (no entre ideologías, como durante la mayor parte del siglo XX ni entre estados. Además concluye afirma que los conflictos entre civilizaciones son inevitables, puesto que cada una cuenta con sistemas de valores significativamente distintos. Argumentaba este autor que el crecimiento de conceptos como la democracia o el libre comercio desde el fin de la Guerra Fría sólo ha afectado realmente a la cristiandad occidental, mientras que el resto del mundo ha intervenido escasamente.

Otra conclusión que se resalta es que la situación de la mujer en el mundo árabe y musulmán es uno de los temas al que se le dedica un importante espacio en la prensa española. Junto a un tratamiento de denuncia frente a la falta de ciertas libertades especialmente vinculado a determinados países como Irán o Arabia Saudí, nos encontramos también una vinculación habitual del islam con prácticas como la poligamia, la lapidación o la ablación del clítoris, transmitiendo la idea de un 'conjunto' de comportamientos, compartidos y extendidos en todo el mundo árabe y musulmán, en cualquier contexto y en cualquier país. En el informe se

denuncia que resulta incomprensible que se relacionen prácticas presentes tan sólo en algunos países musulmanes y, sin ir más lejos, prohibidas por la legislación española, con la utilización de una determinada prenda de ropa femenina, como se hace por ejemplo al referirse al velo islámico.

La última denuncia que se recoge, es que resulta habitual que se transmita una imagen del islam y de los países musulmanes vinculada a atraso, frente a la modernidad occidental. El modo de vida y el sistema político de los países occidentales se presenta como un ideal al que los países árabes y musulmanes deberían aspirar. Libertades civiles frente a opresión, modernidad frente a prácticas medievales, oscurantismo frente a ilustración. De hecho, el árabe y musulmán es tanto más respetado cuanto más se asemeja a costumbres o comportamientos más extendidos en países occidentales.

Está claro que un matrimonio poligámico es algo que chirría en nuestro Derecho y en nuestra sociedad, pero en estos tiempos de globalización y mezcla de culturas en que vivimos, es una evidencia que nuestra legislación debe intentar adaptarse, no a reconocer este tipo de matrimonios, pero sí a proteger a la parte débil en los mismos, la mujer musulmana. Esto es algo que se echa en falta en nuestros medios de comunicación, un tratamiento menos estereotipado y más profundo de la situación y del Derecho, que intente acercar al lector no especializado en la materia ciertos datos de cómo se puede resolver el problema aplicando nuestras leyes, las implicaciones que pueden tener este tipo de uniones etc. No consiste en someter nuestras leyes a las de los países que permiten la poligamia, sino en que nuestras leyes corrijan esas situaciones discriminatorias que se generan cuando esas personas entran a formar parte de nuestra sociedad y nuestro ordenamiento.

En definitiva, la prensa española hace bien en criticar la evidente situación de discriminación de la mujer en gran parte del mundo musulmán, pero debería hacer más por intentar integrar ambas culturas, o si no, por explicar estas situaciones desde un punto de vista más legal y menos visceral,

tratando de hacer llegar a sus lectores la verdadera realidad social que está detrás de estos matrimonios.

Tercera versión

A pesar de los tiempos en los que vivimos y a pesar de los avances producidos en materia de igualdad entre los dos sexos, la poligamia sigue siendo una realidad presente en la actualidad. Aunque es una figura inicialmente vinculada a la cultura islámica su presencia se extiende al mundo occidental debido a la “internacionalización” de las relaciones sociales.

Así queda de manifiesto en las siguientes noticias de prensa:

DIARIO SUR El Supremo proclama que los inmigrantes polígamos nunca serán ciudadanos españoles

El tribunal aduce que esa práctica «repugna» y rompe el principio de igualdad entre hombres y mujeres

16.09.08

M. SÁIZ-PARDO

Ningún inmigrante polígamo accederá jamás a la nacionalidad española, por mucho tiempo que logre residir en el país y aunque demuestre estar integrado y ser un ciudadano modelo.

El Tribunal Supremo ha zanjado cualquier debate posible: una cosa es que la legislación española deba tolerar los matrimonios con varias mujeres oficiados en el extranjero y otra que los reconozca como propios, cuando la poligamia es un delito penado con un año de cárcel en el Código Penal.

La Sección Sexta de lo Contencioso del alto tribunal ha rechazado el recurso de un ciudadano senegalés, Salion Ndiaye, contra la sentencia de la Audiencia Nacional que en junio de 2002 ya le denegó la nacionalidad por no «haber justificado suficiente grado de integración en la sociedad española, ya que está casado con dos esposas». Ndiaye apeló al Supremo porque se siente integrado tras vivir diez años en España «con un trabajo y con unas relaciones sociales» a pesar de su

matrimonio múltiple. El senegalés adujo que su bigamia no es «una situación contraria a la legislación española» porque el Código Civil establece que «los efectos del matrimonio se regirán (...) por la legislación del lugar de celebración» del enlace. Y en Senegal la ley le permite casarse hasta con cuatro mujeres.

Los argumentos del extracomunitario no han convencido al Supremo, que confirmó que nunca será español. El ponente de la sentencia, el magistrado Luis María Díez-Picazo, es tajante: «La poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española (está prohibido en los códigos penal y civil), sino algo que repugna al orden público español».

«Límites infranqueables»

El Derecho español, explica el magistrado, tiene «límites infranqueables» por muy abierta y tolerante que sea la sociedad. Y la poligamia es uno de ellos. Para el Supremo, esta práctica, propia de países islámicos, es «incompatible» con la ley española porque «sencillamente la poligamia presupone la desigualdad entre mujeres y hombres, así como la sumisión de aquéllas a éstos». El hecho de que España reconozca los enlaces que se celebraran en países que admiten la poligamia no equivale a darlos por buenos ni es pretexto «para soslayar el orden público español, que incluye sin duda la prohibición de la poligamia».

Por tanto, una cosa es que un extranjero polígamo pueda residir en España y otra que adquiriera la nacionalidad española, que otorga derechos como el de sufragio y el de acceder a los cargos y funciones públicas.

Esta sentencia sólo tiene un antecedente conocido. En 2004, el Supremo negó la ciudadanía a un marroquí musulmán residente en Cataluña por no tener un grado suficiente de integración en la sociedad española al ser bígamo. En aquella ocasión, el alto tribunal no fue tan tajante ni censuró la poligamia con tanta dureza.

Respecto a esta noticia podemos comentar lo siguiente:

La denegación de la nacionalidad española a un ciudadano senegalés residente en nuestro país, con trabajo regular y relaciones sociales estables pero casado con dos mujeres, sienta un precedente jurídico de considerable trascendencia porque antepone el respeto a los derechos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico a la legislación de determinados países cuyas leyes permiten la poligamia. La sentencia del Tribunal Supremo contiene una exposición de motivos en la que argumenta que esta práctica es incompatible con el ordenamiento español, porque presupone la desigualdad entre hombres y mujeres invalidando, de hecho, una disposición del Código Civil que indirectamente otorgaba un trato de legalidad a esta práctica. Porque el multiculturalismo y el respeto a las costumbres de otras culturas no puede dejar paso libre a usos contrarios a los principios constitucionales españoles que impiden la discriminación y consagran la igualdad entre hombres y mujeres.

Poligamia en los tiempos de Facebook

Los turcos buscan una segunda esposa en las redes sociales

BLANCA LÓPEZ ARANGÜENA | Estambul 28/03/2011 EL PAIS

Cuando Hanti Oncel, de profesión camionero, supo que en su pueblo habían abierto el primer cibercafé lo tuvo claro. Tras un viaje fallido a Siria en busca de una nueva esposa, el ciberespacio salía en su ayuda a 50 céntimos la hora de conexión. "Pensé que si la gente usaba Internet para encontrar amigos, yo podía hacer lo mismo para buscar esposa". A los pocos días, conoció a Mona, de Marruecos, a través de un chat. Después, cuatro meses de romance online y una propuesta de matrimonio que llevó a Mona hasta Turquía, donde reside desde hace un año junto a Oncel, la primera esposa y sus 11 retoños.

Tener más de una mujer es ilegal, pero se practica con el beneplácito del imán

La llegada de Internet -y las redes sociales, como Facebook- a la pequeña localidad de casas de adobe ha revolucionado los hábitos matrimoniales. En vez de un largo viaje de éxito dudoso, los hombres de esta aldea del centro de Anatolia acuden al cibercafé a buscar compañera. Más barato y con menos

riesgos. "Las preferidas son las marroquíes, porque son musulmanas y no necesitan visado para entrar en Turquía", explica Oncel en un chat online. Hasta 10 matrimonios entre locales y marroquíes se han celebrado este año en el pueblo. Oncel asegura que Mona está encantada.

Según un estudio de la Universidad de Hacettepe, 200.000 mujeres comparten marido en Turquía a pesar de estar prohibido desde 1926. Estos matrimonios suelen concertarse entre familias cuando la primera mujer es estéril o la pareja no ha concebido un hijo varón. Las uniones suelen formalizarse en ceremonias religiosas oficiadas por imanes y no son reconocidas por el Estado, que solo valida el matrimonio civil.

"Normalmente, las mujeres aceptan la poligamia por la presión familiar o por creencias religiosas", explica la profesora Ilknur Yüksel Kaptanoglu, autora del estudio. Añade que las segundas esposas carecen de las protecciones legales básicas, lo que las hace más vulnerables a cualquier tipo de violencia. El informe destaca que hasta cinco millones de turcas se han casado antes de cumplir 18 años. "Las jóvenes esposas tienen menos oportunidades de encontrar trabajo", dice.

En muchos casos son las telenovelas turcas, muy populares en Oriente Próximo, las que inclinan la balanza. La imagen de hombres sensibles, pasionales y relativamente liberales de los héroes turcos, hace que coticen al alza. Issam Moussaoui, de la Asociación Democrática de Mujeres Marroquíes, recuerda que "los posters de los galanes turcos están en las habitaciones de casi todas las adolescentes del país".

Compartir marido no es algo que todas las árabes acepten. Otro estudio de la citada universidad muestra que el 89% de las turcas son contrarias a tal práctica. Mona y Once han pasado a formar parte del 4% de los turcos que practican la poligamia.

Aunque la poligamia es un institución prácticamente ancestral, no presenta ningún tipo de problema de adaptación a las nuevas tecnologías hasta tal punto que parece haber encontrado en redes sociales como "Facebook" un poderoso aliado a través del cual se pueden "importar" esposas de otros países.

Así, podemos observar en esta noticia que a pesar de que en países como Turquía estén proscritas las prácticas poligámicas, todavía un 4% de la población contrae este tipo de matrimonios aún no siendo válidos en un país cuya occidentalización avanza a marchas forzadas.

Esta realidad contrasta con culturas como la marroquí donde algunas mujeres todavía se muestran proclives a la poligamia, a pesar de lo manifestado por la magistrada Naziha el Harrak en una reciente visita a España (Málaga) a propósito de la reforma del Código de Familia o "Mudawana" marroquí donde dejó patente que "desde que entró en vigor, la poligamia prácticamente no existe por las condiciones tan drásticas que se exigen"

Facebook : Publica la foto de su tarta de bodas y es detenido por polígamo

Por Maite Herráez

20 de marzo 2011 10:01 AM EDT

Las utilidades de Facebook son innumerables y cada día se suceden las noticias sobre su uso como argumento en casos de divorcio. En esta ocasión, un hombre de la ciudad estadounidense Gran Rapids (Michigan), ha sido arrestado por poligamia y podría ser condenado a cinco años de prisión. El motivo: colgar una foto de su tarta de bodas en el perfil de Facebook y que la viese su ex pareja, con quién aún estaba casado.

Según relata el diario local Michigan Live, Richard Leon Barton, un hombre de 34 años se casó en el año 2004 con una mujer a la que conoció dos años antes, también a través de Facebook. Ese mismo año, la mujer denunció ante la policía que su marido había desaparecido. En realidad, Barton había huido de Rhode Island, la ciudad donde residían, tras haber cometido varios delitos por robo.

A partir de estos hechos la pareja se separó pero nunca llegó a firmar el divorcio, por lo que legalmente siguen casados. Al cumplir Barton su condena, en octubre de 2009, conoció a otra chica y ambos decidieron casarse. El conflicto surgió cuando Barton colgó las fotos de la boda, en particular una foto de la tarta nupcial, en su perfil de Facebook para compartirlas con todos sus contactos. Barton no contaba con que todavía tenía agregada como amiga en la red social a su primera esposa que cuando vio las fotos, decidió

denunciarle a la policía por polígamo. Este hombre se enfrenta a cinco años de prisión, aunque esta condena podría aumentar ya que cuenta con antecedentes penales.

Si hemos hecho referencia anteriormente a como en los países islámicos la poligamia es una práctica socialmente vigente, en los países de nuestro entorno cultural ocurre todo lo contrario. En el caso que nos ocupa vemos como Estados Unidos sanciona duramente estos matrimonios a pesar de que aquí la poligamia no fue un situación intencionadamente buscada sino que se puso de manifiesto por una fotografía publicada en una red social.

Las autoridades de Chechenia quieren legalizar la poligamia con el fin de ayudar a superar la crisis demográfica de la república

Bahira Abdul Atif es también traductora de libros de autores españoles; curiosamente tradujo "La Arboleda Perdida", obra autobiográfica del polígrafo portuense de la Generación del 27 Rafael Alberti, lo cual le valió el "Premio a la Mejor Traducción en Irak" del año 1993.

Ramzán Kadírov, el "hombre fuerte" de Chechenia, promueve esta iniciativa y señala que los diez años de guerra han reducido a la mitad la población chechena, sobre todo la masculina, por lo que en la república hay hasta un 18 por ciento más de mujeres que de hombres.

El hombre debe tener el derecho de desposar hasta a cuatro mujeres, siempre que pueda mantenerlas", dijo Kadírov y añadió que algunos musulmanes en el Cáucaso ruso viven ya según esa norma tradicional, aunque ahora no esté legalizada.

La propuesta de Kadírov fue apoyada por el Muftí Supremo de los Musulmanes de Rusia, quien dijo que la medida permitiría resolver la grave situación demográfica en Rusia, y no vio ningún impedimento para que esa norma del Islam se extienda a otros credos. Sin embargo, esto ha despertado exigencias de otorgar el mismo derecho a las mujeres.

El de la poligamia es un tema recurrente en Rusia. En 1999, el entonces presidente de Ingushetia, Ruslán Aushev, la legalizó por decreto en esa república vecina de Chechenia para superar la crisis demográfica, y el Kremlin tuvo que intervenir para abolir la medida.

A pesar de manifestaciones como las anteriormente citadas, lo más conveniente sería reprobear la poligamia y sancionarla desde el punto de vista jurídico en tanto que menoscaba los derechos de la mujer, fundamentalmente en países en los que desgraciadamente su posición es claramente inferior a la del varón.

El DIPr junto con el creciente acercamiento entre culturas fruto de la globalización podría ser un buen instrumento para ir erradicando progresivamente estas prácticas.

**SEMINARIO III: TIPOS DE FILIACIÓN Y DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO**

© Seminario realizado por:

Valeria Emperatriz Angulo Sánchez
Noemí Álvarez Álvarez
Pilar Bajo Almendra
Daniel Barrio Barrio
Inés Blanco Hernández
Angélica Blanco Talaván
M^a José Camacho Risco
Ángel Cañibano Gutiérrez
Ana Carrillo del Teso
María Casaseca Hidalgo
Eva Crespo Expósito
Tamara Espinosa Pérez
César Gilo Gómez
J. Ignacio Leo Castela
Laura Marina Melón García
Nuria Moreno Mateos
Sandra Moronta Calvo
Ángela Pardo Casado
Tamara Silva Pelayo
Fernando Toribio Carrera

COORDINADORES:

J. Ignacio Leo Castela
Nuria Moreno Mateos

I. Definición de filiación en Derecho español y Derecho comparado

Nuria Moreno Mateos, Tamara Silva Pelayo y J. Ignacio Leo Castela.

II. Tipos de filiación y ley aplicable: tratamiento en España y Derecho comparado (principalmente en UE y EE.UU)

1. Filiación natural

Eva Crespo Expósito, Ángela Pardo Casado, María Casaseca Hidalgo, Sara Moronta Calvo y J. Ignacio Leo Castela.

2. Filiación a través de técnicas de reproducción asistida

Maria José Camacho risco

3. Filiación a través de gestación subrogada

Angélica Blanco Talaván, Ana Carrillo del Teso e Inés Blanco Hernández.

4. Filiación adoptiva

Pilar Bajo Almendra.
Laura Marina Melón García

III. Derecho a la intimidad genética vs. derecho a conocer los orígenes biológicos: reproducción asistida, gestación subrogada y adopción

César Gilo Gómez, Tamara Espinosa Pérez, y Ángel Antonio Cañibano Gutiérrez

IV. Problemas registrales de inscripción de la filiación acreditada en el extranjero

Fernando Toribio Carrera.
Daniel Barrio Barrio.

V. Tratamiento jurisprudencial de este tema: especial referencia a las resoluciones e instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

Noemí Álvarez Álvarez.
Valeria Emperatriz Angulo.

I. Definición de filiación en Derecho español y Derecho comparado

La filiación es una situación jurídica en cuya virtud se considera que una persona es hijo de otra u otras. El hijo goza, así, del llamado status filii. Desde el prisma jurídico, la filiación presenta una importancia de primer orden. Dos datos lo confirman:

1º. El hijo y sus padres son titulares de derechos y obligaciones específicas que derivan de la filiación: patria potestad, derecho a relacionarse mutuamente, etc.

2º. Acreditada la filiación, ésta influye decisivamente en otras instituciones jurídicas: sucesión hereditaria, alimentos, nacionalidad, nombre y apellidos, etc.

La filiación es la relación jurídica que existe entre una persona y otra que ha sido declarada judicialmente padre o madre, por proceder biológicamente la primera de la segunda (filiación biológico-jurídica). También es filiación la que se determina en virtud de las normas jurídicas, con base en presunciones legales derivadas de la convivencia conyugal o declaraciones efectuadas o comportamientos llevados a cabo por personas que afirman su paternidad respecto de otra o se comprometen a asumirla (filiación jurídica).

Según el art. 108.I CC la filiación se clasifica en:

1) Filiación por naturaleza, consecuencia de la procreación que, a su vez, puede ser matrimonial y no matrimonial, según que estén o no casados entre sí los progenitores.

2) Filiación adoptiva, consecuencia de la celebración del negocio jurídico de adopción.

*** Apartado incompleto. Gran parte de él ha sido reubicado en otros apartados (ley aplicable a la filiación natural y problemas registrales de la inscripción de filiación acreditada en el extranjero)**

II. Tipos de filiación y ley aplicable: tratamiento en España y Derecho comparado (principalmente en UE y EE.UU)

Introducción

La reglamentación jurídica de la filiación en los casos internacionales es compleja. Y tal dificultad deriva, principalmente, de dos factores que la doctrina ha puesto de relieve:

a. Los conflictos de civilizaciones. Los “conflictos de leyes” en materia de filiación encubren “conflictos de civilizaciones”. Los distintos Derechos nacionales ordenan jurídicamente la filiación de modos muy diferentes. Tales modos corresponden a los distintos modos de entender las estructuras del Derecho de Familia en el mundo. Por ello, a la hora de decidir, en los casos internacionales, la competencia judicial internacional y la ley aplicable a la filiación, el DIPr no sólo resuelve un conflicto de jurisdicciones y un conflicto de leyes: resuelve también un verdadero “conflicto de civilizaciones”.

Aplicar, a la filiación, por ejemplo, la ley de un país islámico, supone aceptar una organización de la institución con arreglo a criterios culturales y sociales muy distintos a los aceptados en los países occidentales: prevalencia del varón, reconocimiento exclusivo de la familia legítima, falta de libertad religiosa del hijo, etc. No es, simplemente, una Ley con un contenido distinto al de la Ley española, como puede ser la Ley francesa o la Ley alemana. Es una Ley que refleja valores de otra sociedad. Para resolver los conflictos de civilizaciones que se esconden en los supuestos internacionales de filiación hay que tener en cuenta:

1. Por un lado, existen razones para aplicar en España las Leyes de estos países: el derecho de los individuos al libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la diversidad personal y social, la potenciación de la convivencia en la sociedad, la salvaguardia de la identidad cultural de la persona, etc. Ello haría del DIPr un Derecho de la sociedad cultural.

2. Por otra parte, en ocasiones, concurren datos que invitan a la no aplicación de la Ley extranjera que regula la filiación. Por ejemplo, cuando dicha Ley no respeta los principios y derechos en materia de filiación recogidos en la Constitución Española y en los Convenios internacionales en vigor para España: igualdad de los hijos ante la Ley, derecho de los hijos a relacionarse con sus padres, de éstos a relacionarse con sus hijos, etc. Por ello se acude a los clásicos Escape Devices del DIPr: reenvío, fraude de Ley, privilegio de una nacionalidad sobre otra en casos de múltiple nacionalidad, y sobre todo, al orden público internacional.

3. La resolución del conflicto de Leyes o conflicto de civilizaciones en base a una norma de conflicto es una opción de técnica legislativa que ha sido criticada por ser demasiado radical. Por ello, nacen otras propuestas basadas en normas materiales especiales que regulan estos supuestos (como los Convenios franco-mahgrebís, las leyes especiales en el Reino Unido que regulan matrimonios poligámicos, etc). Y otros autores han sugerido técnicas interpretativas, como la tesis de los “dos escalones en DIPr”.

b. La intervención de los poderes públicos en la materia. En el sector de la filiación, la norma de DIPr debe resolver un conflicto de intereses

extremadamente delicado entre los particulares y el Estado, cuyos órganos deben proteger efectivamente al menor en particular, y a la infancia en general.

“Hard Cases Make Bad Law”: estos factores que acabamos de ver demuestran que los casos relativos a la filiación en DIPr son, en sí mismos, casos complejos y difíciles. Y, como describe la doctrina norteamericana, de los casos difíciles nace un Derecho de baja calidad. Por tal razón, la reglamentación jurídica de la filiación en DIPr siempre será controvertida, polémica y perfectible.

Reglamentación “constitucionalizada” de la filiación en DIPr. Diversas normas han ajustado el DIPr a la Constitución Española de 1978 en materia de filiación: Ley 21/1987 de 11 de noviembre, Ley 11/1990 de 15 de octubre y Ley orgánica 1/1996 de 14 de enero de Protección jurídica del Menor, con el objetivo de garantizar lo establecido por el art. 39.1 CE 1978: la protección integral de los hijos, la igualdad de los mismos ante la Ley, y la investigación de la paternidad.

1) Filiación natural

No hay reglamento comunitario ni convenio internacional que regule la cuestión; por tanto, hay que acudir al art. 9.4 CC. Dicho precepto, redactado tras la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, ha adoptado una solución basada en el principio favor filii al establecer como ley rectora de la filiación por naturaleza, matrimonial o no, la ley personal del hijo y subsidiariamente la de su residencia habitual.

Quedan sometidos al art.9.4 CC: por una parte, la determinación y calificación de la filiación por naturaleza; por otra, el contenido de esta filiación y de la adoptiva, en el que se incluyen las relaciones paterno-filiales. Para conocer la ley aplicable a estas materias se establecen dos criterios, evitando la rigidez que surgiría de tener un único punto de conexión: el principal es la ley personal del hijo, que viene determinada por su nacionalidad (y, siendo español, por su vecindad civil); el subsidiario, para los casos de apatridia, de indeterminación de la nacionalidad, es la residencia habitual del hijo. Por ser el punto de partida la persona objeto de protección, es la ley personal del hijo la aplicable a la constitución de la filiación y sus efectos, así como a las relaciones paterno-filiales.

En concreto, el art. 9.4 Cc rige los siguientes aspectos:

1) Modos o títulos para acreditar la filiación. La Ley nacional del hijo establece cuáles son los medios que permiten acreditar la filiación matrimonial y no matrimonial, paterna o materna: reconocimiento de filiación, posesión de estado, sentencia judicial, expediente registral, etc.

2) Régimen jurídico de los medios de prueba de la generación. Los diferentes sistemas jurídicos adoptan posiciones muy dispares sobre el tema. Algunos prohíben ciertas pruebas de paternidad, otros les otorgan efectos

limitados, otros exigen <<principios de prueba>> para admitir la demanda, otro admiten todo tipo de pruebas incluidas las biológicas, etc.

Las cuestiones probatorias sustanciales se rigen por la Ley designada por la norma de conflicto que regula la filiación. En concreto, esta Ley regula: a) el objeto y carga de la prueba, y con ello, la importante cuestión de las presunciones de acreditar la generación (medios documentales, registrales, pruebas biológicas, etc.). Con ello se evita una desnaturalización de la Ley que regula la filiación, que regula en todo caso, los títulos para acreditar ésta; c) La fuerza probatoria de los medios de prueba admitidos por la Ley del fondo. No pueden separarse los medios de prueba que se pueden utilizar en juicio y el valor de los mismos: ambos aspectos deben quedar sujetos a la misma ley.

Las cuestiones probatorias pero meramente procesales se rigen por la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (Lex Fori: art. 3 LEC), que en la práctica se limita a regular el procedimiento probatorio.

3) Acciones de filiación. La Ley nacional del hijo regula la legitimación para el ejercicio de acciones de filiación, así como la clase de acciones que pueden ejercitarse. Igualmente se rigen por la Ley nacional del hijo los plazos y la naturaleza de los mismos en orden al ejercicio de la acción de filiación y el principio de prueba exigido por el art. 767 LEC, pues, aunque en España sean aspectos regulados en las leyes procesales, afectan al fondo del asunto. Por el contrario, las medidas de protección de los bienes y personas sometidas a patria potestad cuando se ejerce una acción de filiación y los alimentos provisionales (como los previstos en el art. 768 LEC), presentan naturaleza procesal y se rigen por la ley española: art. 3 LEC.

CASO: Si la Ley nacional del hijo admite la utilización de ciertas pruebas a fin de acreditar la filiación, la Ley española no puede impedir el recurso a tales medios de prueba. De otro modo, estaría falseando la aplicación de la Ley extranjera, ley nacional del hijo.

- La cuestión del reconocimiento de la filiación en DIPr. El reconocimiento de la filiación afecta al establecimiento de la misma. Su régimen jurídico debe quedar regulado por la Ley del país cuya nacionalidad ostenta el hijo. Ahora bien, dicha Ley regula el "fondo" del reconocimiento de la filiación (si cabe de forma expresa o tácita, efectos del mismo, si se requiere consentimiento u opinión del hijo, etc.).

Sin embargo, la práctica de la DGRN parece seguir otros caminos. La DGRN, en efecto, suele aplicar al fondo del reconocimiento de filiación (régimen jurídico de tal reconocimiento), la Ley española. Sólo la RDGRN 22 julio 1988 optó claramente por la Ley nacional del hijo, aplicable según el art. 9.4. CC, que era el planteamiento correcto.

En efecto: en un heterogéneo y nutrido grupo de resoluciones, la DGRN prefiere, sotto voce, la aplicación de la Ley española, olvidando lo que dispone el art. 9.4. CC: RDGRN 5 mayo 1993, RDGRN 17 septiembre 1990,

RDGRN 25 marzo 1992, RDGRN 20 mayo 2003, que aplica la Ley española al reconocimiento de la filiación de un menor rumano por parte de un ciudadano también rumano. La RDGRN 18 marzo 1998, incluso, aplica la Ley española a título de Ley del país de la nacionalidad presunta del hijo, descartando la aplicación de la verdadera Ley nacional del hijo.

Esta actitud se explica si se observa que la DGRN recurre a la Ley española cuando la Ley extranjera aplicable ex art. 9.4. CC no exige el consentimiento del representante del hijo menor para determinar la filiación no matrimonial. La DGRN estima que ello es siempre necesario, en interés del hijo. Por ello, aplica el art. 124 CC aunque la determinación de la filiación se rija por una Ley extranjera.

Pues bien: ni el resultado es aceptable, ni lo es la metodología. En cuanto al resultado, la Ley extranjera que no exija este consentimiento del menor no tiene por qué no ser aplicada: las normas navarras no exigen dicho consentimiento y se aplican en España sin problemas. Por tanto, también deben aplicarse las leyes extranjeras que no requieran dicho consentimiento. En cuanto a la metodología, nada autoriza a aplicar el art. 124 CC a casos internacionales regidos por las Leyes extranjeras: es una norma de derecho civil interno pensada para casos en los que el Derecho Civil común español es de aplicación. Tampoco el orden público internacional recogido en el art. 12.3. CC puede intervenir en este punto: si el derecho español (en concreto, el navarro), admite este reconocimiento sin el consentimiento del menor, difícilmente será rechazable la aplicación de un Derecho extranjero que no requiera tampoco dicho consentimiento.

Dos aspectos del reconocimiento de la filiación escapan, en todo caso, a la Ley nacional del hijo:

1º. Capacidad del sujeto para reconocer al hijo. Esta cuestión queda regida por el art. 9.1.CC, que conduce a aplicar la Ley nacional del sujeto que reconoce la filiación: RDGRN 22 julio 1988 y RDGRN 2 septiembre 1976.

2º. Forma del acto de reconocimiento de la filiación. Este aspecto se sujeta al art. 11 CC: RDGRN 25 marzo 1985, STS 30 junio 1958, STS 27 febrero 1964, RDGRN 16 noviembre 1959, RDGRN 13 julio 1956. Visto que el precepto dispone de puntos de conexión alternativos, se facilita la validez formal del reconocimiento de filiación. Ahora bien: visto que la Ley española exige de forma solemne para el reconocimiento de la filiación no matrimonial (art. 120 CC), dicha forma deberá ser respetada tratándose del reconocimiento de un hijo de nacionalidad española. Argumentum: art. 11.2.CC. La observancia de la forma solemne es necesaria, pues, siempre que la Ley que rija la filiación (ley nacional del hijo: art. 9.4.CC), así lo exija, sea o no la Ley española.

CASO 1: Un sujeto alemán reconoce su paternidad respecto de un sujeto de nacionalidad española. Se discute la capacidad del padre para reconocer al hijo. Es aplicable la Ley alemana, Ley nacional del autor del reconocimiento, y no por la Ley española, correspondiente a la nacionalidad

de la persona reconocida como hijo. Es la postura correcta que siguió la RDGRN 22 julio 1988.

CASO 2: Un sujeto británico reconoce su paternidad respecto de una hija habida con ciudadana española, pero lo hace mediante documento privado otorgado en Londres. El reconocimiento no es válido, pues siendo aplicable el art. 11.2. CC, la Ley que rige el fondo de la cuestión (Ley española), exige una forma solemne, documento público o testamento, que aquí no se ha observado. Si hubiera reconocido su paternidad mediante documento otorgado ante notario inglés, hubiera sido válido, pues la formalidad aparece cumplida, ya que el art. 11.2.CC exige, en efecto de tal formalidad, pero no que el documento se otorgue ante funcionario español.

En la jurisprudencia cabe destacar, muy en particular, la Resolución de 18 de febrero de 2009 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que se centra en el reconocimiento en España de los hijos nacidos en el extranjero de madres portadoras y, en concreto, de los dos hijos gemelos nacidos por inseminación artificial en el Estado americano de California, cuya paternidad es atribuida a un matrimonio homosexual de nacionalidad española por las autoridades de este país. La DGRN permite la transcripción de la certificación registral extranjera, pero deja claro que "cualquier parte legitimada puede impugnar el contenido de dicha inscripción ante los Tribunales españoles en la vía civil ordinaria. En tal caso, los Tribunales españoles establecerán de modo definitivo la filiación de los nacidos" (Fundamento de Derecho núm. 5).

En la Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de marzo de 2007, el Alto Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto en contra de la decisión de la Audiencia Provincial, que había denegado el reconocimiento parcial del pronunciamiento relativo a la prestación de alimentos que contenía una sentencia de separación matrimonial dictada por un Tribunal de Familia de Zurcì (Suiza). Presenta interés el asunto, en la medida en que se centra en la cuestión de la calificación de la prestación de alimentos que -como se sabe- está comprendida en el ámbito de aplicación material del Convenio de Lugano de 2007, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

La Ley que regula los efectos de la filiación es la misma para la filiación natural y para la adoptiva: la Ley nacional del hijo. Los efectos de la filiación son un entramado legal de derechos y deberes de padres e hijos. Quedan sujetos a la Ley nacional del hijo, por ser efectos de la filiación, los siguientes aspectos:

a) Carácter de la filiación. La Ley nacional del hijo regula:

a. La distinción entre filiación matrimonial y no matrimonial y los efectos de cada una de ellas. Si la Ley nacional del hijo no fija un status equiparado de derechos entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales,

intervendrá el orden público internacional español (art. 12.3 Cc) para impedir la aplicación de la Ley extranjera.

b. La legitimación por subsiguiente matrimonio.

c. Los efectos del matrimonio putativo sobre los hijos.

b) Relaciones paterno-filiales: patria potestad. La Ley nacional del hijo regula el conjunto de deberes y facultades de los padres hacia sus hijos, conocido en Derecho español como la "patria potestad", y todo su régimen jurídico, así como los deberes de los hijos hacia sus padres. Por tanto, la Ley nacional del hijo regula las relaciones jurídicas personales y patrimoniales entre padres e hijos.

Cuando se trata de determinar la filiación por naturaleza, lo ortodoxo será estar a la ley que corresponda a la nacionalidad (o vecindad) que el hijo ya ostenta (salvo que no se pruebe la existencia, contenido y vigencia de la ley extranjera, en cuyo caso se resolverá el caso de acuerdo con la ley española). En definitiva, debe aplicarse analógicamente el artículo 9.4 a la determinación de la filiación, pero en ocasiones se está a la ley correspondiente a la nacionalidad que el hijo ostentará de quedar determinada la filiación pretendida.

En concreto, la determinación de la filiación produce los siguientes efectos:

1) Determinación de los apellidos del hijo, salvo que exista causa que la excluya (arts. 109 y 111 CC).

2) Nacimiento de la obligación de los padres velar por los hijos menores y prestarles alimentos (art. 110 CC), que subsiste en caso de que concurren las circunstancias mencionadas en el art. 111 CC.

3) Constitución de la patria potestad de los padres sobre los hijos menores, salvo que exista exclusión de aquélla (art. 111 CC).

4) Los hijos adquieren derechos legitimarios y hereditarios en la herencia de sus padres determinados y, en su caso, los familiares de éstos.

5) El progenitor determinado también adquiere derechos legitimarios y hereditarios en la herencia de sus hijos determinados y, en su caso, los familiares de éstos, salvo que concurren las circunstancias mencionadas en el art. 111 CC.

Aspectos no regulados por la Ley nacional del hijo.

L a Ley nacional del hijo (art. 9.4 Cc) no regula los siguientes aspectos:

1. La nacionalidad española del hijo. Para ostentar la nacionalidad española no es preciso que filiación haya quedado determinada legalmente

mediante lo dispuesto en el Código civil; basta que consten indicios racionales de su generación física por progenitor español.

2. La nacionalidad extranjera del hijo. Se rige por la Ley extranjera de la que se trate.

3. Alimentos derivados de la filiación. Es aplicable el Protocolo de La Haya de 23 noviembre de 2007 (Ley aplicable a las obligaciones alimenticias). Para acreditar la filiación del acreedor de alimentos es aplicable el art. 9.4 Cc.

4. Nombre y apellidos del hijo. Se rige por el Convenio de Munich de 5 septiembre 1980, que remite, en general, a la Ley nacional del sujeto.

5. Medidas de protección del hijo menor o incapaz. Se regula desde 1 enero 2011 por el Convenio de La Haya de 1996.

6. Derecho de los hijos a relacionarse con sus padres y de éstos a relacionarse con sus hijos. Se regula en los arts. 9.3 y 10.2 de la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989.

Mención a la normativa internacional aplicable a la filiación natural

- Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948. Art.25.2: " La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social."

- Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art.10.3: " Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil"

- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Art.17.5: " La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo"

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Art.24.1: " Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado."

- Convención sobre los Derechos del Niño.

o Art.7: "1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida."

o Art.8: "1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. 2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad"

- Declaración de los Derechos del Niño. Principios 1, 2 y 3

- España ha ratificado: el Convenio de Roma de 14 de septiembre de 1961 sobre la extensión de la competencia de los funcionarios cualificados para autorizar reconocimiento de los hijos no matrimoniales, en vigor para España desde 1987. Su finalidad es «permitir a los nacionales de sus Estados respectivos efectuar reconocimientos de hijos no matrimoniales en el territorio de los otros Estados contratantes, como lo podrían hacer en el territorio de su propio Estado y facilitar así tales reconocimientos.

- El Convenio de Bruselas de 12 Septiembre 1962 relativo a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, en vigor para España desde 1984. Establece la determinación de la filiación materna si en la inscripción de nacimiento de un hijo no matrimonial una persona es designada como madre, sin perjuicio de su impugnabilidad. En el caso de que la madre no sea designada, se le reconocerá el derecho a hacer una declaración de reconocimiento, ante la autoridad competente de cada uno de los Estados contratantes.

- **Tendencias de Derecho comparado sobre la Ley aplicable a la filiación. Hay que subrayar varios datos:**

1º. Los sistemas más modernos de DIPr contienen normas de conflicto diferentes según se trate de fijar la ley aplicable a la determinación de la filiación o la Ley aplicable a los efectos de la misma. Los intereses implicados son diferentes y las soluciones también deben serlo: arts. 33-35 LDIPr Italia 1995. También distinguen estos aspectos la LDIPr Suiza 1987, el DIPr alemán y la LDIPr Rumanía 1992.

2º. La precisión de la Ley aplicable a la determinación de la filiación requiere una norma de conflicto con puntos de conexión alternativos, como los arts. 33.2 y 34 LDIPr Italia 1995. Así se favorece el establecimiento de la filiación. También cabe elaborar una norma de conflicto con puntos de conexión jerárquicos guiada por el principio de acreditación de la filiación.

3°. La precisión de la Ley aplicable a los efectos de la filiación (básicamente, relaciones paterno filiales), tiende a realizarse en base al principio de proximidad, para que designe una Ley de previsible aplicación por los interesados.

4°. La nacionalidad ha de ser el único punto de conexión en la materia. Algunos sistemas lo han abandonado completamente: DIPr suizo y alemán, que prefiere el punto de conexión de residencia habitual del hijo.

5°. Los puntos de conexión empleados en la materia por los distintos sistemas de DIPr son muy diferentes: a) el DIPr francés indica que la filiación se regula por la Ley nacional de la madre, y si ésta no es conocida, por la Ley personal del hijo (art.311-14 Code Civil). Ello puede plantear problemas de contrariedad con el orden público internacional español de la norma de conflicto francesa en casos de reenvío de primer grado. b) Los arts. 33-36 LDIPr Italia 1995 siguen soluciones muy especializadas que se apoyan en puntos de conexión alternativos en el sector de la determinación de la filiación, distinguiendo varios perfiles. En el plano de las relaciones paterno filiales, se apuesta por la Ley nacional del hijo. c) El art. 68 LDIPr Suiza 1987 opta por dos puntos de conexión -residencia habitual del hijo o Ley nacional común de los miembros de la familia-, existiendo también soluciones especiales para casos de legitimación y reconocimiento del hijo que pivotan sobre puntos de conexión alternativos. d) Muy distintas son las soluciones del DIPr alemán que recogen ciertos aspectos, el criterio francés de la Ley nacional de la madre, así como la remisión a la Ley que regula los efectos del matrimonio, y el punto de conexión residencia habitual del hijo. También se utilizan puntos de conexión alternativos para favorecer la determinación de la filiación y la legitimación.

2). Filiación a través de técnicas de reproducción asistida

La importancia de la filiación reside en el contenido de la misma, en lo que ella significa y recoge. En sí misma es un hecho natural, pero su determinación formal tiene eficacia jurídica porque otorga una serie de derechos y obligaciones que sin la determinación no se pueden hacer valer.

El derecho que se aplicará para la determinación de la filiación y para regular el contenido de la misma, que son los derechos anteriormente mencionados, será en España, según sus normas de Derecho Internacional Privado, la ley nacional del menor o en caso de apatridia la ley de residencia habitual del mismo, así viene establecido en el art 9.4 CC.

La filiación, según el art 108 CC, puede tener lugar por naturaleza o por adopción, y además puede ser matrimonial y no matrimonial. Una cuestión importante de nuestro ordenamiento jurídico, es que tanto la filiación por naturaleza o por adopción, sea matrimonial o no, surte los mismo efectos, es totalmente incompatible con nuestro ordenamiento y con nuestro orden público, cualquier tipo de diferenciación entre los hijos, así lo recoge además los arts. 14 y 39 de la CE 1978.

Además de estas formas de filiación, también nos encontramos con aquella que ha tenido lugar mediante técnicas de reproducción asistida, en la que una mujer da a luz a un bebé que puede haber sido concebido con su propio material genético y el de su marido, en el caso de que exista matrimonio, o concebido con un material genético de otra mujer, surgiendo así la pregunta de a favor de quién se determinará la filiación. Es ésta una forma de filiación que sugiere diferentes cuestiones, las cuales se intentarán abordar en este apartado.

Regulación en España.

Fue en la década de los 70 cuando las técnicas de reproducción asistida se abrieron paso, dando lugar así a la necesidad de regular esta materia tanto en España como en otros muchos países.

La primera Ley que nació en nuestro país para dar respuesta a la materia que nos ocupa ahora, fue la Ley 35/1988 de 22 de noviembre. Esta ley catapultó a España como uno de los países pioneros en lo que a regulación de estas técnicas se refiere, aunque no fue el primero en regularlo, sí fue el que más ahínco puso en buscar el equilibrio entre el avance científico y la dignidad humana. La reproducción asistida no deja de ser una cuestión científica y como tal no deja de evolucionar en el tiempo, los avances científicos que la acompañan, están relacionados con el ámbito clínico en la medida en que las técnicas de reproducción asistida, además de coadyuvar a paliar los efectos de la esterilidad, se manifiestan como especialmente útiles para otros fines, tales como los diagnósticos o de investigación, tal y como recoge la Exposición de motivos de la Ley 14/2006.

Por todo ello, surgía la necesidad de actualizar la legislación vigente en cuanto a esta materia, porque había que dar respuesta a los diferentes avances científicos, había que regular por ejemplo el estudio del preembrión entre otras cosas. Fue la ley 45/2003 la que modificando la ley de 1988 intentaba poner solución a las cuestiones sobrevenidas. Pero el resultado obtenido no fue el deseado puesto que realizaba una regulación parcial y bastante restrictiva de las técnicas de reproducción asistida humana, como en el caso de la regulación de los métodos permitidos, que eran bastante escasos los que permitía.

La necesidad de una evolución, también en el campo jurídico, fue la que dio lugar a una nueva regulación con la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida. Actualmente vigente y que tampoco se ha visto al margen de alguna modificación, aunque leve, como fue la que introducía un nuevo párrafo al art 7, fue la ley 3/2007 reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas.

El objeto de la ley vigente viene recogido en su artículo 1.1 "Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida acreditadas científicamente y clínicamente indicadas. Regular la aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida en la prevención y tratamiento de

enfermedades de origen genético, siempre que existan las garantías diagnósticas y terapéuticas suficientes y sean debidamente autorizadas en los términos previstos en esta Ley. La regulación de los supuestos y requisitos de utilización de gametos y preembriones humanos crioconservados.”

Determinación de la filiación.

El principal problema que puede plantear la inseminación artificial o las técnicas de fecundación in vitro, es la diversificación de la paternidad y la maternidad, debido a la diferenciación entre quiénes son los progenitores y quiénes los que donan su material genético. Mediante el empleo de las técnicas de reproducción pueden intervenir hasta cuatro personas, la pareja comitente, el varón donante de semen y la mujer donante de óvulo, en otro caso más extremo, que en nuestra legislación no se permite, podrían intervenir hasta cinco personas, las anteriores y la mujer gestante, en caso de que estuviéramos ante una gestación subrogada. Método que en España no se puede seguir, puesto que sería nulo de pleno derecho y así establece la LTRHA en su art 10. Por ello es el Derecho quien tiene que dar las pautas que lleven a establecer quiénes serán los padres legalmente.

Menos problemas plantea la filiación materna que se determina por el hecho del parto art 10.2 LTRHA, sin embargo no es así en cuanto a la paternidad que es lo que más controversia puede originar, ¿a quién se le atribuye? en nuestro ordenamiento rige el principio de verdad biológica, pero en lo que se refiere a reproducción asistida quiebra en virtud del art 5 LTRHA, donde se regula que la donación del material genético es una donación irrevocable, con una sola excepción, que el donante necesite el material para sí mismo, a no ser que éste ya haya sido utilizado a la fecha del intento de revocar la donación. Con lo cual queda claro que la filiación paterna no será a favor de quien realizó la donación, y se determinará en virtud de lo regulado en el CC, tanto para la filiación matrimonial como no matrimonial.

Artículo 115. CC

La filiación matrimonial materna y paterna quedará determinada legalmente:

Por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres.

Por sentencia firme.

Artículo 116. CC

Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges.

Artículo 120.

La filiación no matrimonial quedará determinada legalmente:

Por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público.

Por resolución recaída en expediente tramitado con arreglo a la legislación del Registro Civil.

Por sentencia firme.

Respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro de plazo, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

La LTRHA regula los consentimientos necesarios para el sometimiento de la mujer a estas técnicas en los arts. 3 y 6.

Uno de los consentimientos más importantes que debe ser prestado es el de la mujer, pues de lo contrario sería constitutivo de delito. Consentimiento no tan necesario para la determinación de la filiación, sino para el sometimiento a estas técnicas.

Hay otros tipos de consentimientos que sí son necesarios para después establecer quién es el padre legal o la madre legal (en caso de doble filiación materna). Los que deben ser otorgados, también dependen de si la usuaria está casada o no y ante qué tipo de fecundación asistida nos encontremos, pues los tipos son:

a) Homóloga: en la que se produce la inseminación de la usuaria con el semen del marido o pareja. Dentro de ésta además se diferencia entre si la usuaria está casada o no:

Matrimonial: en este caso lo más normal es que hay un consentimiento del marido por lo que el nacido se inscribirá como matrimonial, y la filiación se determinará a favor de los dos de acuerdo con los arts. 116 del Código Civil y 183 del Reglamento del Registro Civil.

No Matrimonial: el consentimiento de la pareja es necesario y además se debe realizar mediante un escrito indubitado para que así pueda acceder al Registro Civil, art 49 Ley del Registro Civil y 8.2 LTRHA. En este caso la filiación paterna (o materna) no se ve favorecida por la presunción del 116 CC, sino que será el consentimiento prestado el que además deje claro la voluntad generadora.

b) Heteróloga: el material genético utilizado es de un tercero. También se distingue entre matrimonial y no matrimonial.

Matrimonial en este caso se ha sustituido el material genético del marido de la madre por el de un tercero. Para que la filiación pueda ser

matrimonial y sobre todo pueda determinarse la filiación paterna a favor del marido de la madre, éste ha de presentar consentimiento. Además sí se le aplica la presunción del 116 CC y se les prohíbe a la madre y al padre la impugnación de la maternidad o paternidad, art 8.1 LTRHA.

No Matrimonial: Si la pareja no está casada, la determinación de la filiación se hará conforme a los arts. 120.2 del Código Civil y 49 de la Ley del Registro Civil. El art. 8.2 de la Ley de técnicas de reproducción asistida se refiere, precisamente, a este caso de la fecundación asistida de terceros extramatrimonial, al considerar documento auténtico el otorgado ante el establecimiento sanitario, como se expuso anteriormente. También puede determinarse por reconocimiento voluntario, lo que tendrá que hacerse cuando no conste el previo consentimiento. En el caso de que no se haya dado consentimiento, el nacido es completamente ajeno a la pareja. Sólo mediante el reconocimiento podrá inscribirse su filiación.

c) Postmortem: en la que la inseminación se da una vez fallecido el marido y pareja de la usuaria con el material genético de éste. Se regula en el art 9 LTRHA, en el que establece un principio negativo en el primer párrafo "No podrá 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" En principio no cabe establecer relación de filiación alguna, salvo en el supuesto de que el semen del varón se halle ya en el útero de la mujer cuando se produce el fallecimiento. Sin embargo también se permite que el marido presente su consentimiento, para que su cónyuge acceda a la fecundación asistida, en documento público o testamento para que su material genético sea utilizado en los doce meses siguientes, art 9.2 LTRHA. En el caso de que no haya matrimonio los requisitos serán los mismos, la diferencia consistirá en que la filiación se constituirá matrimonial o no matrimonial dependiendo del vínculo que les una a los progenitores.

El carácter anónimo de la donación.

Este carácter anónimo de la donación se encuentra establecido en el art 5 LTRHA, el cual regula una excepción al respecto, "los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones. Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes."

Este anonimato se basa en la protección del interés superior del menor, que se extiende no sólo en lo que se refiere a la donación, sino también a la

hora de realizar la inscripción correspondiente del nacido, momento en el cual tampoco se revelará la forma de generación, art 7.2 LTRHA.

La protección del interés superior del menor es uno de los principios que encuadran nuestro ordenamiento jurídico, y así viene recogido en:

Art 3, de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, que está en vigor para España desde el 5 de enero de 1991.

En la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que modifica parcialmente el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta ley ya proclama la protección del menor tanto en su exposición de motivos como en sus artículos 2 y 3.

Existen diferentes teorías en cuanto a cómo debe ser la relación del nacido con el donante de los gametos, así nos encontramos con:

- Planteamiento maximalista: el nacido ha de conocer al donante de quien procede y podría reclamarle la paternidad. Esta teoría no se sigue en nuestro ordenamiento.

- Planteamiento minimalista: los seguidores de esta teoría, consideran que la donación se debe mantener anónima en todo caso. Teoría que tampoco se sigue en nuestro ordenamiento.

- Posición intermedia: esta teoría aboga por un punto intermedio. Por un lado el derecho a conocer los datos genéticos por una cuestión de salud del nacido. E incluso recoge el derecho a conocer la identidad del donante sin consecuencias jurídicas.

En cualquier caso, en nuestra LTRHA lo que sí se permite es el conocimiento de los datos genéticos, no la identidad del donante, esto viene así señalado en el art 5.5: "La donación será anónima y deberá garantizarse la confidencialidad de los datos de identidad de los donantes por los bancos de gametos, así como, en su caso, por los registros de donantes y de actividad de los centros que se constituyan.

Los hijos nacidos tienen derecho por sí o por sus representantes legales a obtener información general de los donantes que no incluya su identidad. Igual derecho corresponde a las receptoras de los gametos y de los preembriones.

Sólo excepcionalmente, en circunstancias extraordinarias que comporten un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales, podrá revelarse la identidad de los donantes, siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes."

Hay que diferenciar entre el secreto de la procreación, y el secreto de la identidad del donante, en España, se mantiene tanto el de la procreación con el de la identidad del donante, sin embargo, un tribunal puede identificar el donante cuando así sea necesario. Esta misma situación se da en Bélgica, Chipre, Reino Unido, Eslovaquia, Canadá y Estados Unidos. En Alemania además cabe la posibilidad de establecer un vínculo de filiación entre el nacido y el donante. Cuestión ésta que se hace imposible por ahora en España debido a lo regulado por el art. 8.3 LTRHA, aunque se conozca la identidad del donante por alguno de los supuestos recogidos en la ley, ello nunca implicará la filiación del donante.

Doble maternidad.

En el primer mes de vida de la LTRHA y pasado ya un año de la vigencia de Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el matrimonio entre personas del mismo sexo, se planteaba la cuestión sobre cómo se determinaría la filiación en casos de utilización de técnicas de reproducción asistida en matrimonios entre mujeres. Surgía la duda de si la esposa de la usuaria de estas técnicas tiene que proceder a la adopción para que se le determine la filiación a su favor o se le asimilaba su situación a la de una filiación heteróloga entre parejas de distinto sexo y con el consentimiento bastaba. La Dirección General de los Registros y del Notariado había expresamente rechazado la posibilidad de una doble maternidad por naturaleza en el caso de una pareja de hecho integrada por dos mujeres en virtud de la Resolución de 5 de junio de 2006 por entender que «la maternidad es única en nuestro Derecho y queda determinada por naturaleza o por adopción, resultando en el primer caso, respecto de la madre, del hecho del nacimiento».

Sin embargo, el art. 7.3 LTRHA, (introducido a consecuencia de las modificaciones que realizaba la ley 3/2007 de 15 de marzo) establece que “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”.

Parece que tras esta modificación sí se permite la doble filiación materna, y en este sentido se pronuncia ahora la DGRN en la Resolución de 18 de febrero de 2009, aunque dictada ésta para un caso bien distinto, relativo a la inscripción en el Registro Civil Consular español de los hijos de un matrimonio homosexual español integrado por dos varones gestados por una madre de alquiler en Estados Unidos. Esta resolución no se dirige de forma directa al caso de la doble filiación materna, pero sí para justificar la inscripción a favor de dos varones reconoce que se puede realizar a favor de una pareja de mujeres, es decir, reconoce en cierto modo la introducción del art 7.3 en la LTRHA.

Por tanto, nos encontramos ante una filiación heteróloga, pero sólo mantiene la posibilidad de que se constituya matrimonial, la LTRHA, no

plantea la posibilidad de que se establezca la doble filiación materna no matrimonial. Haciendo remisión a lo comentado anteriormente para la filiación heteróloga matrimonial, es necesario que la que va a ser determinada como madre sin el hecho del parto, preste consentimiento y será en base a éste por lo que la segunda filiación materna acceda al Registro Civil.

Regulación en otros países.

Los países de la Unión Europea no han sido ajenos a la evolución de las técnicas de reproducción asistida y por ello también han elaborado sus propios textos normativos que regulan la materia. Es de destacar la diferencia que hay entre todos los países a la hora su regulación, y es que al fin y al cabo la reproducción asistida es un tema que lleva aparejado reflexiones éticas y quizá no son tanto problemas de prohibición, sino de "límites de licitud", dando lugar así algunas regulaciones más restrictivas y otras algo más permisivas. Esta variedad de legislaciones ha dado lugar a lo que algunos han llamado "Turismo Internacional de Fertilidad", así, por ejemplo, España ha sido uno de los países que ha recibido mujeres para someterse a tratamientos de fecundación puesto que en nuestro país tiene regulada algunas técnicas en la LTRHA anexo I que no están reguladas en otros países.

A continuación se darán algunas notas características de la normativa de distintos países atendiendo a la rigidez o flexibilidad de sus regulaciones:

a) Legislación sueca.

Suecia fue el primer país europeo que reguló legislativamente las técnicas de reproducción asistida, ley 1984:1140.

Una de las principales características de esta ley, fue su brevedad, constaban de 7 artículos.

Art 2 de la ley sueca, sólo permite la inseminación artificial en las parejas casadas o que convivan maritalmente de hecho, y se exige también consentimiento. Permite que se recurra a un tercero cuando una situación de infertilidad así lo requiera.

No se mantiene el anonimato del donante, opta por la defensa del derecho del hijo a conocer su origen biológico. Además se permite que se pueda exigir alguna responsabilidad paterno-filial al donante.

Tras esta ley, le sucedió la ley 1988:711, sobre fecundación in vitro. Similar a la anterior en sus características esenciales, sólo que ahora añade la posibilidad de "in vitro" porque la anterior sólo era para la inseminación artificial.

La siguiente ley, fue la que permitió llevar a cabo investigaciones sobre los embriones humanos, y ésta data de 1991.

En comparación con otros derechos de los países europeos, como España o Reino Unido, se puede afirmar que el derecho sueco en cuanto a esta materia es más restrictivo.

Por lo que se refiere a la ley aplicable para la determinación de la filiación en Suecia, viene regulado en el artículo 2 de la Ley sobre cuestiones de paternidad internacional (1985:367), en este se establece una presunción de paternidad para el marido de la madre si así lo establece la ley del Estado que se convierta en la residencia habitual del hijo cuando este nazca. Si esta ley no establece la paternidad, será la ley de donde el hijo se convierta en ciudadano en el momento del nacimiento. Si la ley de residencia habitual es Suecia, será la ley de este país la que lo regule.

b) Legislación alemana:

El Parlamento Federal alemán, aprobó para abordar esta materia, la ley de 13 de diciembre de 1990 para la protección de embriones. Ley que fue resultado de un proceso que comenzó con el Informe Benda en 1985 que se plasma después en la ley, informe que se basa en las siguientes claves:

- Recomendación de que no se fecunde más óvulos de los que se vayan a necesitar, pues la vida humana comienza desde la fecundación.

- No se recomienda que se acuda a la fecundación heteróloga por el impacto que puede tener para el que sea legalmente establecido como padre, como para el hijo no conocer sus orígenes biológicos. Por ello, también se considera ilegítimo el anonimato del donante.

- No pueden acceder a estas técnicas personas individuales, no unidas en pareja de hecho, las usuarias deben estar unidas por un vínculo matrimonial. (esto viene recogido en el informe, la ley omite cualquier mención al respecto)

Se permite la objeción de conciencia del investigador, parágrafo 10.

Nos encontramos de nuevo ante una legislación restrictiva.

La determinación de la filiación en Alemania según el artículo 19 de la EGBGB, se rige en primer lugar por la legislación del país en el que el hijo tiene su residencia habitual, sin distinción entre hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio. Con respecto a cada progenitor, puede regirse también por la ley nacional del progenitor.

Fuera de nuestras fronteras europeas también hay países que regulan esta cuestión, uno de los más significativos es EE.UU. En el cual no existe una legislación uniforme debido al sistema de organización política. De modo que coexisten numerosos cuerpos normativos que van desde la gran permisividad de diversas técnicas de fecundación hasta la prohibición y penalización de las mismas figuras en otros estados.

Bibliografía:

“Novedades en materia de determinación y prueba de la filiación”. Estrella Toral Lara, La Ley.

“La filiación en la fecundación asistida” Belén De Marino y Gómez-Sandoval Diario La Ley.

“Filiación derivada de técnicas de reproducción asistida” Marina Pérez Monge, Centro de Estudios Registrales.

“El consentimiento en relación con la doble filiación materna matrimonial y la práctica del Registro Civil”, Gema Tomás Martínez Universidad de Deusto Actualidad Civil, Nº 7, Sección A Fondo, Quincena del 1 al 15 Abr. 2010, pág. 748, tomo 1, Editorial LA LEY

“Derecho Internacional Privado, Volumen II”, Alfonso - Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, Ed. Comares.

“Curso de Derecho Civil IV, Derecho de Familia” Carlos Martínez de Aguirre Aldaz, Pedro de Pablo Contreras y Miguel Ángel Pérez Álvarez, Ed Colex.

“Reproducción humana asistida. Derecho, conciencia y libertad”, Yolanda García Ruiz. Biblioteca de derecho y ciencias de la vida. Ed Comares.

Comisión Europea, Red Judicial Europea en materia civil y mercantil. http://ec.europa.eu/civiljustice/applicable_law

Legislación:

Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, de 27-05-2006, pp. 19947-19956) [Modificada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas (BOE núm. 65, de 16-03-2007, pp. 11251-11253); y por la Ley 14/2007. de 3 de julio, de Investigación biomédica (BOE núm. 159, de 04-07-2007, pp. 28826-28848)].

Código Civil Español.

3). Filiación a través de gestación subrogada

Dentro de los supuestos de reproducción asistida se encuentra la denominada gestación por sustitución, maternidad subrogada, vientre de alquiler.

Se realiza a través de un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los comitentes, que pueden ser sujetos individuales o una pareja, matrimonial o no, que pueden aportar o no sus gametos.

Sobre la naturaleza jurídica de dicho contrato los autores parecen identificarlo o bien con el arrendamiento de servicios o con el arrendamiento de obra.

A la persona, mujer o varón, o pareja que toma la decisión de que se lleve a cabo la gestación, y encarga tal hecho, se la denomina comitente, y es posible que puedan aportar sus gametos. La maternidad de sustitución puede llevarse a cabo por la gestante a partir de sus propios óvulos o de los aportados por la mujer comitente, fecundados con gametos de donante o de su cónyuge. Igualmente, el varón comitente podrá aportar o no sus gametos para fecundar los óvulos de la mujer gestante.

En general, los ordenamientos jurídicos rechazan la licitud de esta técnica y la prohíben o no otorgan ningún tipo de efecto en materia de filiación, considerando madre jurídica a la madre gestante. Pero existen algunos países que la autorizan o reconocen efectos respecto de la determinación de la filiación, imponiendo más o menos requisitos. Es el caso de India, Canadá, Israel, Reino Unido y algunos Estados de Estados Unidos.

En España, la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida de 2006, en su art. 10, declara «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

La Ley descarta lo que se denomina «vientre de alquiler», ya que la filiación queda determinada por el parto, pero, incluso, aún sin la existencia de dicha norma, el contrato sería nulo por ilicitud de causa y por razón de su objeto, al considerarse fuera del comercio de los hombres la capacidad de gestar.

Por ello, la mujer gestante no asume ninguna obligación de entregar al nacido tras el parto, ni de indemnizar al comitente en caso de incumplimiento, aunque se le hayan entregado determinadas cantidades por razón de la gestación.

La única posibilidad de conseguir la determinación de la filiación utilizando la técnica de la gestación por sustitución sería el supuesto consistente en que un varón casado preste su consentimiento para la fecundación de una mujer distinta a su cónyuge con sus gametos y consiga que la madre gestante preste su asentimiento para la adopción, una vez transcurridos treinta días desde el parto, tal y como permiten los arts. 176.2.2.2º y 177 CC.

La única sanción, jurídico-penal, que se puede imponer a quienes participan de esta práctica reproductiva se encuentra en los arts. 220 y 221 CP que regulan los supuestos de suposición de parto y alteración de la paternidad, estado o condición del menor.

Existen diferencias muy marcadas entre las legislaciones materiales:

1. En algunos Estados como Inglaterra, Escocia, California, Arkansas, Dakota del Norte, Virginia, Nevada, Grecia, Ucrania; los hijos nacidos a través de reproducción asistida son perfectamente válidos, el nacido se considera hijo de las personas que contratan a la "madre sustituta".

2. Otros Estados carecen de legislación al respecto.

3. Otros, como España, estiman que este tipo de contratos son nulos de pleno Derecho y se considera que la madre será la que dé luz al hijo, pues "la filiación de los hijos nacidos por gestación por sustitución será determinada por el parto" (art. 10.2 de la Ley 14/2006 de Reproducción Asistida).

En cuanto a la determinación de la ley aplicable a la filiación en estos casos, deben destacarse varias especificaciones:

1. Inaplicación del art. 9.4 CC: es España el problema se enfoca al reconocimiento de actas registrales extranjeras. Como excepción, se puede aplicar el art. 9.4 CC en el caso de que los legitimados o interesados quieran litigar en España algún tema en relación a un menor que haya nacido a través de estas técnicas. Ahora bien, en el caso de que el menor fuera español, pese a que el art. 10.1 de la Ley 14/2006 dice que la madre debe ser la que da a luz al niño, el art. 3 de la Convención de Derechos del Niño, puede impedir dicho resultado, porque se puede demostrar que esto perjudica el interés del menor, por lo que se rechazará dicho resultado porque el Convenio tiene primacía, a parte de la primacía del principio de protección del interés del menor.

2. Filiación a favor de sujetos del mismo sexo y orden público internacional: en relación a este caso concreto hay que señalar que hay Estados en los que se reconoce este tipo de filiación a través de gestación por sustitución a parejas del mismo sexo, esta situación no necesariamente activa el orden público internacional español. En el Derecho Español también es posible que la filiación se inscriba a favor de dos mujeres y además en nuestro Derecho la filiación no se determina necesariamente por la vinculación genética entre los sujetos implicados. Por estas razones no deben existir obstáculos a la inscripción en el Registro Civil español de una certificación registral extranjera que establezca la filiación a favor de dos varones.

3. Encaje con el orden público internacional: una decisión extranjera que acredita la filiación de un menor a través de un proceso de gestación subrogada no vulnera el orden público internacional español. Si el Registro Civil niega la inscripción de esta filiación podría producir una serie de efectos negativos para el menor como que los menores podían quedar privados de una filiación o la filiación de estos menores cambiaría cada vez que crucen la frontera, y como hemos señalado anteriormente, lo que debe primar por encima de todo es el interés del menor. La jurisprudencia maneja tres criterios, a saber: criterio gestativo (es hijo de la mujer que da a luz), genético (es hijo de quien aporta el material genético ovular) y social (es hijo

de la madre que ha solicitado esa gestación por subrogación) y como siempre debe escogerse el que mejor represente el interés del menor.

4. Bad Fórum Shopping y distinción de supuestos: dentro de esto debemos distinguir dos supuestos:

o Si los sujetos no han acudido a las autoridades extranjeras con el único fin de que se determine la filiación, no se dará el supuesto del Bad Fórum Shopping.

o El hijo ha nacido en España a través de gestación subrogada también producida en España, y los sujetos se han trasladado al extranjero con el único propósito de obtener una decisión pública favorable sobre la filiación del nacido (sentencia o certificación registral), en este caso existe claro Bad Fórum Shopping, por lo que la sentencia o certificación que nazca por esta vía no debe tener cabida de reconocimiento en España.

Hay que hacer una pequeña matización en cuanto al Forum Shopping y es que se produce en estos casos una “deslocalización artificial de la relación jurídica”, de tal manera que no procede admitir estos casos como un fórum shopping fraudulento porque se perjudicaría el interés del menor.

5. Filiación determinada en un Estado Miembro de la UE y orden público internacional : es perfectamente posible que en el país donde se produjo esa gestación subrogada la madre que dio a luz no se considerada la verdadera madre, si no que la verdadera madre será aquella que instó ese procedimiento de gestación por sustitución, de esta manera el menor se considerará hijo de unas determinadas personas (las que han alquilado el útero) en ese país en concreto, con arreglo a su Derecho Vigente, aunque con arreglo al Derecho Español sea considerado hijo de otras personas diferentes. Esto suscita un grave problema, tal es que si se considera en un Estado miembro de la UE, a un menor hijo de unas personas determinadas y en otro Estado miembro hijo de otras personas diferentes, se está vulnerando el derecho a la libre circulación del menor nacido en la UE. La solución a este problema sería que cuando un sujeto tenga doble filiación otorgada legalmente por cualquiera de los Derechos de los Estados Miembros de la UE, dicho sujeto tiene derecho a escoger qué filiación quiere que sea la prevalente. Como en todos los casos hay una excepción: un Estado miembro puede negarse a reconocer una filiación determinada en otro Estado miembro si con esto se vulnera el orden público internacional del Estado en cuestión o si la decisión extranjera ha sido expedida tras la búsqueda por los interesados de un foro de conveniencia.

4). Filiación adoptiva

En el ordenamiento interno español la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional , si bien en su título se refiere a la adopción en general, en su articulado la mayoría de sus preceptos se refieren a la adopción de menores. Conviene tener presente a este respecto que el ordenamiento jurídico español no ha olvidado la posibilidad excepcional de

que las personas mayores de edad puedan ser adoptadas, pero eso, como queda dicho, de forma excepcional como figura en el artículo 175.2 del Código civil cuando dispone que únicamente podrán ser adoptados los menores no emancipados aunque, "por excepción, será posible la adopción de un mayor de edad o de un menor emancipado cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación no interrumpida de acogimiento o convivencia, iniciada antes de que el adoptante hubiere cumplido los catorce años".

Por ello cabe interpretar conforme al conjunto de principios informadores y protectores relativos a la adopción en general, interna e internacional, que toda la normativa referida a la adopción de menores podrá y deberá ser aplicada excepcionalmente y por analogía a la adopción de mayores (mayor de edad o menor emancipado), llevando a cabo las adaptaciones y ajustes necesarios en atención a la condición de mayores de edad y con respeto a las bases fundamentales de la figura jurídica de la filiación adoptiva.

La Ley 54/2007, entiende por adopción internacional el "vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos" (art. 1.2) y, como han señalado CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, esta noción amplia y generosa, tan sólo parece dejar fuera un supuesto prácticamente inexistente en la realidad, a saber, el de la adopción constituida por autoridad extranjera y que afecta a adoptantes españoles y adoptando español, todos ellos con residencia habitual en España.

Pero esa noción amplia de la adopción internacional no ha impedido que la Ley 54/2007 establezca los siguientes supuestos que impiden o condicionan la adopción (art. 4):

1. No se tramitarán solicitudes de adopción de menores nacionales de otro país o con residencia habitual en otro Estado en las siguientes circunstancias:

a) Cuando el país en que el menor adoptando tenga su residencia habitual se encuentre en conflicto bélico o inmerso en un desastre natural. b) Si no existe en el país una autoridad específica que controle y garantice la adopción.

c) Cuando en el país no se den las garantías adecuadas para la adopción y las prácticas y trámites de la adopción en el mismo no respeten el interés del menor o no cumplan los principios éticos y jurídicos internacionales referidos en el artículo 3.

2. Las Entidades Públicas de Protección de Menores españolas podrán establecer que, con respecto a un determinado Estado, únicamente se tramiten solicitudes de adopción internacional a través de Entidades Colaboradoras acreditadas o autorizadas por las autoridades de ambos

Estados, cuando se constate que otra vía de tramitación presenta riesgos evidentes por la falta de garantías adecuadas.

3. La tramitación de solicitudes para la adopción de aquellos menores extranjeros que hayan sido acogidos en programas humanitarios de estancia temporal por motivo de vacaciones, estudios o tratamiento médico, requerirá que tales acogimientos hayan finalizado conforme a las condiciones para las que fueron constituidos y que en su país de origen participen en programas de adopción debidamente regulados.

4. A efectos de la decisión a adoptar por la Entidad Pública competente en cada Comunidad Autónoma en los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 de este artículo, se procurará la correspondiente coordinación autonómica, pudiendo someterse dicha decisión a la consideración previa del correspondiente órgano de coordinación institucional de las Administraciones Públicas sobre adopción internacional, así como del Consejo Consultivo de

5. La función de intermediación en la adopción internacional únicamente podrá efectuarse por las Entidades Públicas de Protección de Menores y por las Entidades de Colaboración, debidamente autorizadas por aquéllas y por la correspondiente autoridad del país de origen de los menores. Ninguna otra persona o entidad podrá intervenir en funciones de intermediación para adopciones internacionales.

6. En las adopciones internacionales nunca podrán producirse beneficios financieros distintos de aquellos que fueran precisos para cubrir estrictamente los gastos necesarios.

La adopción internacional ha de garantizar en todo momento el interés superior del menor así como el de los adoptantes y demás personas que implicadas en el proceso adoptivo (art. 2 de la Ley 54/2007), armonizando la cooperación internacional e interna entre las autoridades intervinientes, tanto públicas como privadas (Cap. II, arts. 5-9 de la Ley 54/2007).

· La adopción internacional en el derecho convencional

Si bien los esfuerzos para regular la adopción internacional en el derecho convencional general y bilateral han sido hasta ahora numéricamente escasos y de eficacia dudosa a excepción del Convenio de la Haya de 1993, se da cuenta a continuación de aquellos instrumentos internacionales ya citados, que informa en conjunto el tratamiento que la adopción ha recibido en España, tanto en ejercicio de las competencias exclusivas del Estado como en el propio de las Comunidades Autónomas.

A) Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 . En su artículo 21 obliga a los Estados parte a establecer todo un sistema de garantías, en particular respecto al adoptando:

“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y:

a) Velarán por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario;

b) Reconocerán que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen;

c) Velarán por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen;

d) Adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella;

e) Promoverán, cuando corresponda, los objetivos del presente artículo mediante la concertación de arreglos o acuerdos bilaterales o multilaterales y se esforzarán, dentro de este marco, por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes”.

B) El derecho convencional de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

La Conferencia de La Haya ha elaborado hasta el momento dos instrumentos internacionales en materia de adopción. El primero de ellos fue el Convenio relativo a la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción, de 15 de noviembre de 1965 , en la actualidad denunciado por Austria, Reino Unido y Suiza, únicos Estados que fueron parte -España nunca fue parte del mismo- y que desde su primer momento fue un claro ejemplo de la sempiterna ineficacia de los foros internacionales que se han ocupado de la elaboración normativa sobre la adopción internacional a excepción del Convenio de La Haya de 1993.

Y el segundo Convenio de la Haya en materia de adopción, que realmente ha sido el primero que el ámbito general convencional ha logrado una aceptación y eficacia relevantes, ha sido el Convenio sobre protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993 , del que en la actualidad han llegado a formar partecerca de ochenta Estados entre ellos España y que ha sido una fuente informadora de primera

magnitud en la elaboración de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional. Las razones contradictorias de la eficacia de este Convenio y de la reforma de la adopción internacional llevada a cabo en las últimas décadas en muchos ordenamientos internos y en el de España también (Ley 54/2007), hay que encontrarlas desgraciadamente, de un lado, en la necesidad de los países ricos cuyos nacionales son los que con más frecuencia acuden a la filiación adoptiva y, de otra parte, en la inercia a la que los países pobres se ven sumidos e inducidos para facilitar adopciones de sus nacionales menores a los que no se les garantiza el mínimo de dignidad para subsistir como personas.

El objeto de este Convenio (art. 1) es triple: a) garantizar que las adopciones internacionales se realicen en interés del menor y con respeto a sus derechos fundamentales; b) instaurar un sistema cooperación internacional entre los Estados parte que garantice los mencionados derechos y prevenga la sustracción, la venta y el tráfico de menores en general; y c) asegurar que las adopciones realizadas sean reconocidas en los Estados parte.

El Convenio se aplica respecto a menores de dieciocho años con residencia habitual en un Estado parte que hayan sido o vayan a ser desplazados de ese Estado a otro Estado parte una vez adoptados o con la finalidad de ser adoptados y sólo se refiere a las adopciones que establezcan un vínculo de filiación.

Se establece en su articulado una serie de requisitos y condiciones acerca de la idoneidad de adoptantes y adoptandos para la formalización de las adopciones y se establecen garantías para que los desplazamientos internacionales de menores afectados por tales adopciones se puedan llevar a cabo con la seguridad jurídica necesaria en beneficio de los menores .

Para el logro de lo anterior se establece un amplio sistema de cooperación internacional entre Autoridades Centrales de los Estados parte y entre éstas y todas aquellas autoridades u organismos intervinientes en los procedimientos o expedientes de adopción, públicas o privadas debidamente reconocidas, desvelándose este sistema de cooperación como la pieza clave para el logro y cumplimiento de los objetivos convencionales. En tal sentido estamos ante el primer convenio internacional ratificado por España en el que, por razón del reparto de competencias establecidas en la Constitución, tienen competencias y obligaciones específicas en materia de adopción instituciones públicas de las Comunidades Autónomas.

Y por último importa destacar la importancia práctica que tiene este Convenio en materia de reconocimiento automático de las adopciones practicadas en aplicación del mismo. Todas las adopciones que hayan sido realizadas en un Estado parte, serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados parte (art. 23) y ese reconocimiento sólo podrá denegarse si la adopción es manifiestamente contraria al orden público del Estado contratante en el que se haya solicitado, teniendo en cuenta el interés superior del niño (art. 24). Ese reconocimiento tendrá los efectos de la filiación y la ruptura del vínculo preexistente de filiación biológica (art. 26) y,

si esta ruptura del vínculo no se produjo en el Estado de origen de la adopción, podrá ser convertida en una adopción que produzca tal efecto si la ley del Estado de recepción lo permite y concurren los requisitos del artículo 4, apartados c) y d) (consentimiento y demás garantías jurídicas) del Convenio (art. 27).

C) Por lo que se refiere a la adopción en el derecho convencional del Consejo de Europa , el único instrumento aprobado lo fue mediante el Convenio en materia de adopciones menores, hecho en Estrasburgo el 24 de abril de 1967 , del que España no forma parte y que, a pesar de haber sido criticado de generalista porque se centra en la necesidad cooperación internacional, de respeto al interés de los menores adoptandos y en la equiparación de la adopción con la filiación biológica, no hay que restarle importancia toda vez que de él han pasado a formar parte cerca de una veintena de países (Alemania, Austria, Dinamarca, Grecia, Irlanda, Italia, Letonia, ex República yugoslava de Macedonia, Liechtenstein, Noruega, Polonia, Portugal, República Checa, Rumania, Reino Unido, Suecia y Suiza), extremo que viene a garantizar de forma elocuente la protección de los menores adoptandos.

D) La adopción en el ámbito de Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP) de la Organización de Estados Americanos (OEA). El primer antecedente convencional se sitúa en el Código de Bustamante (Convención de Derecho Internacional Privado), hecho en La Habana el 20 de febrero de 1928 y, más tarde, en el Tratado de Derecho Civil Internacional hecho en Montevideo en 1940 , por lo que se refiere a la capacidad de las personas, sus condiciones y efectos, que se regirán por las leyes respectivas del domicilio de las partes, en cuanto sean concordantes, con tal de que el acto conste en documento público.

La CIDIP-III aprobó la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores, de 24 de mayo de 1984 , en la ciudad de La Paz (Bolivia) y de la que en la actualidad forman parte Belice, Brasil, Chile, Colombia, México y Panamá, Estados todos ellos afectados por la adopción internacional de menores de su nacionalidad. Este Convenio opta por la aplicación distributiva de la ley de la residencia habitual del menor en cuanto a la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado (art. 3) y la ley del domicilio del adoptante o adoptantes por lo que se refiere a su capacidad, demás requisitos y consentimiento, siempre que dicha ley no sea "inferior" en requisitos que la ley de la residencia habitual del adoptado, en cuyo caso regirá esta última (art. 4). En fin, los efectos de la adopción plena se regirán por la ley del adoptante y los de la no plena de igual forma, excepto en las relaciones del adoptado con su familia de origen que se regirán por la ley de su residencia habitual en el momento de la adopción (arts. 9 y 10).

Y por último, hay que señalar que la CIDIP-V, aprobó la Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores, hecha en México el 18 de marzo de 1994 y de la que forman parte en la actualidad Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Nicaragua,

Panamá, Perú y Uruguay, Estados también todos ellos afectados por la adopción internacional de menores de su nacionalidad. La Convención considera que las adopciones y otras figuras afines constituidas en un Estado parte serán susceptibles de anulación cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores, sometiéndose dicha anulación a la ley y a las autoridades del Estado de constitución de la adopción o de la institución de que se trate, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor (art. 18).

Previamente se establece que se entenderá por “tráfico internacional de menores”, la sustracción, el traslado o la retención o la tentativa de alguno de estos actos, de un menor con propósitos o medios ilícitos (art. 2).

Se introduce en esta Convención de 1994 un elemento novedoso de gran importancia en el derecho internacional privado como es el tratamiento de los aspectos penales en su Capítulo II, artículos 7 a 11, además de los aspectos civiles contenidos en el Capítulo III, artículos 12 a 22, del tráfico internacional de menores. Los Estados parte se comprometen a adoptar medidas eficaces conforme a su derecho interno, para prevenir y sancionar severamente el tráfico internacional de menores conforme se define en la Convención (art. 7).

Por cuanto se deja expuesto no resulta extraño que Estados Unidos de América no haya ratificado esta Convención a pesar de ser Estado miembro de la OEA-CIDIP y, de otra parte, que España tampoco se haya adherido a ella a pesar de ser Estado observador en la expresada organización internacional de carácter integrador del continente americano. Los países ricos de la OEA como Estados Unidos, Canadá difícilmente la legarán a ratificar pues al fin y al cabo son receptores de menores adoptados y, por lo que se refiere a España, que también es país receptores de menores adoptando de Latinoamérica, su posible adhesión a la Convención sería un buen ejemplo a seguir en Europa y complemento muy positivo para garantizar la protección de los derechos de los menores - interés del menor - conforme a las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 , la Convención de La Haya de 1993 y la Ley 54/2007 .

· Ley aplicable a la adopción internacional

En lo que se refiere a la ley aplicable a la adopción internacional en el derecho español, podemos diferenciar dos grandes supuestos: de un lado, la ley por la que se rige la filiación adoptiva y, de otra parte, la ley aplicable a la constitución de la adopción internacional por los órganos jurisdiccionales competentes españoles.

A) Ley aplicable al carácter y contenido de la filiación adoptiva y las relaciones paterno-filiales.

Habida cuenta la equiparación jurídica llevada a cabo a partir de la Constitución de 1978 entre la filiación por naturaleza y la adoptiva, la ley aplicable a ambas filiaciones equiparadas es la misma conforme a los

dispuesto en el artículo 9.4 del Código civil en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor , del siguiente tenor literal:

Art. 9.4 del Código civil. El carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirá por la ley personal del hijo y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo.

Estamos pues ante una armonía razonable entre, de una parte, la ley rectora de la adopción y las relaciones paterno-filiales adoptivas que genera y, de otra parte, con la regulación de los foros de competencia judicial en materia de adopción internacional estudiados en el epígrafe anterior, todo ello en aras de la mejor protección del interés del menor y en correspondencia con el principio favor filii .

B) Ley aplicable en la constitución de la adopción internacional por autoridad competente española .

El principio general marcado por la Ley 54/2007, es el de que cuando la autoridad judicial española competente proceda a dar trámite al expediente de adopción, deberá aplicar la ley española partiendo de la base de que, como señalan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, ello se hace con la perspectiva de que "la adopción debe regirse por la ley del país en cuya sociedad el adoptando tiene o va a tener próximamente su «centro social de vida».

Bajo el título Sección 1ª. ADOPCIÓN REGIDA POR LA LEY ESPAÑOLA del Capítulo II. Ley aplicable a la adopción , la Ley 54/2007 comienza así la remisión a la ley material española en la constitución de la adopción por autoridad judicial competente española:

Artículo 18. Ley aplicable a la constitución de la adopción.

1. La adopción constituida por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la ley material española en los siguientes casos:

a) Cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción.

b) Cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España.

Sin perjuicio de lo establecido en el precepto anteriormente transcrito, en el artículo 20 de la expresada Ley se establece que la autoridad española competente podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando, cuando concurren estas circunstancias: que los mencionados consentimientos, audiencias o

autorizaciones repercutan en interés del menor adoptando, en particular si así se facilita la validez de la adopción en otros países; y cuando los mismos sean solicitados por el adoptante o el Ministerio Fiscal.

De nuevo se comprueba en este artículo 20, el robustecimiento del poder discrecional de la autoridad competente española, sea juez o cónsul, cuestión que queda expresada de forma poco atenta al interés del menor . Ello es así hasta el punto de que el legislador expresa una desconfianza hacia la actividad a desarrollar por las autoridades competentes en orden al cumplimiento de las referidas exigencias - de la ley nacional o de la residencia habitual del adoptante o del adoptando, siempre⁴ en interés del menor adoptando-, que explicita algo tan obvio, sea cual fuere el caso o el supuesto, como que su cumplimiento podrá ser solicitado por el adoptante o el Ministerio Fiscal. De otra forma, si la autoridad competente no atendiera al interés del menor en el sentido indicado por el precepto - en el marco general de la Ley, lo que estaría haciendo es, directamente, incumplir el mandato legal. Lo que en realidad importa es en aplicar la ley más próxima a la persona del menor adoptante, con respeto al interés del adoptante.

Al punto de partida de la remisión a la aplicación de la ley material española para la constitución de la adopción y para facilitar la debida protección de los adoptandos y el principio favor filii , se añaden las siguientes particularidades que dan entrada a la posible aplicación de la ley extranjera:

Artículo 19. Capacidad del adoptando y consentimientos necesarios.

1. La capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción, se regirán por la ley nacional del adoptando y no por la ley sustantiva española, en los siguientes casos:

a) Si el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción.

b) Si el adoptando no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española, aunque resida en España.

2. La aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo procederá, únicamente, cuando la autoridad española competente estime que con ello se facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando.

3. No procederá la aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo cuando se trate de adoptandos apátridas o con nacionalidad indeterminada.

C) Supuestos de aplicación de la ley extranjera en la constitución de la adopción por autoridad competente española.

La aplicación de la ley extranjera a la constitución de la adopción fue hasta la Ley 54/2007 un supuesto del que receló el ordenamiento jurídico

español, debido a una concepción nacionalista que no supo abordar plenamente la problemática de la adopción internacional y, al mismo tiempo, por entender que la posible aplicación de una ley no española podría alejar el objetivo fundamental de protección del menor a adoptar. De ahí que la Ley 54/2007 derogase la redacción del artículo 9.5 del Código civil cuyo texto fue modificado la última vez mediante la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

Pero la nueva redacción del artículo 9.5 del Código civil, que contiene la designación de la ley aplicable a la constitución de la adopción internacional en España y los efectos en España de las constituidas por autoridad extranjera, que se regirán ambas por las normas de la Ley 54/2007, sigue ubicada en un cuerpo sustantivo como es el Código civil cuando en realidad, en cuanto norma procesal, debería haber estado situado en una ley procesal (Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley Orgánica del Poder Judicial) o en la misma 54/2007 de Adopción Internacional. En definitiva, además, carece de sentido la vigente redacción del artículo 9.5 del Código civil, pues lo único que hace es decirnos que existe la Ley 54/2007, dato que ya nos había dado a conocer el Boletín Oficial del Estado.

El artículo 21, que lleva por título Ley aplicable a la constitución de la adopción, de la Ley 54/2007, único de la Sección 2ª. Adopción regida por una ley extranjera, contempla un supuesto base al que añade posteriormente dos normas que lo completan y matizan.

El mencionado precepto parte del supuesto consistente en que el adoptando no tenga residencia habitual en España y, además no haya sido o no vaya a ser trasladado a España con la finalidad establecer su residencia habitual en España, para establecer que la constitución de la adopción se regirá:

a) Por la ley del país al que haya sido o vaya a ser trasladado el adoptando con la finalidad de establecer su residencia habitual en dicho país.

b) En defecto del criterio anterior, es decir, subsidiariamente, por la ley del país de la residencia habitual del adoptando.

Como ya se ha anunciado, a este supuesto básico se le añaden las siguientes matizaciones que lo complementa:

a) La autoridad española competente para la constitución de la adopción podrá tener en cuenta, es decir, no está obligada a ello, los requisitos de capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes, previstos en la ley nacional del adoptando en el caso de que dicha autoridad considere que esos requisitos facilitan la validez de la adopción en el país de la nacionalidad del adoptando.

b) La autoridad española competente para la constitución de la adopción podrá, igualmente, tener en cuenta -no nuevo no se ordena la obligatoriedad- los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas

por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o adoptando, en el caso de que dicha autoridad considere que esos requisitos facilitan la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto.

Con esta fórmula del artículo 21 el legislador ha querido expresar una vez más su receptividad de la adopción internacional, teniendo particularmente en cuenta, entre otros, los siguientes objetivos: 1) robustecer la protección del adoptando y de la propia adopción a constituir propiciando aplicar o a tener en cuenta facultativa y discrecionalmente por la autoridad competente española, prioritariamente la ley nacional o la ley de la residencia habitual del adoptando pero, también, la ley nacional o de la residencia habitual del adoptante; 2) aproximar al máximo la ley aplicable a estas constituciones de la adopción internacional con el lugar donde vaya a vivir materialmente el adoptando; 3) reafirmar el rechazo a las adopciones de personas vinculadas por nacionalidad o residencia habitual a ordenamientos jurídicos que no admitan la adopción; y 4), tener en cuenta los cambios de elementos básicos de los requisitos de la adopción desde que se inician los primeros trámites hasta que formalmente se constituya, como ejemplo el cambio de residencia o de nacionalidad, tanto del adoptante como del adoptando. Pero los expresados objetivos de política legislativa podría ser cuestionados una vez más por la posibilidad de que en esas adopciones haga acto de presencia el fraude con cambios artificiales de nacionalidad o residencia habitual para obtener más fácilmente la adopción internacional, irregularidad que en ocasiones no sería fácil detectar y que permitiría situar ese intento de adopción fraudulenta en el marco del llamado tráfico ilícito de menores con previsibles connotaciones de carácter penal.

D) Ley aplicable a conversión, nulidad y revisión de la adopción internacional .

Conforme a los parámetros normativos expuestos sobre determinación de la competencia judicial en materia de adopción internacional, la Ley 54/2007 retoma en el Capítulo II. Ley aplicable a la adopción , las figuras jurídicas de la conversión, la nulidad y la revisión de las adopciones para establecer en su artículo 22 que será aplicable a las mismas la ya examinada del correspondiente a la constitución de la adopción en el anterior artículo 18.

Todo parece indicar que el legislador a optado por la aplicación de la ley expresada (la de la constitución) para facilitar la aplicación de la ley que, en principio, puede presentar mayores vínculos con la adopción -en particular el adoptando o adoptado, según sea-, pero también se podría objetar que esas mayores o mejores vínculos con la realidad del menor se han podido desplazar por el simple transcurso del tiempo a otros ámbitos normativos. Por ello es de interés la reflexión que aportan CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ en el sentido de que a los tres supuestos contemplados -conservación, nulidad y revisión de la adopción- además de ser diferentes, les será de aplicación la ley de la constitución de la adopción se tendrá que modular adecuadamente en interés del menor en cada caso concreto, con especial atención al factor

tiempo y su referencia al momento en que haya tenido lugar la solicitud correspondiente y no en atención al momento de la constitución de la adopción a que remite literalmente el expresado artículo 22.

Sea como fuere, parquedad o desatino del legislador, si no se admitiera la expresada modulación de la ley aplicable, estaríamos ante una posible limitación normativa no querida por el legislador, que podría debilitar el tratamiento generoso de la aceptación de las adopciones internacionales y, lo que es más importante, entre otros extremos, se estaría ante impedimento relevante en la aceptación por el derecho español de la conversión de la adopción simple en plena por la que ha optado la Ley 54/2007.

E) Alcance jurídico del orden público internacional español .

Cuando en la constitución de una adopción por autoridad competente española, órgano jurisdiccional o Cónsul, la ley extranjera designada para su aplicación sea contraria a los principios básicos del ordenamiento jurídico español, no podrá aplicarse a tenor de lo dispuesto expresamente en la cláusula de orden público del artículo 23 de la Ley 54/2007, según la cual:

Artículo 23. Orden público internacional español.

En ningún caso procederá la aplicación de una ley extranjera cuando resulte manifiestamente contraria al orden público internacional español. A tal efecto se tendrá en cuenta el interés superior del menor y los vínculos sustanciales del supuesto con España. Los aspectos de la adopción que no puedan regirse por un Derecho extranjero al resultar éste contrario al orden público internacional español, se regirán por el Derecho sustantivo español.

Se está ante cláusula de orden público para exceptuar la aplicación de la ley extranjera designada al efecto, de la que hay que resaltar, entre otros, los siguientes elementos estructurales:

a) La ley extranjero ha de resultar manifiestamente contraria a los principios básicos del ordenamiento español de forma clara, concreta y precisa;

b) En el marco del derecho español habrá que tener particularmente en cuenta el alcance de lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, que remite la interpretación de los Derechos Fundamentales al derecho internacional convencional general y particular sobre Derechos Humanos, en el que hay que destacar la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950, el Convenio de La Haya sobre adopción de 1993 y concordantes;

c) El interés superior del menor y los vínculos sustanciales del supuesto con España que, como concepto jurídico indeterminado ha de concretarse conforme a los elementos que suministran las normas, in casu y sin incurrir en la irregularidad jurídica de restar a la cláusula de orden público su carácter

de excepción que no puede rendirse ante la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales, jueces, tribunales o cónsules;

d) Los aspectos de la adopción que no puedan regirse por la ley extranjera designada al efecto, se regirán por el derecho sustantivo español.

Por ello, no cabe duda de que el legislador no ha querido dar cauce a la tradicional aplicación abusiva de la cláusula de orden público, facilitando unos criterios y elementos precisos para su aplicación de carácter excepcional y restrictiva en el sentido indicado.

Bibliografía:

- Diario La Ley, Nº 6910, Sección Dossier, 25 Mar. 2008, Año XXIX, Editorial LA LEY

- Actualidad Civil , Nº 10, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 May. 2009, pág. 1134, tomo 1, Editorial LA LEY

- www.noticiasjuridicas.com

Segunda versión

Cabe señalar la existencia de diversos países que desconocen esta institución jurídica, o incluso otros, especialmente los musulmanes, que la prohíben expresamente cuando el adoptado y/o adoptante son musulmanes. En éstos últimos, los menores sin familia biológica son protegidos a través de otros mecanismos jurídicos, como la kafala, en virtud de la cual el titular de la kafala se hace cargo de la manutención y educación de un menor, pero sin que ello genere un vínculo de filiación.

En otros países, fundamentalmente en los Estados Unidos de América, la adopción es un contrato entre la madre biológica y los futuros padres adoptivos en el que suele intervenir normalmente un abogado, el cual, una vez cumplido, es formalizado ante autoridad administrativa o judicial.

La Ley de Adopción Internacional no reconocerá los efectos propios de la "adopción" a una adopción constituida en país extranjero por un mero contrato entre las partes afectadas (adopción contractual pura o adopción independiente), siendo irrelevante que ésta sea válida en el país donde se constituyó. Esto se justifica en una de las condiciones establecidas en el art. 26 LAI para el reconocimiento de la adopción constituida por autoridades extranjeras: precisamente que la constitución se lleve a cabo por una autoridad pública extranjera.

No obstante, el Convenio de la Haya de 1993, del que España es parte y cuya aplicación será preferente si la contraparte es también parte en el mismo, sí que admite, aunque con recelo, estas adopciones independientes. Así lo establece el art. 22.2 CH cuando declara que las funciones de la Autoridad Central podrán ser ejercidas por personas íntegras, competentes y

experimentadas en el ámbito de la adopción internacional (si bien el apartado 4 de dicho artículo permite que cualquier Estado contratante declare la exclusión de la intervención de estas personas en las adopciones de niños residentes en su territorio. Estos sujetos, a los que se les denomina normalmente mediadores independientes, establecen contactos en los países de origen con personas a las que presentan a quienes desean adoptar, no asumiendo, generalmente, ninguna responsabilidad. La valoración de los mediadores independientes es muy dispar. Por un lado, se critican los riesgos de realizarse prácticas discutibles o ilícitas, como la adopción sin autorización para la llegada del niño al país de acogida o con autorización correspondiente a otro niño, o faltándole algunos certificados exigidos en el país de origen, o incluso su presentación a las autoridades bastante después de la entrada en el país; además de la ausencia en ocasiones de principios estrictos en la selección de los padres adoptivos, las presiones ejercidas sobre los padres biológicos, la falsificación de documentos oficiales, los beneficios indebidos y hasta la venta de niños. Sin embargo, los adoptantes muestran cierta preferencia por su intervención, originada por la escasez de niños disponibles a través de los organismos o agencias autorizadas, por la reducción de la excesiva duración de la espera, el menor coste y el no sometimiento a los criterios de acoplamiento seguidos oficialmente.

En último lugar, en numerosos países, entre ellos la mayoría de los occidentales, y en particular en España, la adopción se ha convertido en una institución de protección del menor y, en consecuencia, su régimen jurídico estará presidido por el principio del "interés del menor", por lo que será necesaria la intervención de una autoridad pública que ejerza su control, de carácter administrativo en la fase de instrucción y de naturaleza jurisdiccional en la fase judicial.

La adopción internacional, en los términos del artículo 1.2 LAI ("vínculo jurídico de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de la residencia habitual de adoptantes o adoptandos"), cubre la llamada adopción plena y también la adopción simple o menos plena.

En efecto, frente a las adopciones plenas, las adopciones simples o menos plenas, si bien también crean vínculos de filiación entre adoptando y adoptante, no suponen la ruptura de los vínculos jurídicos con la familia de origen, suelen ser revocables y, con frecuencia, no producen los mismos efectos en lo que se refiere al contenido de la filiación. Es preciso aclarar que este concepto cubre una realidad muy extensa de tipos de adopción con notables diferencias entre sí.

Estas adopciones simples son habituales en Estados sudamericanos, como, por ejemplo, Argentina, donde el adoptado conserva el vínculo originario con su propia familia y no adquiere vínculo familiar con los parientes del adoptante, no existiendo tampoco relación familiar entre el adoptante y los descendientes del adoptado; lo cual no obsta la total equiparación respecto a la sucesión del adoptado con hijo legítimo, que le confiere igual derecho para heredar. También son admitidas en países occidentales como Francia, Mónaco, Portugal, Bélgica, Bulgaria y Polonia.

Sin embargo, diversos países (sobre todo occidentales) no contemplan esta figura.

En efecto, en España sólo existe la adopción plena e irrevocable, si bien no siempre fue así.

La Ley de 24 de abril de 1958 diversificó el instituto adoptivo en dos tipos: la plena (reservada exclusivamente para la adopción de los abandonados y expósitos) y la menos plena (en términos similares a como se había perfilado en el Código Civil: atribuyendo la patria potestad a los adoptantes pero sin romper los vínculos entre el adoptado y su familia natural). Así, la adopción menos plena se concebía como una figura de carácter residual para aquellos que no pudieran constituir una adopción plena y así lo puso de manifiesto la posterior Ley de 4 de julio de 1970. Pero con la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 se produjeron varias reformas en lo dispuesto por el Código Civil en materia de relaciones paterno-filiales e instituciones de protección del menor, en concreto, la Ley 11/1981 modificó el artículo 108 CE, el cual pasó a disponer que los mismos efectos de la filiación matrimonial o no matrimonial surtirían para la filiación adoptiva constituída en forma plena, pero no para la constituída en forma simple, a la cual se la vacía de contenido. Al fin, la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, poniendo de manifiesto la escasa trascendencia y utilización marginal de la adopción simple, afronta su desregulación, permitiendo la conversión de las adopciones simples ya existentes en adopciones plenas mediante el cumplimiento de una serie de requisitos. El legislador español desarrolla entonces la figura del acogimiento familiar, pudiendo entenderse con la intención de suplir los supuestos en los que la adopción simple pudiera tener cierta funcionalidad, puesto que en ambos casos pueden revestir un carácter temporal, comparten la pervivencia de los vínculos del menor con la familia biológica y prevén la conversión en adopción plena satisfaciendo ciertas condiciones.

En la actualidad, la LAI, en su artículo 15.4, establece que “a efectos de lo establecido en esta Ley, se entenderá por adopción simple o menos plena aquélla constituída por autoridad extranjera competente cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos para la adopción en la legislación española”, siendo éstos la extinción de los vínculos jurídicos sustanciales entre el adoptado y su familia anterior, la igualdad entre el vínculo de filiación adoptiva y el vínculo de filiación natural, y el carácter irrevocable de la adopción (art. 26 LAI).

Respecto a su ley aplicable, las normas de conflicto recogidas en los arts. 18-23 LAI señalan la ley aplicable tanto a la adopción plena, como a la adopción simple. Sin embargo, si dicha norma de conflicto señala la Ley sustantiva española como ley aplicable, no será posible constituir una adopción simple por juez español, ya que la misma no se recoge en Derecho español.

En cuanto al reconocimiento de la adopción simple, que sólo podrá ser constituida entonces por autoridades extranjeras, ésta no podrá ser reconocida como adopción en España, puesto que produce una serie de efectos jurídicos que no se corresponden de modo sustancial con los efectos jurídicos que surte la adopción regulada en el Derecho español, que es la adopción plena (art. 26 LAI). Pese a ello, el art. 30.1 LAI establece que “la adopción simple o menos plena constituida por autoridad extranjera surtirá efectos en España, como adopción simple o menos plena, si se ajusta a la ley nacional del adoptado con arreglo al artículo 9.4 del Código Civil”, acogiéndose así la tesis del “reconocimiento material a través de la Ley nacional del adoptando”. Sin embargo, éstas no podrán ser inscritas en el Registro civil español, al no ajustarse al art. 26 LAI (art. 30.3 LAI).

Por su parte, el CH 1993, que regula con carácter preferente lo regulado en el ámbito material de la LAI con respecto al reconocimiento en España (Estado parte) de adopciones, simples o plenas, constituidas por autoridades extranjeras de otro Estado parte, señala que dichas adopciones simples serán consideradas existentes y válidas y surtirán los llamados efectos mínimos de la adopción (art. 26 CH 1993) y también los efectos que indique la Ley nacional del hijo (art. 9.4 CC).

Con todo lo dicho, existe una posibilidad para que las adopciones simples constituidas por autoridades extranjeras surtan los efectos propios de las adopciones plenas en España: su previa conversión en adopciones plenas. El art. 22 dispone, en cuanto a la ley aplicable a la misma, que los criterios anteriores sobre determinación de la ley aplicable a la constitución de la adopción serán aplicables también para precisar la ley aplicable a la conversión, nulidad y revisión de la adopción. Por tanto, la normativa aludida es la material o sustantiva en materia adoptcional, esto es, el CC y la propia LAI. En concreto, la conversión se realizará con arreglo al procedimiento específico previsto en el art. 30. 4 LAI. Dicho procedimiento supone un cambio de la ley aplicable a la adopción, ya que se trata de convertir una adopción simple, regida inevitablemente por un Derecho extranjero, en una adopción plena regida por el Derecho español.

Tal como establece el art. 30.4 LAI, “la conversión se regirá por la ley determinada con arreglo a las disposiciones de esta Ley”. De este modo, la adopción simple o menos plena será considerada como un “acogimiento familiar” aunque sólo a los efectos de su conversión en una adopción plena, no siendo necesario para instar el correspondiente expediente judicial la propuesta previa de la Entidad Pública competente. Este paso ahorra la fase administrativa exigible a las adopciones constituidas ante autoridad española, siempre y cuando el menor haya llevado más de un año acogido legalmente.

Visto lo anterior, para la transformación de la adopción simple en adopción plena deberá seguirse la tesis cumulativa-distributiva: será regida por la ley sustantiva extranjera y por la ley sustantiva española. Entonces, la ley extranjera ya aplicada a la constitución de la adopción simple debe ser consultada a los efectos de permitir la conversión, y la ley sustantiva española debe aplicarse para fijar el modo concreto de dicha conversión, lo cual

conduce al examen por la autoridad española competente de la concurrencia de los requisitos contemplados en el art. 30.4 LAI: "a) que las personas, instituciones y autoridades cuyo consentimiento se requiera para la adopción hayan sido convenientemente asesoradas e informadas sobre las consecuencias de su consentimiento, sobre los efectos de la adopción y, en concreto, sobre la extinción de los vínculos jurídicos entre el niño y su familia de origen; b) que tales personas hayan manifestado su consentimiento libremente, en la forma legalmente prevista y que este consentimiento haya sido prestado por escrito; c) que los consentimientos no se hayan obtenido mediante pago o compensación de clase alguna y que tales consentimientos no hayan sido revocados; d) que el consentimiento de la madre, cuando se exija, se haya prestado ras el nacimiento del niño; e) que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, éste haya sido convenientemente asesorado e informado sobre los efectos de la adopción y, cuando se exija, de su consentimiento a la misma; f) que, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño, éste haya sido oído; y g) que, cuando haya de recabarse el consentimiento del menor en la adopción, se examine que éste lo manifestó libremente, en la forma y con las formalidades legalmente previstas, y sin que haya mediado precio o compensación de ninguna clase". Cabe señalar que esta lista de exigencias es sustancialmente la misma que recoge la CH 1993 en su artículo 4.

Por tanto, la conversión no es una forma de dejar sin efecto la adopción simple o menos plena, sino de mantenerla si reúne los requisitos mínimos, y varía sus efectos para adaptarlos a la adopción plena española. Así, una vez convertida en ésta, ya el adoptado adquiere la nacionalidad española si es la del adoptante o alguno de sus adoptantes, y se inscribe en el Registro civil.

BIBLIOGRAFÍA:

"Derecho Internacional Privado. Volumen II", Alfonso-Luis Calvo Caravaca, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad Carlos III de Madrid, y Javier Carrascosa González, Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universidad de Murcia, Granada 2010

"La adopción internacional. Guía de adoptantes, mediadores y juristas", Monserrat Guzmán Peces, edición nº1, Editorial LA LEY, Madrid, Mayo 2007

"Las adopciones transnacionales", Belén De Marino y Gómez-Sandoval, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1999, Ref. D-60, tomo 2, Editorial LA LEY

"¿Tan difícil resulta adoptar en nuestro país? La adopción más allá de nuestras fronteras", María Teresa Martínez Fandos y Ana Isabel Gimeno Ferrer, Diario La Ley, Sección Doctrina, 1997, Ref. D-27, tomo 1, Editorial LA LEY

"Ley de adopción internacional: formas de dejar sin efecto -o variar- una adopción de este tipo (nulidad, modificación o revisión, conversión), y sus consecuencias en la adopción nacional", Evelia Alonso Crespo, Diario La Ley,

III. Derecho a la intimidad genética vs. derecho a conocer los orígenes biológicos: reproducción asistida, gestación subrogada y adopción

Introducción

No cabe duda que, en la actualidad, el derecho a la intimidad, en conflicto con el derecho a la identidad genética, es un tema polémico, que plantea muchos debates y que va a ser objeto de estudio seguidamente.

En primer lugar, cabe hacerse el siguiente interrogante: ¿tenemos las personas derecho a conocer nuestra identidad genética? ¿Existe, efectivamente, un derecho a conocer la identidad materna frente al derecho de la madre a su intimidad y, por tanto, a guardar silencio y reserva sobre esta circunstancia?

Esta pregunta es de difícil contestación; existen argumentos a favor y en contra de ambas posturas. Parece que legal y jurisprudencialmente la postura se decanta por la protección del derecho a conocer la identidad genética, aunque siempre se trata de proteger la intimidad de la madre en la medida de lo posible.

Es importante en este tema el art. 12 LAI que reconoce que: " Las personas adoptadas, alcanzada la mayoría de edad o durante su minoría de edad representadas por sus padres, tendrán derecho a conocer los datos que sobre sus orígenes obren en poder de las Entidades Públicas españolas, sin perjuicio de las limitaciones que pudieran derivarse de la legislación de los países de que provengan los menores. Este derecho se hará efectivo con el asesoramiento, la ayuda y mediación de los servicios especializados de la Entidad Pública de Protección de Menores u organizaciones autorizadas para tal fin.

Las Entidades Públicas competentes asegurarán la conservación de la información de que dispongan relativa a los orígenes del niño, en particular la información respecto a la identidad de sus padres, así como la historia médica del niño y de su familia.

Las Entidades colaboradoras que hubieran intermediado en la adopción deberán informar a las Entidades Públicas de los datos de los que dispongan sobre los orígenes del menor.

FUNDAMENTO LEGAL DEL DERECHO A CONOCER EL PROPIO ORIGEN BIOLÓGICO EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Recogemos la batería de preceptos constitucionales que pueden amparar el derecho a conocer el propio origen en España.

Este derecho no está reconocido de forma explícita en la Constitución Española pero, sin embargo, algunos autores lo deducen implícitamente a partir de los Arts. 10, 15, 18 y 39.2 de nuestra norma fundamental. Veamos:

a).- Art. 10.1 (Derecho a la dignidad)

Según Magaldi, el Art. 10.1 proclama el respeto a la dignidad de toda persona por el mero hecho de serlo, derivándose de ella un derecho al libre desarrollo de la personalidad humana a través de la realización de los derechos irrenunciables que le son inherentes. Entre estos derechos inherentes, opina Garriga Gorina está el derecho a la identidad.

Por su parte, Quesada González entiende que el derecho a conocer la filiación de origen debe ser elevado a la categoría de derecho de la personalidad, por cuanto presenta íntimas vinculaciones con la persona, con su dignidad y con el libre desarrollo de la personalidad. Además esta autora defiende una concepción abierta de los derechos de la personalidad, dentro de los que incluye el derecho a conocer el propio origen biológico, por cuanto dignifica a la persona y contribuye al desarrollo de la personalidad desde una doble perspectiva: material y espiritual.

Magaldi es muy crítica en orden a fundamentar el derecho a conocer el propio origen biológico en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, señalando que su ubicación y proclamación en el texto constitucional de 1978 (Art. 10) no permitiría su defensa ante los Tribunales como derecho fundamental autónomo y sustantivo.

b).- Art. 15 (Derecho a la integridad física y moral)

El derecho a la integridad física y moral también podría verse vulnerado si no se reconoce el acceso de toda persona al conocimiento de su identidad biológica. Para Garriga Gorina, en el sentido de que la falta de información puede dificultar diagnósticos y tratamientos médicos o crear problemas psicológicos. Magaldi opina que ambos argumentos son cuestionables.

c).- Art. 18 (Derecho a la intimidad).

Podría también resultar afectado por un sistema que impidiera al adoptado conocer su origen. El derecho a la intimidad en su versión positiva (derecho a controlar la información acerca de si mismo). Sin embargo, en su versión negativa (derecho a la reserva, a la soledad) podría también esgrimirse por los padres biológicos.

En opinión de Garriga Gorina, este último derecho de los padres no puede sobreponerse al derecho del hijo adoptado pues lo contrario sería tergiversar la institución de la adopción, que lo que pretende es velar por los intereses del hijo y no por los de los progenitores ni por los de los padres adoptivos. Los padres biológicos no pueden impedir a la persona que procrearon la plena realización de sus derechos, entre los que se hallan el derecho a conocer su origen biológico.

Magaldi discrepa en el sentido de que entiende que le parece forzado entender que de la institución de la adopción deriva un derecho a conocer el origen biológico. Precisamente porque la adopción busca el interés del menor se ha configurado en muchos ordenamientos como algo irreversible. Si el legislador ha optado por esta configuración para favorecer la misma institución de la adopción y para proteger al menor, no puede forzarse al sistema hasta el punto de deducir del mismo derechos que no existen, por haberse estimado el legislador que existen otros intereses a primar.

d).- Art. 39.2 (Principio de protección integral de los hijos)

El principio de protección integral de los hijos, iguales ante la ley, podría quedar vulnerado si se niega a los adoptados investigar su origen.

El Art. 39.2 CE dice:

“Los poderes públicos deberán garantizar la protección integral de sus hijos sin distinción respecto de su filiación. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”

Argumenta Magaldi que el apartado segundo del Art. 39 debe ser puesto en relación con el tercero: la funcionalidad de la investigación de la paternidad es precisamente buscar a la atribución a los padres de los deberes y obligaciones de tipo asistencial de sus hijos. Si se sigue este razonamiento, el derecho del interesado a conocer su propio origen no puede ser identificado como derecho fundamental ya que cuando se admite la identificación del padre o madre genéticos, ello se efectúa siempre sin romper la filiación adoptiva.

Este razonamiento, precisamente es el que se sigue en la Sentencia 116/1999 contra la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida donde el Tribunal Constitucional explícitamente excluye el Art. 39.2 como base para declarar la inconstitucionalidad del anonimato del progenitor biológico

IDENTIDAD DE LA MADRE BIOLÓGICA :ART.47 DE LA LEY REGISTRO CIVIL Y EL ANONIMATO DE LA MADRE BIOLÓGICA

a) El sistema español antes del 21 de septiembre de 1999

En España, desde la Reforma de 1981, el Código Civil se remite a la legislación registral para la determinación extrajudicial de la filiación materna.

En esta línea, el (ya derogado) Art. 47 párrafo 1º Ley Registro Civil regulaba lo que se denomina desconocimiento de la maternidad extramatrimonial. Este carácter marcadamente voluntarista que presidía el sistema español de filiación materna se observaba también en la regulación que el Reglamento hacía respecto de la identificación de la madre en el parte médico de nacimiento en los ya derogados Arts. 167 y 181 y 182 RRC.

Lo cierto es que el sistema que se desprendía del juego del Código Civil y de la legislación registral era tal que, efectivamente, existía un verdadero derecho u opción de la mujer no casada (filiación extramatrimonial) a desconocer su maternidad, dentro del plazo de 15 días siguientes a la notificación del asiento registral de inscripción de nacimiento.

En definitiva, y como señala Magaldi, el sistema español era un sistema esencialmente voluntarista y por otro, un sistema que otorgaba a toda madre la posibilidad de que no conste su nombre en el parte médico, impidiendo con ello el acceso al Registro del nacimiento y que permitía a la mujer no casada el desconocer a un hijo que ha sido previamente inscrito en el Registro.

b) Inconstitucionalidad sobrevenida del art.47 Ley del Registro Civil por STS del 21 de septiembre de 1999

Estas normas de la legislación registral que hacían depender de la madre la constancia registral de la maternidad fueron derogadas por inconstitucionalidad sobrevenida. En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Septiembre de 1999 ha declarado que la legislación registral anterior a la Constitución que posibilita la ocultación de la identificación de la madre biológica está derogada por inconstitucionalidad sobrevenida, en concreto el artículo 47.1 de la Ley del Registro Civil y los concordantes 167 y 182 Reglamento del Registro Civil.

En esta Sentencia, tras el análisis de la normativa de aplicación, nuestro Alto Tribunal opta por la preferencia de la verdad material (la biológica) frente a la formal (el derecho), anteponiendo por tanto el derecho de los hijos a conocer sus antecedentes biológicos frente al derecho de la madre a ocultar su maternidad e identidad.

En sus Fundamentos de Derecho se analiza la regulación normativa registral anterior a la Constitución, que venía a posibilitar la ocultación de la identidad de la madre biológica por su propia decisión. Cuestiona esta solución aludiendo a las graves razones de interés público existentes en la determinación del vínculo de la filiación, que se oponían a esta ocultación, determinando la derogación de esta limitación tras la vigencia de la Constitución de 1978.

Considera al respecto que el sistema diseñado por la anterior normativa registral señalada:

“Con el principio de libre investigación de la paternidad (artículo 39.2 de la Constitución española), y con el de igualdad (artículo 14), además de erosionar gravemente el artículo 10 de la Constitución Española, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de su personalidad y al mismo artículo 24.1 en cuanto resulta proscriptivo de la indefensión. La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales. Esta es la base desde la que decae la regulación reglamentaria permisiva de tal ocultación. Y desde ella deben ser contrastados sus elementos restrictivos. En líneas generales la regulación reglamentaria del Registro Civil supone una contradicción con el principio constitucional de igualdad e investigación libre de la paternidad, al situar a la madre biológica en situación relevante frente al padre, e incluso frente al mismo hijo, ya que al padre se le puede imponer coactivamente la paternidad, en tanto que la madre, que puede determinar libremente si va a continuar la gestación o cortar por completo sus relaciones con la persona nacida, tiene el camino despejado para eludir sus obligaciones. El hijo biológico, además, pierde por completo el nexo que le permitiría, en su momento, conocer su verdadera filiación, debido a un acto voluntario de la madre, expresivo de su no asunción de la maternidad y sus responsabilidades inherentes. Por último, el sistema encierra graves discordancias, no sólo con relación a los mismos padre e hijo biológicos, sino también frente a la unión matrimonial, en la que la madre no puede renunciar a su maternidad ni negar al hijo el hecho de su filiación, ni el padre deshacer por sí solo la presunción de su paternidad, lo que no resulta constitucionalmente congruente máxime, cuando las investigaciones científicas tienden, en la actualidad, a poner de relieve las interrelaciones biológicas que se desprenden de los antecedentes genéticos y su influencia, de manera, que cabe hablar del derecho de las personas a conocer su herencia genética”.

En este sentido, a las pocas semanas de publicarse la STS de 21 de septiembre de 1999, el Gobierno aprobó por Orden de 10 noviembre de 1999 un modelo de cuestionario para la declaración de nacimiento y que constituye el actual sistema vigente. Este modelo no contiene referencia marginal al párrafo segundo del Art. 167 RRC que permitía que a instancia de la madre se omitiese la referencia a su identidad y contiene dos recuadros en blanco destinados a recoger las huellas dactilares de la madre junto con las del hijo.

Esto significa, como bien dice Garriga Gorina, que el encargado del Registro, tiene que utilizar todos los medios a su alcance para averiguar la identidad de la madre y proceder a la inscripción de la filiación materna, con la obligada colaboración de las entidades públicas competentes en materia de protección y adopción de menores

En consecuencia actualmente en España ya no puede considerarse amparado en derecho el deseo que la madre pueda manifestar en el sentido de permanecer en el anonimato.

Es muy ilustrativa, en orden a cuanto queda expuesto, una Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado, en la que se declara que:

“Conforme a la STS de 21 de septiembre de 1999, hay que estimar inconstitucionales las normas registrales que permitían a la madre ocultar su identidad en el parto, de modo que, identificada la madre en el expediente por parte médico, la filiación materna ha quedado determinada y debe inscribirse”

y añade:

“la maternidad queda determinada en nuestro Derecho por el hecho del parto, conforme al principio tradicional de *mater semper certa est*”

Deduces muy bien Magaldi de cuanto antecede que, con este sistema, la única forma que tiene la madre de que se suprima el dato materno de la inscripción de nacimiento consiste en ejercitar la correspondiente acción de impugnación de maternidad (por suposición de parto, p.e)

Ahora bien, y trasladando al objeto de nuestro estudio todo cuanto queda expuesto, debemos concluir que el adoptado que, aun teniendo la certeza de su condición de tal, y acuda a la consulta del Registro Civil, es muy posible, lamentablemente, que no consiga conocer su filiación de origen en este organismo pues, si la inscripción de nacimiento se realizó antes de la Orden de 10 de noviembre de 1999, cabe la posibilidad de que no esté identificada esa maternidad.

DERECHO COMPARADO

En los Estados Unidos impera la regla general de la confidencialidad de los expedientes de adopción. Sin embargo, tal regla se ve excepcionada por el denominado sistema de Registro de Voluntades. Se trata de un registro en el que las partes implicadas en el proceso de adopción y, especialmente, los progenitores, pueden registrar su voluntad a favor o en contra de que en el futuro se permita al hijo dado en adopción la identidad de los padres biológicos.

En Inglaterra y Gales, la Adoption Act de 1976 concede a los adoptados mayores de edad el derecho a obtener una copia de su certificado de nacimiento con los datos referentes a su nombre original, lugar de nacimiento, los nombres de sus progenitores y dirección de los mismos al tiempo del nacimiento, lo que permite el inicio de investigaciones al respecto.

En el ordenamiento francés, está fuertemente arraigada la figura del parto anónimo, que no es más que el reconocimiento de un derecho “absoluto” de la madre a negar su maternidad.

El Derecho italiano acoge una solución que podría calificarse de intermedia. Aunque no reconoce la figura del parto anónimo, en el supuesto de filiación ilegítima, la determinación de la filiación materna depende de la voluntad de la madre, a diferencia de la legítima.

El Derecho alemán se configura como uno de los más abiertos en lo relativo al reconocimiento del origen biológico del adoptado. Este derecho tiene carácter constitucional, por lo que se encuentra incluido en el "derecho general de la personalidad" dentro de la Constitución. Ni admite la figura del parto anónimo, ni que la maternidad se determine dependiendo de la voluntad de la madre. Todo depende del adoptado.

COMENTARIO A LA STEDH DE 13 DE FEBRERO DE 2003 (CASO ODIÈVRE)

En Europa ha tratado la cuestión la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003 (caso Odièvre) en la que se destaca la prevalencia del derecho de la madre al anonimato frente al derecho a conocer del hijo pero reconoce que esta postura, que rige el derecho francés, se encuentra compensado con la creación de órganos de administrativos de conciliación y mediación (Conseil National pour l'accès aux origines personnelles) y además añade que esta postura entra dentro del margen de discrecionalidad de los Estados al regular los derechos enfrentados si bien añade las siguientes consideraciones:

El Art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos que garantiza a toda persona el derecho al respeto a la vida privada y familiar comprende al hijo, pero también a la madre.

El adoptado no puede aducir un derecho a la vida familiar biológica porque ya tiene una familia, la adoptiva.

El adoptado sí puede aducir el derecho a la vida privada, centrada en conocer sus orígenes, pero este derecho puede ser excepcionado por razones justificadas:

La voluntad de la madre

La protección de los intereses de los padres adoptivos

El interés general consistente en evitar abortos clandestinos o abandonos.

Estas razones entran dentro del margen de apreciación del que disponen los Estados al regular los derechos enfrentados.

El derecho al anonimato no supone para el hijo adoptado una discriminación por razón de nacimiento porque este derecho no es independiente.

De todas maneras, el caso de autos fue muy reñido porque la Sentencia se dictó con 10 jueces a favor y siete en contra y contienen votos particulares. Ello ha dado lugar a un intenso debate y controversia sobre la misma.

BIBLIOGRAFIA

Garriga Gorina, Margarita: La adopción y el derecho a conocer la filiación de origen: Un estudio legislativo y jurisprudencial, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000

Magaldi, Nuria: Derecho a saber, filiación biológica y Administraciones Públicas, Edit. Marcial Pons, Madrid, 2004.

Quesada González, M^a Corona: "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", Anuario de Derecho Civil, 1994 Abril- Junio.

Quesada González, M^a Corona: La adopción: Un estudio de Sentencias, Autos y resoluciones, Editorial Atelier, Madrid, 2004.

Roca Trías, Encarna y otros: "La adopción", Manual de Derecho de Familia.

Pinto Andrade, Cristobal: "El derecho del adoptado a conocer su filiación de origen"

Ha quedado sin analizar la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 15 de febrero de 1999, sobre constancia registral de la adopción (B.O.E. núm. 52, de 2 de marzo de 1999), que establece la posibilidad de que, a instancia de los padres adoptivos, se cancele la inscripción original de nacimiento y se extienda una nueva inscripción "en la que constarán solamente, además de los datos de nacimiento y del nacido, las circunstancias personales de los padres adoptivos y la oportuna referencia al matrimonio de estos", de manera que la publicidad del asiento anterior quede limitada a los adoptantes, al adoptado mayor de edad y a los terceros que obtengan la autorización especial del art. 21 Reglamento Registro Civil: "La autorización se concederá por el Juez Encargado y sólo a quienes justifiquen interés legítimo y razón fundada para pedirla. La certificación expresará el nombre del solicitante, los solos efectos para que se libra y la autorización expresa del Encargado. Este, en el registro directamente a su cargo, expedirá por sí mismo la certificación". Y su relación con el art. 12 LAI. Dos posturas enfrentadas: derecho a la intimidad genética frente al derecho a conocer los orígenes biológicos

IV. Problemas registrales de inscripción de la filiación acreditada en el extranjero

1º. Las condiciones para un exequátur en España de sentencia extranjera que falla sobre una filiación.

En el ámbito del exequátur, nada obsta al reconocimiento de una sentencia extranjera que decida sobre cuestiones atinentes a la determinación de la filiación o a las relaciones paterno-filiales mediante la aplicación de una Ley distinta a la que, en el mismo supuesto, hubiera aplicado un juez español. Por otro lado, el hecho de que un tribunal extranjero se pronuncie sobre la filiación de un español no vulnera ningún foro exclusivo de nuestros tribunales.

Algunos convenios bilaterales vigentes para España exigen un control de la Ley aplicada. Pero si el resultado es el mismo que se hubiera alcanzado de haberse aplicado la ley española, el exequátur es posible (tesis de las equivalencias): ATS 28 febrero 1984, en el marco del Convenio hispano-francés de 1969.

2º. El acceso al Registro Civil español de una filiación que consta en un Registro extranjero.

Cuando la filiación consta en un Registro extranjero y se pretende que también conste, en el mismo sentido, en el Registro Civil español, es aplicable la normativa registral que disciplina el acceso de documentos extranjeros a nuestro Registro. El art. 81 RRC exige que se aplique el art. 9.4 CC para practicar un control de la Ley aplicada: "sólo accede al Registro la filiación acreditada en el extranjero si en dicho país se aplicó la ley nacional del hijo".

3º. La rectificación de una inscripción de filiación que consta en el Registro civil español, mediante una sentencia extranjera.

La rectificación de una inscripción de filiación que consta en el Registro civil español, mediante una sentencia extranjera, exige el previo exequátur de la misma. En dicho exequátur no es preciso controlar la Ley que aplicó el juez extranjero para determinar la filiación (ATS 2 marzo 1987). Incomprendiblemente, en otras ocasiones, se ha controlado la Ley aplicada al fondo por el juez extranjero, lo que es erróneo, pues el art. 954 LEC 1881 no lo exige: ATS 16 marzo 1987, ATS 26 octubre 1987.

Cuando es posible ampararse en un Convenio internacional bilateral que prevea un sistema de reconocimiento incidental, el trámite queda muy facilitado. Pero el reconocimiento incidental supone que la sentencia extranjera debe superar diversos requisitos previstos en el Convenio bilateral aplicable: RDGRN 4 mayo 1996.

El verdadero problema que se plantea en nuestro país es la inscripción registral y reconocimientos de filiación determinada conforme a legislación extranjera que permite el uso de la maternidad subrogada y reconoce efectos legales a la renuncia de filiación de la madre gestante a favor del sujeto o sujetos comitentes.

- En el caso de inscripción del nacimiento por declaración, el encargado del registro deberá proceder a un control de legalidad de los hechos referidos en la declaración y de ésta misma.

- En el caso de inscripción del nacimiento mediante presentación de la correspondiente certificación registral extranjera en la que conste el nacimiento y la filiación del nacido, el legislador ha previsto un mecanismo técnico específico que se encuentra recogido en el art. 81 del Reglamento del Registro Civil.

El art. 81 Reglamento del Registro dice: "las certificaciones registrales extranjeras deben superar un "control de legalidad":

1. Exigir que la autoridad registral extranjera haya resuelto el caso de modo idéntico a como lo habría resuelto una autoridad registral española supondría desconocer que cada Estado dispone de su propio Derecho y de su propio sistema de Derecho internacional privado, y que las autoridades públicas de un Estado solo aplican sus propias normas de Derecho internacional privado.

2. Supondría también un perjuicio muy notable para la seguridad jurídica, valor superior de un ordenamiento jurídico consagrado en el art. 9 de la Constitución Española, en el contexto internacional.

3. Supondría igualmente para los particulares un elevado coste, pues les obligaría a volver a plantear la cuestión jurídica ante las autoridades españolas, de modo que la certificación registral extranjera no superaría el "cruce de frontera" y carecería de todo efecto jurídico en España.

Dice la Dirección General de los Registros y del Notariado, "el documento extranjero debe satisfacer diversas exigencias legales para acceder al Registro Civil español". Dicho control de legalidad se compone de diversos requisitos:

1) Se exige que la certificación registral extranjera sea un documento "público", autorizado por una autoridad extranjera (art. 323.2º LEC).

2) Se requiere también 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 españoles.

3) Se deduce del art. 81 Reglamento del Registro Civil la necesidad de un control de legalidad del acto contenido en la certificación registral extranjera. Al Registro Civil español solo acceden documentos en los que constan actos presumiblemente "válidos".

Se traduce en el derecho de dicho menor a una "identidad única", como ha destacado recientemente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SSTJUE de 2 de octubre de 2003, caso García Avello, y 14 de octubre de 2008, caso Grunkin-Paul

Hay que destacar una precisión legal importante incorporada por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre, sobre Reforma del Código Civil en Materia de Nacionalidad. Según el criterio *ius sanguinis* acogido en el art. 17.1 a) CC son españoles los hijos de españoles. Pero ello plantea un "problema circular". Cuando no está acreditada la filiación del hijo se podría producir un "círculo vicioso" o situación de "doble espejo", pues es necesario saber qué "filiación" ostenta el sujeto para determinar si ostenta o no ostenta "nacionalidad española", mientras que es necesario también saber qué "nacionalidad"

ostenta el sujeto para saber cuál es su "filiación" (art. 9.4 CC), es decir, quiénes son sus padres. Pues bien, el art. 17.1 a) CC utiliza la expresión "nacidos" de padre o madre españoles, porque con dicha expresión deshace el *circulus inextricabilis* y rompe el "doble espejo". El art. 17 CE indica que son españoles los "nacidos" de padre o madre españoles. El precepto no exige que haya quedado "determinada legalmente" la filiación. Es suficiente que quede acreditado el "hecho físico de la generación". Para considerar "nacido" de español a un individuo, basta que consten "indicios racionales de su generación física por progenitor español". Por ejemplo, por posesión de estado o inscripción en el Registro.

Por tanto, la admisión de inscripción y reconocimiento de filiación, en estos casos, queda justificada por:

a) El interés superior del menor exige la continuidad espacial de la filiación y la coherencia internacional de la misma, así como un respeto ineludible del derecho a la identidad única de los menores que prevalece, en todo caso, sobre otras consideraciones.

b) Nada impide en la legislación registral realizar la inscripción de conformidad con el art. 81 Reglamento del Registro Civil: el control de legalidad de las certificaciones registrales extranjeras para acceder al Registro Civil español no exige que éstas sean decisiones «idénticas» a las que se adoptarían en España, sino documentos públicos.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha decidido despejar las dudas sobre la posibilidad de inscripción de los nacimientos derivados de la utilización de la gestación subrogada, mediante la reciente Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución .

Esta previsión legal contempla la posibilidad de atribuir la paternidad del nacido mediante esta técnica, por los medios ordinarios regulados en nuestra legislación, permitiendo la inscripción del menor en el Registro Civil. En efecto, el art. 10.3 L 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Asistida, permite el ejercicio tanto de la acción de reclamación de la paternidad correspondiente al hijo como la de reclamación por parte del padre biológico de la filiación paterna.

La presente Instrucción establece como requisito previo para la inscripción de los nacidos mediante gestación por sustitución, la presentación ante el encargado del Registro Civil de una resolución judicial dictada por Tribunal competente. Permite constatar la plena capacidad jurídica y de obrar de la mujer gestante, la eficacia legal del consentimiento prestado por no haber incurrido en error sobre las consecuencias y alcance del mismo, ni haber sido sometida a engaño, violencia o coacción o la eventual previsión y/o posterior respeto a la facultad de revocación del consentimiento o cualesquiera otros requisitos previstos en la normativa legal del país de origen. Permite verificar que no existe simulación en el contrato de gestación por sustitución que encubra el tráfico internacional de menores.

En relación con el reconocimiento de la resolución que determina la filiación del menor, la presente Instrucción incorpora la doctrina plenamente consolidada por el Tribunal Supremo. De acuerdo a esta doctrina, serán de aplicación los arts. 954 y ss. LEC 1881, en virtud de los cuales, será necesario instar el exequátur de la decisión ante los Juzgados de Primera Instancia.

Esta Dirección ha acordado establecer y hacer públicas las siguientes directrices:

1.1 La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, solo podrá realizarse presentando la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido.

1.2 La resolución judicial extranjera deberá ser objeto de exequátur según el procedimiento contemplado en la LEC 1881. Para proceder a la inscripción de nacimiento deberá presentarse ante el Registro Civil español, la solicitud de la inscripción y el Auto judicial que ponga fin al mencionado procedimiento de exequátur.

1.3 En el caso de que la resolución judicial extranjera tuviera su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, el encargado del Registro Civil controlará incidentalmente si tal resolución judicial puede ser reconocida en España. En dicho control incidental deberá constatar:

a. La regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera y de cualesquiera otros documentos que se hubieran presentado.

b. Que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española.

c. Que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante.

d. Que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante.

e. Que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido, sin que quien tenga reconocida facultad de revocación, la hubiera ejercitado.

2. En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante».

Falta una valoración crítica de esta Instrucción

V. Tratamiento jurisprudencial de este tema: especial referencia a las resoluciones e instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

En lo referente a la jurisprudencia sobre la filiación mediante gestación subrogada o utilización de “madres de alquiler” hay que destacar la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010, una sentencia relativamente reciente y no exenta de polémica.

En ésta se resuelve el caso de dos varones españoles casados, que pretendían que en el Registro Consular de España en Los Ángeles se inscribiera a dos menores como hijos suyos, aportando, con tal finalidad, un certificado de nacimiento, expedido por las autoridades californianas, en el que constaba la paternidad de los varones, integrantes del matrimonio, respecto de dichos menores.

El encargado del Registro Civil Consular denegó la inscripción solicitada, argumentando que los hijos habían sido concebidos a través de gestación por sustitución, la cual está prohibida por la legislación española, que, en este supuesto, considera a la gestante como madre legal del niño (art. 10. 2 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida)

Sin embargo, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 18 de febrero de 2009, estimó el recurso de los varones, revocando el auto recurrido, de modo que ordenó que se procediera a la inscripción de los gemelos como hijos de los recurrentes.

Dicha resolución aplicó el art. 81 del Reglamento del Registro Civil, el cual considera como título para la inscripción el «documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las leyes o Tratados internacionales».

Apoyándose en este precepto, la Dirección General de los Registros y del Notariado, entendió que el funcionario encargado del Registro Consular debía limitarse a realizar un control formal, a tenor del art. 85 del Reglamento del Registro Civil, que dice lo siguiente: “Para practicar inscripciones sin expediente en virtud de certificación de Registro extranjero, se requiere que éste sea regular y auténtico, de modo que el asiento de que se certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española”.

De esta forma, al tratarse de un control formal, excluía, pues, que hubiera que verificar si la filiación, cuya inscripción se pretendía, se ajustaba, materialmente, a la legislación española.

Sí que aplicaba el límite del orden público internacional español, que no es vulnerado según la RDGRN: no había contradicción con «la estructura básica y fundamental de la sociedad española», era conforme al derecho fundamental a la no discriminación y protegía el interés de los menores a no quedar sin filiación determinada.

La sentencia resolvió el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la decisión de la Dirección General de los Registros y de Notario, de autorizar la inscripción, que, un primer momento, había sido denegada.

La Sentencia del Juzgado de Primera instancia núm. 15 de Valencia sitúa la cuestión estrictamente registral en sus exactos términos, evidenciando que los arts. 81 y 85 del Registro Civil no pueden ser aplicados, haciéndose abstracción de lo dispuesto en el art. 23 de la Ley del Registro Civil, norma ésta de mayor rango normativo que los preceptos reglamentarios citados. Este precepto dice así: "...También podrán practicarse las inscripciones?, sin necesidad de previo expediente, por certificación de asientos extendidos en Registros extranjeros, siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española."

La resolución recurrida contradice este precepto, el cual, al imponer al encargado del registro la comprobación de «la realidad del hecho inscrito», exige «no ya un control formal de la calificación», sino, además, que «no se tenga duda de que lo establecido en la certificación es real»; y prosigue: «en este caso, el encargado debería verificar que realmente ambos solicitantes son los padres de los menores, cuya inscripción se pretende», lo que «no lo es, ni puede serlo a efectos materiales, pues biológicamente resulta imposible».

Según el art. 23 de la Ley, es necesario «examinar si la inscripción que se pretende es conforme con la ley española; y añade: «el legislador no utiliza aquí expresiones genéricas como el orden público, ni siquiera un término un poco más concreto, como legislación u ordenamiento jurídico español», sino que «expresamente se refiere a que el deber del encargado del registro es examinar si la certificación que se presenta es legal conforme a la ley española». En este caso, claramente, no lo es, ya que según el art. 10.1 de la mencionada Ley 14/2006: "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". Asimismo, según el citado punto 2 del mismo precepto, "la filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto".

Uno de los argumentos que utiliza la RDGRN de 18 de febrero de 2009 es que la no inscripción de la filiación atentaría contra el derecho a la igualdad, al basarse en que el matrimonio está compuesto por dos varones. Sin embargo, esta afirmación según la sentencia estaría errada ya que, como dice textualmente: «la no procedencia de la inscripción no nace de que los solicitantes sean varones, sino de que los bebés nacidos lo son como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución»; «esta consecuencia le sería aplicable en el mismo supuesto tanto a una pareja de

varones, como de mujeres, hombre o mujer sola o pareja heterosexual, pues la ley no distingue en estos supuestos de sexos sino que el hecho determinante es la forma de alumbramiento».

También se aplicaría la ley independientemente del tipo de gestación subrogada, esto es, bien sea para que la gestante desarrolle en su útero un gameto ajeno, o bien sea inseminada artificialmente con espermatozoides de un hombre.

Esto es así ya que las bases de la nulidad de pleno Derecho de este contrato se encuentran en el principio de indisponibilidad del cuerpo humano, del que se colige que la función de la maternidad no puede ser objeto de tráfico jurídico, y el principio de indisponibilidad del estado civil.

Otro argumento utilizado por la Resolución es el “interés superior del menor”, que aconsejaría la inscripción en España de la misma filiación que consta en el registro extranjero, ya que, en caso contrario, los menores podrían quedar privados de filiación inscrita (en el Registro Civil español).

Sin embargo, esta situación es expresamente buscada por los dos varones, como dice la sentencia: “nos encontramos ante un matrimonio español que acude a California ...? conocedores de que en España la gestación por sustitución está prohibida y que de producirse el alumbramiento en este país no podrían inscribir a los nacidos como hijos naturales de ambos, es por ello y no por otra razón por la que acuden a California con el conocimiento de que allí está permitido y que allí los bebés podrán ser inscritos en su registro civil como hijos naturales de ambos, pero también son conocedores de que los registros españoles ponen trabas a la inscripción, tal como ellos la pretenden».

Resulta curiosa la siguiente afirmación: “el ordenamiento jurídico español tiene medios e instrumentos suficientes para conseguir esa concordancia (del registro español y extranjero) y que los hijos consten a nombre de los varones casados?”.

Según el Profesor de Verda y Beamonte, hace referencia al art. 10.3 de la Ley 14/2006, que dice así: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”. Parece indicar, siempre según De Verda y Beamonte, la posibilidad de que aquél de los varones que fuera el padre biológico de los menores ejercitara la acción de reclamación de la paternidad y que, posteriormente, previo consentimiento de la madre gestante, los hijos fueran adoptados por el otro cónyuge, sin necesidad de mediar la declaración de idoneidad prevista en el art. 176 CC sobre la adopción.

En materia de Derecho comparado, cabe decir que nuestra legislación es similar a la italiana y a la francesa, que establecen la nulidad de pleno Derecho del contrato de gestación subrogada (art. 6.7 CC Francés y art. 12.6 de la Ley de 19 de febrero de 2004, núm. 40, italiana, que va más allá imponiendo una sanción).

Es también interesante la Sentencia de la Corte Apelación de Rennes, de 4 de julio de 2002 (D. 2002, pág. 2902), la cual anuló el reconocimiento de un hijo, hecho por dos franceses de distinto sexo, convivientes more uxorio, que habían suscrito en California un contrato de útero de alquiler con una mujer estadounidense, por la que ésta, a cambio de veinte mil dólares, se comprometía a consentir la implantación en su útero de los embriones, obtenidos en una fecundación «in vitro» realizada con los gametos de la pareja.

La razón de celebrar este contrato era que la mujer francesa, por una enfermedad congénita, no podía llevar adelante un embarazo. La mujer estadounidense tuvo dos gemelos, que fueron inscritos en el registro de nacimientos de California, como hijos de ambos convivientes, a pesar de que la conviviente no era la madre gestante de los niños, sino, tan sólo, su madre biológica.

Posteriormente los convivientes reconocieron en Francia a los niños, reconocimiento que fue anulado por el Tribunal utilizando argumentos parecidos a los de la Sentencia de 15 de septiembre de 2010.

También hay que señalar que en Francia no hay ninguna “vía de escape” parecida a la propiciada por el art. 10.3 de la Ley 14/2006, como señala la Sentencia de la Asamblea Plenaria de la Corte de Casación, de 31 de marzo de 1991 («Dalloz», 1991, pág. 417).

FUENTES:

- “Derecho Internacional Privado”, Editorial Comares, última Edición. Calvo Caravaca, Carrascosa González,
- “La gestación por sustitución en nuestro ordenamiento jurídico”, M^a del Rosario Díaz Romero.
- “Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia de 15 de septiembre de 2010)”, José Ramón de Vereda y Beamonte.

BASES DE DATOS:

- “Diario La Ley”

Segunda contribución

En relación a la filiación natural, en determinados supuestos pueden darse contradicciones entre varios preceptos del ordenamiento, en concreto cuando la nacionalidad del hijo no está acreditada. Se produce aquí una contradicción entre el artículo 9.4 y el artículo 17, ambos del Código Civil. Es la llamada situación de “doble espejo” o círculo vicioso. Esta se produce porque el artículo 9.4 CC 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 tanto, es necesario saber qué nacionalidad ostenta el hijo para determinar la filiación; Pero, el artículo 17 CC, a su vez, dice que es necesario saber cuál es la filiación para determinar cuál es la nacionalidad.

Es aquí, por ello, donde entran la jurisprudencia y la Dirección General del Registro y el Notariado, mediante sus resoluciones e instrucciones, para dar solución a lo que a priori parece contradictorio. Encontramos así dos soluciones:

En primer lugar, el propio artículo 17 nos da una solución que opera cuando se ignora si el sujeto es español o no, ya que en su párrafo 1.a) establece que: que sea necesario que esté determinada legalmente la filiación para determinar la nacionalidad española. De tal forma que será suficiente con acreditar el hecho físico de la generación, así tan sólo tendrán que hacerse constar indicios racionales de su generación física por progenitor español (ejemplos: posesión de estado o inscripción en el Registro Civil). Esta es la tesis seguida por la DGRN (ej: Resolución de 5 de marzo de 1986, RJ 1986/3021 Aranzadi) y por los Tribunales españoles (ej: Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 14 de septiembre de 2001, AC 2001/2222, Aranzadi, que otorga la nacionalidad a un hijo de madre española casada con extranjero en aplicación de este artículo 17).

En segundo lugar, cuando ninguno de los dos progenitores es español, la determinación de la nacionalidad del nacido depende de un derecho extranjero, ya que en este caso, el artículo 17 no se puede aplicar. Por ello, la DGRN indica que la filiación debe determinarse con arreglo a la ley de residencia habitual del hijo, ya que los artículos 9.4 CC y 9.10 CC establecen que a falta de nacionalidad acreditada habrá que aplicar la ley de residencia. De tal forma que si la ley de residencia habitual es la española, habrá que determinar la filiación con arreglo a esta. No obstante, aquí puede generarse otro problema, el de decidir si el individuo tiene la nacionalidad de sus padres o no. Este es el caso, por ejemplo, que se debatía en la Resolución de la DGRN núm. 2/2004 de 13 febrero JUR 2004\142460, Aranzadi. En este supuesto los progenitores tienen nacionalidad argentina y son nacidos en Argentina, pero pretenden que la nacionalidad de su hijo sea la española ya que este nació aquí, por ello se dirijen al Registro Civil de Almuñecar, lugar donde habitan. Pero, el encargado del Registro se la deniega estimando que debe ser la nacionalidad argentina la que prime porque resulta inaplicable el artículo 17, ya que, según el fiscal, este precepto está previsto para verdaderas situaciones de apatridia originaria cuando dice: "Son españoles de origen: 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". Pero no para este caso en que los progenitores gozan de la nacionalidad argentina y por ende el menor cuya inscripción pretenden goza de la misma nacionalidad y a tal efecto se le considera, siempre y cuando la

República Argentina tenga conocimiento de su existencia. No obstante, la DGRN termina por decidir que de ese artículo 17.1.c CC se deriva en su última parte que será español cuando la legislación de Argentina no atribuye la nacionalidad al hijo. Puesto que este es el caso, porque la legislación argentina establece que los hijos de personas con nacionalidad argentina nacidos en el extranjero no adquirirán automáticamente la nacionalidad argentina, sino que es preciso un acto posterior. Se produce así una situación de apatridia originaria en la que la atribución jure solide la nacionalidad española se impone.

Si que la nacionalidad del sujeto es indeterminada hay que estar a la Ley del país de su residencia habitual (9.4 CC y 9.10 CC). Para el caso de apatridia se aplicaría el artículo 12.1 de la Convención de Nueva York de 28 de septiembre de 1954 sobre Estatuto de los apátridas.

Por otro lado, otro problema que nos podemos encontrar es el de la determinación de la filiación cuando el sujeto tiene múltiple nacionalidad. Aquí la DGRN opta por dos tesis:

- Recurrir al 9.9 CC que indica la nacionalidad prevalente de entre las que ostenta el hijo: "respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española, se estará a lo que establece el apartado siguiente". Esta tesis se refleja en la Resolución DGRN de 5 de marzo de 1986 para el caso de un establecimiento de una filiación de una nacional hispano francesa. Optó por la nacionalidad española al aplicar el artículo 9.9 CC, lo que conllevó que el reconocimiento de filiación no fuera válido, mientras que sí lo habría sido de atender a la ley francesa. Podría haber optado por la nacionalidad francesa y hubiera brindado una solución en mejor sintonía con el favor filii.

- Preferir la presunta ley nacional del hijo. Cuando el hijo sólo ostenta una nacionalidad extranjera, pero se discute si es o no es hijo de un español. Para estas situaciones la DGRN, en algunas ocasiones, ha indicado que si fuera hijo de español tendría varias nacionalidades, y siendo una de ellas la española, el hijo debe ser considerado español. En consecuencia, se aplica la ley española a la determinación de su filiación. Este es el caso que trata de solucionar el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Pamplona, en su Sentencia núm. 182/2001 de 26 octubre AC 2001\2126, Aranzadi. En la que Doña María Soledad reclama que se determine su filiación paterna con respecto a Don Francisco. Soledad es hija de madre nacida en España pero no con nacionalidad española, sino francesa, y no habiendo hecho constar ni al momento del nacimiento de Soledad ni en el año tras su mayoría de edad la preferencia por su nacionalidad española, tal y como se preveía en la legislación vigente en ese momento, Soledad también tiene nacionalidad francesa. Pero, posteriormente, contrae matrimonio con un español, con lo

que adquiere la nacionalidad española, por ello, se aplica la ley española para determinar la filiación: "es necesario, señalar que la parte actora hace referencia a la nacionalidad española de María Soledad D. a la hora de determinar la ley personal aplicable, conforme al contenido del artículo 9.4 del Código Civil; al respecto, es necesario dejar constancia de que en principio pudiera no haber duda de la nacionalidad española de la actora desde el momento que si no la ostentara por nacimiento, al tener su madre la nacionalidad francesa, sí la habría obtenido por matrimonio, al haber quedado acreditado que lo contrajo con español en el año 1969 lo que obliga a aplicar el artículo 21.1 conforme a la Ley de 1954 (RCL 1954, 1084; NDL 5658, 22144) que atribuye automáticamente la nacionalidad española a toda extranjera que contraiga matrimonio con español ; en este caso únicamente sería discutible, si la actora ha realizado actos de los que pudiera desprenderse que ostenta dicha nacionalidad española , ya que existen al respecto múltiples resoluciones de la DGRN que señalan que no se produce la pérdida de la nacionalidad si el interesado justifica haber realizado actos que supongan el uso de la misma. En el presente supuesto consideramos que no se ha probado tal extremo sino que ha quedado acreditado lo contrario, es decir que la demandante ostenta la nacionalidad francesa haciendo uso de ella, y no de la española , como se desprende de la propia escritura de poder obrante en autos. Sin embargo, en un supuesto semejante e interpretando el artículo 9 del Código Civil la sentencia de 22 de marzo de 2000 (RJ 2000, 2485) señala que «el artículo 9 del Código Civil efectivamente dice que tanto el carácter como el contenido de la filiación (cabe comprender lo mismo la matrimonial que no matrimonial) se regirán por la ley personal del hijo, que, conforme al párrafo primero es la determinada por la nacionalidad y en este caso la madre como la hija ostentan la francesa, al entender, en principio, que el nacimiento de ésta se inscribió en el Registro municipal del distrito veinte de París. Desde esta óptica literal el establecimiento de la filiación que se discute, llevaría a hacer aplicable el Código Civil francés, como la ley nacional de la hija nacida (art. 12-1 del Código Civil). Sin embargo las circunstancias del pleito imponen la adecuada interpretación efectiva del precepto, sin olvidar que no da la espalda al interés del hijo, que debe entenderse incorporado a la norma como principio esencial y básico, lo que impone que su aplicación debe hacerse en la dirección que marca necesariamente el "favor filii". El propio derecho material del foro permite aplicar en concretos supuestos la ley nacional y prescindir de la extranjera. Esto ocurre en el caso que nos ocupa, pues la nacionalidad francesa de la hija no actúa como cerrada y que necesariamente se impone como única, sino a medio de primera o provisional nacionalidad , ya que conforme al artículo 17-1-a), son españoles de origen los nacidos de padre o madre españoles . Si se atiende exclusivamente a la nacionalidad en el momento del inicio del pleito y se margina el precepto que quedó citado, se entraría en un laberinto sin salida legal satisfactoria, ya que el presupuesto para ostentar la nacionalidad española necesariamente es la declaración de ser hija biológica del progenitor español , es decir que esta decisión judicial actúa con anterioridad y la determina, por lo que la nacionalidad opera como efecto y consecuencia, cumplido el requisito, que es primero, de ser hija de ciudadano español . El artículo 9-4 conforme lo que se deja dicho se ha de aplicar cuando se ostenta la nacionalidad atribuida e incompatibiliza cualquier otra.En el caso presente

no se trata de una nacionalidad que venga ya impuesta como definitiva y lleve a aplicar la normativa foránea en forma automática inevitable, prescindiendo por completo de la nacionalidad del padre, lo que no se acomoda a nuestra legislación propicia y más bien obstaculiza la filiación reclamada. De este modo la aplicación de la ley material española en este supuesto se presenta integrada en el orden público del foro como inmediata e imperativa, a fin de dispensar la adecuada protección de la menor y tutelar sus derechos a cargo de los tribunales españoles , que no pueden eludir, y nos así lo decidimos, a fin de otorgar la tutela judicial que se nos demanda y no arrojar a la menor a un desamparo que puede ser total». En el presente supuesto si bien la reclamación de paternidad no se efectúa por una menor, las circunstancias concurrentes son las mismas por lo que consideramos que con independencia de la nacionalidad de la actora y que en principio debe considerarse francesa el hecho de que reclame la paternidad de un ciudadano español , es causa suficiente para considerar aplicable la legislación española " .

BIBLIOGRAFÍA:

véase:

- Base de datos Aranzadi (westlaw.es)
- Manual de Derecho Internacional Privado, Vol II, undécima edición: Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González. (pág. 193-199)

SEMINARIO IV: SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES

© Seminario realizado por:

Ana Alfageme Sastre
Paula Álvarez Pérez
Valeria Emperatriz Angulo Sánchez
Pilar Bajo Almendra
Daniel Barrio Barrio
Inés Blanco Hernández
Angélica Blanco Talaván
Ángel Cañibano Gutiérrez
Ana Carrillo del Teso
María Casaseca Hidalgo
Eva Crespo Expósito
Lara Delgado Oliva
Marina Díaz Rabazas
Tamara Espinosa Pérez
Casandra García Sosa
César Gilo Gómez
J. Ignacio Leo Castela
José M^a. Lozano
Víctor Mérida Muñoz
Nuria Moreno Mateos
Sandra Moronta Calvo
Ángela Pardo Casado
Sara Sánchez Hernández
Tamara Silva Pelayo
Fernando Toribio Carrera

COORDINADORES:

J. Ignacio Leo Castela
Tamara Silva Pelayo

I. Concepto y contexto del secuestro internacional de menores: análisis de las causas que pueden provocarlo

Tamara Silva Pelayo, Nuria Moreno Mateos y J. Ignacio Leo Castela.

Lara Delgado Oliva, Paula Álvarez Pérez y Casandra García Sosa.

II. Vías para combatir el secuestro internacional privado: análisis de cada uno de los textos citados a continuación

1. Reglamento 2201/2003: arts. 10, 11, 40, 41 y 42

Angélica Blanco Talaván, Ana Carrillo del Teso e Inés Blanco.

José Lozano.

2. Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980

Víctor Mérida Muñoz, Ana Alfageme Sastre y Marina Díaz Rabazas.

3. Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996

Daniel Barrio Barrio

4. Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980

Valeria Angulo

5. Convenio hispano-marroquí de 30 de mayo de 1997

Fernando Toribio

III. Jurisprudencia y secuestro internacional de menores

Eva Crespo, María Casaseca, Ángela Pardo, Sara Moronta y J. Ignacio Leo.

IV. Prensa y secuestro internacional de menores

Pilar Bajo Almendra y Sara Sánchez Hernández.

Antonio Pérez Vicente.

César Gilo, Ángel Cañibano y Tamara Espinosa.

I. Concepto y contexto del secuestro internacional de menores: análisis de las causas que pueden provocarlo

INTRODUCCIÓN.

Primeramente, hacemos una diferencia entre:

Por **sustracción internacional de menores** se entiende la acción de traslado ilícito de un menor a un país distinto de aquél donde tiene su residencia habitual, siendo el sujeto activo de dicha acción una persona que forma parte del círculo familiar del menor, por lo general uno de sus progenitores.

En cuanto al **traslado ilícito**, se califica como tal aquel que se realiza sin el consentimiento de la persona o institución, que tiene atribuida la custodia del menor.

La **retención ilícita** se produce cuando el traslado en sí fuera lícito, en el sentido de ser autorizado por la persona que tiene la custodia del menor, pero una vez fuera del país de residencia habitual del menor se impide su retorno.

El término "internacional" tiene una relevancia clave, ya que van a aparecer dos jurisdicciones, la del país de residencia habitual del menor y una nueva jurisdicción que sería la del país donde el niño se encuentra tras el traslado.

En los procesos internacionales sobre guarda y custodia de los menores y derecho de visita (que suelen suscitarse habitualmente en el curso de un proceso de divorcio) los jueces de un Estado conceden la guarda y custodia del menor a un sujeto (que suele ser nacional del Estado cuyos tribunales conocen del asunto) y un mero derecho de visita al otro sujeto (que suele ser ciudadano nacional de un país extranjero).

La mayor parte de secuestro internacional de menores (legal kidnapping) se produce cuando el sujeto que tiene el derecho de visita, aprovechando uno de dichos períodos, traslada al menor a un país extranjero. En dicho país insta la guarda y custodia del menor, ilegal para el país del que ha salido, intentando "legalizar" su situación en su país. El secuestro internacional de menores es una forma sofisticada de forum shopping y de relatividad de soluciones. Aún así, el secuestro internacional de menores tiene otras modalidades, como por ejemplo: cuando ambos progenitores comparten la custodia y uno de ellos traslada al hijo común a país extranjero impidiendo así que el otro progenitor ejerza su derecho de custodia.

El número de casos de secuestro internacional de menores es muy elevado en todo el mundo desde los años setenta. El primer asunto que

llegó hasta el Tribunal Supremo Español fue el fallado por la STS 8 abril 1975 Bornes vs Fuentes.

INTERVINIENTES EN EL SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES

1. **EL MENOR.** Es el punto central del secuestro internacional de menores. El Convenio de la Haya de 1980 fija el límite de los 16 años, respecto a las personas susceptibles de ser secuestradas, se establece dicha edad porque se considera que a partir de ese momento el menor empieza a dejar de ser incapaz para tomar decisiones libremente.

2. **SUJETO PASIVO, PERSONA O INSTITUCIÓN U ORGANISMO CUYO DERECHO HA SIDO VIOLADO.** Son aquellos sujetos u organismos que tuviesen la responsabilidad jurídica de la guarda efectiva del menor en el momento del secuestro (art. 3 a) CH 1980). Pueden ser:

o Progenitor que ostenta la guarda y custodia.

o Familiares que ostentan la guarda y custodia o tutor legal (caso de retirada de la patria potestad).

o Instituciones públicas, educativas o protectoras.

3. **SUJETO ACTIVO O SECUESTRADOR.** Sólo se contempla de forma negativa la figura del secuestrador, en cuanto autor de la ilicitud que da origen al secuestro. Puede ser.

o Persona física que retiene o desplaza a un menor cuando sobre el ejerza la guarda con el fin de evitar el ejercicio de un derecho de visita o cuando el desplazamiento o retención lo efectúe al ejercer el derecho de visita para impedir que otro ejerza el derecho de guarda.

o Personas jurídicas, instituciones u organismos que ostenten a su favor un título jurídica que les habilite para el cuidado del menor.

4. **LA AUTORIDAD CENTRAL.** Es la autoridad nombrada por cada uno de los Estados parte del Convenio de la Haya 1980, para lograr una cooperación en los supuestos de secuestro internacional de menores, y así evitar la dilatación los procedimientos judiciales o administrativos de retorno del menor "secuestrado". Dichas autoridades deben ser dotadas de los medios humanos y materiales necesarios para el cumplimiento de sus obligaciones.

CAUSAS DEL SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES.

Los casos del secuestro internacional de menores no son reconducibles a un único modelo sociológico-jurídico; sin embargo, existe un modelo-tipo en el que se verifica la mayoría de los casos, cuyas características son:

1°. QUIEBRA DE UN MATRIMONIO MIXTO. Los matrimonios mixtos son aquellos que tienen lugar entre personas de distinta nacionalidad. En dichos matrimonios son más frecuentes las separaciones y los divorcios??. Son parejas de alto riesgo. Se trata, además, en muchos casos, de matrimonios norte-sur: entre escandinavos y centroeuropeos, por un lado, y portugueses, españoles, italianos, turcos, yugoslavos o magrebíes, por otro. Detrás de esa pareja, no existe sólo un conflicto de leyes, si no un verdadero conflicto de civilizaciones, es decir, modos distintos de entender las relaciones familiares tanto social como jurídicamente.

2°. NACIONALISMO JUDICIAL. La jurisprudencia suele atribuir la custodia del menor al progenitor que ostenta la nacionalidad del Estado al que pertenece los tribunales que conocen del caso. El interés del menor es utilizado arbitrariamente por los jueces para atribuir la guarda del menor al cónyuge nacional y no al extranjero. No es fácil convencer a un juez alemán de que el hijo de un alemán nacido en Alemania, de madre alemana y padre magrebí, que ha vivido siempre en Alemania, donde ha crecido, y que habla el alemán, estará mejor asistido y educado por su padre magrebí, cuyo país y familia sólo ha visitado en vacaciones y cuya lengua no siempre habla. Por otro lado, tampoco es fácil convencer a un juez español de madre española que lo ha secuestrado y traído ilegalmente a España, estará mejor con su padre del Yemen en dicho país, vista las condiciones de extrema pobreza de dicho país y los parámetros culturales tan diferentes que se siguen allí.

3°. EL CONTROVERTIDO DERECHO DE VISITA. El progenitor que no tiene la guarda y custodia del menor tiene, en cambio, el derecho de visita: el derecho a verle y tenerlo consigo periodos muy limitados de tiempo, como ciertos días, fines de semanas o parte de las vacaciones. En ocasiones, se aprovecha el derecho de visita, para traer hacia sí al hijo y alejarlo de quien lo tiene bajo su guarda y custodia, incluso, para trasladar al menor lejos de su país de residencia o para retenerlo en otro país, infringiendo de ese modo la custodia del menor.

4°. EL PASO RÁPIDO POR LAS FRONTERAS. Transportes internacionales veloces, pasaporte familiar en el que aún figura el menor y el simple documento de identificación personal, le permiten al progenitor que no ostenta la guarda del menor trasladar a éste fácilmente. Lejos del país de su residencia habitual. El avance en Europa hacia un espacio sin fronteras personales e interiores, en el que no se exige exhibición de documentos a los sujetos que pasan de un país a otro facilita el traslado internacional de los menores. Unas veces el menor sale del país sin previo aviso, otras aprovechando que el órgano jurisdiccional le ha atribuido al padre el derecho de visitas y no le ha prohibido que se lleve al hijo consigo a un Estado extranjero (normalmente país de origen del secuestrador). Por ello cabe decir que, el hecho de que el juez niegue la posibilidad de trasladar al menor a un país extranjero para pasar las vacaciones no impide, de facto, el secuestro del mismo debido a las facilidades del paso de frontera.

5° EL OTRO NACIONALISMO JUDICIAL. Para recuperar al hijo, la madre o el padre que se han visto privados del mismo intentan dos vías jurídicas:

1ª) El exequátur en el país donde ahora se encuentra el menor de la sentencia extranjera que atribuyó la guarda y custodia a la parte actora. Pero la lentitud y dificultades del exequátur lo hacen fracasar en multitud de ocasiones.

2º) El litigio sobre el fondo. Se vuelve a discutir sobre la cuestión de la atribución de la guarda del menor. Ello requiere juzgar hechos ocurridos en otro país, obtener pruebas en el extranjero, aplicar derecho extranjero... De nuevo aparece un proceso lento y complejo.

Como afirma la doctrina, el secuestro internacional de menores comienza a ser un "secuestro legalizado", un secuestro que tiende a ser "consentido" por las autoridades judiciales en el que el menor se encuentra de facto.

6° EL PASO DE LOS AÑOS. La lentitud de los procedimientos hace que el menor ya no lo sea tanto, y que se integre rápidamente en el país al que ha sido trasladado. Por ello, el retorno a su país de origen le puede comportar más perjuicios que otra cosa. Por ello, cualquier intento serio para contrarrestar los secuestros internacionales de menores, se convierte en una "lucha contra el reloj".

REFERENCIAS ESTADÍSTICAS.

Analizamos brevemente el Cuestionario elaborado por ADAIR DYER con la finalidad de facilitar los trabajos de la XIVº Conferencia de La Haya. El principal problema es que apenas existen encuestas sobre el número de secuestros que se producen anualmente. No obstante, el "International Social Service" remitió un documento-informe con datos relativos a un número importante de países.

Muestra:

Casos totales: 110.

Casos descontando doble documentación: 99. (Se subsumen los supuestos de doble secuestro como si de un solo caso se tratase).

Situación 1: Menores desplazados por uno de sus padres del país de la residencia habitual de ese menor a otro país, sin el consentimiento del otro padre; en un momento en que ninguna decisión judicial sobre la guarda hubiera sido dictada, pero existiendo ya problemas serios entre los padres. Dato: 30 menores secuestrados.

Situación 2: Menor secuestrado/sustraído por uno de los padres a su guardador legal y conducido a otro país en el que no ha sido dictada

ninguna decisión en materia de guarda en contradicción con la primera.
Dato: 20 menores secuestrados.

Situación 3: Menor retenido por el padre que no tenía la guarda, o por otros miembros de la familia, más allá del tiempo legalmente establecido para la visita, en un país distinto al de la residencia habitual del menor.
Dato: 19 menores secuestrados.

Situación 4: Menor secuestrado/sustraído por uno de los padres a su guardador legal en un país y conducido a otro en el que la guarda ha sido atribuida al secuestrador por una decisión judicial contraria a la primera, dictada en ese otro país o en un tercero. Dato: 8 menores secuestrados.

Situación 5: Menor desplazado por uno de sus padres a otro país, violando una decisión judicial que prohibía expresamente ese desplazamiento.
Dato: 9 menores secuestrados.

Situaciones desclasificadas: resto de la muestra.

Evolución temporal:

De 1963 a 1973: 22 casos.

En 1974: 15 casos.

En 1975: 14 casos.

En 1976: 23 casos.

En 1977: 24 casos.

En 1978: 6 casos.

Países donde MÁS secuestros se producen: Australia (18 de 110), Alemania (17 de 110) y EEUU (12 de 110).

Países MÁS utilizados para refugiar al menor: Italia (16 de 110), Alemania (10 de 110) y Grecia (12 de 110).

Otros datos de interés:

- En los casos relativos a España como país de acogida (5 de 110) el menor secuestrado provenía de Francia (2 de 5), Alemania (1 de 5) y Venezuela (2 de 5).

- En más de la mitad de los casos, el secuestro consistió en una retención: al término del ejercicio del derecho de visita (13 casos), al finalizar las vacaciones (13 casos), durante el acceso a los menores (26 casos), o después de una estancia de varios años (9 casos).

- En 37 de los 110 casos se produce un traslado intercontinental del menor.
- De cada 110 secuestrados, 53 eran niñas.
- De cada 110 secuestros, 80 tienen como secuestrador al padre. Y en 53 de esos 80 casos, el menor convivía con la madre o con la familia de ésta.
- En 73 de cada 110 casos no se recupera el menor.

Los datos estadísticos analizados ponen de manifiesto el resultado poco satisfactorio de la fórmula de solución alcanzada por el Consejo de Europa en este Convenio de la Haya, y al mismo tiempo, la poca eficacia de la autoridad central española. La Subdirección General de Cooperación jurídica internacional del Ministerio de Justicia, en la mayoría de los casos, se limita a comunicarle a la Fiscalía General del Estado la recepción de las peticiones recibidas de las autoridades centrales remitentes. Es frecuente que la Fiscalía, además de citar al secuestrador para comprobar su disposición a facilitar el retorno del menor secuestrado (que lógicamente manifiesta no estarlo), se dirige al Ministerio de Justicia informando del resultado de esa gestión. Ello significa que el posible exequátur o reconocimiento de la resolución extranjera por la que se confía la guarda del menor a la madre, pudiera hallarse comprendido en la reserva 2.b) de las formuladas por España al Convenio (tratándose de menores nacionales españoles con residencia en España).

CURIOSIDAD.

CASO BEETHOVEN: A la muerte de Karl Kaspar Van Beethoven, en Austria, una decisión del Landrecht privó a su viuda del cuidado y educación del hijo de ambos: Karl; atribuyendo su tutela al hermano del fallecido: Ludwig Van Beethoven. En más de una ocasión, la madre del menor Karl intentó recobrar la autoridad materna sobre su hijo, y al fin obtuvo una decisión judicial favorable. Recurrida ésta por el influyente músico, éste obtuvo de nuevo la tutela sobre su sobrino, a pesar incluso de la opinión manifestada por éste. Durante el tiempo que los procedimientos judiciales estuvieron en marcha, el tío del menor organizó sin éxito su traslado al extranjero para sustraerle de la "funesta" influencia de su madre, motivo por el cual, un magistrado vienés denegó la concesión del pasaporte a Karl e incluso provocó su internamiento en un pensionado. Ello no obstante, hasta la muerte del músico. Sobre las vicisitudes de las relaciones de Ludwig Van Beethoven con su sobrino Karl, resulta de especial interés la obra de LUIGI MAGNANI: "El sobrino de Beethoven", Editorial Edhasa, Barcelona. Marzo 1985.

FUENTES BIBLIOGRÁFICAS:

-Derecho de Familia Internacional, Alfonso Luís Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González. Editorial COLEX.

-Litigios sobre la custodia y Sustracción Internacional de Menores, Pilar Jiménez Blanco. Editorial Marcial Pons.

-El Secuestro Internacional de Menores y su Incidencia en España, Pedro-Pablo Miralles Sangro. Editorial: Ministerio de Asuntos Sociales.

-El Interés del Menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Dipr, Mónica Herranz Ballesteros (Doctora en Derecho UNED). Editorial: Lex Nova.

-Jornadas sobre la sustracción Interparental de Menores (aspectos jurídicos y psicosociales). Asociación para la recuperación de niños sacados de su país. Iº Congreso Jurídico Internacional sobre Traslado Ilícito de Menores.

-La Sustracción Interparental de Menores, Luís Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, Esther Pías García, Pilar González Vicente, Cristina González Beilfuss, Adolfo Alonso Carvajal, Denise Carter, Pedro Nuñez Morgades. Editorial DYKINSON.

- www.laley.com

- www.iustel.com

CONDICIONANTES DE SU CRECIMIENTO.

Existen varios condicionantes del crecimiento del número de casos de sustracción internacional de menores en los últimos tiempos:

- 1) La evolución de la institución familiar: estos conflictos familiares se ven favorecidos por las mayores facilidades para la separación y el divorcio de los matrimonios, el mayor reconocimiento de los menores como sujetos de derechos, el mayor protagonismo de la mujer en la sociedad y, sobre todo, el mayor número de matrimonios mixtos, aquellos en los que los contrayentes tienen nacionalidades distintas, lo que provoca que se lleva a cabo con más facilidad el traslado ilícito del menor al extranjero, frecuentemente al Estado de origen del progenitor que lo sustrae.
- 2) Los avances tecnológicos: la aparición de estos matrimonios mixtos también se ve fomentada por el enorme desarrollo de los medios de transporte y las comunicaciones internacionales, que han hecho posible las relaciones humanas entre lugares y

culturas distantes. Asimismo, facilitan el rápido traslado del menor de un país a otro.

- 3) Movimientos migratorios: las personas se desplazan a los países económicamente más desarrollados en busca de trabajo, lo que provoca la mezcla de nacionalidades y culturas.
- 4) Facilidad en el cruce de fronteras: el citado progreso de los transportes unido a al avance en Europa hacia un espacio sin fronteras personales interiores, en el que no es necesario presentar ninguna documentación para pasar de un país a otro favorecen que el movimiento de los menores sea mucho más fácil y rápido.
- 5) Nacionalismo judicial: constituye una causa de crecimiento en el sentido de que es una inadecuada solución en los casos de sustracción internacional de menores, ya que los sustractores pueden confiar en que los jueces del Estado de refugio, que normalmente es el Estado de origen del sustractor, van a dar cobertura legal a la situación de hecho que ellos han provocado. Además, este hecho hace que los tribunales que resuelven sobre el fondo tomen una decisión relativa a la custodia del menor favorable a su nacional, por lo que el progenitor que se ha visto privado de la guarda del menor vea la sustracción como la "única manera" de conseguir una solución justa para su caso.

El objetivo de regular la sustracción internacional de menores es garantizar el derecho de visita y custodia. La sustracción tiene como propósito impedir el derecho de visita o custodia a uno de los progenitores, mediante la sustracción por parte del otro progenitor u otro miembro de la familia, al niño o niña fuera del Estado en donde residen habitualmente. Tratando además de obtener ventajas en el país de destino, sean estas de orden judicial o administrativas, e impedir el retorno forzado. Impidiendo de esa forma la relación del hijo con el progenitor custodio en forma absoluta (secuestro internacional) o dificultarla en forma extraordinaria (sustracción internacional).

BIBLIOGRAFÍA.

- Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, de Blanca Gómez Bengoechea.

- www.iin.oea.org
- http://www.gimenezsalinastrias.com/docs/es_SUSTRACCION_INTERNAZIONALE_DE_MENORES.doc
- Volumen dos de derecho internacional privado. Alfonso- Luis Calco Caravaca y Javier Carrascosa González

II. Vías para combatir el secuestro internacional privado: análisis de cada uno de los textos citados a continuación

1. Reglamento 2201/2003: arts. 10, 11, 40, 41 y 42

INTRODUCCIÓN

El Reglamento 2201/2003 de 27 de Noviembre 2003 regula también "Legal Kidnapping" cuando el menor es trasladado desde un Estado miembro del Reglamento a otro Estado miembro también del Reglamento. Las normas de este Reglamento entraron en vigor el 1 de Marzo de 2005, su régimen jurídico se aplica cuando se verifica un traslado o retención de un menor que ilícito.

COMPETENCIA EN CASO DE SUSTRACCIÓN DE MENORES

Artículo 10

Este artículo, como su enunciado indica, nos sirve para de determinar qué tribunales son competentes si se traslada ilícitamente un menor de un Estado miembro a otro Estado miembro.

En estos casos hay que distinguir dos situaciones:

1. El menor ha adquirido residencia habitual en el Estado al que ha sido trasladado y los que tienen los derechos de custodia (persona, institución u organismo en su caso) dieron su conformidad a la sustracción. Aquí son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que ha sido trasladado. En caso contrario son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia inicial.

2. Ha transcurrido el tiempo necesario para que el menor haya adquirido la residencia habitual en el nuevo Estado y ha residido en dicho Estado miembro al menos durante un año desde que los que tienen los derechos de custodia hubieran tenido o hubiesen podido tener conocimiento de donde se encuentra el menor. Además el menor está integrado en su entorno, y se cumple una de las siguientes condiciones:

a. En el mencionado plazo de un año desde que los que tienen el derecho de custodia hubieran tenido o hubiesen podido tener conocimiento de donde se encuentra el menor, no han presentado demanda alguna de restitución.

b. Se presentó demanda en su momento pero se desistió de la misma y no se ha presentado nueva.

c. Ha sido dictada resolución de no restitución en el Estado miembro donde reside el menor y enviada copia de la resolución al Estado de residencia inicial, y ninguna parte ha presentado reclamaciones en el órgano competente del Estado de residencia inicial en el plazo indicado en el art. 11.7. (3 meses desde la notificación).

d. El Estado de residencia inicial del menor ha dictado resolución sobre su custodia en la que no está incluida la restitución del menor.

Igualmente en este segundo caso, y cumpliendo alguna de las cuatro condiciones, son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro al que ha sido trasladado, e igualmente en caso contrario son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de residencia inicial.

ACCIÓN DE RESTITUCIÓN DEL MENOR

En relación con el art. 11 del Reglamento 2201/2003 (acción de restitución del menor), el que señala que se aplicará el Convenio de la Haya de 1980 pero con correcciones que puede concretarse en:

1. Si se aplican los arts. 12 y 13 del Convenio de la Haya de 1980 se velará porque se dé audiencia al menor en el proceso.

2. El órgano jurisdiccional ante el que se interponga la demanda de restitución actuará con urgencia, salvo circunstancias excepcionales dictará resolución como máximo en seis semanas.

3. El Reglamento 2201/2003 trata de evitar la aplicación del art. 13.b del Convenio de la Haya de 1980 por el detestable "nacionalismo judicial" que se emplea para "bendecir" los secuestros internacionales de menores.

4. Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución del menor sin que haya habido posibilidad de audiencia a la persona que solicitó su restitución.

5. Si se deniega la restitución del menor con arreglo al art. 13 del Convenio de la Haya de 1980 el órgano jurisdiccional o la autoridad central del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes de la retención ilícita invitará a las partes a presentar sus reclamaciones ante el órgano jurisdiccional.

6. Aunque se haya dictado una resolución de no restitución del menor según el art. 13 del Convenio de la Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor dictada

por un órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento 2201/2003 será ejecutiva a efectos del mismo.

FUERZA EJECUTIVA DE DETERMINADAS RESOLUCIONES RELATIVAS AL DERECHO DE VISITA Y DE DETERMINADAS RESOLUCIONES QUE ORDENAN LA RESTITUCIÓN DEL MENOR

Ámbito de aplicación (art. 40). La fuerza ejecutiva directa sin necesidad de reconocimiento previo o declaración de ejecutividad se aplicará a las resoluciones que, dictadas en un Estado miembro se pretendan ejecutar en otro Estado miembro que se refieran a: un derecho de visita o una restitución de un menor consecuencia de una resolución judicial que ordene dicha restitución.

Los requisitos que se exigen para expedir el certificado de título ejecutivo europeo, previsto en la letra b) del apartado 1 del art. 40 son: 1) que se haya dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiere considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez; 2) que se haya dado a las partes posibilidad de audiencia, y 3) que la resolución tenga en cuenta las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 (art. 42.2). El juez del Estado de origen emitirá el certificado utilizando para ello el modelo previsto en el Anexo IV.

Derecho de visita (art. 41): El derecho de visita, concedido en virtud de una resolución judicial ejecutiva dictada en un Estado miembro, será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración que le reconozca fuerza ejecutiva y sin que quepa impugnar su reconocimiento si la resolución ha sido certificada en el Estado miembro de origen, conforme se establece en el propio Reglamento. Para que se pueda expedir el certificado que permite la ejecución directa ha de quedar constancia que: el demandado rebelde ha sido debidamente notificado; que se ha dado la posibilidad de audiencia a todas las partes afectadas y que se le ha dado al menor con suficiente juicio posibilidad de audiencia.

Es preciso tener en cuenta que las resoluciones que tienen fuerza ejecutiva directa no pueden ser modificadas en ejecución en el Estado requerido; con lo que, si el traslado consentido de facto se ha producido cuando las visitas estaban fijadas teniendo en cuenta que las partes residían en la misma ciudad, el que pretenda la ejecutividad directa de las mismas tendrá 3 meses para solicitar una modificación de medidas ante el Juzgado de la anterior residencia habitual del menor que debe ser también el de su residencia habitual actual.

Cabe otorgar un efecto ejecutivo automático a tales decisiones, siempre que se hayan certificado conforme al Reglamento. Certificado que

no está sujeto a recurso alguno. Sólo es posible una acción de rectificación en el caso que no refleje correctamente el contenido de la decisión.

Restitución del menor (art. 42) : La restitución del menor será reconocida y tendrá fuerza ejecutiva en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de ejecución y sin que pueda impugnarse su reconocimiento si ha sido certificada en el Estado miembro de origen, conforme a lo que establece el propio Reglamento.

Para cumplir con el objetivo de evitar recursos dilatorios que dilaten excesivamente la ejecución, se advierte que el juez de origen expedirá el certificado, en principio, una vez que la resolución haya adquirido fuerza ejecutiva, es decir, una vez que haya expirado el plazo para recurrir. Pero esta norma no es absoluta, pues «aunque el Derecho nacional no estipule la fuerza ejecutiva por ministerio de la ley, sin perjuicio de eventuales recursos, de las resoluciones judiciales que ordenan la restitución del menor a tenor del apartado 8 del art. 11, el órgano jurisdiccional de origen podrá declarar ejecutiva la resolución» (art. 42, segundo párrafo, apartado 1.º).

JURISPRUDENCIA

Para completar el comentario del Reglamento 2201/2003 vamos a hacer referencia a la Sentencia de 22 de diciembre de 2010 del TJCE (Sala Primera) sobre el caso Joseba Andoni Aguirre Zarraga contra Simone, dado que en él se hace una interpretación de los artículos que nos atañen, en concreto del art. 42 sobre la restitución del menor, a tenor de una cuestión prejudicial (art. 267 TFUE).

Sobre las cuestiones prejudiciales planteadas por el Oberlandesgericht Celle, que son:

1) ¿Tiene el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución excepcionalmente una facultad de control propia, en virtud de una interpretación del artículo 42 del Reglamento conforme con la Carta de los Derechos Fundamentales, en caso de graves vulneraciones de derechos fundamentales en la resolución que ha de ejecutarse?

2) ¿Está obligado el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución a proceder a la ejecución, a pesar de que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen haya expedido un certificado, con arreglo al artículo 42 del Reglamento núm. 2201 / 2003, que, según se desprende de los autos, es manifiestamente inexacto?»

Teniendo en cuenta los considerandos 17º, 19º, 21º, 24º y 33º del Reglamento, que destacan la importancia de la audiencia al menor, la confianza mutua entre Estados miembro y el respeto de los derechos fundamentales, sobre todo del menor; así como los arts. 11, 21, 23, 42, 43 y 60; el TJCE dice lo siguiente:

Sobre el procedimiento de urgencia, “procede señalar que de la jurisprudencia se desprende que el Tribunal de Justicia reconoce la urgencia de pronunciarse en situaciones de traslado de un menor, en particular cuando la separación de un menor respecto del progenitor al que, como ocurre en el asunto principal, se le había atribuido la custodia previamente, aunque sólo fuera con carácter provisional, supondría un riesgo de deterioro o menoscabo de las relaciones entre ambos y podría provocar un daño psíquico”.

“Este Reglamento parte de la base de que el traslado o la retención ilícitos de un menor contraviniendo una resolución judicial dictada en otro Estado miembro menoscaban gravemente los intereses de dicho menor y, por tanto, establece medidas para permitir la restitución de éste al lugar de su residencia habitual en el plazo más breve posible. A este respecto, dicho Reglamento ha establecido un sistema en virtud del cual, en caso de divergencia de apreciación entre el juez de la residencia habitual del menor y el del lugar en el que se encuentra ilícitamente, el primero conserva la competencia exclusiva para resolver sobre la restitución del menor.

El imperativo de celeridad que subyace en este sistema exige que, en tales circunstancias, los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen de una demanda de restitución del menor se pronuncien rápidamente. Ésta es, por lo demás, la finalidad del artículo 11, apartado 3, cuando impone a dichos órganos jurisdiccionales la utilización de los procedimientos más expeditivos que prevea la legislación nacional y establece que, salvo que existan circunstancias excepcionales que lo hagan imposible, dictarán su resolución como máximo seis semanas después de la interposición de la demanda”

“Así, resulta de los artículos 42, apartado 1, y 43, apartado 2, del Reglamento núm. 2201/2003 , interpretados a la luz de los considerandos decimoséptimo y vigésimo cuarto de éste, que una resolución que ordena la restitución de un menor dictada por el órgano jurisdiccional competente en virtud de dicho Reglamento, cuando es ejecutiva y ha dado lugar a la expedición del certificado previsto en dicho artículo 42, apartado 1, en el Estado miembro de origen, será reconocida y tendrá automáticamente fuerza ejecutiva en otro Estado miembro, sin que pueda impugnarse su reconocimiento”.

“Además, de la jurisprudencia se desprende igualmente que, en el marco del claro reparto de competencias entre los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen y los del Estado miembro de ejecución establecido por el Reglamento núm. 2201/2003 y en aras de la rápida restitución del menor, las cuestiones relativas a la legalidad de la resolución que ordena la restitución en cuanto tal, en particular la cuestión de si se cumplen los requisitos exigidos para permitir al órgano jurisdiccional competente dictar esta resolución, deben suscitarse ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen, conforme a las

normas de su ordenamiento jurídico (sentencia Povse TJCE 2010, 246, apartado 74) ”.

“Estos principios son los que deben guiar la interpretación del artículo 42 apartado 2, párrafo primero, del Reglamento núm. 2201/2003 , a cuyo tenor el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen emitirá el certificado previsto en el apartado 1 de dicho artículo únicamente si se ha dado al menor posibilidad de audiencia, a menos que esto no se hubiera considerado conveniente habida cuenta de su edad o grado de madurez letra a), si se ha dado a las partes posibilidad de audiencia letra b) y si el órgano jurisdiccional ha tenido en cuenta, al dictar su resolución, las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución emitida en virtud del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 letra c) ”.

“Además ... es preciso señalar que dicho artículo 42, apartado 2, párrafo primero, no faculta en modo alguno al juez del Estado miembro de ejecución para ejercer un control sobre las condiciones de emisión del certificado que éste prevé.

De ello se sigue que, cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro expide el certificado a que se refiere el artículo 42, el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución está obligado a ejecutar la resolución certificada, sin poder oponerse al reconocimiento ni a la fuerza ejecutiva de ésta”.

“No obstante, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, mediante su primera cuestión, si dicha interpretación debe aplicarse igualmente cuando la resolución del Estado miembro de origen que debe ser ejecutada en virtud del certificado expedido a tal efecto adolece de una grave vulneración de derechos fundamentales” (refiriéndose a la audiencia del menor).

“Incumbe al juez que haya de resolver sobre la restitución del menor apreciar la oportunidad de tal audiencia, en la medida en que los conflictos que hacen necesaria una decisión en cuanto a la atribución de la custodia de un menor a uno de los progenitores, y las correspondientes tensiones, constituyen situaciones en las que la audiencia del menor, por cuanto requiere, llegado el caso, su presencia física ante el juez, puede resultar inapropiada, incluso perjudicial para la salud psíquica del menor, que a menudo se ve sometido a dichas tensiones y padece sus efectos dañinos. Así, aunque siga siendo un derecho del menor, la audiencia no puede constituir una obligación absoluta, sino que debe ser objeto de una apreciación en función de las exigencias ligadas al interés superior del menor en cada caso concreto, conforme al artículo 24, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales”.

“El juez del Estado miembro de origen sólo puede emitir un certificado conforme a las exigencias del artículo 42 del Reglamento núm. 2201/2003 tras haber comprobado que, en función del interés superior del menor y habida cuenta de todas las circunstancias del caso de que se

trate, la resolución a que se refiere ese certificado se ha adoptado respetando el derecho del menor a expresarse libremente y que se ha ofrecido a éste una posibilidad real y efectiva de expresarse, habida cuenta de los medios procesales nacionales y de los instrumentos de la cooperación judicial internacional”.

“Corresponde a esos órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen comprobar si la resolución judicial a que se refiere un certificado expedido en virtud del artículo 42 del Reglamento núm. 2201/2003 adolece de una vulneración del derecho del menor a ser oído”.

El TJCE concluye que, la cuestión de la posible vulneración del artículo 42, apartado 2, párrafo primero, letra a), del Reglamento núm. 2201/2003 por parte del juez del Estado miembro de origen que dictó la resolución certificada compete únicamente a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro y que el juez competente del Estado miembro de ejecución no puede oponerse al reconocimiento y a la ejecución de la mencionada resolución, habida cuenta del certificado expedido por dicho juez del Estado miembro de origen.

BIBLIOGRAFÍA:

- *“Derecho Internacional Privado”*, José Carlos Fernández Rozas; Sixto Sánchez Lorenzo.
- *“Derecho Internacional Privado”*, Alfonso- Luis Calvo Caravaca; Javier Carrascosa González.
- *“Crisis matrimoniales. Protección del menor en el marco europeo”*, Calvo Babío, Flora; Ortuño Muñoz, Pascual; Quiñones Escámez, Anna.
- *“Nuevos conflictos en el Derecho de Familia”*, Llamas Pombo, Eugenio; Maestre Casas, Pilar.

2. Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980

Introducción.

Durante el último tercio del siglo pasado estamos asistiendo a lo que algunos estudiosos han conferido en denominar “la 3ª revolución”, un fenómeno que se ha centrado en el ámbito científico-tecnológico y que ha dado lugar a la diversidad cultural. De esta metamorfosis que ha sufrido nuestra sociedad inevitablemente se ha visto afectada la Familia, el núcleo común básico de cualquier sociedad:

- Nuestra vida actual propicia las relaciones personales y laborales entre personas de distintos países, culturas, religiones, y con ello aumentan los matrimonios y las parejas que, con mayor o menor estabilidad, constituyen núcleos familiares.

- A esta diversidad en los grupos familiares se une un aumento importante de las crisis matrimoniales y de las parejas de hecho, con las consiguientes rupturas y procesos judiciales de separación, divorcio o de medidas definitivas de los hijos no matrimoniales; en todos ellos el elemento extranjero agrava la conflictiva situación.

Y esa realidad nos ha de llevar a legislar sobre los efectos jurídicos derivados de la crisis familiar y necesariamente sobre el secuestro internacional de menores, pues ahora en el núcleo familiar existe un elemento de extranjería.

Así pues, y en líneas generales, podemos definir la sustracción internacional de menores como la "retención o no devolución del menor a su lugar de residencia habitual tras el desplazamiento, inicialmente ilícito del menor por uno de sus progenitores". Ello en la práctica provoca problemas verdaderamente complejos ya que el progenitor que pretende obtener el regreso del menor a su residencia habitual (o que simplemente pretende tener con su hijo un contacto de visitas adecuado) se enfrenta no sólo a obstáculos materiales de importancia (distancia, elevados costes, etc.) sino también a cuestiones jurídicas complejas.

Las consecuencias de estas situaciones y el deseo firme de evitar los secuestros han propiciado una respuesta normativa tanto en el ámbito nacional como internacional, y una sensibilización de los Jueces al problema. Son numerosos los instrumentos internacionales que regulan el secuestro internacional de menores (especialmente en el ámbito comunitario y convencional), nuestro trabajo tiene por objeto el , uno de los más específicos de los existentes hasta la fecha y cuyo objetivo es evitar la inseguridad jurídica derivada de la existencia de decisiones adoptadas a instancia de una sola de las partes en un foro de su elección, decisiones que revierten inevitablemente sobre la relación paterno-filial.

Convenio de La Haya de 25 de octubre 1980: Convenio "Fáctico" .

Este Convenio fue elaborado por la Conferencia de La Haya de DIPr y ratificado por España mediante instrumento de 28-5-1987, BOE 202/1987, de 24 de agosto.

Su rasgo principal es que no se trata de un "Convenio clásico de DIPr.", sino de un "Convenio de carácter fáctico" (J. KROPHOLLER, L. CHATIN). Y ello por las siguientes razones.

1º) El Convenio no regula la "Ley aplicable" al fondo de la cuestión, -ad ex., la titularidad de los derechos de guarda y visita, la atribución o privación de la patria potestad, etc.-, ni la "competencia judicial internacional" sobre la cuestión, ni la "validez extraterritorial de decisiones".

2º) El Convenio sólo establece una estructura de cooperación internacional de autoridades y una acción para el retorno inmediato del menor al país de su residencia habitual (AAP Almería 6 febrero 2004).

3º) Como consecuencia de lo anterior, el art. 16 del Convenio dispone que, una vez trasladado ilícitamente al menor de un país a otro, las autoridades judiciales o administrativas del país al que ha sido trasladado al menor o donde está retenido ilícitamente, no pueden decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que el menor no tiene que ser restituido según lo dispuesto en el Convenio o hasta que haya transcurrido un período de tiempo razonable sin que se haya presentado una demanda en aplicación del Convenio. Es una regla de "competencia judicial internacional negativa". En efecto, dicha regla impide que un tribunal conozca y decida, temporalmente, sobre el "fondo de la cuestión". Lógicamente, si se ordena el retorno del menor, no cabrá entrar en el fondo del asunto. Sólo podrá entrarse en el mismo si se acuerda "no restituir al menor" (STS 22 junio 1998, AAPToledo Sec. 1ª 20 noviembre 1995, Sent. Cass. Francia, 9 julio 2008).

Convenio de La Haya de 25 octubre 1980. Objetivos.

El Convenio persigue estos objetivos.

1º) *Logar el retorno del menor trasladado ilícitamente de un país a otro.* Lo más normal es que se ordene el retorno de dicho menor al país donde éste tenía originariamente su residencia habitual. Sin embargo, en ciertas ocasiones, se puede ordenar su retorno a otro país en el que ahora se encuentre el "entorno familiar" del menor. Se trata de respetar el *statu quo* anterior al traslado pero sin entrar nunca en el "fondo del asunto". Y ello por estos motivos: (a) Las "rupturas bruscas" del menor con el medio en el que vive el menor son negativas y deben evitarse (Y. LEQUETTE) (STDH 6 diciembre 2007, *Maumousseau y Washington vs. Francia*); (b) Las autoridades del país de residencia habitual del menor son las que están "mejor situadas" para decidir sobre la cuestión de la custodia del menor.

2º) *Velar por el cumplimiento efectivo de los derechos de custodia y visita establecidos en el Estado de origen del menor.* Con ello, el Convenio trata de salvaguardar el derecho del menor a relacionarse con ambos padres.

Convenio de La Haya de 25 octubre 1980. Ámbito de aplicación.

El Convenio se aplica sólo se verifican los siguientes factores.

a) **Requisitos subjetivos.**- El Convenio se aplica a los sujetos menores de 16 años con residencia habitual en un Estado contratante en el momento de su sustracción ilegal (art. 4). Varios datos deben subrayarse.

1º) Es irrelevante la nacionalidad y la filiación del menor sustraído.

2º) Es irrelevante quiénes sean los secuestradores o sustractores del menor-padres, madres, abuelos, otros parientes, terceros, etc-.

3º) Por "residencia habitual" debe entenderse el lugar donde radica el "centro social de vida del menor", el lugar donde radican sus vínculos afectivos no necesariamente familiares, derivados de su vida cotidiana (Sent. Cass. Italia 2 febrero 2005), el "espacio físico en el que el menor desarrolla sus actividades diarias, espacio en el que se encuentra el centro de sus intereses" (Sent. 1 Juzgado Mixto Carabaillo, Perú 19 julio 2005 (sustracción

desde Argentina al Perú)). En consecuencia: (a) No es definitiva a estos efectos la duración de la residencia en un país, de modo que el menor puede tener su residencia habitual en un país aunque lleve poco tiempo habitando en el mismo siempre que su centro social de vida se localice en tal país (AAP Bizkaia 18 diciembre 2007 (inexistencia de sustracción internacional de menores desde Holanda a España)); (b) Debe realizarse un day-to-day test para acreditar el lugar de residencia habitual del menor (Sent. Jerusalem District Court, Israel, 11 noviembre 2004 (denegación de restitución desde Israel a USA)); (c) La residencia habitual es un concepto fáctico, que no depende de datos jurídicos como la inscripción de menor en Registros, padrones municipales u otros sistemas de control administrativo, o el domicilio legal o la nacionalidad (V.H. Holl).

4º) Un problema muy difícil se suscita en el caso de "traslado internacional de bebés": ¿en qué país tienen dichos bebés su "residencia habitual"? Parece adecuado estimar que los bebés también tienen "residencia habitual" y que ésta se localiza en el país de sus "centro social de vida", allí donde normalmente habitan. En el caso de mujeres embarazadas que se trasladan de un país a otro para dar a luz, no existe residencia habitual del menor en el primer país y no hay "traslado ilícito".

b) **Estado al que es trasladado el menor.** El Convenio sólo se aplica si el menor de 16 años tiene su residencia habitual en un Estado parte y es trasladado a otro Estado parte en el que dicho menor no tiene dicha residencia habitual. Varios datos deben subrayarse: 1º) El país desde el que el menor es trasladado físicamente, es irrelevante; 2º) Cuando un menor es sustraído desde un país en el que *no* tiene su residencia habitual y es traslado a otro país en el que *sí* tiene su residencia habitual, el Convenio no es aplicable.

c) **Convenio inter partes.** El Convenio sólo se aplica entre Estados partes, que son más de cincuenta, además es necesario destacar que el número de Estados miembros del Convenio continúa en expansión aumentando cada año y, lo que es más importante, continuará haciéndolo porque tanto a nivel personal como estatal se reconoce su aportación. Para que el Convenio sea aplicable en relación con España, debe aceptar *expresamente* la adhesión de Estados no miembros de la Conferencia de La Haya que se hayan adherido al Convenio (art. 38), a título ilustrativo nos resulta curioso destacar que cada año se publican en el BOE nuevas declaraciones de aceptación por España de las adhesiones al Convenio.

Por tanto, si el menor tiene su residencia habitual en un Estado parte pero ha sido trasladado a un tercer Estado no parte, este Convenio no es aplicable (SAP Valladolid 31 mayo 1996). Tampoco se aplica si el destino del menor es un Estado parte pero el menor tiene su residencia habitual en un Estado no parte. Así sucedió en el caso de *Eliancito*, el "niño balsero", pues USA es parte del Convenio, pero no Cuba.

d) **El traslado debe ser "ilícito".** Debe haberse producido un traslado o retención de un menor considerados "ilícitos" (art. 3). Varias observaciones son precisas.

1º) *Necesaria infracción del derecho de custodia.* El traslado o la retención del menor se consideran "ilícitos" cuando infringen *el derecho de*

custodia atribuido a una persona, institución o cualquier otro organismo, siempre que la custodia se ejerza “efectivamente”

2º) *Modos de atribución del derecho de custodia.* Ese “derecho de custodia” puede venir atribuido: (a) Por el *Derecho* del Estado en el que el menor residía habitualmente inmediatamente antes de su traslado o retención, incluyendo su sistema de DIPr. (AAP Zaragoza 30 noviembre 1999, SAP Asturias 30 abril 2007 (restitución de menores a Argentina)); (b) Por una *decisión judicial o administrativa* recaída en el Estado de origen, dictada por los jueces de este país o por tribunales de terceros Estados reconocida o no en el país de residencia habitual del menor pero que aplique regularmente; (c) Por un *acuerdo (Sorgerechtvereinbarung)* que tenga efecto legal en el Estado de origen y concluido entre los padres del menor. Si los progenitores pactan la “libertad de movimientos de los menores” incluyendo sus salidas al extranjero, no existe “traslado ilícito” pues es “libremente consentido” (Auto AP Madrid 15 octubre 2002, SAP Asturias 30 abril 2007 (restitución de menores a Argentina)). Si existe acuerdo entre los titulares de la custodia para trasladar a los menores por un período determinado y dicho acuerdo se infringe, concurre “retención ilícita de los menores” y el Convenio se aplica (Sent. Corte Superior Lima, Perú, 20 septiembre 2004 (sustracción desde Argentina a Perú)). El carácter vinculante del acuerdo entre los titulares de la custodia debe valorarse con arreglo al Derecho del Estado de origen. Éste fue el punto clave del caso de “María José Carrascosa”. Por tanto, el Convenio cubre los secuestros posteriores a la decisión judicial de atribución de la custodia, -following a court orden-, y los producidos antes de dictarse la resolución del órgano judicial -prior to the court orden- (Auto AP Zaragoza 31 mayo 1996). Visto que hay que aplicar y probar el Derecho del país de residencia habitual del menor, el art. 14 del Convenio autoriza la aplicación de oficio de tal Derecho; la autoridad podrá, incluso, utilizar su “conocimiento privado” de dicha legislación.

e) **Debe haberse infringido un “derecho de custodia”** El Convenio persigue el restablecimiento del “derecho de custodia”. El derecho de custodia comprende el derecho relativo al Cuidado de la persona del menor y, en particular, el derecho a decidir sobre su lugar de residencia (art. 5) (Sent. Corte Cass. Italia 4 abril 2007). Para restablecer este derecho de custodia, -y sólo en ese caso (AAP Baleares 23 abril 2003)-. Se utiliza la “acción directa de retorno del menor” establecida en el Convenio. Esta acción puede emplearse en los siguientes casos.

Funcionamiento del Convenio.

- Las reglas básicas de funcionamiento del Convenio pueden sintetizarse en las siguientes.

a) *Establecimiento de un órgano de enlace entre los Estados: Las Autoridades Centrales.* Cada Estado designa sus Autoridades Centrales (art. 6). Éstas se encargan de localizar a los menores en los Estados partes, de garantizar su devolución al Estado de origen o de la “organización efectiva” del derecho de visita. Para ello, puede colaborar con otras Autoridades Centrales, suministrar información sobre la situación del menor, abrir un procedimiento administrativo o judicial para asegurar su restitución o

garantizar el derecho de visita (art. 7 a-i). en España, la Autoridad Central es la dirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia.

b) Requisitos que debe reunir la "solicitud de repatriación del menor". Tal solicitud debe contener indicaciones sobre la identidad de todas las partes afectadas, los motivos que llevan a reclamar el retorno del menor y las informaciones disponibles sobre el lugar de residencia de éste (art. 8.2.a-g).

c) Acción directa de restitución del menor. El Convenio crea una acción directa dirigida a lograr la restitución del menor. En torno a dicha acción son relevantes varios datos previos.

1º) Se ordena el retorno del menor "a un concreto país", que suele ser el país de su residencia habitual, y no el retorno "a una persona concreta" (Family Court of Australia at Melbourne 6 agosto 2004 (sustracción desde USA a Australia). El tribunal puede ordenar, por ejemplo, un retorno "de incógnito" del menor acompañado por su progenitor secuestrador, para que se evite todo contacto con el otro progenitor (Family Court Australia 10 octubre 1996, HC Australia 27 junio 2001).

2º) Cualquier "persona, Institución u Organismo que sostenga que un menor ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia", puede ejercitar la acción de restitución del menor (SAP Baleares 23 abril 2003).

3º) El Convenio recoge una "primera regla": el retorno inmediato del menor, normalmente, al país de su previa residencia habitual. Esta "primera regla" está diseñada sin tomar en consideración los "datos del caso concreto". El retorno del menor a su país de residencia habitual debe operar como "regla básica" porque así se evitan rupturas bruscas del menor con su "ambiente", porque así se desincentivan los secuestros de menor (policy of deterring abduction) y porque, generalmente, el país de residencia habitual del menor es el país cuyos tribunales serán competentes para decidir en torno a la "responsabilidad parental del menor" (forum conveniens). Esta "primera regla" tiene alcance general y debe interpretarse expansivamente (C.M.V. CLARKSON/J. HILL).

4º) El Convenio acoge también una "segunda regla": la posibilidad de "no ordenar el retorno del menor" porque ello podría perjudicar el "interés del menor". Esta regla sí toma en consideración los "datos de caso concreto" (welfare of the particular child) (Notario CA Canada 31 marzo 1999). Esta segunda regla es excepcional y debe interpretarse restrictivamente.

5º) La restitución del menor no es una "restitución de plano". Explicación: cabe alegar ciertas causas para denegar el retorno del menor y a tal efecto, deben distinguirse dos supuestos.

Primer supuesto: menos de un año desde el traslado. En el caso de que haya transcurrido menos de un año desde que se produjo el traslado o la retención ilícita del menor, la autoridad competente del Estado parte está obligada a ordenar la "restitución inmediata del menor" (art. 12.1) Varias observaciones son necesarias.

1º) El "momento inicial" del cómputo en el caso de "traslado" es el primer acto destacado de infracción del derecho de custodia. En el supuesto de "retención", el cómputo se inicia una vez transcurrido el plazo acordado

para tener consigo al menor. El "momento final" es el momento de presentación de la solicitud de retorno ante las autoridades del país donde se encuentra el menor.

2º) Sin embargo, existen ciertas causas que permiten a la autoridad del país donde se encuentra el menor, "no ordenar la restitución del menor". El art. 13 recoge un proceso de dos etapas (two-stage process). Primera etapa: hay que acreditar si concurren o no las causas que permiten no ordenar la restitución del menor. Segunda etapa: acreditadas tales causas, el tribunal *puede* no ordenar la restitución del menor. Segunda etapa: acreditadas tales causas, el tribunal *puede* no ordenar la restitución del menor (*is not bound to order the return of the child*) pero *no esta* obligado a denegar la restitución del menor: el tribunal dispone de "discrecionalidad" al respecto. Dicha discrecionalidad permite al tribunal valorar elementos como el posible resultado de un futuro proceso sobre la "responsabilidad parental del menor", el efecto emocional sobre el menor de una posible orden de retorno del mismo a su previo país de residencia habitual.

3º) Las causas de denegación de la restitución del menor son las siguientes: (a) Custodia no ejercida de hecho o traslado consentido del menor; (b) Menor que se opone a su restitución; (c) Restitución del menor que vulnera los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (art. 20); (d) Grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un daño físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable (art. 13b).

Causa de denegación 1: custodia no ejercida de hecho o traslado consentido del menor. Se puede denegar la restitución del menor cuando se demuestra que quién ostentaba la custodia, no la ejercía de hecho o que consistió el traslado o retención antes o después del desplazamiento del menor (art. 13.a)

Causa de denegación 2: menor que se opone a su restitución Se puede denegar la restitución si el menor se opone a su restitución, siempre que éste haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones (art. 13b.II) y siempre que el menor pueda expresar libremente sus opiniones, sin coerción ni presiones ejercidas por el secuestrador o el entorno (SAP Castellón 13 octubre 2000). Para determinar la edad a partir de la cual se pueden tener en cuenta las opiniones del menor, el tribunal puede recurrir a la Ley del país con el que los menores pensentan una relación mas estrecha (Jerusalem District Court, Israel, 18 noviembre 2004 (aplicación de la Ley Judía a menores integrados en familia de judíos ortodoxos para terminar la edad a partir de la cual un menor puede prestar juramente).

Causa de denegación 3: restitución que vulnera los principios fundamentales del Estado requeridos en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Se puede denegar la restitución del menor cuando la restitución del mismo vulnera los "principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales" (art. 20). Se trata (J. PIRRUNG) de una "cláusula limitada de orden público" (beschränkte ordre public Klausel). Así, será posible denegar la restitución cuando ésta infringe la "libertad religiosa del menor (H.P. MANSEL) o cuando la atribución de la

custodia se haya producido en función de circunstancias discriminatoria y sin tener en cuenta el "interés del menor" (Arturo AP Barcelona 21 abril 1997)

Causa de denegación 4: grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un daño físico, psíquico o le coloque en una situación intolerable. Se puede denegar la restitución del menor cuando se acredita la existencia un un "grave riesgo de que la restitución exponga al menor a un daño físico, psíquico o le coloque en una situación intolerable" (art- 13-b). Sobre esta causa cabe afirmar lo siguiente

1º) La traducción española del texto del art. 13.b del Convenio plantea problemas (BOE nº 202 de 24 de agosto 1987 y corr. Errores BOE nº 155 de 30 junio 1989 y BOE nº 21 de 24 enero 1996). La versión francesa (versión auténtica) emplea el término "danger physique ou psychique", pero la versión inglesa utiliza la expresión "physical or psychological harm". Por tanto, debe decidirse si la versión francesa ("riesgo de un peligro") es más exacta que la versión inglesa ("riesgo de un daño") o viceversa. La expresión inglesa parece más exacta: se trata de evitar un "daño" físico o psíquico más que de evitar un "peligro" físico o psíquico.

2º) Es el juez del Estado donde se encuentra hora el menor el que debe apreciar, "de modo soberano", esta causa de "no restitución" (Sent. Cass Francia 12 diciembre 2006). La decisión del juez al respecto debe poderse recurrir, pues el Convenio presume que la mejor solución es el retorno del menor (J. PIRRUNG).

3º) El "grave riesgo", el "daño físico o psíquico" y la "situación intolerable" son los conceptos clave del art. 13b del Convenio. Sobre estos conceptos cabe formular varias observaciones: a) Todos estos conceptos deben interpretarse, siempre, restrictivamente (SAP Málaga 7 octubre 1996, AAP Zaragoza 31 mayo 1996); b) Los tres conceptos deben concurrir y deben probarse, siempre, en el caso concreto. Alusiones genéricas no son relevantes (Cour d'Appel Paris 27 octubre 2005 (alegación genérica de que el "padre toma drogas", sin prueba alguna sobre ello). Cour Casstion Francia 13 julio 2005); c) Los tres conceptos deben verificarse siempre en relación al "menor" no a la madre o hermanos del mismo. En ciertas ocasiones, pero siempre que ello quede probado, una restitución del menor al país de su residencia habitual puede general un daño o perjuicio no al "menor" sino a la madre o a los hermanos de éste, y puede suceder que ello provoque un impacto muy negativo sobre el menor en cuestión en forma de "daño psicológico" al mismo". Pero el Convenio tiene como objetivo el menor (Chad focused Convention) y no la defensa de "consideraciones generales de humanidad" (HC Auckland New Zealand 6 noviembre 2003 (sustracción desde Australia a Nueva Zelanda))-

4º) "Grave riesgo" significa que el riesgo debe ser extremo, muy probable. Empleo: ha quedado probado que no se pueden obtener medidas de protección adecuadas en el país al que se pretende restituir al menor (Full Court of the Family Court of Australia at Melbourne 16 febrero 2006).

5º) El "daño físico" debe ser siempre "elevado". Ejemplo: "violencia" sobre el menor. Un daño físico mínimo no es relevante Empleo: daño que se produce sin el menor puede enfermar de gripe si retorna a un concreto país.

6º) El "daño psíquico" debe ser "elevado", porque un cierto daño psicológico al menor existe siempre que se traslada a un menor de un país a

otro. Ejemplo: un "trauma psicológico" del menor no es un daño grave o elevado, pero un "desequilibrio psicológico" del menor sí es un daño elevado.

7º) El año debe ser "actual", no sólo potencial, aunque una cierta prospectiva es siempre necesaria: se trata de impedir el retorno del menor para evitar un daño que ocurriría si se produce dicha restitución al país de origen. Cierta doctrina indica que el riesgo de que se produzca el "daño" debió ser la causa del traslado del menor al extranjero pero el Convenio no sigue esta línea.

8º) Lo que puede provocar daño o la situación intolerable para el menor es "su restitución". Por ello la situación anterior al traslado del menor sólo es relevante para denegar su restitución sólo si dicha situación anterior se mantiene en el momento de la restitución. Si las circunstancias han cambiado y ya no hay riesgo de daño para el menor, debe ordenarse la restitución del mismo (US Court of Appeals for the 3rd Circuit 15 septiembre 2005 (restitución desde USA a Australia)). Lo relevante es la situación del menor posterior a su restitución (post-return situation facing the child).

9º) No existe riesgo de daño ni de situación intolerable si se ofrecen a la autoridad del Estado donde se halla el menor, ciertas "garantías" o "seguridades" (undertakings) en relación con la protección del menor. En la práctica, ello es muy frecuente. Se exigen estas garantías (undertakings) en nombre del "interés del menor". Las garantías pueden consistir en compromisos del peticionario de la restitución, en la acreditación de que los tribunales y autoridades del Estado al que va a ser restituido el menor pueden protegerle de modo conveniente (Family Court of Australia at Melbourne 6 agosto 2004) , comprobaciones de hecho de la seguridad del menor en el país de su residencia habitual o en el hecho de que los tribunales de dicho país han dictado o van a dictar "resoluciones espejo", que son resoluciones de protección del menor idénticas a las adoptadas por las autoridades del país al que ha sido traslado el menor (mirror orders / repleca orders / safe return) (High Court Family division England and Wales 28 mayo 2004 (sustracción desde Sudáfrica a Inglaterra)).

Segundo supuesto: más de un año desde el traslado. Si ha transcurrido más de un año desde la sustracción del menor, se dispondrá su restitución (art. 12.2) pero cabe oponerse a dicha restitución en base a todas las causas antes citadas más una añadida: que *"quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio"* (art. 12.2). En efecto: restituir a un menor cuando ha transcurrido un largo periodo de tiempo y se halla ya integrado en otro país, dañaría el "interés del menor" (Auto AP Zaragoza 30 noviembre 1999). Sobre esta causa cabe observar lo siguiente:

1º) La "integración en el nuevo medio" debe ser probada por la parte que se opone a la restitución del menor.

2º) Debe tratarse de una integración no sólo física, sino emocional y psicológica del menor a su "nuevo medio" (emocional, psychological as well as to physical settlement).

3º) La existencia de esta causa de denegación de la restitución ha sido muy criticada por varios motivos. *Primero*, porque desde que se inicia el procedimiento hasta que se acuerda la devolución del menor pueden transcurrir varios años, tres o cuatro. Si embargo, si la solicitud de retorno se presentó en el plazo del año, el juez del Estado requerido no podrá utilizar

el art. 12.2 del Convenio y negar la restitución por “adaptación al nuevo país”. En la práctica, los tribunales, cuando aprecian ese dato, indican que existe “peligro grave” o “situación intolerable” para el menor y deniegan su restitución refugiándose en el art. 13.b del Convenio. *Segundo*, porque la sola existencia de esta causa puede incitar a los “progenitores-secuestradores” a trasladar ilícitamente al menor a otro país y a retenerlos por largos períodos de tiempo, esperando así que se “adapten al nuevo medio”, con lo que logran la “legalización” del secuestro. Por ello, cuando se aprecia que el menor ha transcurrido un largo periodo en el nuevo país pero “escondido” por el progenitor, que espera sólo que pase el tiempo, dicho “periodo de tiempo escondido” no puede conducir a una “adaptación al nuevo medio” (no settled life).

BIBLIOGRAFÍA:

- Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado (vol. 2)*.
- Pilar González Vicente, *La sustracción internacional de menores y su nueva regulación*, “Revista jurídica de Castilla y León” N.º 11. ENERO 2007.

3. Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996

El Convenio de la Haya de 1996, a diferencia de otros convenios más especializados en materia de sustracción internacional de menores, como es el caso del Convenio de la Haya de 1980, cubre una gama muy amplia de medidas de protección de los niños de carácter civil, que van desde órdenes relativas a la responsabilidad parental y al derecho de visita hasta medidas de carácter público de protección o cuidado, y desde cuestiones de representación hasta la protección de los bienes del niño. En primer lugar decir que el principio inspirador de este Convenio de la Haya de 1996 es el interés superior del menor.

Los objetivos del Convenio son:

1. Mejorar la protección de los niños en las situaciones de carácter internacional;
2. Mejorar el sistema de cooperación internacional en materia de protección de menores;

Estas mejoras son en relación al Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores.

Este Convenio de la Haya de 1996 regula:

1. Competencia judicial internacional;
2. Derecho aplicable;
3. Reconocimiento y ejecución;
4. Cooperación entre autoridades de los estados miembros;

El Convenio trata sobre las siguientes materias:

1. La responsabilidad parental;
2. Los derechos de custodia;
3. La tutela;
4. La representación del menor;
5. La acogida de los menores o cualquier otro tipo de tutela;
6. La supervisión de la tutela a la que se somete al menor;
7. La gestión de los bienes del menor.

Hay que tener en cuenta que en la mayor parte de las ocasiones rige el R. 2201/2003 en materia de responsabilidad parental. El Convenio de la Haya de 1996 se aplica principalmente para determinar el derecho aplicable.

En el art. 61 R. 2201/2003 se establecen las relaciones entre los dos instrumentos:

"En las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, el presente Reglamento se aplicará:

- a. cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro;
- b. en lo que respecta al reconocimiento y ejecución en el territorio de un Estado miembro de una resolución dictada por el órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del citado Convenio."

De forma que prevalece el R. 2201/2003 sobre el Convenio de la Haya de 1996 en las siguientes situaciones:

1. Cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro: en materia de competencia se aplicaría el R. 2201/2003, siempre que se trate de un menor con residencia habitual en un estado miembro del R. 2201/2003.

Así el Convenio de la Haya de 1996 se aplica, en materia de competencia, cuando el niño menor que no ha alcanzado 18 años resida

habitualmente en un Estado parte del Convenio que no sea miembro de la UE, porque entonces se aplica el Reglamento.

2. En lo que respecta al reconocimiento y ejecución: prevalece el R. 2201/2003, "aun cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en un Estado no miembro que sea parte contratante del citado Convenio".

Por ejemplo que se haya aplicado el Convenio de la Haya de 1996 en el caso de un menor con residencia habitual en Ecuador. A pesar de haberse aplicado el Convenio de la Haya de 1996 para determinar la competencia judicial internacional, esa sentencia dictada por un Estado parte del R. 2201/2003, va a poder circular libremente por todo el espacio europeo. Por ejemplo se podría reconocer y ejecutar la sentencia en Alemania u otro estado parte del R. 2201/2003 pero no en aplicación del Convenio de la Haya de 1996, sino por el R. 2201/2003;

Así vemos que la aplicación del Convenio de la Haya de 1996 queda reducida a los casos en los que el menor no tenga su residencia habitual en un Estado miembro del R. 2201/2003 y sobre todo en materia de derecho aplicable que no regula el R. 2201/2003.

Veamos los ámbitos de aplicación :

1. Ámbito de aplicación temporal: para España entró en vigor el 1 de enero de 2011;

2. Ámbito de aplicación personal (art. 2 CH 1996): En el art. 2 del CH 1996 se establece que : "El Convenio se aplica a los niños a partir de su nacimiento y hasta que alcancen la edad de 18 años." El Convenio deja de aplicarse cuando el niño alcance la edad de 18 años. Puede, por tanto ocurrir que necesite protección después de esa edad, sea porque no haya alcanzado la mayoría de edad según la ley reguladora de su capacidad, sea porque su estado de salud requiera una medida de protección. Corresponderá a cada Estado garantizar esta protección según su Derecho nacional.

3. Ámbito de aplicación territorial: se aplica a los Estados miembros en el Convenio.

Actualmente está en vigor para 31 Estados: Albania, Alemania, Australia, Austria, Bulgaria, Chipre, Croacia, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Marruecos, Mónaco, Países Bajos, Polonia, República Checa, Rumania, Suiza, Ucrania, Uruguay, Armenia y República Dominicana;

4. Ámbito de aplicación material: en el art. 4 CH 1996 se establecen las materias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio, son las siguientes:

1. El establecimiento y la impugnación de la filiación;
2. La decisión sobre la adopción y las medidas que la preparan, así como la anulación y la revocación de la adopción;
3. El nombre y apellidos del niño;
4. La emancipación;
5. Las obligaciones alimenticias;
6. Los trusts y las sucesiones;
7. La seguridad social;
8. Las medidas públicas de carácter general en materia de educación y salud;
9. Las medidas adoptadas como consecuencia de infracciones penales cometidas por los niños;
10. Las decisiones sobre el derecho de asilo y en materia de inmigración.

Todas ellas por tanto materias excluidas. Las materias que regula son:

1. La responsabilidad parental;
2. Los derechos de custodia;
3. La tutela;
4. La representación del menor;
5. La acogida de los menores o cualquier otro tipo de tutela;
6. La supervisión de la tutela a la que se somete al menor;
7. La gestión de los bienes del menor.

DERECHO APLICABLE

Veamos ahora por su importancia el tratamiento del derecho aplicable en el Convenio de la Haya de 1996.

Se puede decir que todos los estados de la UE que han ratificado este Convenio de la Haya de 1996, tienen ya una norma de conflicto unificada en materia de protección de menores, aunque esto se hizo a través de la Conferencia de la Haya. Se regula en el art. 15 y 16 Convenio de la Haya de 1996.

Las cuestiones que tratamos son:

1. Lex fori (Art. 15 CH 1996): con carácter general se aplica la ley interna del estado del tribunal que conoce del asunto;
2. Cláusula de excepción (art. 15.2 CH 1996): se puede tener en consideración la ley de otro estado que tenga una conexión mas estrecha con el menor;
3. Conflicto móvil (art. 16.4 CH 1996): se rige por la ley del Estado de la nueva residencia habitual;
4. Atribución y extinción, inicio y cese, de la responsabilidad parental (art. 16 CH 1996): se aplica la ley de la residencia habitual del menor;
5. El ejercicio de la responsabilidad parental (art. 17 CH 1996): se rige por la ley nacional del hijo;

1. Lex fori (art. 15 CH 1996): Rige la regla de la lex fori (ley interna de la autoridad que conoce del asunto) con carácter general para las medidas de protección de los menores. Esto es una fórmula que puede beneficiar al menor porque va a conocer la autoridad que está más cerca al menor. Así aplicar su propia ley añade previsibilidad a la respuesta que se dé para con ese menor. Porque se va a aplicar la ley del contexto más cercano al menor. Así se basa en el principio de la previsibilidad además ahorra costes.

Art. 15 Convenio de la Haya de 1996:

"En el ejercicio de la competencia atribuida por las disposiciones del Capítulo II, las autoridades de los Estados contratantes aplican su propia ley;

No obstante, en la medida en que la protección de la persona o de los bienes del niño lo requiera, pueden excepcionalmente aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho;

En caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, la ley de este otro Estado rige las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia habitual a partir del momento en que se produce la modificación."

2. Cláusula de excepción (art. 15.2 CH 1996): No obstante hay una cláusula de excepción en el art. 15.2 Convenio de la Haya de 1996 que es una cláusula de contenido material. Así aunque la regla general es aplicar la ley de la autoridad, esa autoridad puede aplicar o tomar en consideración la ley de otro estado con la que el menor tiene una vinculación estrecha. Aquí no se precisa lo que debe entenderse por vinculación estrecha, pero puede ser por ejemplo la nacionalidad del menor, o donde se encuentre el titular de la patria potestad.

3. Conflicto móvil (art. 16.4 CH 1996): En cuanto al conflicto móvil el art. 15.4 Convenio de la Haya de 1996 dice que el conflicto móvil se resuelve a favor de la ley posterior, de la ley de la nueva residencia habitual.

Art. 16.4 CH 1996:

"En caso de cambio de la residencia habitual del niño, la atribución de pleno derecho de la responsabilidad parental a una persona que no estuviera ya investida de tal responsabilidad se rige por la ley del Estado de la nueva residencia habitual."

4. Atribución y extinción, inicio y cese, de la responsabilidad parental: el art. 16 Convenio de la Haya de 1996 hace una referencia expresa a lo que es la atribución y extinción, inicio y cese, de la responsabilidad parental. En este caso se aplica la ley de la residencia habitual del niño.

Art. 16 Convenio de la Haya de 1996:

"1. La atribución o la extinción de pleno derecho de la responsabilidad parental, sin intervención de una autoridad judicial o administrativa, se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño.

2. La atribución o la extinción de la responsabilidad parental en virtud de un acuerdo o de un acto unilateral, sin intervención de una autoridad judicial o administrativa, se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño en el momento en que deviene eficaz el acuerdo o el acto unilateral.
La responsabilidad parental existente según la ley del Estado de la residencia habitual del niño subsiste después del cambio de esta residencia habitual a otro Estado.

En caso de cambio de la residencia habitual del niño, la atribución de pleno derecho de la responsabilidad parental a una persona que no estuviera ya investida de tal responsabilidad se rige por la ley del Estado de la nueva residencia habitual."

5. El ejercicio de la responsabilidad parental (art. 17 CH 1996): El art. 17 Convenio de la Haya de 1996, habla del ejercicio de la responsabilidad parental y se rige por la ley nacional del niño.

Art. 17 CH 1996:

"El ejercicio de la responsabilidad parental se rige por la ley del Estado de la residencia habitual del niño. En caso de cambio de la residencia habitual del niño, se rige por la ley del Estado de la nueva residencia habitual."

BIBLIOGRAFIA

1. <http://www.hcch.net/upload/expl34s.pdf> (informe explicativo Paul Lagarde);
2. <http://www.notariosyregistradores.com/LEYESEXTRANJERAS/ARTICULOS/2011-menores-lahaya.htm>;
3. http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/l33182_es.htm;
4. <http://conflictuslegum.blogspot.com/2010/02/ratificacion-por-espana-del-convenio-de.html>;
http://en.wikipedia.org/wiki/Hague_Convention_1996?;

No se ha abordado el concreto tratamiento del secuestro en este Convenio

4. Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980

Este convenio pretende resolver los problemas planteados para el secuestro internacional de menores mediante la vía clásica del exequatur de las decisiones relativas a la custodia de menores a través de un procedimiento simple y rápido

(art. 14). El progenitor que reclama el restablecimiento de su custodia sobre el menor ilícitamente trasladado a otro país, dispone de un procedimiento veloz para lograr en dicho país el exequátur de la decisión judicial que le atribuía la custodia lograda, el exequátur de dicha decisión, ésta se ejecuta en el país donde se halla el menor de modo que se pueda ordenar el retorno del mismo al país desde donde fue ilícitamente trasladado. Este convenio acoge un sistema rápido y flexible de reconocimiento y ejecución de resoluciones (art. 13-16) dictadas en materia de custodia del menor y derecho de visita (art.7-10).

Debemos tener en cuenta algunos presupuestos de actuación del convenio:

1. Por «menor» debemos entender que es una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años y que no tenga derecho a fijar su residencia, según la ley de su residencia habitual o de su nacionalidad o según la legislación interna del Estado requerido.

2. Se entiende que hay traslado ilícito del menor en tres casos:

a) Art.1d. Cuando se produce el traslado de un menor a través de una frontera internacional con infracción de una resolución relativa su custodia dictada en dicho estado contratante y ejecutoria.

b) Cuando se consta el hecho del traslado de un menor a través de una frontera internacional al finalizar el período de ejercicio de un derecho de visita relativa a dicho menor o al término de cualquier otra estancia de carácter temporal en territorio distinto de aquel en el se ejerza la custodia.

c) Cuando no existiendo resolución judicial en la fecha en la que el menor es trasladado a otro país, recaiga una resolución ulterior relativa a la custodia de dicho menor y que declara ilícito dicho traslado a otro país, (art.12).

3. El convenio es inter partes: Solo se aplica entre los estados signatarios del mismo, que son según datos del Consejo de Europa a la fecha marzo 2003: Alemania, Antigua República ex-yugoslava de Macedonia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, España Estonia, Finlandia, Francia, Gran Bretaña, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Noruega, Países bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Serbia y Montenegro, Suecia, Suiza y Turquía.

El sistema del convenio responde a los siguientes principios fundamentales:

1. Establecimiento de un órgano de enlace entre los estados contratantes: Los estados designan unas autoridades centrales (art.2). El interesado podrá dirigirse a la autoridad central de un estado para que promueva el reconocimiento de la resolución localice el paradero del menor, asegure la entrega del menor al demandante, la autoridad central española es la de Secretaria General Técnica del Ministerio de Justicia.

La autoridad del estado requerido, país donde se halla de facto el menor tiene la obligación de adoptar, dentro de los plazos más breves posibles las medidas apropiadas para encontrar al menor, evitarle daños, asegurar el reconocimiento o ejecución de la decisión y cuando se haya autorizado la ejecución asegurar la entrega del mismo al demandante que tiene derecho a ser informado de cuantas medidas sean adoptadas (art. 5). En el caso de que el reconocimiento de la decisión relativa a la custodia del menor sea rechazado, el demandante podrá solicitar a la autoridad central del Estado requerido que entable un nuevo proceso, en cuanto al fondo y le represente en dicho procedimiento (art.5-4).

2. Autoridad competente para librar el exequátur: La autoridad competente para expedir el reconocimiento del exequátur de la decisión extranjera es la determinada por el derecho interno de cada estado, ello hace competente en nuestro país al TS (art. 965 LEC, atr.56.4ºLOPJ). En el caso del art. 8 del convenio al no haber exequátur los artículos 1901-1909 LEC 1881 otorgaran competencia al juez de primera instancia del lugar donde se halla el menor.

3. Procedimiento sencillo y gratuito: La cooperación entre más autoridades centrales es gratuita. La persona que haya obtenido en un Estado contratante una decisión relativa a la custodia del menor o al derecho de visita del mismo y quiera que sea reconocida o ejecutada en otro estado contratante puede dirigirse a la autoridad central de cualquier Estado contratante. (art.4.1), la petición podrá efectuarse mediante simple instancia (art.14 in fine) a la que se acompaña de ciertos documentos (art. 3) relativos a la decisión judicial cuyo reconocimiento se pretende y con el posible paradero del menor. El sistema de exequátur trazado por el convenio se aplica a las decisiones extranjeras que fallan sobre la custodia del menor o sobre el ejercicio del derecho de visita (art. 11.1)

4. Limitación de las causas de denegación del exequátur: El convenio contiene causas tasadas de denegación del exequátur de la decisión extranjera (arts. 9 y 10) en este sentido deben diferenciarse tres casos:

a) **Restitución inmediata del menor:** El (anti exequátur). Existen varios casos en los que debe procederse a la inmediata restitución del menor sin que quepa alegar ninguno de los motivos de denegación previstos en el convenio de Luxemburgo (art. 8.2) es una restitución de plano, sin necesidad de exequátur de ninguna decisión extranjera, ni siquiera desiste un exequátur de plano como el recogido en el reglamento 44/2001. No hay necesidad de exequátur en los siguientes casos:

- 1.) La internacionalización ficticia de un supuesto interno.
- 2.) Respeto de los acuerdos inter partes y de las decisiones judiciales sobre derecho de visitas.
- 3.) Respeto a una decisión de la autoridad competente sobre el derecho de visita.

Estos tres procedimientos no existen en ningún procedimiento de exequátur. Simplemente la autoridad central localiza al menor y ordena su restitución al país de su residencia habitual: es una restitución de plano, un anti-exequátur. No obstante en este caso puede que la ley de estado miembro exija un procedimiento judicial para llevar a cabo la restitución del menor. Pues bien

en el curso de tal procedimiento no cabra oponer ningún motivo de denegación del exequátur de la resolución.

b) **Exequátur simplificado**: Art. 9.1 Cuando concurren las anteriores circunstancias no existe decisión de autoridad competente o acuerdo homologado por esta sobre el derecho de visita o los padres son de diferente nacionalidad o el menor reside en país cuya nacionalidad no ostenta, pero la solicitud de regreso haya sido presentada dentro de los seis meses posteriores al mismo se instaura un sistema de exequátur simplificado de la decisión extranjera.

c) **Exequátur reforzado**: Art. 10.1 Cuando la solicitud de reconocimiento y exequátur se presente transcurridos más de seis meses de traslado o retorno ilícitos, tal reconocimiento y o exequátur pueden denegarse por varias causas como lo son las contempladas en el art. 9, por incompatibilidad de los efectos de la resolución extranjera con los principios fundamentales del derecho por el que se rigen la familia y los hijos en el estado requerido, también si se comprueba que con motivo de modificaciones de las circunstancias, incluido el transcurso del tiempo, pero no el mero cambio de residencia del menor como consecuencia de un traslado efectuado sin derecho, los efectos de la resolución de origen no concuerdan ya, manifiestamente con el interés del menor.

5. El interés del menor: Pieza clave del convenio, dos datos demuestran que el convenio está construido bajo este principio.

1. La celeridad del procedimiento de reconocimiento, pues el interés del menor se vería gravemente perjudicado en el caso de una reparación tardía.

2. Se parte de la idea de que el reconocimiento de la resolución y el correlativo retorno del menor favorecen la posición jurídica y social del menor.

La aplicación del convenio de 20 de mayo de 1980 en España ha conocido dos etapas:

En un primer momento las autoridades españolas entendieron con error que se trataba de un convenio de colaboración judicial o auxilio judicial internacional, pero no de un convenio internacional de exequátur, siendo éste de auténtico carácter. El error lo podemos apreciar en el ATS 27 de junio de 1989, ATS 20 de julio 1989, Ats 20 de noviembre de 1989, ATS 26 de enero de 1990, como consecuencia de esta actitud el TS venía declarando incompetente y las demandas de exequátur de la resolución extranjera se presentaban ante órganos jurisdiccionales de instancias inferiores, que carecen por otro lado de competencia al respecto.

En segundo lugar sólo algunas recientes resoluciones aplican este convenio como un convenio para agilizar en exequátur, en sintonía con su naturaleza. De todos modos, el uso de este convenio ha decrecido muy notablemente en España, pues el convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 se ha mostrado más eficaz en su lucha contra la sustracción internacional de menores.

Finalmente cabe recordar que el convenio de 20 de mayo 1980 ha sido estimado de aplicación prevalente, sobre ciertos tratados bilaterales que España tiene firmados con otros países y destinado a solicitar el reconocimiento y ejecución de resoluciones, todo ello en virtud de ciertas cláusulas contenidas en los mismos convenios: auto AP granada, Sec-3ª, 24 enero 19994, que constata la preferente aplicación del convenio de 20 mayo

1980 sobre el convenio bilateral hispano alemán de 1983.

Relación entre los convenios de Luxemburgo (1980) y el convenio de la Haya (1980).

Tanto el art.9 del convenio de Luxemburgo como el art. 34.2 del convenio de La Haya de 1980, apuntan a una misma solución: La aplicación de la norma más favorable para el restablecimiento de la situación anterior al secuestro. De ellos, se infiere fácilmente una consecuencia: Se puede solicitar la aplicación simultánea de los dos convenios internacionales o bien se puede pedir por la parte o acordar por el juez, la aplicación del convenio más favorable a la restitución del menor.

El principio de la norma más favorable la restitución del menor permite recurrir a cualquier norma, ya sea convencional o interna del Estado requerido y ya sea multilateral o bilateral, referida a la sustracción internacional de menores o al reconocimiento de decisiones judiciales en general, si ello *in casu*, resulta favorable. Esta hipótesis es posible pero poco probable porque los convenios aludidos disponen de mecanismos más apropiados para el retorno del menor secuestrado que los que suelen contener las legislaciones nacionales de producción interna.

Bibliografía:

Doctrina Española.

La sustracción internacional de menores, Toledo 1993

El convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores ante el TS. R/ La Ley. 1998, pág. 2207 - 2211.

Internacional Law, revista colombiana de Derecho Internacional, Pontificia Universidad Javeriana.

5. Convenio hispano-marroquí de 30 de mayo de 1997

Para hacer frente a los supuestos de secuestro internacional de menores cuando son España y Marruecos los Estados implicados, se elaboró el Convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997 .

El Convenio hispano-marroquí fue elaborado con base en la necesidad de proteger el interés del menor y constituyó un refuerzo de las relaciones de cooperación entre España y Marruecos. Al respecto, ya en el Preámbulo se indica que se pretende «reforzar las relaciones de cooperación entre ambos Estados, con la finalidad de asegurar una mejor protección de los menores». El mencionado texto se inspira

a su vez en el Convenio europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento

de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980 y en el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980.

El Convenio de aplica, desde un punto de vista material, a los casos de desplazamiento o retención ilícita de un menor siempre que sean España y Marruecos los Estados implicados.

Como veremos, el art. 1, apartado 1 del Convenio, se refiere a la devolución de los menores «desplazados o retenidos, ilegalmente...». Aunque el resto de sus preceptos sólo hacen alusión expresa a los «desplazamientos», cabe entender que se encuentran incluidos en su ámbito de aplicación las retenciones ilícitas, como indica su art. 1.116.

El Convenio resulta aplicable en caso de que el desplazamiento del menor haya tenido lugar con posterioridad a la entrada en vigor del mismo (art. 21 Convenio hispano-marroquí). En caso de que el desplazamiento mencionado se hubiera producido con carácter previo a su entrada en vigor, la norma remite a la concertación en el marco de una Comisión consultiva en materia civil (arts. 21.2 y 5 Convenio hispano-marroquí).

Se entiende por «menor» aquél que reúne, cumulativamente, tres condiciones:

- a) edad inferior a los dieciséis años
- b) no encontrarse emancipado
- c) ser nacional de España o de Marruecos (art. 2 Convenio hispano-marroquí).

III. Jurisprudencia y secuestro internacional de menores

Varias etapas pueden distinguirse:

a) En un primer momento, la jurisprudencia estimó, erróneamente, que el Convenio de 25 octubre 1980 era un Convenio de “colaboración judicial”, y no un Convenio de restitución de menores. También se abusó del art. 13b del Convenio, que se aplicó con un fortísimo “nacionalismo judicial”.

b) Posteriormente, la jurisprudencia ha aplicado correctamente este Convenio, inspirándose en otorgar la restitución del menor al país de su residencia habitual.

El secuestro internacional de menores es un problema social cada vez más frecuente en todo el mundo desde los años setenta. Algunos ejemplos con gran repercusión mediática:

- Caso de María José Carrascosa: ciudadana española que en 2005 trasladó a su hija desde los EE. UU a España y que, tras regresar a los EE.

UU, fue encarcelada por varios delitos, entre otros, el de secuestro de su hija.

En marzo de 1999, la ciudadana española M^a José Carrascosa contrajo matrimonio en España con P. Innes, un ciudadano norteamericano del Estado de New Jersey. De este matrimonio nació, en abril de 2000, una niña.

En 2004 se produjo el divorcio de la pareja ante los tribunales norteamericanos. Ambos progenitores alcanzaron un acuerdo según el cual la menor viviría con su madre pero se admitían visitas reguladas del padre a su hija los fines de semana alternos, y la menor no debía ser trasladada fuera de los Estados Unidos de América sin el permiso escrito del otro progenitor.

En enero de 2005, la madre viajó a España con su hija sin permiso del padre de la misma, e instó y obtuvo de un juzgado valenciano la custodia de la menor. La AP de Valencia ratificó la sentencia recaída en primera instancia. Al mismo tiempo, el padre pidió y obtuvo el divorcio de un tribunal de New Jersey, que, además, le atribuyó la custodia de su hija. El padre solicitó de los tribunales españoles la restitución de la menor a los Estados Unidos en virtud del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980, en vigor para España y para Estados Unidos. Los tribunales españoles entendieron que en lo relativo a la circulación internacional de la menor, el acuerdo entre los padres era una mera declaración de intenciones sin fuerza legal, y que, además, ese acuerdo limitaba la libre circulación de la madre y de la hija, derecho recogido en el art. 19 de la Constitución española. De modo que si la custodia de la menor corresponde a la madre, ésta dispone del derecho a fijar la residencia legal de su hija. La Justicia Española otorgó la custodia de Victoria a su madre y, aún más, ante el riesgo de cualquier secuestro por parte del padre, retiró el pasaporte para que la niña no pudiera salir de España.

En consecuencia, los tribunales españoles estimaron que el traslado de la menor a España no fue "ilícito" en el sentido del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980, de modo que el retorno de la menor a los Estados Unidos debía ser denegado.

Como consecuencia del traslado de la menor a España, efectuado por su madre, los tribunales de New Jersey la condenaron por el delito de secuestro y en septiembre de 2006, M^a José Carrascosa regresó a los Estados Unidos para defenderse ante los tribunales de dicho país. Fue detenida e ingresó en prisión acusada de secuestro y desacato a los tribunales, ya que había infringido la custodia de la menor establecida en la sentencia norteamericana. El 12 noviembre 2009, la ciudadana española es declarada culpable de los nueva delitos de los que estaba acusada y el 23 diciembre 2009 se le condenó a 14 años de prisión.

La interpretación divergente que los tribunales españoles y norteamericanos realizaron en relación con el concepto de "traslado ilícito" ha comportado que la menor fuera trasladada desde los Estados Unidos, país donde indudablemente tenía su residencia habitual, hasta España, y que dicha menor lleva cuatro años sin haber visto a ninguno de sus padres, pues vive con sus abuelos maternos en España. La interpretación que los jueces españoles han sostenido en torno al concepto de "traslado ilícito" resulta muy discutible, al menor por dos razones: el art. 19.1 CE (derecho a la libre circulación por el territorio nacional) puede ser limitado justificadamente por los tribunales en interés del menor, y el carácter vinculante del acuerdo entre los progenitores, acuerdo que impedía a la menor salir de los Estados Unidos sin permiso escrito del otro progenitor, debía ser decidido no con arreglo al Derecho español, sino con arreglo al Derecho de los Estados Unidos.

La única posibilidad de devolver a María José a España, de devolver a Victoria a su madre, debería pasar por un lobby español, por acciones diplomáticas y políticas que pusieran fin a este atropello. Y así las cosas, parlamentarios españoles y altos representantes de la Generalitat valenciana y del Gobierno de España "negociaron" supuestamente, la inmediata liberación de María José.

Ahora, hemos sabido gracias a Wikileaks que todo fue una pantomima y que en realidad España no ha hecho nada para defender a una ciudadana suya.

- Menor M. R. B. S. M. País: [Chile](#) . Tribunal: Corte de Apelaciones de Valparaíso .3 Junio 1998

El interés superior del niño, reconocido en la Convención sobre Secuestro Internacional de Niños, determina el resultado de la sentencia que permite que una menor permanezca en Chile a pesar de haber sido sustraída ilícitamente de Argentina. Lo que fundamenta tal decisión es el hecho de que la menor se haya adaptado a su nuevo medio y el alto riesgo de exposición a situaciones de peligro físico o psicológico en caso de volver a Argentina, dadas las duras penas impuestas en tal país para la sustracción ilícita de menores.

El padre de la menor exige el retorno de su hija a su país de origen, Argentina, del cual ha sido sustraída de manera ilícita por su madre, contraviniendo la "Convención Sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños" y el Código Civil argentino. La madre señala haber salido de Argentina junto a su hija por situaciones de maltrato físico y emocional por parte del padre de la niña, frente a los cuales no recibió ningún tipo de ayuda a pesar sus denuncias.

La menor, de 8 años de edad, reitera las referencias a las situaciones de violencia, y expresa que se siente mejor con su madre y que no quiere volver a Argentina. En el momento de la denuncia se encuentra

asistiendo al colegio regularmente desde hace 4 años y ha tenido una buena integración con sus compañeras de curso.

El tribunal de primera instancia acoge la solicitud y ordena el regreso de la menor a Argentina. La madre apela, y la Corte de Apelaciones de Valparaíso revoca la sentencia recurrida teniendo en consideración que las vías de hecho con que actuó la madre fueron validadas por el padre al otorgarle a ésta la tuición de la menor en un avenimiento celebrado con posterioridad a su llegada a Chile. Además señala que el interés superior del niño también se encuentra consagrado en la Convención sobre el Secuestro Internacional de Niños, al señalar que las respectivas autoridades deben ordenar el regreso del niño a su país de origen, aún cuando el procedimiento de haya iniciado después de la expiración del período de un año, a menos que el menor se haya integrado a su nuevo medio, o que este regreso lo exponga a situaciones de peligro físico o psicológico. Estas dos situaciones se darían en caso de ordenar el retorno de la menor a Argentina, ya que se la sacaría del ámbito escolar en el que ya se encuentra integrada, y además tendría que soportar la situación de visitar a su madre durante 4 años a la cárcel, puesto que esa es la sanción legal en Argentina para la madre por la infracción cometida. Por otra parte la menor, que de acuerdo a las entrevistas e informes psicológicos efectuados tiene capacidad suficiente para formarse un juicio propio y expresar su opinión sobre los asuntos que le afecten, manifestó su intención de permanecer junto a su madre.

Teniendo en consideración todas estas circunstancias, se revoca la sentencia apelada negando lugar a la solicitud del padre de la menor, y se dispone que ésta permanecerá al cuidado de su madre en Chile.

-Sentencia del TS sala II° de 25 de abril de 1985: Lillian, de nacionalidad estadounidense, contrajo matrimonio en Puerto Rico, el 18 de marzo de 1979 con el ciudadano español José Manuel. De este matrimonio nacieron en Miami dos hijos: Christian y Cinthia y el 14 de febrero de 1983, un tribunal de Florida dictó sentencia de divorcio del referido matrimonio concediendo la custodia permanente de los menores a la madre. A comienzos de 1983, José Manuel se trasladó a España con sus dos hijos sin consentimiento de la madre y les dejó al cuidado de un hermano suyo en Torrelavega, Cantabria, donde igualmente se instaló él sin perjuicio de efectuar diversos desplazamientos a EEUU. La madre de los menores también realizó varios viajes a España. En sucesivos encuentros de los padres, la madre no consiguió recuperar a los menores. Ésta, en unión de otras personas, amenazó con una navaja a José Manuel, lo ataron de pies y manos y lo golpearon obligándole a ingerir varias pastillas y a beber cierta cantidad de ron, amordazándole después con esparadrapo y atándole a una cama, con el propósito de lograr un estado de inconsciencia suficiente para que Lillian pudiera salir de España con los dos hijos. El 27 de enero de 1984, Lillian y sus dos hijos eran detenidos eran detenidos en la frontera de Tuy con Portugal, y por esas mismas fechas, fueron también detenidas las personas que con Lillian colaboraron

a realizar los hechos señalados. El TS condenó a los procesados autores de los hechos por lo delitos de detención ilegal y lesiones.

El primer comentario que merece esta sentencia del TS es el de comprobar lo absurdo que sería fijar la atención en la vía penal para dar soluciones a los secuestros internacionales de menores. De otra parte, interesa poner de manifiesto que el vacío legal en la materia es propiciador de salidas delictuales por parte de las personas afectadas por el problema. Por último, aunque evidentemente la madre de los menores tenía procedimientos jurídicos para intentar que se cumpliera la sentencia de divorcio por su exmarido, no podemos descartar la posibilidad de que en la hipótesis de que España y EEUU hubieran ratificado en aquella época, el Convenio de La Haya de 1980, la restitución de los menores se habría podido producir rápidamente.

- EL ASUNTO C-403/2009, DETIČEK

La Sra. Deticek, de nacionalidad eslovena, y el Sr. Sgueglia, cónyuges que vivieron 25 años en Roma. Su hija Antonella nació el 6 de septiembre de 1997. En julio de 2007, los cónyuges Deticek y Sgueglia presentaron una demanda de divorcio que también se refería a la custodia de Antonella, ante el órgano jurisdiccional competente de Tivoli. Éste asignó provisionalmente la custodia exclusiva de la menor al Sr. Sgueglia y resolvió que ésta fuera alojada también con carácter provisional en la Casa de Acogida de las Hermanas Calasancias en Roma. El mismo día, la Sra. Deticek abandonó Italia con su hija Antonella, instalándose en Eslovenia, donde siguen viviendo actualmente.

Mediante resolución de noviembre de 2007 el Tribunal de distrito de Maribor (Eslovenia) declaró ejecutiva en el territorio de la República de Eslovenia la resolución del Tribunal de Tivoli. El Tribunal Supremo lo ratificó. Con arreglo a esta resolución se inició ante el Tribunal cantonal de Solvenska Bistrica (Eslovenia) el procedimiento de ejecución para la entrega de la menor al Sr. Sgueglia y su acogimiento en la mencionada Casa de Acogida. Sin embargo, mediante auto de febrero de 2009, este órgano jurisdiccional suspendió la ejecución en cuestión hasta que concluyera definitivamente el procedimiento principal.

En noviembre de 2008, la Sra. Deticek presentó ante el Tribunal de Maribor una demanda de medidas provisionales y cautelares solicitando que le concediera la custodia de la menor. Mediante auto de diciembre de 2008, basándose en el art. 20 Reglamento núm. 2201/2003 y en el art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 dicho tribunal estimó la demanda de la Sra. Deticek y le confió provisionalmente la custodia de Antonella. El tribunal motivó su decisión en el cambio de circunstancias y en el interés de la menor.

El Sr. Sgueglia interpuso recurso contra dicho auto ante el mismo órgano jurisdiccional, recurso que fue desestimado. El Sr. Sgueglia interpuso recurso ante el Tribunal de apelación de Maribor. En estas

circunstancias, el Tribunal eslovaco que estaba conociendo el caso decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia dos cuestiones prejudiciales:

1) Con arreglo al art. 20 del Reglamento núm. 2201/2003, ¿es competente un órgano jurisdiccional de la República de Eslovenia (Estado miembro de la Unión Europea) para adoptar medidas cautelares cuando un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, competente en virtud del mencionado Reglamento para conocer sobre el fondo, ya ha adoptado una medida cautelar que ha sido declarada ejecutiva en la República de Eslovenia?

Y en caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

2) ¿Puede un órgano jurisdiccional esloveno adoptar con arreglo al Derecho nacional (como permite el art. 20 del Reglamento núm. 2201/2003) una medida cautelar en virtud del mencionado art. 20, que modifique o anule una medida cautelar definitiva y ejecutiva adoptada por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que, según dicho Reglamento, es competente para conocer del fondo del asunto?

Con la cuestión prejudicial C-403/2009 PPU el TJCE afronta la interpretación del art. 20 Reglamento 2201/2003 en materia de responsabilidad parental. Dado que, como se avanzó anteriormente, el tema ha sido hasta ahora poco estudiado, y los precedentes no son necesariamente útiles, la cuestión y su respuesta tienen gran interés; tanto por aquello que el TJCE dice y compartimos (lo menos), como por los motivos que alega y que nos parecen debatibles (los más).

Según jurisprudencia del propio TJCE, la competencia judicial de apoyo en materia de tutela cautelar requiere que se den tres circunstancias: urgencia, presencia de la persona o bienes frente a quien se adopta, y provisionalidad. Los razonamientos del TJCE en el asunto *Deticek* van a servir a delimitar las situaciones en que cabe recurrir al foro del art. 20 por la vía de perfilar la «urgencia» y la «presencia» (lo que a su vez va a repercutir en el contenido concreto de las medidas pronunciables al amparo del criterio). Aunque planea sobre todo el desarrollo el dato de que el cambio de circunstancias se produce ligado al traslado ilícito del menor, atendiendo al tenor de los Considerandos (Cdos.) es posible diferenciar la argumentación del intérprete según que su alcance esté limitado o no a cuando media el secuestro del menor.

FUENTES:

Marta REQUEJO ISIDRO
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Diario La Ley, N° 7479, Sección Tribuna, 30 Sep. 2010, Año XXXI, Ref. D-290, Editorial LA LEY
LA LEY 8756/2010

www.laley.com

www.aranzadiwestlaw.com Biblioteca Virtual: "Compendio de Jurisprudencia sobre secuestro internacional de menores".

www.iustel.com

IV. Prensa y secuestro internacional de menores

La prensa escrita, así como otros medios de comunicación, nos informan sobre algunos de los casos más sonados de secuestros internacionales de menores, pero la cruda realidad es que esta cifra es mucho más elevada. Nuestro trabajo consistirá en mostrar algunas noticias de prensa que informen sobre alguno de estos casos.

1. "Llevo años buscando a mi hijo"

Este artículo del periódico El País, de 17 de enero de 2010, hace referencia a varios casos a la vez:

1. El caso de Kristiina Gusseva.- Ella es de Estonia y el padre es de Perú pero con nacionalidad española. Se conocieron en España, ella regresa a Estonia pero vuelve a España en 2004. Tuvieron un hijo, pero se separaron y dieron la custodia a la madre y al padre un régimen de visitas.

El 28 de octubre de 2008 el hijo se encontraba con su padre, y fue el último día que Kristiina le vió. José Wilfredo (el padre) se llevó a su hijo a Lima (Perú), a pesar de que éste tenía prohibido sacarle del país sin el consentimiento de la madre. El niño fue localizado por la Interpol. El padre pidió la custodia en Perú y le puso varias denuncias a la madre, según ella falsas.

La juez del Juzgado de Instrucción nº 34 de Madrid, que lleva el caso, denegó la petición realizada por parte de la abogada, de emitir una orden de detención internacional sobre José, alegando que al ser éste peruano, la pena por secuestro podría ser sustituida por la expulsión, y por tanto no tendría sentido detenerle.

Su letrada apeló la decisión y la Audiencia Provincial le dio la razón, ya que José tiene la nacionalidad española. Así que ha devuelto el caso a la juez para que decida de nuevo. Mientras, Kristiina no sabe cómo está su hijo.

2. El caso de Rebeca.- Todo este procedimiento se complica aún más, si se cree que el niño está en un país que no ha firmado el Convenio de la Haya.

Rebeca, vallisoletana, se casó con un argelino en 1996, se convirtió al islam y se fue a vivir con él a Reino Unido. Pero en 2004, ella le dijo que quería divorciarse. Él le dijo que esperarse para que pudiera renovar su tarjeta de residencia (porque necesitaba estar casado con una ciudadana

de la U.E.) y para ello le pidió los pasaportes de los hijos. Éste se los llevó a Argelia. El problema es que allí los hombres tienen la patria potestad de los hijos.

El hombre volvió a entrar en Reino Unido en 2008 con la intención de volverse a casar con una británica de origen argelino, pero le detuvieron y está a la espera de sentencia.

Ante todo esto, la situación de la madre es que lleva sin ver a sus hijos desde 2004 y éstos casi no recuerdan el español. Además, no sabe quién les cuida porque su abuelo es muy mayor y su abuela ha fallecido.

2. “El rescate de Eneko”

Este artículo está sacado de El País.com de 1 de abril de 2000.

En él se habla del caso de Eneko, un niño que vivía con su madre (Myriam Esparanza) en San Sebastián, pero que en 1998, su padre (Axel Baumgart) le secuestró y le sacó del país, violando así el régimen de visita impuesto por el juzgado de San Sebastián.

La juez dictó una orden internacional de busca contra él. La madre localizó a Eneko en Yemen, gracias a Internet, en enero de 2010 y se trasladó allí. Debido a conversaciones mantenidas entre las autoridades españolas y yemeníes, el padre fue detenido y trasladado a una prisión de Alemania (de donde proviene éste).

Axel Baumgart se convirtió al islamismo en Yemen para impedir que Eneko volviese con su madre, ya que las leyes islámicas otorgan la patria potestad de los menores de ocho años a los padres, pero si éste no se encuentra en el país, se le puede conceder a la madre.

Axel entregó a Eneko a un jeque de Yemen antes de su detención, diciéndole que no le entregara de ningún modo el niño a su madre.

La situación de Myriam es la siguiente: se encuentra en Yemen con su familia a la espera de que el jeque le entregue a Eneko, pero si no lo hace está dispuesta a denunciar el caso ante el Parlamento Europeo. Quiere evitar que Axel quede en libertad condicional antes de que el niño se encuentre con ellos y que se impida que éste pueda volver a España.

3. “La Audiencia ratifica el fallo que ordena la vuelta a Israel de los hijos de una asturiana”

Diario ABC 18/01/2007

Es el caso de María Amor Gonzalez (Avilés, España) y Moshe Elgozi (Israel). Matrimonio que han vivido en Guatemala, EE.UU y que en 1997 se trasladan a Israel. En el año 2005 la mujer abandonó el país con sus cuatro hijos y regresó a España.

Cuando el asunto llegó a los tribunales, argumentó que su decisión se debió a la férrea disciplina que el padre mantenía sobre los menores, debido a su condición de judío ultraortodoxo. Además la familia materna destaca la falta de derechos de la mujer en Israel.

La Audiencia Provincial de Oviedo ha confirmado la decisión de un juzgado de Avilés que ordenó que sean repatriados a Israel con su padre los cuatro hijos de María Amor González.

El Juzgado número 5 de Avilés estimó una demanda del padre de los niños , por la que los menores deberían trasladarse al hogar paterno, en Gan Yavneh (Israel).

La Audiencia razona que el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores establece su inmediata restitución al país de su residencia habitual cuando hayan sido sacados del mismo de una manera subrepticia o ilegal.

La Audiencia reconoce que la decisión adoptada en este litigio se demoró excesivamente, "lo que ha favorecido la paulatina integración de los menores en su nuevo medio . Todo retraso en la resolución juega a favor del 'sustractor', ya que existe una mayor oportunidad de que los menores se adapten a la nueva vida".

La Sala también argumenta que, según los peritos, apareció en los niños un deseo de que sus padres vivan juntos y detectaron en ellos un conflicto de lealtades, así como la posición a favor de la madre como cuidadora, pero sin rechazo a la figura paterna . Los peritos señalaron que resulta imposible predecir el posible perjuicio psicológico que pudiera suponerles el retorno a Israel.

María Amor González recurrirá el auto de la Audiencia de Oviedo, según ha informado su abogada, Ana Clara Belío. Si bien ante el auto de la Audiencia "no cabe recurso de casación", la madre planteará "un recurso extraordinario por infracción procesal", ya que estima que " el juez no ha dado prioridad a las declaraciones de los menores , que han expresado su voluntad inequívoca de permanecer en España".

4. [«No sé si mi hijo está vivo, ni dónde»](#)

Díario ABC 26/06/2009

En este caso la situación es la de un matrimonio de Mayumi, japonesa y José M^a Cacho, español. Ambos tienen un hijo, Martín, de 9 años.

Mayumi y José M^a se habían separado en 2001. La custodia del niño fue para la madre, y ambos acordaron un punto de encuentro para el régimen de visitas del padre. Esos encuentros se cumplieron hasta el 7 de junio de 2008, cuando la madre no apareció con el niño.

Las peores sospechas del padre se confirmaron. Su instinto le decía que la madre se había marchado del país con el pequeño. Fue entonces cuando denunció a Mayumi por sustracción internacional de menores. A lo largo de siete años de separación José aprendió a desconfiar de su ex mujer. «Cambiaba el régimen de visitas de forma unilateral, no se presentaba en el punto de encuentro a entregarme al niño, se trasladaba de domicilio sin comunicarlo... A veces no llevaba a Martín al colegio durante días. Y solicitó en varias ocasiones viajar a Japón con el pequeño para ver a su familia», cuenta este padre desesperado. Aunque la guardia y custodia fue entregada a la madre, el juez prohibió expresamente la salida de Martín del territorio español sin el consentimiento paterno. Una orden que Mayumi incumplió.

Durante esos años, José tampoco se quedó quieto. Ante el temor de que la madre se fuera con el niño, solicitó en tres ocasiones la guardia y custodia de Martín en el juzgado de Primera Instancia número 28 de Madrid, pero siempre le fue denegada. Se la concedieron en 2009, cuando su hijo ya estaba desaparecido.

Se ha agotado la vía judicial. Por orden de los juzgados de nuestro país, Intepol España ha solicitado tres requerimientos a Interpol Japón para conocer el paradero de madre e hijo. Pero toda reclamación ha resultado infructuosa. Las autoridades del país asiático han respondido que, conforme a las leyes japonesas, sólo pueden localizarles si se demuestra que la madre actuó con violencia en el secuestro, si se acredita que el niño ve a su progenitora como secuestradora y, además, que ésta no tiene capacidad para criar a su hijo. Japón no ha suscrito el Convenio de la Haya ni tiene tratado alguno firmado con España sobre sustracción de menores. Y esos parecen ser los verdaderos escollos de este caso.

Bibliografía:

- www.elpais.com

- www.abc.es

Dos padres españoles se disputan la custodia de sus hijos sustraídos en México

Los menores fueron sustraídos sin permiso por familiares de sus esposas mexicanas, ambas fallecidas.

Alfredo Márquez no ve a su hija de dos años desde diciembre.

Rafael Uriol lucha por recuperar a su hijo Pau, de tres años.

EFE. 19.11.2009 -

Dos padres españoles están inmersos en México en sendos procesos legales para tratar derecuperar la custodia de sus hijos, que les fueron sustraídos

sin permiso por familiares de sus esposas mexicanas, ambas fallecidas, informaron este jueves los afectados.

Los casos se manejan como acciones contrarias al Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, suscrito por los dos países, informaron fuentes consulares, que añadieron que las autoridades consulares españolas trabajan "muy intensamente" en ambos casos.

El primero lo promueve Alfredo Márquez Cabrera, quien llegó a México el pasado 6 de marzo y no ha visto a su hija Ximena Márquez Cavazos, de 2 años, desde diciembre pasado. Márquez contó desde Torreón, en el estado de Coahuila, que su esposa, Migdalia Cavazos de la Peña, murió de cáncer el pasado 30 de enero en un hospital de Barcelona.

Márquez explicó que una cuñada suya, Cristina Cavazos, llevó a la pequeña a México sin su consentimiento ni el de su esposa. Su familia política inició entonces un proceso legal para quedarse con Ximena después de que él les avisara de que su mujer estaba desahuciada.

Un juez otorgó la custodia a los abuelos de la menor, una decisión que fue revocada por un juzgado de lo familiar y posteriormente, recurrida por los abuelos mexicanos de Ximena. Márquez confía en que la Justicia mexicana le dé al final la razón, aunque no sabe cuándo resolverá el asunto el Tribunal Federal al que le corresponde. "Mi único objetivo es recuperar a mi hija y largarme de aquí cuanto antes", aseguró. La prioridad, el interés superior del niño

El segundo caso afecta a Rafael Uriol, un funcionario de correos de Barcelona, cuyo hijo, Pau, de 3 años, se encuentra en un centro de acogida para menores de Toluca.

En octubre de 2007 Uriol viajó a México con su esposa enferma y su hijo, pero regresó a España en enero de 2008 para seguir trabajando mientras ella seguía un tratamiento por cáncer. No obstante, mantuvo contacto continuo y envió dinero a sus esposa, que murió el 22 de agosto de 2008.

Desde entonces su familia política mexicana, que ni siquiera le avisó del fallecimiento de su esposa, se quedó con Pau, lo que obligó a Uriol a denunciarles y a trasladar el caso ante el [Ministerio de Justicia](#) español. El pasado 3 de septiembre comenzó en México el juicio de restitución de la custodia de Pau, que la abuela del pequeño recurrió y que analizará un Tribunal Federal el próximo 2 de diciembre.

Uriol explicó que su hijo está bien, que "tiene muchas ganas de regresar a España" y está convencido de que la Justicia le dará la razón. "Tengo la custodia, soy el padre", señaló.

La cónsul adjunta de España en México, Pilar Terrén, quien maneja directamente este caso, detalló que la prioridad de las autoridades

españolas es "resolver los casos de una forma más temprana y siempre pensando en el interés superior del niño", esto es, que sea entregado al progenitor que tiene la custodia y devuelto a su lugar de residencia habitual.

20 minutos, 19 de noviembre de 2009

Más niños robados por sus padres

Un informe denuncia que los traslados ilegales de un menor a otro país por parte de un progenitor extranjero tras una separación han alcanzado la cifra de 178 al año

La disolución de un matrimonio entre personas de distinta nacionalidad ha dado como resultado en algunas ocasiones el traslado de los hijos fuera de España por parte de uno de sus progenitores sin el consentimiento del otro. Y los casos van en aumento, según denuncia el Informe de la Justicia elaborado por el Colegio de Abogados de Barcelona (ICAB) y que este año cuenta con un apartado sobre la situación de la infancia en Cataluña, que alerta del «impresionante» aumento de los casos de sustracción internacional de menores.

Los datos más recientes señalan que en el 2006, último año del que se tienen cifras oficiales, los menores de 16 años sustraídos y trasladados al extranjero por uno de sus padres fueron 178. Sin embargo, los datos con los que cuenta el ICAB, aportados por el Ministerio de Justicia, no han sido actualizados desde ese año.

De los casos registrados, un total de 59 -algunos de los cuales agrupan a varios hermanos en un mismo secuestro- fueron reclamados por el Ministerio de Justicia, amparándose en el convenio de La Haya, para pedir el retorno de los niños a España y que así la Justicia española pudiera decidir sobre su guarda y custodia, pero desde el ministerio aseguran que no hay datos de cuántos casos han sido resueltos.

Según explicó a La Voz una portavoz de la Fundación Child Care -antes llamada Asociación para la Recuperación de Niños sacados de su País-, entidad que asiste a padres y madres cuyas ex parejas se han llevado a sus hijos, en el 2007 fueron denunciados en su fundación los secuestros de 47

niños, de los cuales solo uno fue recuperado. En el 2008, la fundación trabajó en 38 nuevos casos que afectaban a 46 niños, 37 que fueron raptados y nueve que viven bajo amenaza de secuestro. Y en los últimos dos años ha abierto cien nuevos expedientes.

Matrimonios mixtos

El informe del Colegio de Abogados de Barcelona atribuye el aumento de estos casos a la globalización y al auge de los matrimonios entre personas de diferente procedencia. En esto coincide Child Care, que asegura que la multiplicación de matrimonios multiculturales ha disparado las cifras de secuestros.

Según el ICAB, durante el 2008 España ha registrado un incremento «espectacular» de los reclamos de menores sacados del país de forma ilegal y actualmente el Ministerio de Asuntos Exteriores tramita más de 80 casos con niños llevados a diferentes países. El informe destaca que los países sudamericanos son a los que España más reclama por sustracciones internacionales, aunque destaca que también han aumentado los requerimientos a otros países de Europa, como es el caso del Reino Unido, según Child Care.

La mayoría de las denuncias en España son interpuestas por progenitores residentes en el litoral mediterráneo, las islas Canarias, Madrid, Barcelona y Baleares. Según los datos del informe, entre 1987 y 1994 se presentaron 266 denuncias, entre el 2000 y el 2002 se contabilizaron 258 casos, y en el 2003, un total de 170.

Ante este problema, el ICAB alerta de que la inexistencia de una base de datos de menores a nivel estatal impide además localizar a los que son reclamados a España por otros países.

La voz de Galicia, 25 de julio de 2009

Detenida tras secuestrar y huir a Perú con su hijo
Europa Press | Valencia

Actualizado lunes 29/11/2010

Agentes de la Policía Nacional de Valencia han conseguido resolver el secuestro internacional de un menor de seis años por parte de su madre, que ha sido detenida tras llevarse mediante engaños al hijo a Perú, durante una visita que le hizo. La Policía ha devuelto al niño a su padre, que era quien tenía la guarda y custodia, según ha informado la Jefatura en un comunicado.

La investigación se inició a mediados de octubre cuando policías de Valencia tuvieron conocimiento de la sustracción de un menor de seis años por parte de la madre que, aprovechando la visita a su hijo, se apropió de él mediante engaños y se lo llevó a Perú.

Los hechos ocurrieron el día 15 de octubre por la tarde, cuando la madre se presentó en el colegio y convenció a su expareja y padre del menor para que le permitiera estar con su hijo durante el fin de semana, con la condición de reintegrarlo al domicilio paterno a las 18.00 horas del domingo.

El padre, que tiene la guarda y custodia según sentencia de un juzgado de primera instancia de Valencia, accedió a la petición y, al no cumplir su expareja lo pactado, presentó una denuncia en una comisaría de Valencia.

Los investigadores iniciaron todos los protocolos para evitar la salida de España de la madre y del hijo, que resultaron infructuosos, ya que con anterioridad había salido a Perú vía Milán.

Los agentes contactaron con Interpol para que se pusiesen en marcha los mecanismos para proceder a la detención de la madre, dado que las informaciones apuntaban a que ambos se encontraban en Perú.

Una vez hechas las comprobaciones oportunas, y con arreglo al protocolo judicial estipulado en el Convenio de La Haya y destinado a la restitución del menor a la parte que legalmente tenga concedida su guarda y custodia, el juzgado de Instrucción número 3 de Valencia emitió una orden internacional de detención por la sustracción del menor. La madre fue arrestada en Chiclayo (Perú) el pasado 19 de noviembre por la Policía de ese país.

El Mundo, 29 de noviembre de 2010

ABBOTT v. ABBOTT: TRIBUNAL SUPREMO Y SECUESTRO INTERNACIONAL DE MENORES.

El tema de la sustracción internacional de menores es un problema delicado que implica a las jurisdicciones de los diferentes estados. En este sentido, el pasado 17 de mayo de 2010 el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha publicado la sentencia *Abbott v. Abbott*, donde, por cierto, la parte que en principio más preocupación mostraba por una posible sustracción del menor fue quien consumó tan acción.

Los Abbott contrajeron matrimonio en Inglaterra en 1992, ostentando el marido la nacionalidad británica y la esposa la estadounidense. Por motivos de trabajo ambos se trasladaron a Hawaii (donde en 1995 nació su hijo) y en el año 2002 a Chile. En dicho país ambos instaron judicialmente la separación en el año 2003, y los tribunales de dicho país accedieron a tal pretensión, atribuyendo la guardia y custodia del menor a su madre, estableciendo un régimen de visitas a favor del padre; pero algo más, puesto que al amparo de la legislación del menor existente en Chile se otorgó al padre lo que se conoce como un derecho *ne exeat*, es decir, el derecho a que el progenitor que tiene la guardia y custodia (en este caso la madre) necesitase obligatoriamente el consentimiento del otro antes de que pudiese sacar al menor del país (o, como dice la sentencia, el derecho *ne exeat* impone un deber a una parte que es un correlativo derecho de la otra). Cuando el padre sacó un pasaporte británico para su hijo, la madre, preocupada, acudió a los tribunales chilenos y logró que éstos le otorgasen a ella un derecho *ne exeat*; no obstante en el año 2005 fue precisamente la madre quien, sin permiso de su ex-cónyuge y sin haber solicitado el permiso de los Tribunales, sacó al menor del país, averiguándose posteriormente que tanto la madre como el hijo se encontraban en Texas. En el año 2006 el señor Abbott solicitó en un Tribunal de Distrito una sentencia que acordase el regreso del menor a Chile, pretensión que fue desestimada al sostener que el derecho *ne exeat* no constituía un derecho de custodia según la legislación internacional aplicable. Tal resolución fue confirmada expresamente por el Tribunal de Apelaciones del Quinto Circuito judicial. El asunto llegó al Tribunal Supremo, donde tuvo lugar la vista oral el día 12 de enero de 2010 siendo la cuestión jurídica a decidir si el derecho *ne exeat* confiere al progenitor beneficiario del mismo un "derecho de custodia" tal y como viene definido en el Convenio Internacional de 24 de octubre de 1980.

El Tribunal Supremo, por seis votos a favor y sólo tres en contra (los del inevitable John Paul Stevens, acompañado en esta ocasión por Stephen Breyer e incomprensiblemente por Clarence Thomas), estima el recurso y anula la resolución del juzgado confirmada por el Tribunal de Apelaciones. No es casual que la sentencia fuese redactada por Anthony Kennedy, magistrado que desde el año 2000 ha citado frecuentemente derechos foráneos en sus sentencias. En este caso, era aplicable el Convenio de 24 de octubre de 1980 sobre Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores, que había sido desarrollado a nivel interno por la *International Child Abduction Remedies Act*. Pues bien, parte Anthony Kennedy de las reglas interpretativas a seguir por el Tribunal Supremo a la hora de esclarecer jurídicamente la cuestión: "*This Court's inquiry is shaped by the text of the Convention; the views of the United States Department of State; decisions addressing the meaning of 'rights of custody' in courts of other contracting states; and the purposes of the Convention*"; tras un exhaustivo análisis se llega a la conclusión que el derecho *ne exeat* otorgado al padre le confería un derecho de custodia y, por ello, la sustracción del menor por la madre habría de calificarse como ilegal. La sentencia en cuestión es muy interesante porque no sólo analiza la legislación chilena en la materia, sino que Anthony Kennedy examina la

solución dada a la materia en otros ordenamientos. Así, se hace eco de resoluciones de la Cámara de los Lores (máxima instancia judicial inglesa hasta que la *Constitutional Reform Act de 2005*, en ejecución de la normativa comunitaria europea, desplazó tal cometido al *United Kingdom Supreme Court*, que entró en funcionamiento el pasado año 2009), del Tribunal Supremo de Israel, de los Tribunales Supremos de Austria, Sudáfrica y Alemania así como de los tribunales de apelación de Australia e Inglaterra, de la posición contraria del Tribunal Supremo de Canadá e incluso de la división de los tribunales franceses. No obstante, la sentencia constata que *"Scholars agree that there is an emerging international consensus that ne exeat rights are rights of custody, even if that view was not generally formulated when the Convention was drafted in 1980"*; Kennedy incluso desciende a la fase previa a la adopción del Convenio, haciéndose eco del informe Pérez-Vera que dió origen al mismo.

Una auténtica lección magistral de un juez que cada vez siente más la necesidad de hacerse eco de las soluciones que otros sistemas dan a los grandes problemas que se plantean en cualquier sociedad. Una apertura del sistema norteamericano (que, al igual que el británico, tiende a permanecer encerrado en sí mismo) que esperemos se vea acompañado de una apertura de otros sistemas al fascinante mundo del *common law*.

monsieurdevillefort.wordpress.com, 24 de abril de 2010

EEUU no revisará el caso de M^a José Carrascosa, encarcelada por la custodia de su hija

En Estados Unidos existe una gran preocupación por el Convenio de la Haya y una enorme sensibilidad social, pero las restituciones no se hacen de forma "tan ágil como tendrían que ser", porque falta confianza hacia la legislación de los demás países.

En el caso de M^a José Carrascosa "se acabó el Convenio de la Haya cuando España dictó una resolución de no restitución. Ella no tenía que haber vuelto a Estados Unidos, y en el momento que lo hizo, pasó a prisión".

María José Carrascosa se separó en 2004 de su marido, de nacionalidad norteamericana, a quién había acusado por malos tratos en distintas ocasiones. Regresó a España con su hija, y a pesar de que un tribunal valenciano le otorgó la custodia, fue acusada de secuestro por su ex marido en Estados Unidos.

Desde noviembre de 2006, está encarcelada en una prisión de Nueva Jersey. "España dictó una resolución de no restitución que no gustó en Estados Unidos, donde se está tramitando un caso de custodia en base al cual se han adoptado unas medidas cautelares contra esta mujer", aclaró el magistrado.

www.mujeresenred.net, martes 4 de noviembre de 2010

BIBLIOGRAFÍA

20 minutos

El mundo

La voz de Galicia

www.mujaresenred.net

monsieurdevillefort.wordpress.com