

DE LOS RETOS A LAS OPORTUNIDADES EN EL DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES INTERNACIONAL

Beatriz Campuzano Díaz
Pilar Diago Diago
M^a Ángeles Rodríguez Vázquez
Directoras

Autores

M^a Dolores Adam Muñoz
Miguel Checa Martínez
María del Carmen Chéliz Inglés
Marta Figueroa Torres
José M^a Fontanellas Morell
Cristina González Beilfuss
María González Marimón
Pilar Jiménez Blanco
Pablo Melgarejo Cordón
Antonio Merchán Murillo

Ana Moreno Sánchez-Moraleda
M^a Dolores Ortiz Vidal
Carmen Parra Rodríguez
Lucas Andrés Pérez Martín
Pablo Quinzá Redondo
Elena Rodríguez Pineau
José Antonio Ruiz de la Hermosa Gutiérrez
Lorena Sales Pallarés
M^a Ángeles Sánchez Jiménez



Proyecto PID2020-113444-RB-I00



tirant
lo blanch

Monografías
MAIOR

**DE LOS RETOS A LAS OPORTUNIDADES EN
EL DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES
INTERNACIONAL**

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO

*Catedrática de Derecho Civil de
la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN

*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

*Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación y
miembro de El Colegio Nacional*

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

*Catedrática de Derecho Penal de la
Universidad Jaume I de Castellón*

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

*Catedrática de Derecho Civil de la
Pontificia Universidad Católica de Chile*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

*Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de
Investigaciones Jurídicas de la UNAM*

OWEN FISS

*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

*Catedrático de Derecho Penal de
la Universidad de Valencia*

LUIS LÓPEZ GUERRA

*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

*Catedrático de Derecho Civil de
la Universidad de Sevilla*

RUTH ZIMMERLING

*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

MARTA LORENTE SARIÑENA

*Catedrática de Historia del Derecho de
la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN

*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA

*Catedrático de Derecho Procesal de la
Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER

*Catedrática de Derecho Constitucional
e Internacional en la Universidad
de Colonia (Alemania)*

Miembro de la Comisión de Venecia

HÉCTOR OLASOLO ALONSO

*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO

*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

CONSUELO RAMÓN CHORNET

*Catedrática de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales
de la Universidad de Valencia*

TOMÁS SALA FRANCO

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO

*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

ELISA SPECKMANN GUERRA

*Directora del Instituto de Investigaciones
Históricas de la UNAM*

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valpuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

DE LOS RETOS A LAS OPORTUNIDADES EN EL DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES INTERNACIONAL

Directoras

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ

PILAR DIAGO DIAGO

M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ



Obra financiada por el VII Plan Propio de Investigación y Transferencia de la Universidad de Sevilla



Proyecto PID2020-113444-RB-I00



tirant lo blanch

Valencia, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

La presente obra ha sido sometida a la revisión de pares ciegos según el protocolo de publicación de la editorial a efectos de ofrecer el rigor y calidad correspondiente tanto en su contenido como en su forma, aplicándose los criterios específicos aprobados por la Comisión Nacional E 016 (BOE num. 286, de 26 de noviembre de 2016)

© Sus autores

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELEF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: 00000
ISBN: 978-84-1197-824-8
MAQUETA: Disset Ediciones

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC/Tirant.pdf>

Directoras

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ

PILAR DIAGO DIAGO

M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

Autores

M^a DOLORES ADAM MUÑOZ

MIGUEL CHECA MARTÍNEZ

MARÍA DEL CARMEN CHÉLIZ INGLÉS

MARTA FIGUEROA TORRES

JOSÉ M^a FONTANELLAS MORELL

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS

MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN

PILAR JIMÉNEZ BLANCO

PABLO MELGAREJO CORDÓN

ANTONIO MERCHÁN MURILLO

ANA MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA

M^a DOLORES ORTIZ VIDAL

CARMEN PARRA RODRÍGUEZ

LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN

PABLO QUINZÁ REDONDO

ELENA RODRÍGUEZ PINEAU

JOSÉ ANTONIO RUIZ DE LA HERMOSA GUTIÉRREZ

LORENA SALES PALLARÉS

M^a ÁNGELES SÁNCHEZ JIMÉNEZ

Esta obra recoge los trabajos presentados al VI Seminario AEPDIRI sobre temas de actualidad en Derecho Internacional Privado.

El comité científico del seminario estuvo formado por los siguientes profesores:

DRA. DÑA. ANTONIA DURÁN AYAGO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Salamanca

DR. D. ÁNGEL ESPINIELLA MENÉNDEZ

Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad de Oviedo

DR. D. CARLOS ESPLUGUES MOTA

Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universitat de València

DRA. DÑA. MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad Nacional de Educación a Distancia

DRA. DÑA. ÁNGELES LARA AGUADO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Granada

DR. D. ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT

Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad Pablo de Olavide

*El Comité científico ha procedido a realizar un riguroso proceso de selección y valoración de los originales objeto de publicación. Para ello ha aplicado los criterios específicos aprobados por la Comisión Nacional Evaluadora de la actividad investigadora para el Campo 9. Derecho y jurisprudencia.

Índice

Prólogo.....	15
--------------	----

LAS NUEVAS SOLUCIONES DEL REGLAMENTO BRUSELAS II TER (REGLAMENTO 2019/1111) Y SU APLICACIÓN EN ESPAÑA

PONENCIAS

<i>La decisión notarial española como “resolución” en el contexto del Reglamento Bruselas II ter</i>	21
MARÍA ÁNGELES SÁNCHEZ JIMÉNEZ	
1. INTRODUCCIÓN	21
2. DIFERENTES CATEGORÍAS PARA LA CALIFICACIÓN DEL ACUERDO DE DIVORCIO EXTRAJUDICIAL	23
3. DIVORCIO ACORDADO ANTE AUTORIDAD NOTARIAL ESPAÑOLA ..	33
4. CONCLUSIONES.....	45

COMUNICACIONES

<i>¿Son los menores los que impulsan la uniformización del Derecho europeo? Un análisis jurisprudencial del derecho de familia en los tribunales europeos y su repercusión en la propuesta de certificado de filiación europeo.....</i>	49
CARMEN PARRA RODRÍGUEZ	
1. INTRODUCCIÓN	49
2. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE FAMILIA: ENTRE LA IDENTIDAD CULTURAL Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS	53
3. LA UNIFORMIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN LOS CASOS EN LOS QUE INTERVIENEN MENORES	54
4. HACIA UNA UNIÓN EUROPEA SIN OBSTÁCULOS ADMINISTRATIVOS	59
5. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA PROPICIAR LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS.....	61
6. CONCLUSIONES.....	63
<i>El reconocimiento de los divorcios no judiciales en la Unión Europea</i>	65
PABLO QUINZÁ REDONDO	
1. INTRODUCCIÓN	65
2. DIVORCIOS PRIVADOS	66
3. DIVORCIOS NO JUDICIALES CON INTERVENCIÓN DE AUTORIDAD PÚBLICA-ESTATAL	68
4. CONCLUSIONES.....	75

<i>El mantenimiento del mecanismo de prevalencia en el Reglamento Bruselas II Ter: ¿Una oportunidad perdida?</i>	77
MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN	
1. INTRODUCCIÓN	77
2. LOS PROBLEMAS DEL MECANISMO DE PREVALENCIA O DE ÚLTIMA PALABRA EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS	78
3. LAS MODIFICACIONES DEL MECANISMO DE PREVALENCIA O DE ÚLTIMA PALABRA EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II TER	84
4. ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA?	88
<i>¿El artículo 56, apartado 6, del Reglamento 2019/1111 garantiza el interés superior del menor?</i>	91
ANA MORENO SÁNCHEZ- MORALEDA	
1. CONSIDERACIONES PREVIAS	91
2. LA RESOLUCIÓN PRIVILEGIADA DE RESTITUCIÓN EN EL REGLAMENTO 2019/1111	94
3. EL PRINCIPIO DE “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR”	97
4. EL ARTÍCULO 56.6 DEL REGLAMENTO 2019/1111: “EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR” COMO SOLUCIÓN ARMONIZADORA O NO..	102

RÉGIMEN ECONÓMICO DEL MATRIMONIO Y DE LA PAREJA, SUCESIONES Y ORGANIZACIÓN DEL PATRIMONIO FAMILIAR

PONENCIAS

<i>Igualdad entre cónyuges y regímenes económicos matrimoniales transfronterizos ...</i>	111
PILAR JIMÉNEZ BLANCO	
1. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y ALCANCE DEL REGLAMENTO REM	111
2. LA IGUALDAD EN LAS CONEXIONES OBJETIVAS Y EN EL RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL	115
3. GARANTÍAS DE IGUALDAD EN EL RÉGIMEN PACTADO DURANTE EL MATRIMONIO Y EN PREVISIÓN DE RUPTURA	124
<i>Instituciones jurídicas de Estate Planning internacional: La protección transfronteriza del patrimonio familiar</i>	139
MIGUEL CHECA MARTÍNEZ	
1. INSTITUCIONES DE ESTATE PLANNING INTERNACIONAL	139
2. PRENUPTIAL AGREEMENTS	147
3. CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y PACTOS DE ELECCIÓN DE LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL	150
4. LA EFICACIA DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES DEL CIVIL LAW EN SITUACIONES DE DIVORCIO ANTE JURISDICCIONES DEL COMMON LAW	153

5. <i>JOINT PROPERTY VS. TENANCY IN COMMON</i>	155
6. FORMAS DE SUCESIÓN ANTICIPADA: DONACIONES, <i>TRUST IN-TER VIVOS</i> Y FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO	157
7. SUSTITUTOS DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA (<i>WILL-SUBSTITUTES</i>)	164
8. DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD: LA <i>PROFESSIO IURIS</i>	165

COMUNICACIONES

<i>Ley aplicable a las capitulaciones matrimoniales otorgadas en el extranjero según el nuevo Derecho internacional privado puertorriqueño</i>	173
--	-----

MARTA FIGUEROA TORRES

1. INTRODUCCIÓN	173
2. EL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	175
3. CONCLUSIÓN.....	189

<i>La sucesión digital y el Reglamento sucesorio. Especial referencia al certificado sucesorio europeo: ¿Es posible su tramitación electrónica?</i>	191
---	-----

ANTONIO MERCHÁN MURILLO

1. INTRODUCCIÓN	191
2. LOS DATOS COMO OBJETO PATRIMONIAL.....	192
3. LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO SUCESORIO	195
4. EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO Y SU POSIBLE TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA: BREVES CUESTIONES AL RESPECTO	200
5. CONCLUSIONES.....	201

<i>Sobre la competencia del notario francés en la expedición del acte de notoriété en las sucesiones transfronterizas de la UE.</i>	203
---	-----

PABLO M. MELGAREJO CORDÓN

1. INTRODUCCIÓN	203
2. ACTUACIÓN DEL NOTARIO FRANCÉS EN LA TRAMITACIÓN DEL ACTE DE NOTORIÉTÉ EN MATERIA DE SUCESIONES	205
3. ASPECTOS CONTROVERTIDOS EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES POR EL NOTARIO FRANCÉS.....	208
4. CONCLUSIONES.....	211

<i>Las “uniones registradas de conveniencia”: lucha contra el fraude y propuestas de mejora</i>	215
---	-----

MARÍA DEL CARMEN CHÉLIZ INGLÉS

1. INTRODUCCIÓN	215
2. MECANISMOS DE CONTROL	218
3. PROPUESTAS DE MEJORA	223
4. CONSIDERACIONES FINALES	225

ESTADO CIVIL: LAS NUEVAS SOLUCIONES DE LA LRC Y LA INCIDENCIA DEL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO EN LA UNIÓN EUROPEA

PONENCIAS

<i>La filiación en Derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo</i>	229
CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS	
1. INTRODUCCIÓN	229
2. LA CRISIS DE LA FILIACIÓN POR NATURALEZA	230
3. FILIACIÓN Y GLOBALIZACIÓN.....	233
4. FILIACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES	235
5. LA UNIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE DIPr.....	240
6. A MODO DE CONCLUSIÓN	252
 <i>La Ley 20/2011: el Registro de las personas</i>	 253
JOSÉ ANTONIO RUIZ DE LA HERMOSA GUTIÉRREZ	
1. INTRODUCCIÓN	253
2. PUNTO DE PARTIDA	254
3. CAMBIO DE MODELO. ¿POR QUÉ DEL CAMBIO?	258
4. LA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO.....	260
5. MODELO ORGANIZATIVO.....	268

COMUNICACIONES

<i>El necesario reconocimiento de la filiación legal transfronteriza para el respeto de la vida familiar.....</i>	275
LORENA SALES PALLARÉS	
1. UN CONCEPTO EN PERPETUA CONSTRUCCIÓN	275
2. LAS LIMITACIONES DEL MARGEN DE APRECIACIÓN Y EL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO.....	280
3. LA FILIACIÓN Y SU RECONOCIMIENTO A EXAMEN.....	283
4. PRIMERAS REFLEXIONES SOBRE LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS DE FILIACIÓN.....	285
 <i>Notarías, juras y promesas de nacionalidad: la incidencia de la libre circulación de documentos públicos en la Unión Europea.....</i>	 289
MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL	
1. INTRODUCCIÓN	289
2. DETERMINACIÓN DEL NOTARIO COMPETENTE PARA PRACTICAR LA JURA Y PROMESA DE NACIONALIDAD	290
3. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DOCUMENTO EN EL QUE DEBE CONSTAR LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD RELATIVA A LA CONCESIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA ..	291

4. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL.....	293
5. PROYECCIÓN DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN MATERIA DE JURAS Y PROMESAS DE NACIONALIDAD	295
6. CONSIDERACIONES FINALES	299
<i>¿Y si el TJUE hubiese reconocido la homoparentalidad? Hipótesis, retos, problemas y oportunidades</i>	301
LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN	
1. ¿SERÍA POSIBLE RECONOCER LA FILIACIÓN HOMOPARENTAL? ..	301
2. HIPÓTESIS	302
3. RETOS.....	304
4. PROBLEMAS.....	309
5. OPORTUNIDADES	312
6. CONCLUSIÓN.....	313

LAS OPORTUNIDADES QUE OFRECE EL DERECHO DE FAMILIA Y SUCESIONES INTERNACIONAL EN UNA SOCIEDAD TRANSNACIONAL

PONENCIAS

<i>Las situaciones de violencia doméstica en los supuestos de la sustracción internacional de menores en el marco de la Unión Europea</i>	317
M^a DOLORES ADAM MUÑOZ	
1. CONCEPTO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES ..	317
2. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE AUTORIDADES COMO INSTRUMENTO PARA LA CONSECUCCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.....	320
3. CAUSAS DE DENEGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN DEL MENOR.....	324
4. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO CAUSA DE DENEGACIÓN DE RESTITUCIÓN DEL MENOR.....	324
5. MECANISMOS INSTITUIDOS POR REGLAMENTO BRUSELAS II TER PARA PROCEDER AL RETORNO SEGURO DEL MENOR	334
<i>La inclusión de las donaciones mortis causa en el Reglamento (UE) n° 650/2012....</i>	345
JOSEP MARIA FONTANELLAS MORELL	
1. INTRODUCCIÓN	345
2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2021	355
3. REFLEXIONES FINALES	387

<i>La interpretación del Derecho Internacional Privado de familia: Bruselas y La Haya se encuentran en Luxemburgo</i>	389
ELENA RODRÍGUEZ PINEAU	
1. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA COMO INTERPRETE DEL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA	389
2. LAS LÍNEAS GENERALES DE LA INTERPRETACIÓN DEL TJUE	399
3. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE MÁS ALLÁ DE LAS NORMAS INTERPRETADAS	403
4. REFLEXIONES SOBRE EL ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL TJUE PARA EL FUTURO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA	406

Prólogo

Una de las iniciativas más relevantes y mejor valoradas de la Asociación Española de Profesores Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI) es la puesta en marcha de los Seminarios sobre temas de actualidad. Esta iniciativa fue diseñada e impulsada por el Profesor Dr. Carlos Esplugues Mota, Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Valencia, y Presidente de la AEPDIRI que diseñó los Seminarios como foros de debate y encuentro de profesionales, que permitieran el intercambio de conocimiento.

El primero se celebró en la Universidad de Barcelona en 2015 y a él le han sucedido cuatro más organizados por la Facultad de Derecho de la UNED, por la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, por la Universidad Autónoma de Madrid y el Ilustre Colegio de abogados de Madrid, por la Universidad de Oviedo (en plena pandemia del Covid-19) y por la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, en su más reciente celebración en el año 2022.

Seis ediciones que han consolidado aquella iniciativa y que han convertido a los Seminarios en punto de encuentro referente de la doctrina española. Los miembros de la AEPDIRI debemos dar las gracias a su precursor por hacer posible el objetivo común con el que se crearon y que para el Derecho Internacional Privado es “el de asegurar el desarrollo de una respuesta internacional privatista española tan amplia, solvente y reconocida como la ofrecida en estos últimos años por nuestra disciplina”¹.

El sexto Seminario de temas de actualidad de Derecho Internacional Privado ha tenido como título “De los retos a las oportunidades en el Derecho de familia y sucesiones internacional”. En él se han abordado los retos que plantea el convulso panorama jurídico del Derecho de familia y sucesiones internacional actual. Retos que pueden convertirse en oportunidades de mejora e inspiración de soluciones que aborden los problemas que la práctica plantea y que, en ocasiones, no han sido tenidos en cuenta por el legislador.

La perspectiva de análisis que ofrece esta obra es amplia y acoge tanto al Derecho Internacional Privado de la Unión Europea como al Derecho Inter-

¹ Esplugues Mota C., Diago Diago P., Jiménez Blanco (edt.) *50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el diván*, Tirant lo Blanch, Valencia 2019 p. 17.

nacional Privado español y a los tres sectores clásicos de la disciplina. Como tendrá ocasión de comprobar el lector, el formato elegido, así como la cuidada selección de temas, se espera que sirvan de crisol de las perspectivas teóricas y prácticas, al objeto de abrir y continuar un debate científico enriquecedor, que propicie el intercambio de conocimiento en estudios posteriores.

Los ejes temáticos sobre los que se articulan los distintos estudios que integran este libro son cuatro. El primero se ha dedicado al estudio del Reglamento Bruselas II ter (Reglamento 2019/1111) y su aplicación en España. Son objeto de examen las nuevas soluciones aportadas por la norma de la Unión Europea; desde la sustracción internacional de menores, al divorcio ante autoridades no judiciales y su reconocimiento, así como el análisis jurisprudencial del Derecho de familia de los tribunales europeos y el estudio del mecanismo de prevalencia o última palabra mantenido en el referido Reglamento.

Por su parte, el segundo eje de la obra se dedica a otro de los núcleos duros del derecho de familia internacional y sucesorio como es el régimen económico del matrimonio y de la pareja, sucesiones y organización del patrimonio familiar. En este ámbito el protagonismo lo tiene el estudio de la igualdad entre cónyuges y regímenes económicos matrimoniales, así como la protección del patrimonio familiar referido a instituciones de *estate planning* internacional. Se abordan, además, cuestiones particulares como la actuación del notario francés en la expedición del *acte de notoriété* en las sucesiones transfronterizas de la UE, la sucesión digital y el Reglamento sucesorio y la nueva normativa de Derecho Internacional Privado puertorriqueño, dedicada a las capitulaciones matrimoniales.

No se ha olvidado en esta obra el protagonismo que tiene el estado civil y las soluciones que aporta la Ley de Registro Civil. Es este, precisamente, el tercer eje temático en el que se aborda la incidencia del principio de reconocimiento mutuo en la Unión Europea. Así, recibe especial atención el tema de la filiación en Derecho Internacional Privado, desde la perspectiva de la protección de los Derechos fundamentales y el respeto de la vida familiar; sin olvidar temas más concretos como el de las notaría, juras y promesas de nacionalidad.

El último eje temático acoge tres estudios que presentan realidades especialmente importantes y actuales: las situaciones de violencia doméstica en supuestos de sustracción internacional de menores, las figuras negociables y su encaje en el Reglamento sucesorio y la interpretación del Derecho Internacional Privado de la familia desde los diferentes Altos Tribunales.

Como se puede observar el nutrido elenco de temas y la solvencia de sus autores hacen muy atractivo este libro, que da muestras de la vitalidad y buena salud de la que goza el Derecho Internacional Privado español. La situación de aislamiento que sufrimos con la pandemia no ha hecho mella en el espíritu investigador del colectivo que, con fuerzas renovadas, se enfrenta a nuevos retos convertidos en oportunidades.

El sexto Seminario de la AEPDRI pasará a la historia como el Seminario del reencuentro. Retomamos la presencialidad con más ilusión que nunca y nuestros corazones volvieron a latir juntos con los desafíos de las materias más regias del Derecho Internacional Privado.

Queremos agradecer a los ponentes, moderadores y asistentes su participación en el Seminario y la extraordinaria acogida de esta iniciativa. Queremos, a su vez, dar las gracias a la AEPDIRI por darnos la oportunidad de haber celebrado el Seminario en el marco incomparable de la Universidad de Sevilla, la cual nos brindó todo su apoyo. Gracias también a los que dedicaron su valioso tiempo a la organización y en especial a la Dra. Carmen Azcárraga Monzonís, Dra. Elena Cano Bazaga y D. Antonio Jesús Calzado Llamas, su trabajo callado no pasó desapercibido.

¡Larga vida al Derecho Internacional Privado!

Sevilla, Zaragoza, 30 de mayo, día de San Fernando, patrón de Sevilla

**BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ,
PILAR DIAGO DIAGO
Y M^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ**

**LAS NUEVAS SOLUCIONES DEL
REGLAMENTO BRUSELAS II
TER (REGLAMENTO 2019/1111)
Y SU APLICACIÓN EN ESPAÑA**

PONENCIAS

La decisión notarial española como “resolución” en el contexto del Reglamento Bruselas II ter

MARÍA ÁNGELES SÁNCHEZ JIMÉNEZ*

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DIFERENTES CATEGORÍAS PARA LA CALIFICACIÓN DEL ACUERDO DE DIVORCIO EXTRAJUDICIAL. 2.1. *El grado de intervención de la autoridad extrajudicial como criterio que sustenta la delimitación.* 2.2 *La interpretación del concepto de “resolución judicial” en la STJUE C-646/20.* 3. DIVORCIO ACORDADO ANTE AUTORIDAD NOTARIAL ESPAÑOLA. 3.1. *Transcendencia de la calificación de la decisión notarial como “resolución”.* 3.2. *La Comunicación de España. El listado de autoridades competentes.* 3.3 *La cuestión prejudicial C-304/22. Calificación de la decisión de la autoridad notarial española.* 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El Reglamento 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores¹ (a partir de ahora Reglamento Bruselas II ter), constituye una positiva respuesta para la libre circulación de los divorcios extrajudiciales acordados por las autoridades de los Estados miembros². Este impulso deriva de las importantes novedades que

* El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto I+D+i PID2020-113444RB-I00, "Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración", financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033

¹ DOUE L 178, de 2 de junio de 2019.

² Si bien el término “divorcio extrajudicial” comprende la disolución del vínculo matrimonial acordada por cualquier autoridad no judicial, en el contexto del Reglamento Bruselas II ter en el que este trabajo se enmarca, ha de entenderse referido al caso en el que es acordado por una autoridad que desempeña una función

introduce respecto al Reglamento 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000³ (a partir de ahora Reglamento Bruselas II bis).

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en los asuntos familiares ha llevado a diversos Estados miembros a admitir los divorcios acordados ante autoridades no pertenecientes al sistema judicial. Estas reglamentaciones estatales se caracterizan por su diversidad, esencialmente como consecuencia de la función y el alcance del grado de intervención que reconocen a las respectivas autoridades competentes⁴. Esta diversidad se encuentra en la base de la articulación de los conceptos que define el art. 2 del Reglamento Bruselas II ter distinguiendo entre la “resolución”, “documento público” y “acuerdo”. Se trata de la clasificación que sustenta la articulación del sistema de reconocimiento establecido en su Capítulo IV, del que resulta la equiparación de estas diferentes categorías de títulos a los efectos del procedimiento, al introducir el reconocimiento automático para todos ellos. La consecuencia es la pérdida de relevancia, a los efectos del reconocimiento, de la delimitación de la categoría en la

equivalente a la realizada por las autoridades judiciales, ya que, de otro modo, se trataría de los “divorcios privados” que quedan excluidos de su ámbito (*Vid. Infra*, apartado II. 1).

³ DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁴ Como indica Shúilleabháin, los años que han precedido a la adopción del Reglamento Bruselas II ter ha habido un cambio hacia la “desjudicialización” del divorcio, en particular en los Estados miembros que han abierto la posibilidad de divorciarse por escritura notarial. SHÚILLEABHÁIN, M., “An overview of the principal reforms in Regulation (EU) 2019/1111”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020/2021, pp. 117-137 (pp. 120-121). Un estudio del divorcio extrajudicial en derecho comparado es abordado por MARCHAL ESCALONA, N., *El divorcio no judicial en Derecho Internacional Privado*, Aranzadi, Pamplona, 2022. Un análisis del impacto de esta diversidad desde la perspectiva de las diferencias de las legislaciones entre los Estados miembros, es realizado por: D’ALESSANDRO, E., “The impact of private divorces on EU Private International Law”, en SCHERPE, J., y BARGELLI, E. (eds.), *The interaction between family law, succession and Private International Law*, Intersentia, 2021, pp. 59-75; HONORATI, C., BERNASCONI, S., “L’efficacia cross-border degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra i Regolamenti Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter”, *Rivista trimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, núm. 2, 2020, pp. 22-50; LAZIC, V., PRETELLI, I., “Revised recognition and enforcement procedures in Regulation Brussels II ter”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020-2021, pp. 160-164.

que se comprenda el acuerdo de divorcio. Se trata de una de las principales novedades del nuevo texto europeo, cuya incidencia es evidente respecto a la libre circulación de los divorcios extrajudiciales. Ahora bien, la trascendencia de este resultado no puede ocultar la particular relevancia que a otros efectos diferentes presenta el alcance de esta delimitación, como se va a mostrar en este análisis.

Esta trascendencia motiva el objeto del presente trabajo, con el que se trata de abordar la respuesta a la calificación de la decisión de divorcio de la autoridad notarial española entre las categorías que recoge el art. 2 del Reglamento Bruselas II ter. A esta finalidad obedecen las dos partes en las que se distribuye su sistemática. La primera de ellas viene centrada en la delimitación entre la “resolución”, el “documento público” y “acuerdo”, como punto de partida necesario para abordar, en la segunda, la respuesta sobre la que gravita este estudio.

2. DIFERENTES CATEGORÍAS PARA LA CALIFICACIÓN DEL ACUERDO DE DIVORCIO EXTRAJUDICIAL

2.1. El grado de intervención de la autoridad extrajudicial como criterio que sustenta la delimitación

El Reglamento Bruselas II ter recoge en su art. 2 un concepto autónomo de “resolución”, “documento público” y “acuerdo”, que muestra las diferencias entre estas categorías de títulos en los que puede quedar comprendido el acuerdo de divorcio que expide la autoridad extrajudicial.

En lo que respecta a la “resolución”, coincide con el Reglamento Bruselas II bis al identificarla con la decisión de un “órgano jurisdiccional” de un Estado miembro (todos, salvo Dinamarca), referida a las materias comprendidas en el ámbito del Reglamento (art.2.1). El mismo precepto indica que en el término “órgano jurisdiccional” queda comprendida cualquier autoridad de cualquier Estado miembro que tenga competencia en tales materias (art.2.2.1). Una amplia definición, en la que presenta particular relevancia la clarificación que introduce en su considerando 14, al señalar que este término ha de entenderse en el sentido amplio que le atribuye la jurisprudencia del TJUE “a fin de abarcar igualmente a las autoridades administrativas u otras autoridades, como los notarios, que tienen competencia en ciertas cuestiones en materia matrimonial y de responsa-

bilidad parental”⁵. En todo caso, la precisión del concepto de “resolución” exige considerar la interpretación realizada por el TJUE en la Sentencia de 15 de noviembre de 2022, C-646/20, cuya importancia le hace merecedora de la específica consideración que se le dedica en el siguiente apartado.

⁵ La clarificación que incorpora el considerando 14 adquiere particular relevancia por cuanto que la aplicabilidad por las autoridades extrajudiciales de los Reglamentos relativos a las crisis matrimoniales llegó a plantearse como consecuencia de dos pronunciamientos del TJUE: Auto (Sala Primera) de 12 de mayo de 2016, C-281/15, Sahyouni (ECLI:EU:C:2016:343) y Sentencia de 20 de diciembre de 2017, C-372/16, Sahyouni (Sahyouni II) (ECLI:EU:C:2017:988). Si bien ambos fueron realizados en el contexto del Reglamento 1259/2010, lo cierto es que motivaron que se planteara su aplicabilidad, por extensión, a los divorcios notariales en el contexto del Reglamento 2201/2003. Si en el primero de aquellos pronunciamientos el TJUE se declaró incompetente, en la Sentencia posterior resolvió interpretando que las referencias a la intervención de un órgano jurisdiccional y a la existencia de un procedimiento que figuran en varias disposiciones del Reglamento, ponen de manifiesto que éste tiene por objeto exclusivamente el divorcio pronunciado por un órgano jurisdiccional estatal o bien por una autoridad pública o bajo el control de ésta (aptdo. 39). Al respecto *vid.* (entre otros) ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “*Sahyouni* más allá del espejo. Un comentario posible a la STJ de 20 de diciembre de 2017 (C-372/16)”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 35, 2018, pp. 15-20; DIAGO DIAGO, M.P., “Inclusión de los “divorcios privados” en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 20 de diciembre de 2017, Asunto C-372/16: Sahyouni”, *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018, pp. 1-11; CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., “Divorcio privado dictado por un tribunal religioso de un tercer Estado: asunto C-281/15”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 629-634; GANDÍA SELLENS, A., “Reconocimiento y divorcios privados. Reflexiones a la luz del Auto TJUE de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, Sahyouni c. Mamisch”, *Bitácora Millennium Dipr*, núm. 4, 2016, pp. 1-12; GANDÍA SELLENS, A., ZIMMER, C., “Los divorcios privados y el Reglamento Roma III. Reflexiones a la luz de la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, Sahyouni c. Mamisch”, *Bitácora Millennium Dipr*, núm. 8, 2018, pp. 1-14; GONZÁLEZ BEILFUSS C., “El divorcio notarial: cuestiones de Derecho internacional privado”, *El Derecho Internacional Privado entre la tradición y la innovación, Libro Homenaje al profesor J. M. Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 347-363; *Id.*, “Highlights on the Brussels II ter Regulation. What’s new in Regulation (EU) N° 2019/1111?”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020/2021, pp. 95-116. En este último análisis destaca González Beilfuss (p. 99) que, precisamente, lo relevante de esta doctrina es que la llamada al legislador que realizaba el TJUE en la Sentencia Sahyouni II fue retomada en el curso de las negociaciones del Reglamento 2019/1111.

El Reglamento Bruselas II ter también recoge, a diferencia de su predecesor, un concepto autónomo de “documento público” (art. 2.2.2). En este título queda integrado el acuerdo extrajudicial que, referido a las materias comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento, hubiera sido formalizado o registrado oficialmente en cualquier Estado miembro como “documento público”, cuya autenticidad, referida a la firma y contenido del instrumento, haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin. A estos efectos los Estados miembros han de comunicar a la Comisión, conforme a lo establecido por el art. 103, cuales son dichas autoridades.

Por último, el Reglamento introduce de forma novedosa una referencia al término “acuerdo” (art. 2.2.3), al delimitarlo como un documento, “que no es un documento público”, firmado por las partes, referido a las materias que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento, y que ha sido registrado por una autoridad pública comunicada por los Estados miembros a la Comisión de acuerdo con lo previsto en el art. 103. Estos acuerdos privados registrados por la autoridad pública competente se benefician de la libre circulación a diferencia, como aclara el considerando 14, de los acuerdos meramente privados, a los que expresamente excluye de la aplicación del régimen del reconocimiento del Reglamento⁶.

La consideración de estos conceptos permite destacar un doble aspecto. El primero, que el carácter, entendido como la función y el grado con el que interviene la autoridad competente en el acuerdo de divorcio, es la clave sobre la que se articula la distinción entre estas categorías⁷. La “resolución” ha de ser adoptada por un “órgano jurisdiccional”, lo que implica

⁶ El reconocimiento de estos acuerdos privados se rige por el sistema propio del ordenamiento del Estado requerido, sea el convencional, de existir y siempre que en su ámbito queden comprendidas estas decisiones, o bien el interno. Siguiendo a GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (“Highlights on the Brussels II ter Regulation...”, *op. cit.*, p. 97) cabe señalar que el Reglamento 2019/1111 distingue tres categorías de títulos y, por vía de exclusión, otros instrumentos o acuerdos, siendo estos últimos los que, según el considerando 14, no pueden circular de acuerdo con lo establecido por el Reglamento.

⁷ Se trata de la “intensidad” que presenta la intervención como señalan HONORATI C., BERNASCONI, S., “L’efficacia cross-border...”, *op. cit.*, p. 40. De manera muy clarificadora señala Jiménez Blanco que “(l)o determinante no es ya “quién” interviene, sino “cómo” interviene”. JIMÉNEZ BLANCO, P. “La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 555-579 (p. 556).

que la autoridad interviene con una función decisoria⁸. La definición del “documento público” muestra que la intervención de la autoridad tiene un carácter formal, como mero fedatario. En el “acuerdo”, la autoridad se limita a registrar el documento realizado por los cónyuges para regular su divorcio. El segundo aspecto relevante es que la comunicación que han de realizar los Estados miembros en virtud de lo establecido por el art. 103, viene referida a las autoridades competentes para formalizar o registrar el “documento público”, así como las habilitadas para registrar el “acuerdo”. Nada indica sobre las autoridades que pueden expedir las “resoluciones”.

Sobre la base de estos diferentes títulos se articula el Capítulo IV del Reglamento referido, como indica su rúbrica, al “reconocimiento y ejecución”. En la Sección primera introduce las disposiciones generales, dedicando la subsección primera a la reglamentación del reconocimiento de las “resoluciones”. De acuerdo con el art. 30.1, la “resolución” dictada en un Estado miembro ha de ser reconocida en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. Esta directa eficacia sin previo proceso de homologación, identificada con el denominado reconocimiento automático, implica, particularmente en materia matrimonial, que no se requiere ningún procedimiento especial para la actualización de los datos del registro civil de un Estado miembro cuando se invoca una resolución firme dictada en otro Estado miembro (art. 30.2)⁹.

Por su parte, la Sección cuarta del Capítulo IV (arts. 64 a 68) viene referida específicamente a la eficacia extraterritorial de los “documentos públicos” y “acuerdos”¹⁰. El precepto esencial es el art. 65.1 al establecer

⁸ Un riguroso análisis de la delimitación del concepto de “órgano jurisdiccional” es realizado por JIMÉNEZ BLANCO, P., “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 121-162. Destaca y desarrolla el alcance de la necesaria actividad decisoria por la autoridad interviniente que implica la vinculación entre la función jurisdiccional y la resolución judicial (pp. 128 ss).

⁹ Para el análisis del procedimiento *vid.* RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a. A., “El régimen general de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales”, en CAMPUZANO DÍAZ, B. (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2022, pp. 215-235.

¹⁰ Esta reglamentación, que recoge en la Sección 4 del Capítulo IV, introduce, como indica Herranz Ballesteros, una de las más importantes novedades del Reglamento 2019/1111, “ya que supone una importante apertura hacia el reconocimiento de los acuerdos extrajudiciales en materia de derecho de familia”. HERRANZ

que ambos títulos han de ser reconocidos en otros Estados miembros sin que se requiera ningún procedimiento especial, remitiendo a la sección primera del mismo Capítulo referida a las “resoluciones”¹¹. Ahora bien, este reconocimiento automático exige un doble presupuesto. El primero, de acuerdo con el mismo art. 65, es el carácter vinculante en el Estado miembro de origen. El segundo, en virtud del art. 64, que la autoridad que formaliza o registra el “documento” o el “acuerdo” tenga competencia con arreglo a las normas del Capítulo segundo. Se trata de una importante precisión si se considera que estas normas de competencia sólo vinculan a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, ya que, a través de este presupuesto funcionan como reglas indirectas para que los “documentos públicos” y los “acuerdos” sobre separación y divorcio puedan beneficiarse del reconocimiento automático¹².

BALLESTEROS, M., “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): Principales novedades”, *Revista española de Derecho internacional*, núm. 2, 2021, pp. 229-260 (p. 233). Ahora bien, la relevancia de esta novedad no ha impedido que se ponga de manifiesto “la existencia de una proliferación de reglas y procedimientos, una expansión sustancial de las disposiciones que puede socavar la agilidad de la aplicación en la práctica del Reglamento 2019/1111”, como se ha destacado por LAZIC V., PRETELLI, I., “Revised recognition and enforcement ...”, *op. cit.*, pp. 181-182. También recoge relevantes críticas con el sistema resultante SHÚILLEABHÁIN, M., “An overview of the principal reforms...”, *op. cit.*, pp. 117-137.

¹¹ Establece el art. 65.1 que “(l)os documentos públicos y los acuerdos sobre separación legal y divorcio que tengan efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen se reconocerán en otros Estados miembros sin que se requiera ningún procedimiento especial. Se aplicará en consecuencia la sección 1 del presente capítulo, salvo disposición en contrario en la presente sección”. Un análisis detallado del procedimiento es realizado por RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a. A., “La eficacia extraterritorial de documentos públicos y acuerdos”, en CAMPUZANO DÍAZ, B. (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2022, pp. 267-279.

¹² En este sentido DAVI A., ZANOBETTI, A., “Il nuovo Regolamento UE 2019/1111 e la circolazione di separazioni e divorzi nello spazio giudiziario europeo”, *Studi sull'integrazione europea*, XIV, 2019, pp. 749-764 (p. 762); GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Highlights on the Brussels II ter Regulation...”, *op. cit.*, p. 101; HONORATI C., BERNASCONI, S., “L'efficacia cross-border...”, *op. cit.*, p. 44; JIMÉNEZ BLANCO, P., “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos...”, *op. cit.*, pp. 154-155. Para LAZIC, V., PRETELLI, I. (“Revised recognition...”, *op.*

El resultado de este sistema es la equiparación entre las “resoluciones”, los “documentos públicos” y los “acuerdos” a los efectos del procedimiento para el reconocimiento. La primera consecuencia es que la calificación del título en el que se comprenda el acuerdo de divorcio extrajudicial es indiferente en Bruselas II ter frente a la importancia que presentaba en el ámbito del Reglamento Bruselas II bis¹³. Una segunda consecuencia se aprecia al considerar que esta equiparación opera al margen del carácter que presente la intervención de la autoridad extrajudicial en el acuerdo de divorcio, y siendo esta función la que se encuentra en la base de las diferencias de la reglamentación de los Estados miembros, se puede entender el impacto de la novedad del sistema introducido por el Reglamento Bruselas II ter a los efectos de la libre circulación de los acuerdos extrajudiciales de divorcio. Se trata de una relevante respuesta a la proliferación en el ámbito europeo de las legislaciones que los regulan, que ha de entenderse como consecuencia de la concepción de la “contractualización” del divorcio. Un resultado que lleva inevitablemente a destacar el contraste con la ausencia de la autonomía de la voluntad limitada en las normas de competencia. Su introducción hubiera sido necesaria en Bruselas II ter si se considera, entre otros aspectos, la coherencia que claramente manifiesta la reglamentación del nuevo sistema de reconocimiento que recoge.

cit., p. 168), la introducción de estas reglas indirectas de competencia obedece a la intención de prevenir el fenómeno del *forum shopping*.

¹³ La importancia de la novedad que introduce el Reglamento Bruselas II ter, así como la especial relevancia de su art. 65 son aspectos destacados por JIMÉNEZ BLANCO, P. (“La desjudicialización...”, *op. cit.*, pp. 560-561) cuando señala que “(1) a novedad podría verse, a simple vista, como cuestión de matiz, puesto que el art. 46 de Bruselas II bis también abarcaba los acuerdos. Sin embargo, es una novedad de calado puesto que es la primera vez que se incluye el reconocimiento procesal del efecto de cosa juzgada – al margen de la eficacia ejecutiva - de un documento público y de un acuerdo registrado”. “El avance más significativo del actual art. 65 de Bruselas II ter es que, por primera vez en un Reglamento UE, se regula el reconocimiento del efecto “constitutivo” y de cosa juzgada de un acto incorporado a documento público y de un acuerdo registrado en un Estado miembro”.

2.2. La interpretación del concepto de “resolución judicial” en la STJUE C-646/20

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2022, as. C-646/20, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*¹⁴ (a partir de ahora STJUE C-646/20), resuelve una cuestión prejudicial planteada por los tribunales alemanes el 1 de diciembre de 2020¹⁵ y, por lo tanto, en el ámbito del Reglamento Bruselas II bis, si bien, como consecuencia del espacio temporal transcurrido hasta su resolución (dos años), la fecha de la Sentencia es posterior (tres meses) al momento en el que tuvo lugar la derogación de este texto europeo.

La cuestión planteada por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán) venía motivada por la solicitud de inscripción en el registro civil alemán de un divorcio expedido por el encargado del registro civil italiano de acuerdo con su legislación (Decreto-Ley 132/2014, de 10 de noviembre de 2014 (a partir de ahora DL 132/2014)¹⁶. La duda recaía sobre la calificación del acta emitida por esta autoridad italiana. Solamente de tratarse de una “resolución judicial” de acuerdo con art. 2.4 del Reglamento Bruselas II bis, podía ser objeto del reconocimiento automático previsto en su art. 21.1. Esta calificación es lo que plantea el tribunal alemán al TJUE cuando, en la primera cuestión prejudicial pregunta si la disolución de un matrimonio de acuerdo con el art. 12 del DL 132/2014 constituye una “resolución judicial” a los efectos del Reglamento Bruselas II bis y, en la segunda, para el caso de respuesta negativa a la primera, si debe tratarse conforme a lo previsto en su artículo 46 para los “documentos públicos” y “acuerdos”.

La relevancia de la STJUE C-646/20 se constata, tanto en atención al desarrollo de la argumentación, como por la declaración con la que fina-

¹⁴ ECLI:EU:C:2022:879. En este momento se trata de destacar de los elementos de esta Sentencia que presentan directa repercusión a los efectos del objeto del presente análisis. Un comentario más amplio de la misma en SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a.A., “Calificación del acta de divorcio expedida por el funcionario del registro civil de un Estado miembro como “resolución judicial” sin la acreditación del carácter decisorio de su intervención. Una imprevisible decisión diseñada a la medida del resultado pretendido. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2022, Asunto C-646/20: *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*”, *La Ley Unión Europea*, núm.111, febrero 2023, pp.1-18.

¹⁵ Decisión prejudicial planteada el 1 de diciembre de 2020. DOUE C 44, de 8 de febrero de 2021.

¹⁶ GURI núm. 212, 12 septiembre 2014.

liza el Tribunal de Justicia. De los considerandos de esta Sentencia cabe destacar la interpretación autónoma y uniforme que realiza del concepto de “resolución judicial” como base para abordar la respuesta a la cuestión prejudicial planteada. Esta interpretación, a la que dedica una parte importante de la Sentencia (aptdos. 46 a 57), la aborda mediante la delimitación de los dos presupuestos sobre los que este concepto se articula.

Para la precisión del primero de ellos considera la vinculación entre “resolución judicial” y “órgano jurisdiccional”. Señala que, con independencia de su denominación, lo relevante para la existencia de una “resolución judicial” es que haya sido dictada por un “órgano jurisdiccional”, término que de acuerdo con el art. 2.1 del Reglamento Bruselas II bis comprende a las autoridades de los Estados miembros que tengan atribuida la competencia en las materias que entran en su ámbito de aplicación (aptdos. 46 a 51). Siendo esta atribución de competencia el aspecto determinante, entiende que, tanto las autoridades judiciales como las extrajudiciales pueden dictar una “resolución judicial” (aptdos. 48 a 50). Lo relevante, a los efectos de este primer presupuesto, es que la legislación del Estado miembro al que pertenezca le reconozca competencia para dictar un acuerdo de divorcio.

El segundo presupuesto lo identifica con el carácter decisorio con el que ha de intervenir la autoridad competente¹⁷. La precisión de este elemento requiere, como indica expresamente, que la autoridad pública que la adopte conserve el control de la declaración del divorcio, “lo que implica, especialmente en el ámbito de los divorcios de mutuo acuerdo, que lleve a cabo un examen de las condiciones del divorcio a la luz del Derecho nacional, así como de la realidad y de la validez del consentimiento de los cónyuges que van a divorciarse” (aptdo. 54). Este doble control es el que identifica el carácter decisorio de la intervención de la autoridad.

Sobre la base de esta delimitación de los elementos sobre los que grava el concepto de “resolución judicial”, en sí misma relevante, aborda el TJUE la cuestión prejudicial. Su respuesta pasa por precisar si el acta del

¹⁷ Como indica JIMÉNEZ BLANCO, P. (“La desjudicialización...”, *op. cit.*, p. 557) “(l) a resolución judicial no requiere de un juez, en sentido formal, pero sí de una actividad “constitutiva” por la parte del interviniente y vinculante para las partes, que no sea una mera incorporación de la voluntad de estas. (...). Por tanto, un juez (en sentido formal) que no dicte una resolución judicial no sería un “órgano jurisdiccional” a los efectos de los Reglamentos. Es decir, un notario podría equipararse a un juez cuando dicte una resolución judicial y un juez podría equipararse a un notario cuando realice una actividad que no sea dictar una resolución judicial”.

encargado del registro civil italiano, expedida en virtud de lo previsto en su legislación (art. 12 del DL 132/14), queda comprendida en el concepto de “resolución judicial” de acuerdo con los presupuestos previamente delimitados. A estos efectos constata que el funcionario del registro civil es una autoridad legalmente instituida, al venirle atribuida la competencia para declarar el divorcio (aptdos. 63 a 66). Acreditado el primer presupuesto, aborda el segundo a través de la consideración del control de los requisitos externos exigidos por su legislación, así como de los referidos al fondo del acuerdo. La constatación de los primeros no plantea problema, a diferencia de lo que ocurre con los segundos. Esta es la razón a la que obedece la relevante interpretación que realiza el TJUE al considerar que la declaración que realizan los cónyuges ante el encargado del registro civil, en la que expresan su voluntad de divorciarse, es suficiente para entender realizado el control del consentimiento por esta autoridad. El argumento es que esta declaración “implica que (dicha autoridad) se asegura de que consienten de forma válida, libre e informada en divorciarse” (aptdo. 64). En esta afirmación se encuentra la clave de la interpretación. Su resultado es la pérdida de relevancia del control del fondo del consentimiento, debido a la ausencia de equivalencia entre la mera declaración de los cónyuges y el examen de la realidad y validez de su consentimiento. Es más, siendo este control el que permite acreditar el carácter decisorio de la intervención de la autoridad competente, la consecuencia última de esta interpretación es, en definitiva, la pérdida de relevancia de esta función decisoria, a pesar de que se trata de uno de los presupuestos que configuran el concepto de “resolución judicial” de acuerdo con lo establecido por el TJUE en la misma Sentencia.

La razón de esta interpretación se encuentra en el estrecho marco que ofrece el sistema de reconocimiento del Reglamento Bruselas II bis. El reconocimiento automático previsto en su art. 21 está supeditado a que el acta de divorcio quede comprendida en el concepto de “resolución judicial”. De no serlo, la aplicabilidad de su art. 46 para los “documentos públicos” y “acuerdos”, lleva a un reconocimiento limitado al efecto ejecutivo¹⁸.

¹⁸ El art. 46 del Reglamento Bruselas II bis señala que “(l)os documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en un Estado miembro, así como los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, serán reconocidos y se dotarán de fuerza ejecutiva en las mismas condiciones que las resoluciones judiciales”. Para un análisis de esta norma *vid.* MAGNUS, U., “Article 46”, en MAGNUS, U., MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private International Law*, vol. IV, *Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2017,

En este contexto, el objeto del TJUE es llegar a calificar como “resolución judicial” al acta de divorcio expedida por el funcionario del registro civil al ser la que permite que le sea aplicado el sistema de reconocimiento automático (art. 21.1)¹⁹. La finalidad es salvar el obstáculo con el que se enfrenta la acreditación del examen del fondo que ha de realizar esta autoridad.

Esta interpretación, a la medida del resultado pretendido en el caso concreto, es la que refleja la declaración del TJUE con la que finaliza esta Sentencia, al establecer que el art. 2.4 del Reglamento Bruselas II bis “debe interpretarse, particularmente a efectos de la aplicación del artículo 21, apartado 1, de ese Reglamento, en el sentido de que el acta de divorcio extendida por un funcionario del registro civil de un Estado miembro que implica un acuerdo de divorcio entre los cónyuges y que estos, de conformidad con los requisitos establecidos por la normativa de ese Estado miembro, han ratificado ante dicho funcionario constituye una “resolución judicial” en el sentido del referido artículo 2, punto 4”.

Esta transcripción literal de la decisión permite constatar, por una parte, que, por tratarse de la respuesta a la cuestión prejudicial, afecta al caso de divorcio de mutuo acuerdo acordado por el funcionario del registro civil de un Estado miembro; y, por otra, que el elemento para considerar que el acta de divorcio que expide es una “resolución judicial”, es la declaración de los cónyuges de su consentimiento para divorciarse realizada ante dicha autoridad de acuerdo con los requisitos establecidos por la legislación del Estado miembro al que pertenece.

No obstante, este resultado de la STJUE C-646/20 viene referido al ámbito del Reglamento Bruselas II bis, motivando la necesidad de abordar su impacto en el contexto del Reglamento Bruselas II ter²⁰. En este sentido,

pp. 411-420; STAPF, B., “Article 46”, en ALTHAMER C. (ed.), *Brussels II a Rome III*, Beck, Munich, 2019, pp. 232-235.

¹⁹ HAMMJE, P., “Le divorces par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé. Les aléas d’un divorce sans fore”, *Revue critique de droit international privé*, núm. 2, 2017, pp. 143-158. En particular, destaca JIMÉNEZ BLANCO, P. (“La desjudicialización...”, *op. cit.*, p. 562) la exigencia mantenida por Bruselas II bis desde la perspectiva de la calificación del título, que permite explicar las “interpretaciones forzadas” que se han venido manteniendo para tratar de incluir, por una u otra vía, el reconocimiento de los acuerdos de divorcio en el contexto de este texto.

²⁰ Como señala el considerando 90 del Reglamento Bruselas II ter “(d)ebe garantizarse la continuidad entre el Convenio de 1998 (...) el Reglamento (CE) n° 1347/2000, el Reglamento (CE) n° 2201/2003 y el presente Reglamento, en la medida en que las disposiciones no se hayan modificado y a tal fin deben estable-

cabe destacar que, desde la perspectiva del sistema de reconocimiento que recoge este texto europeo, la Sentencia no presenta incidencia alguna. La causa deriva del reconocimiento automático que introduce, tanto para las “resoluciones”, como para los “documentos públicos” y los “acuerdos”. En consecuencia, su alcance queda limitado a los casos a los que resulte aplicable el Reglamento Bruselas II bis tras su derogación, el 1 de agosto de 2022, que son precisados en el art. 100.2 del Reglamento Bruselas II ter. Este precepto establece, como disposición transitoria, que el Reglamento Bruselas II bis “seguirá aplicándose a las resoluciones dictadas en procedimientos ya incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos que hayan adquirido fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que hayan sido celebrados antes del 1 de agosto de 2022 y que entren dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento”.

Ahora bien, distinto es el impacto que esta Sentencia presenta en el Reglamento Bruselas II ter desde la perspectiva de la interpretación que en ella realiza el TJUE con el objetivo de llegar a calificar al acta del funcionario del registro civil como “resolución judicial”²¹. La pérdida de relevancia del carácter decisorio de la intervención de la autoridad que, por las razones antes expuestas, resulta de esta interpretación, tiene una negativa incidencia en el Reglamento Bruselas II ter, al difuminar el contorno con el que delimita la “resolución” en su art. 2 y la distingue del “documento público”, rompiendo el esquema sobre el que este precepto articula la calificación de las distintas categorías de títulos susceptibles de reconocimiento.

3. DIVORCIO ACORDADO ANTE AUTORIDAD NOTARIAL ESPAÑOLA

El divorcio notarial se introdujo en la legislación española, como es sabido, mediante la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria,

cerse disposiciones transitorias. La misma continuidad debe aplicarse por lo que respecta a la interpretación, incluido por el Tribunal de Justicia, del Convenio Bruselas II y de los Reglamentos (CE) n° 1347/2000 y (CE) n° 2201/2003”.

²¹ Distinta es la valoración que merece la interpretación que realiza el Tribunal de Justicia sobre el concepto de “resolución judicial” mediante la que procede a la delimitación de sus presupuestos (aptdos. 46 a 57 de la Sentencia).

quedando plasmada su regulación en los arts. 82 a 90 del Código Civil (en adelante CC), así como en el art. 54 de la Ley del Notariado²².

De acuerdo con esta reglamentación, el presente apartado tiene como finalidad la delimitación del título, de entre los recogidos en el art. 2 del Reglamento Bruselas II ter, en el que queda comprendida la decisión de divorcio expedida por la autoridad notarial española. La trascendencia de esta delimitación permite mostrar, de forma paralela, la relevancia de la finalidad que ahora se pretende.

3.1. *Trascendencia de la calificación de la decisión notarial como “resolución”*

La calificación de la decisión de la autoridad extrajudicial como “resolución”, “documento público” o “acuerdo” en el contexto del art. 2 del Reglamento Bruselas II ter, tiene indudable relevancia a otros efectos diferentes del reconocimiento de la disolución del vínculo. Esta trascendencia resulta de las consecuencias que derivan de quedar comprendida esta decisión en el concepto de “resolución”, frente a las que se constatan en caso contrario. La causa se encuentra en la vinculación que presenta con el término “órgano jurisdiccional”.

La “resolución” implica que la autoridad que la expide es un “órgano jurisdiccional”. La importancia de que la autoridad extrajudicial sea consi-

²² Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015). En virtud del aptdo. 18 de su DF 1ª, se modificaban los preceptos del CC (arts. 82 y ss.) donde quedaba regulado el divorcio notarial. Posteriormente, los arts. 82 y 90 CC han sido modificados por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 3 junio de 2021). Además, el art. 90 también ha sido modificado por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 2021). De acuerdo con esta reglamentación, la competencia para la tramitación del divorcio de las autoridades notariales viene supeditada a determinados presupuestos. Es necesario que hubieran transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio y no existan hijos menores de edad no emancipados o mayores respecto de los que se hubieran establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores. La tramitación de la escritura pública requiere que los cónyuges intervieran en su otorgamiento para prestar su consentimiento ante el notario, asistidos por Letrado, presentando una propuesta de convenio regulador. Además, de existir hijos mayores de edad o menores emancipados, también habrían de prestar su consentimiento respecto a las medidas que les afecten.

derada “órgano jurisdiccional” en el contexto de Bruselas II ter se constata por diversas razones.

En primer lugar, en el sector de la competencia judicial internacional del mismo Reglamento. Si es “órgano jurisdiccional”, la delimitación de su competencia para conocer del divorcio tiene que realizarla de acuerdo con las normas del Capítulo II del texto europeo. Sin embargo, de no serlo, estas normas solo vinculan a la autoridad extrajudicial si se pretende que el acta de divorcio, calificada como “documento público” o “acuerdo”, sea reconocida sin tener que recurrir a procedimiento alguno (art. 64)²³.

En segundo lugar, a los efectos de la determinación de la Ley aplicable al divorcio de acuerdo con el Reglamento Roma III²⁴. La competencia de la autoridad que, como “órgano jurisdiccional”, le viniera atribuida de acuerdo con las normas del Reglamento Bruselas II ter, es determinante para que también quede comprendida en el concepto de “órgano jurisdiccional” que introduce el Reglamento Roma III en su art. 3.²⁵ Si la autoridad extrajudicial es “órgano jurisdiccional” en el primero, lo es también a los efectos de la aplicación del segundo y, por lo tanto, queda vinculada por sus normas conflictuales para determinar la Ley aplicable al divorcio.

En tercer lugar, la importancia de que la autoridad extrajudicial sea “órgano jurisdiccional” en Bruselas II ter presenta especial incidencia en el supuesto en el que, como ocurre en el divorcio notarial español, el acuerdo de divorcio comprenda, además de la disolución del vínculo matrimonial, otras cuestiones vinculadas al divorcio.

La escritura pública de la autoridad notarial española viene referida a la disolución del vínculo matrimonial, así como al convenio regulador acordado por los cónyuges. De acuerdo con el art. 90.1 del CC que recoge el contenido de este convenio regulador, delimitado de acuerdo con los presupuestos del divorcio notarial, las materias que puede comprender son las relativas a la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial

²³ *Vid. Supra*, apartado II.1.

²⁴ Reglamento (UE) 1259/2010 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. DOUE L 343, de 29 de diciembre de 2010.

²⁵ La definición de “órgano jurisdiccional” que este precepto aporta, como cualquier autoridad de los Estados miembros participantes, sea judicial o no, que tenga competencia para la disolución del vínculo matrimonial, está directamente incidida por la que resulta del Reglamento Bruselas II ter.

y, en su caso, la pensión compensatoria que acordaran los cónyuges a favor de uno de ellos.

Estos aspectos vinculados al divorcio motivan el planteamiento de la aplicación de los textos europeos en los que respectivamente se comprenden, esto es, el Reglamento 2016/1103²⁶, en lo que respecta al régimen económico matrimonial, y el Reglamento 4/2009 en relación a la pensión compensatoria²⁷. Pues bien, la respuesta sobre la operatividad de ambos Reglamentos viene determinada por la consideración de la autoridad notarial española como “órgano jurisdiccional” en el contexto de Bruselas II ter. De serlo, su competencia para conocer de las materias que comprende el convenio regulador deriva de los preceptos que estos textos recogen con el objeto de evitar la dispersión del pleito. Concretamente, de acuerdo con lo previsto en el art. 5.1 del Reglamento 2016/1103 y en el art. 3 c) del Reglamento 4/2009, la competencia para conocer, respectivamente, de la disolución del régimen económico matrimonial y de la pensión compensatoria cuando se presentan como cuestiones vinculadas a un divorcio, viene atribuida a los mismos “órganos jurisdiccionales” que, de acuerdo con los foros del Reglamento Bruselas II ter, sean los competentes para este divorcio. Quiere decir, y esto es lo relevante, que a los efectos de la extensión de la competencia que introducen estos preceptos, lo decisivo es que el notario español quede comprendido en el concepto de “órgano jurisdiccional” del Reglamento Bruselas II ter. En este caso tiene competencia para decidir sobre las cuestiones vinculadas que se integran en el convenio regulador, con independencia de que quede (o no) comprendido en el concepto de

²⁶ Reglamento (UE) 2016/1103 de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. DOUE L 183, de 8 de julio de 2016. Este Reglamento comenzaba su aplicabilidad el 29 de enero de 2019 (art. 70.2).

²⁷ Reglamento (CE) 4/2009 de 18 de diciembre de 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. DOUE L 7, de 10 de enero de 2009. La pensión compensatoria queda comprendida en el concepto de “obligaciones de alimentos” de acuerdo con la amplia definición que resulta de la interpretación autónoma realizada por el TJUE, al entender que comprende las prestaciones compensatorias o indemnizatorias entre “ex cónyuges” en la medida en que no tengan por objeto el reparto de los bienes, ni sean una liquidación de bienes propia del régimen económico. SSTJCE de 27 de febrero de 1997, C-220/95, *Van den Boogaard* (ECLI:EU:C:1997:91) y de 6 de marzo de 1980, C-120/79, *De Cavel II* (ECLI:EU:C:1980:70).

“órgano jurisdiccional” de cada uno de estos Reglamentos²⁸. El resultado es que impide la dispersión del pleito²⁹. Queda excluida así la aplicación de las normas de la LOPJ, lo que implica que la autoridad notarial actúa del mismo modo que lo haría la autoridad judicial de conocer la misma situación de divorcio. Una identidad importante si se considera que, ante la ausencia de autorización notarial de la escritura pública, queda abierta la vía judicial³⁰.

Por el contrario, de no ser “órgano jurisdiccional” en Bruselas II ter, la aplicación de las normas de competencia de estos Reglamentos exigiría considerar si el notario español es órgano jurisdiccional de acuerdo con el concepto que cada uno de ellos aporta³¹. En este caso nos encontramos

²⁸ En este sentido se muestra JIMÉNEZ BLANCO, P., “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos...”, *op. cit.*, pp. 121-162; *Id. Regímenes Económicos Matrimoniales Transfronterizos. Un estudio del Reglamento (UE) N° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 318-319; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “El divorcio notarial...”, *op. cit.*, pp. 347 ss; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a A., “Autoridad notarial española y divorcio transfronterizo. Particularidades y cuestiones que plantea la aplicación de los Reglamentos europeos”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XXII, 2022, pp. 269-299.

²⁹ El propio Reglamento Bruselas II ter refleja la preocupación por esta posible dispersión al recordar la vía de la accesividad para evitarla. Este es el sentido de su considerando 13 cuando indica que “(...) los órganos jurisdiccionales competentes en materia matrimonial en virtud del presente Reglamento deben, como regla general, tener competencia para pronunciarse sobre las obligaciones de alimentos accesorias entre cónyuges y excónyuges en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3, letra c), de dicho Reglamento”.

³⁰ Como señala De Miguel Asensio, resulta razonable que la LJV no incluya una regulación específica y diferenciada de la competencia internacional para conocer de los expedientes de jurisdicción voluntaria, evitando un fraccionamiento innecesario de la regulación de la competencia judicial internacional. “Un expediente de jurisdicción voluntaria y un proceso jurisdiccional (posterior) pueden recaer exactamente sobre el mismo objeto, resultando apropiado que las reglas de competencia internacional sean en principio coincidentes”. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Ley de la Jurisdicción Voluntaria y Derecho internacional privado”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XVI, 2016, pp. 147-197 (pp. 153-154).

³¹ Este concepto se recoge en el art. 3.2 del Reglamento 2016/1103 y en el art. 2.2 del Reglamento 4/2009. La vinculación que introducen entre la definición de “órgano jurisdiccional” y el ejercicio de la “función jurisdiccional” exige la calificación funcional de la actividad de la autoridad notarial española. Señala Rodríguez Benot que “para integrar el supuesto de hecho del artículo 3.2 del Reglamento 2016/1103, lo relevante es el ejercicio -directo o delegado- de potestad jurisdiccional por parte de la autoridad estatal, con independencia de su denominación

con el problema que, en el contexto del Reglamento 2016/1103, deriva de la Comunicación de España mediante la que excluye a los notarios del concepto de “órgano jurisdiccional” de este texto³². Con independencia de la negativa valoración que merece, lo que ahora interesa es su resultado, al ser la causa de que la determinación de la competencia de la autoridad notarial española habría de realizarse de acuerdo con la LOPJ y, si no se la atribuye, la dispersión del pleito es la consecuencia³³.

o naturaleza”. RODRÍGUEZ BENOT, A., “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 8-50 (p. 31). En esta delimitación radica la dificultad de aportar una respuesta concluyente, como refleja la diversidad de las posturas doctrinales. Un análisis de las mismas, así como de la determinación de la competencia de los aspectos comprendidos en el convenio regulador de acuerdo con los foros por accesividad de los Reglamentos 2016/1103 y 4/2009, en SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. Á., “Autoridad notarial española...”, *op. cit.*, pp. 269-299 (en esp., pp. 284-293).

³² Esta Comunicación es realizada en cumplimiento de lo establecido en los arts. 3.2.2º y 65.1 del Reglamento 2016/1103 y señala que “(e)n España no existen autoridades con las características y alcance del art. 3.2 en el ámbito de aplicación de este Reglamento”. Sin embargo, con carácter previo a esta Comunicación, todo hacía apuntar, como señalaba Quinzá Redondo que, “por parte de España, serían incluidos en el concepto de órgano jurisdiccional a los notarios, ya que conforme a la Ley de jurisdicción voluntaria pueden tener competencia para la separación y divorcio y, extensivamente, para la liquidación del régimen económico matrimonial como parte del convenio regulador; no así cuando se acuda al notario a otorgar capitulaciones matrimoniales, pues en este caso no estará ejerciendo funciones jurisdiccionales”. QUINZÁ REDONDO, P., “La unificación –fragmentada– del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho europeo*, núm. 41, 2017, pp. 180-222 (pp. 189-190).

³³ En este sentido, Rueda Valdivia considera que el notario español no ejerce “función jurisdiccional”, razón por la que tiene que aplicar el art. 22 LOPJ para la delimitación de su competencia judicial internacional, motivo por el que finaliza destacando “las negativas consecuencias que se derivan en el plano competencial que conducen a resultados desconcertantes”. RUEDA VALDIVIA, R., “Plurinacionalidad y régimen económico matrimonial en Derecho Internacional privado español” en MOYA ESCUDERO M. (Dir.), *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de Familia y Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 334-401 (pp. 338-340 y p. 367 nota 32). La necesidad de aplicar el art. 22 de la LOPJ es también defendida por MARCHAL ESCALONA N., “El tratamiento de la plurinacionalidad en el Divorcio no judicial”, en MOYA ESCUDERO, M., (Dir.), *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, pp. 450-512 (p. 464),

Por otra parte, también la operatividad de estos Reglamentos muestra su relevancia por lo que respecta al reconocimiento. El limitado ámbito material del Reglamento Bruselas II ter³⁴ implica que el reconocimiento automático queda reservado a la parte de la decisión relativa a la disolución del vínculo. Los acuerdos comprendidos en el convenio regulador habrían de ser reconocidos siguiendo el sistema previsto en el Reglamento 2016/1103, para la parte referida a la liquidación del régimen económico matrimonial y del Reglamento 4/2009, para la relativa a la pensión compensatoria que, en su caso, hubiera sido acordada. En este marco también es esencial la calificación como “resolución” de la decisión de la autoridad notarial española. La causa deriva de la inexistencia en estos Reglamentos de la equiparación del reconocimiento automático que introduce el Reglamento Bruselas II ter. Las “resoluciones” son las que centran la reglamentación del sistema que recogen para el reconocimiento³⁵.

3.2. La Comunicación de España. El listado de autoridades competentes

Sobre la base de la transcendencia que presenta la calificación de la decisión notarial española como “resolución” que acaba de ser expuesta, se puede abordar la respuesta que viene de la Comunicación de España reali-

así como por CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, volumen II, Comares, Granada, 18 ed., 2018, pp. 172-173.

³⁴ El Reglamento sólo se aplica a la “disolución” del matrimonio al no ocuparse, como recuerda en su considerando 9, de cuestiones tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio, u otras posibles medidas accesorias.

³⁵ El problema que deriva de la novedad que introduce el Reglamento Bruselas II ter, es la ausencia de coordinación entre estos textos europeos. La unificación procedimental del sistema para el reconocimiento de las diferentes categorías de títulos, requiere ahora de la necesaria evolución paralela de los demás Reglamentos relativos a las relaciones familiares internacionales. En este sentido, ha puesto de manifiesto JIMÉNEZ BLANCO, P. (“La desjudicialización...”, *op. cit.*, p. 575) que “(l)a fragmentación del postdivorcio en los diversos Reglamentos aplicables multiplica la complejidad. Incluso podría producirse una incongruencia entre las exigencias “procedimentales” para la admisión y registro del divorcio por mutuo acuerdo con la eficacia transnacional del mismo: así ocurrirá cuando el requisito para la validez del divorcio por mutuo acuerdo exija la presentación de un convenio regulador cuya eficacia transfronteriza puede no estar asegurada. De tal modo, el acuerdo puede quedar registrado en el Estado correspondiente, pero luego sin efectos en la práctica porque no se cumplan las garantías de reconocimiento específico exigido para los otros aspectos”.

zada en cumplimiento del mandato recogido en el art.103 del Reglamento Bruselas II ter. Este precepto exige a los Estados miembros que presenten a la Comisión el listado de las autoridades competentes para expedir los certificados que recoge, siendo destacable, a los efectos que ahora interesan, lo previsto en sus letras a) y b).

El art. 103 a) se refiere a las autoridades facultadas para expedir un “documento público” con fuerza ejecutiva, así como a las autorizadas para registrar un “acuerdo”³⁶. En lo que afecta a la materia matrimonial, la Comunicación de España reconoce la competencia de las autoridades notariales para expedir estos documentos “siempre que no existan menores involucrados en el procedimiento”, mención innecesaria, ya que, en caso contrario, los presupuestos sobre los que se articula el divorcio notarial en la legislación española impedirían que pudiera conocer de su tramitación. En todo caso, lo destacable es que este precepto, de forma coherente con el art. 2 del Reglamento, no exige a los Estados miembros que indiquen los “órganos jurisdiccionales” competentes para expedir las “resoluciones”, por lo tanto, nada indica al respecto la Comunicación de España³⁷. No obstante, esta respuesta la aporta, aunque sea de forma indirecta, como consecuencia de lo previsto en la letra b) del art. 103 que, de este modo, pasa a ser el eje esencial a los efectos que ahora interesan.

Este precepto exige a los Estados miembros que indiquen las autoridades competentes para expedir el certificado previsto en el art. 36.1, relativo a la “resolución”, así como los referidos a los “documentos públicos” y los “acuerdos” de acuerdo con lo establecido en el art. 66. En este sentido la Comunicación de España señala que son competentes para emitir primeros los Letrados de la Administración de Justicia, siendo también, junto

³⁶ El art. 103 se configura por referencia a los preceptos del Reglamento que exigen esta comunicación. En este sentido, exige en la letra a) (1.ª parte) “que los Estados miembros comuniquen las autoridades públicas facultadas para expedir un documento público con fuerza ejecutiva al que se refiere el artículo 2, apartado 2, punto 2, letra b), y las autoridades públicas autorizadas para registrar un acuerdo al que se refiere el artículo 2, apartado 2, punto 3”. Al respecto, la Comunicación emitida por España responde indicando que “(e)n las materias establecidas en el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), son competentes los jueces y magistrados. Además, en el caso del artículo 1.1.a), también son competentes los notarios, siempre y cuando no existan menores involucrados en el procedimiento. También los Letrados de la Administración de Justicia, que tienen competencias para aprobar divorcios de mutuo acuerdo”.

³⁷ *Vid. Supra*, apartado II.1.

con los notarios, las autoridades que pueden expedir los certificados relativos a los “documentos públicos” y los “acuerdos”. El resultado de esta respuesta es evidente. Si la autoridad notarial española no puede emitir el certificado relativo a una “resolución” de divorcio, es porque no puede expedir esta categoría de título, lo que implica que no se considera que actúa como “órgano jurisdiccional” en el contexto del Reglamento Bruselas II ter. Este resultado es idéntico al que deriva de la Disposición Final 22^a de la LEC referida a las medidas para facilitar la aplicación del Reglamento Bruselas II bis, que, en lo que respecta a la certificación prevista en su art. 39 relativa a las resoluciones judiciales, señala que en materia matrimonial se expide por el Letrado de la Administración de Justicia.

Esta respuesta merece una negativa valoración. La calificación de la decisión expedida por el notario español exige atender a la reglamentación del divorcio notarial de nuestra legislación. El carácter decisorio de la función que atribuye a la autoridad notarial no deja duda de que queda comprendida en el concepto de “órgano jurisdiccional” del Reglamento Bruselas II ter y que, por lo tanto, su decisión es una “resolución” de acuerdo con su art. 2. En la tramitación del expediente, su función no se limita a protocolizar el acuerdo de divorcio de los cónyuges. No está vinculado por este acuerdo ya que, como consecuencia del control de lesividad que tiene que realizar como parte del procedimiento en virtud del art. 90.2 CC, la tramitación del expediente puede terminar otorgando la escritura pública de divorcio, o bien denegando su formalización. En este caso los cónyuges tendrían que acudir a la vía judicial³⁸.

La consideración de este argumento se encuentra en la base de la respuesta de la DGRN (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en la Resolución-Consulta de 7 de junio de 2016³⁹. Y es que, con carác-

³⁸ El resultado de la tramitación puede ser la autorización o denegación de la escritura pública. Como señala el art. 90.2 del CC, si el notario considera que el acuerdo pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, o gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, lo advertirá a los otorgantes y dará por terminado el expediente. En este caso los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez si pretenden la aprobación de su propuesta de convenio regulador (arts. 90.2 del CC).

³⁹ Esta Resolución vino motivada por la consulta elevada por el Colegio Notarial del País Vasco, relativa a la aplicación del Reglamento 2201/2003 por las autoridades notariales. En su respuesta señala la DGRN que “el notario es “órgano jurisdiccional” en atención a la actividad que realiza de acuerdo con la legislación nacional. En el marco del divorcio, aún de mutuo acuerdo, el notario no desempeña una pura

ter inmediato al momento en el que se introdujo el divorcio notarial por la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, se planteaba si la autoridad notarial quedaba comprendida en el concepto de “órgano jurisdiccional” del Reglamento Bruselas II bis. La respuesta afirmativa que recoge esta Resolución, llevó a la DG a calificar a la decisión notarial como “resolución judicial”.

Todo lo anterior permite constatar la ausencia de coherencia de la Comunicación de España respecto a lo establecido por nuestra legislación. Ahora bien, la doctrina del TJUE muestra que no asume de manera automática el valor de las Comunicaciones realizadas por los Estados miembros de acuerdo con la obligación impuesta por los Reglamentos europeos. La causa se encuentra en la prevalencia de la calificación autónoma que resulta de su propia interpretación de los conceptos que estos Reglamentos incorporan, respecto a la interpretación unilateral de los Estados miembros que es, según indica, la que se encuentra en la base de la elaboración del listado de autoridades comprendido en estas Comunicaciones. Su valor es, por lo tanto, el de una mera presunción, quedando desvirtuada de no ser compatible con la interpretación del TJUE⁴⁰. Llegados a este punto, se

función documentadora de actos y contratos, sino que actúa como autoridad, debiendo denegar la aprobación del convenio regulador cuando sea gravemente perjudicial para una de las partes”. Esta misma consideración ha sido también puesta de manifiesto por la doctrina. *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P., “Ley de la jurisdicción voluntaria...”, *op. cit.*, pp. 147-197; DIAGO DIAGO, P., “Divorcio notarial de nacionales ecuatorianos residentes en España: problemática y vías de solución”, *Bitácora Millennium DIPr*, 2017, pp. 1-4; GONZALEZ BEILFUSS, C., “El divorcio notarial: cuestiones de Derecho internacional privado”, *op. cit.*, pp. 347-363; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XVII, 2016/2017, pp. 189-232., *Id.*, “Divorcio internacional y actividad notarial”, *Familia y sucesiones: Cuaderno jurídico*, núm. 124, 2018, pp. 15-28; JIMÉNEZ BLANCO, P., “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos...”, *op. cit.*, pp. 121-162; MARCHAL ESCALONA, N., “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 460-492; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a. Á., “Autoridad notarial española...”, *op. cit.*, pp. 269-299.

⁴⁰ En este sentido las SSTJUE de 23 mayo 2019, C-658/17, *WB* (ECLI:EU:C:2019:444) y 16 de julio de 2020, C-80/19, *E.E* (ECLI:EU:C:2020:569). Un amplio análisis crítico sobre la interpretación que la primera de ellas realiza de la “función jurisdiccional” en el ámbito del Reglamento de sucesiones es abordado por REQUEJO ISIDRO, M., “El artículo 3, apartado 2, del Reglamento n^o 650/2012: Autoridades no judiciales y otros profesionales del Derecho”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 39, 2020, pp. 1-26.

puede entender la trascendencia de la cuestión prejudicial planteada por los tribunales alemanes que de inmediato se aborda.

3.3. La cuestión prejudicial C-304/22. Calificación de la decisión de la autoridad notarial española

Las dudas sobre la calificación de la decisión de divorcio de la autoridad notarial española motivaron el planteamiento por los tribunales alemanes (Kammergericht Berlin) de la cuestión prejudicial, presentada el 10 de mayo de 2022, en el asunto C-304/22⁴¹, en la que preguntan al TJUE si, en el supuesto del divorcio notarial regulado en la legislación española (arts. 82, 87, 89 y 90 del CC) existe una “resolución judicial” relativa al divorcio a los efectos del Reglamento Bruselas II bis y, para el caso de respuesta negativa, si el tratamiento de este supuesto ha de ser el previsto en el art. 46 para los “documentos públicos” y “acuerdos”. La coincidencia de estas cuestiones con las planteadas por estos mismos tribunales respecto al divorcio acordado por el encargado del registro civil italiano, motiva la necesaria consideración de la STJUE C-646/20 que las resuelve. De acuerdo con el análisis que de esta Sentencia ha quedado expuesto cabe destacar que su relevancia radica en la interpretación que realiza el Tribunal de Justicia, por cuanto permite sustentar que la decisión relativa al divorcio acordada por el notario español es una “resolución judicial”. En primer lugar, porque los elementos que en esta Sentencia delimita como base del concepto de “resolución judicial” se constatan en el divorcio notarial español. Nuestra legislación atribuye competencia al notario para conocer del divorcio de mutuo acuerdo y su función muestra el carácter decisorio de su intervención como consecuencia del control de legalidad y lesividad que tiene que realizar en la tramitación de la escritura pública. En segundo lugar, si se atiende a la declaración de la Sentencia, por cuanto la intervención del notario español tiene mayor amplitud que la exigida por el TJUE para calificar como “resolución judicial” al acta de divorcio del encargado del registro civil de un Estado miembro, al vincularla al mero hecho de que los cónyuges declaren su voluntad de divorciarse ante esta autoridad.

Estos aspectos permiten entender las expectativas generadas por la Sentencia C-646/20 al permitir considerar que la respuesta del TJUE a la cues-

⁴¹ Petición de decisión prejudicial planteada por el *Kammergericht* Berlin (Alemania) el 10 de mayo de 2022 — PM / *Senatsverwaltung für Justiz, Vielfalt und Antidiskriminierung*. DO C 318, de 22 de agosto de 2022.

ción prejudicial planteada en el asunto C-304/22 llevaría a la calificación como “resolución” de la decisión notarial española⁴². Sin embargo, no se ha estimado necesaria esta respuesta expresa. La STJUE C-646/20 se ha entendido suficientemente clarificadora como para motivar la retirada de esta cuestión prejudicial. Se trata de la muestra de que los tribunales alemanes han considerado extrapolable la respuesta ofrecida por el TJUE en esta Sentencia a las preguntas planteadas en la cuestión prejudicial que retiran. Han entendido que este pronunciamiento supone el reconocimiento implícito de que la decisión de divorcio del notario español es una “resolución” y como tal ha de circular en el ámbito europeo.

No cabe duda de la incidencia que presenta STJUE C-646/20 en esta respuesta y con ella, en el listado de autoridades que recoge la Comunicación de España, cuyo valor como presunción cabe entender desvirtuado. No obstante, este resultado no debe restar importancia a la necesaria modificación de esta Comunicación para dejar constancia de que los notarios pueden expedir el certificado propio de las resoluciones en materia matrimonial. En el mismo sentido, también habría de ser modificada nuestra legislación interna para superar lo que establece la Disposición Final 22^a de la LEC. Esta doble modificación es relevante como garantía para evitar cualquier incertidumbre. En este sentido, sin restar importancia al alcance que presenta la retirada por los tribunales alemanes de la cuestión prejudicial C-304/22, lo cierto es que un pronunciamiento expreso del Tribunal de Justicia hubiera sido más eficiente por el directo impulso que a los efectos de tales modificaciones hubiera presentado. Además, este pronunciamiento hubiera supuesto el reconocimiento explícito de que la autoridad notarial española actúa como “órgano jurisdiccional”, ya que, de otro modo su decisión no podría calificarse como “resolución”, lo que hubiera presentado indudable relevancia por las consecuencias derivadas de quedar comprendida en este término. Su impacto, además, hubiera tenido mayor alcance que el de la STJUE C-646/20 ya que, a diferencia de lo que ocurre en la Comunicación de España y en la norma de la LEC (DF 22^a), el derecho italiano y, como consecuencia, la Comunicación de Italia realizada conforme al art. 103, incluye al encargado del registro civil como autoridad que puede emitir el certificado relativo a las “resoluciones” en materia matrimonial⁴³.

⁴² SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a A., “Calificación del acta de divorcio...”, *op. cit.*, pp. 1-18.

⁴³ De acuerdo con el ordenamiento italiano el funcionario del registro civil es autoridad competente para emitir el certificado al que se refiere el artículo 39 del Reglamento Bruselas II bis (Circular del Ministero della Giustizia (Ministerio de Justicia, Italia), de 22 de mayo de 2018, sobre el Decreto-Ley núm. 132/2014). En

4. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha mostrado la trascendencia que presenta la calificación de la decisión de la autoridad notarial española como “resolución” entre las distintas categorías de títulos que recoge y define el art. 2 del Reglamento Bruselas II ter. Esta calificación implica que esta autoridad extrajudicial actúa como “órgano jurisdiccional”, quedando comprendida en este término que delimita el mismo precepto del texto europeo. Aquí radica la relevancia, paralela a la que presentan las consecuencias que han sido objeto de específica consideración en el presente estudio. Su análisis ha permitido mostrar que la importancia del resultado presenta mayor alcance cuando el acuerdo extrajudicial, como ocurre en el divorcio ante notario español, viene referido, no sólo a la disolución del vínculo, sino también a otras cuestiones vinculadas al divorcio, como son las comprendidas en el convenio regulador que tienen que presentar los cónyuges y ha de ser aprobado en la escritura pública.

En este escenario se enmarca la desacertada Comunicación de España a la Comisión realizada en virtud de lo exigido por el art. 103 del Reglamento Bruselas II ter, por cuanto no incluye a los notarios entre las autoridades que pueden expedir el certificado previsto en el art. 36.1 relativo a la “resolución” respecto a una decisión referida a la materia matrimonial. Su negativa valoración es el resultado de la ausencia de coherencia con lo establecido en la legislación española (arts. 82 y ss. del CC). Este es el motivo de las expectativas generadas en su modificación, cuya respuesta ha dado comienzo.

En el momento actual se ha iniciado el giro hacia el esperado cambio. El primer paso ha sido la retirada de la cuestión prejudicial presentada por los tribunales alemanes el 10 de mayo de 2022, en el asunto C-304/22. Su relevancia deriva del motivo que la ha provocado, al ser la consecuencia de la interpretación realizada por el TJUE en la Sentencia C-646/20. La razón es que esta interpretación permite sustentar que la decisión de la autoridad notarial española es una “resolución judicial”. Este reconocimiento implícito que cabe derivar de este pronunciamiento es la primera clave del cambio, por cuanto afecta al valor que, como simple presunción, presentan las

el mismo sentido, la Comunicación italiana de acuerdo con el art. 103 del Reglamento Bruselas II ter indica, respecto al listado de autoridades al que se refiere la letra b) de este precepto, que los funcionarios del registro civil (*ufficiale di stato civile*) son competentes (entre otros), para expedir el certificado de las resoluciones de acuerdo con el art. 36.1.

Comunicaciones de los Estados miembros. En particular implica que, en el caso de la Comunicación de España, este valor ha quedado desvirtuado.

Ahora bien, el logro de este primer paso, en cuanto significa que las autoridades notariales españolas pueden expedir una “resolución” de divorcio, no puede ocultar la necesidad de ascender un segundo escalón. El reconocimiento formal del alcance de la intervención de la autoridad notarial en el contexto del Reglamento Bruselas II ter como “órgano jurisdiccional”, exige la modificación de la Comunicación de España. En todo caso, este paso necesario habría de ir acompañado de la definitiva superación de lo establecido en la Disposición Final 22ª de la LEC. En este sentido es destacable el impacto que podría venir a través de la nueva norma de desarrollo para facilitar la aplicación del Reglamento Bruselas II ter. Estas expectativas del cambio son las que configuran el horizonte que, por vislumbrarse despejado, habría de ser alcanzado de forma inminente.

COMUNICACIONES

¿Son los menores los que impulsan la uniformización del Derecho europeo? Un análisis jurisprudencial del derecho de familia en los tribunales europeos y su repercusión en la propuesta de certificado de filiación europeo

CARMEN PARRA RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad Abat Oliba CEU*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE FAMILIA: ENTRE LA IDENTIDAD CULTURAL Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS. 3. LA UNIFORMIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN LOS CASOS EN LOS QUE INTERVIENEN MENORES. 3.1. *Sobre el derecho al nombre.* 3.2. *Sobre el reconocimiento de las parejas del mismo sexo.* 4. HACIA UNA UNIÓN EUROPEA SIN OBSTÁCULOS ADMINISTRATIVOS, 5. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA PROPICIAR LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS. 5.1. *Certificado de filiación europeo.* 6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

No hay duda de que la armonización del derecho de familia es uno de los ámbitos jurídicos más complejos a pesar de los esfuerzos del legislador europeo por ofrecer soluciones a las situaciones transfronterizas que son cada vez más frecuentes. Problemas relacionados con la identidad nacional, los principios religiosos o los valores fundamentales de los Estados hacen muy difícil encontrar soluciones aplicables en todo el espacio europeo.

La razón es que el Derecho de familia es una materia jurídica particularmente sensible que se caracteriza por una pluralidad de concepciones y valores al nivel de los Estados miembros y de las sociedades que los componen. El Derecho de familia es en este sentido la expresión de un Estado tanto desde el punto de vista político como social.

Sin embargo, la transnacionalidad está creando situaciones a las que el ámbito jurídico ha de dar respuestas ya que cada vez son más frecuentes las familias mixtas que se enfrentan a situaciones que incorporan elementos internacionales. A nivel europeo estas cuestiones están recibiendo respuesta a través de Reglamentos que han tenido un seguimiento desigual dependiendo de su carácter procesal o sustantivo¹.

Sin embargo, los obstáculos son evidentes cuando se intenta llevar a la práctica la aplicación de la normativa europea, siendo necesario acudir a la jurisprudencia para resolver los casos en los que las soluciones legislativas han resultado insuficientes. Así por ejemplo, tradicionalmente la conexión de la residencia habitual ha generado una amplia jurisprudencia que a día de hoy aún necesita ser interpretada².

No obstante, no son tanto los conceptos jurídicos si no las diferencias instrumentales que se derivan de la concepción del derecho de familia

¹ Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 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, DOUE L 7, de 10 de enero de 2009; Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DOUE L 343, de 29 de diciembre de 2010; Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DOUE L 183, de 8 de julio de 2016; Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DOUE L 183, de 8 de julio de 2016, páginas 30 a 56; Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores. DOUE L 178, de 2 de julio de 2019.

² Ver en este sentido la STJUE de 13 de octubre de 2016, Mikołajczyk , C-294/15, EU:C:2016:772; la STJUE de 16 de julio de 2009, Hadadi , C168/08, EU:C:2009:474; las STJUE de 2 de abril de 2009, A, C-523/07, EU:C:2009:225 y de 9 de octubre de 2014, C, C-376/14 PPU, EU:C:2014:226; la STJUE de 22 de diciembre de 2010, Mercredi, C-497/10 PPU, EU:C:2010:829; la STJUE de 8 de junio de 2017, OL , C- 111/17 PPU, EU:C:2017:436; la STJUE de 28 de junio de 2018, HR, C-512/17, ECLI:EU:C:2018:513; la STJUE de 25 de noviembre de 2021, IB, C-289/20, EU:C:2021:561 y la STJUE de 1 de agosto de 2022, MPA , C- 501/20, EU:C:2022:619 entre otras.

las que están generando problemas, tanto a nivel de libre circulación de personas como de respeto a la vida privada de los miembros de la familia.

De este modo, el legislador europeo aboga por la presencia de normas instrumentales para cubrir las lagunas que las relaciones transfronterizas crean. Es el caso del Reglamento (UE) 2016/1191³ por el que se intentan eliminar las barreras que generan los Estados desde una óptica administrativa.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la negativa a expedir un certificado de nacimiento para un nacional de un Estado miembro que reside en otro Estado miembro, puede constituir un obstáculo a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea en cuanto que refleja la filiación de una persona y por tanto el otorgamiento a los progenitores de unos derechos que limitan el goce de una vida familiar o una vida privada.

Es por ello, que existe una Propuesta de Reglamento⁴ en torno a la filiación en la que se busca resolver los problemas que estas situaciones familiares están planteando.

Del mismo modo las disposiciones de la Directiva 2004/38⁵ actúa definiendo los conceptos de “cónyuge”, “unión registrada”, ascendiente” o “descendiente” para de este modo regular el derecho de entrada o salida de los miembros de una unidad familiar residente en la Unión Europea.

La cuestión es si las respuestas jurisprudenciales que ofrecen los tribunales europeos a estas cuestiones tanto sustantivas como instrumentales

³ Reglamento (UE) 2016/1191 por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) número 1024/2012, DOUE L 200 de 26 de julio de 2016. *Vid.* GUZMÁN ZAPATER, M., “La libre circulación de los documentos públicos en materia de estado civil en la UE: El Reglamento UE 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 41, 2017, pp. 161-179. FONT I MAS, M., “El Reglamento (UE) 2016/1191: Hasta dónde (no) alcanza la libre circulación de documentos públicos en la UE y en España”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, Vol. XXII, 2021-2022, pp. 111-138.

⁴ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo. Bruselas, 7.12.2022, COM (2022) 695 final.

⁵ Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, DOUE L158, de 30 de abril de 2004.

son similares dependiendo de las materias tratadas o de los miembros de la familia objeto de protección y por otro lado, si están ofreciendo respuestas a la dispersión administrativa existente.

En este sentido, el TEDH ha desarrollado una importante jurisprudencia en torno al concepto de “vida privada” y de “vida familiar”⁶ en la que se puede ver la evolución de estos conceptos respondiendo a los diferentes modelos de familia que conviven en la sociedad.

A ello hay que unir la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) relativa a la asignación de nombre y apellidos⁷ la atribución de la nacionalidad⁸, la determinación de la filiación⁹, o al matrimonio entre personas del mismo sexo¹⁰, que son competencia exclusiva de los Estados y cuya regulación crea barreras instrumentales que acaban afectando a las relaciones familiares transfronterizas.

Del estudio de esta jurisprudencia se advierte como la presencia de menores afecta a las soluciones alcanzadas por los tribunales utilizando tanto el Principio del interés superior del menor, como los compromisos convencionales de los Estados al firmar tratados en los que se protege tanto la identidad del menor (tener un nombre y una nacionalidad), como el derecho del niño a tener una familia. De ahí la necesidad de conocer si a través de estos casos se puede avanzar en la uniformización de los aspectos instrumentales aplicables en esta materia.

⁶ Ver en este sentido TEDH, sentencia de 7 de noviembre de 2013, *Vallianatos y otros c. Grecia*, CE:ECHR:2013:1107JUD002938109, § 73, y TEDH, sentencia de 14 de diciembre de 2017, *Orlandi y otros c. Italia*, CE:ECHR:2017:1214JUD002643112, § 143.

⁷ STJUE de 2 de octubre de 2003, *García Avello*, C-148/02, EU:C:2003:539 o la STJUE de 14 de octubre de 2008, *Grunkin Paul*, C-353/06, EU:C:2008:559.

⁸ STJUE de 14 de diciembre de 2021, *Pancharevo*, C-490/20, EU:C:2021:1008.

⁹ Auto TJUE de 24 de junio de 2022, *Rzecznik Praw Obywatelskich*, C-2/21, EU:C:2022:502.

¹⁰ STJUE de 5 de junio de 2018, *Coman*, C-673/16, EU:C:2018:385.

2. LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE EN MATERIA DE FAMILIA: ENTRE LA IDENTIDAD CULTURAL Y LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS

La jurisprudencia del TJUE nos muestra que los grandes problemas que se generan en la uniformización del derecho de familia se dan al producirse un solapamiento de derechos entre el art. 4-2 del TUE que garantiza el respeto de la identidad nacional de los Estados miembros, con los derechos fundamentales de la Carta, todo ello para asegurar a los ciudadanos europeos el derecho a circular y residir libremente su territorio (art. 21-1 TFUE).

En este sentido se puede decir que la identidad nacional prevalece cuando al aplicar el Derecho de la Unión Europea se dañara una institución protegida por el ordenamiento jurídico estatal. En estos casos se restringe la intensidad del control por parte del TJUE para respetar así las materias que son competencias reservadas a los Estados.

Este control se ha aplicado por ejemplo en casos de privación de la nacionalidad ya que el TJUE considera que la decisión de quienes son sus nacionales es competencia exclusiva del Estado. Para ello el TJUE no se opone a que un Estado miembro decida sobre los medios de adquisición de la nacionalidad de otro Estado miembro siempre que se respete el principio de proporcionalidad¹¹.

Del mismo modo, el TJUE ha reconocido implícitamente que las leyes que regulan el matrimonio forman parte de la identidad nacional estando protegidas por normas de rango constitucional en numerosos Estados. Esta interpretación ha permitido que éstos no estén obligados a reconocer los matrimonios del mismo sexo invocando razones de orden público y de identidad nacional (art. 4-2 TUE), siendo lícita la restricción que genera su protección respecto a la aplicación de la libre circulación establecida en el art. 21 TFUE¹².

¹¹ STJUE de 7 de julio de 1992, Asunto Micheletti, C-369/90, ECLI:EU:C:1992:295 entre otros.

¹² MARÍN CONSARNAU, D. , “Family Members as Beneficiaries of EU Law and Coherence: from Freedom of Movement of Persons to Private International Law”, en FORNER DELAYGUA, J.J. y SANTOS, A. (eds), *Coherence of the Scope of Application EU Private International Legal Instruments*, Publications of the Swiss Institute of Comparative Law, Schulthess Médias Juridiques SA, 2020, pp. 93-120.

El mismo razonamiento se ha impuesto para el reconocimiento de la filiación en casos de maternidad subrogada¹³, pudiendo sintetizarse la doctrina del TJUE diciendo que, “el derecho a la prestación por maternidad en los supuestos de gestación por sustitución, no encuentra fundamento en el Derecho de la UE (la normativa europea sobre protección de la maternidad no incluye la gestación por encargo). Por consiguiente, los Estados no están obligados a regular ni reconocer una prestación por maternidad derivada de gestaciones por encargo; y ello con independencia de la decisión que voluntariamente puedan acordar los legisladores nacionales para mejorar los mínimos exigidos por la normativa europea”¹⁴.

El TJUE ha justificado estas soluciones argumentando que la libertad de circulación puede quedar limitada siempre que el objetivo perseguido sea legal en el derecho de los Estados miembros¹⁵, definiendo como “medida proporcionada” “aquella que siendo adecuada para la realización del objetivo perseguido, no va más allá de lo necesario para alcanzarlo”¹⁶.

3. LA UNIFORMIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN LOS CASOS EN LOS QUE INTERVIENEN MENORES

Ahora bien, esta interpretación a favor de la identidad cultural queda limitada en asuntos que afectan a menores, de tal manera que la solución cambia si se trata de proteger el interés superior del niño. En este sentido, el TJUE se ha pronunciado en cuestiones sobre el derecho al nombre o

¹³ STJUE de 18 de marzo de 2014, Z, C-363-12, ECLI:EU:C:2014:159 y STJUE de 18 de marzo de 2014, CD, C-167/12, ECLI:EU:C:2014:169

¹⁴ GODOY VÁZQUEZ, M.O., “La gestación subrogada en la jurisprudencia del TEDH, el TJUE y en el Tribunal Supremo”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UE*, número 34, 2018, pp. 111-131. Ver también PARRA RODRÍGUEZ, C., “Soluciones desde el Derecho internacional a los casos de gestación subrogada” en *La gestación por sustitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 289-309.

¹⁵ Sentencias de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09, EU:C:2010:806, apartado 81; de 18 de julio de 2000, De Cuyper, C-406/04, Rec. p. I 6947, apartado 40; STJUE de 11 de septiembre de 2007, Schwarz y Gootjes-Schwarz, C-76/05, Rec. p. I 6849, apartado 94; STJUE de 2 de junio de 2016, Grunkin y Paul, C-353/06, apartado 29, ECLI:EU:C:2008:559; STJUE de 2 de junio de 2016, Bogendorff von Wolffersdorff, C-438/14, EU:C:2016:401, apartado 48, así como la STJUE de 5 de junio de 2018, Coman y otros C-673/16, apartado 41, EU:C:2018:385.

¹⁶ STJUE de 26 de febrero de 2015, Martens, C-359/13, apartado 34 EU:C:2015:118 entre otras.

en la determinación de la filiación en hijos de parejas del mismo sexo. En ambos casos se han planteado problemas principalmente en torno a su inscripción, modificación o rectificación respecto al Estado de origen y al Estado de acogida, aspectos que analizaremos continuación.

3.1 *Sobre el derecho al nombre*

En este sentido, la conservación del nombre otorgado en un Estado miembro, debería ser aceptado en las relaciones transfronterizas de la Unión Europea para cumplir de este modo con el principio de no discriminación así como con la libre circulación de los ciudadanos. Sin embargo, el TJUE ha utilizado diferentes argumentos para aceptar o rechazar el uso uniforme de los apellidos en los diferentes registros nacionales.

En este sentido se ha mantenido el argumento de preservar la identidad nacional en los asuntos Konstantidinīs¹⁷, Runevič-Vardyn¹⁸, Sayn-Wittgens-

¹⁷ STJUE de 30 de marzo de 1993, Konstandidinīs, C-168/91 ECLI:EU:C:1993:115. Vid. LARA AGUADO, M^a A., “Incidencia del Derecho comunitario sobre el régimen jurídico del nombre en el Derecho internacional privado. (La Sentencia del T.J.C.E. de 30 de marzo de 1993, caso Konstantinidis, asunto C-168/91)”, *Revista de Derecho Privado*, 1995 pp. 671-694; LANG, A., “Problemi di traslitterazione del nome di fronte alle corti europee: i casi Kostantinidis e Mentzen”, *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, 2010 pp.139-149. DIAGO DIAGO, P., “Derecho al nombre y ejercicios de las libertades comunitarias”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 124, 1995, pp.51-57.

¹⁸ STJUE de 12 de mayo de 2011, Runevič-Vardyn, C-391/09, ECLI:EU:C:2011:291 apartado 87 “ De ello se sigue que el objetivo perseguido por una normativa nacional como la controvertida en el asunto principal, dirigida a proteger la lengua oficial nacional mediante la imposición de las normas de grafía previstas por dicha lengua, constituye, en principio, un objetivo legítimo que puede justificar restricciones de los derechos a circular y residir libremente previstos en el artículo 21 TFUE y puede ser tenido en cuenta al ponderar, por un lado, intereses legítimos y, por otro, tales derechos reconocidos por el Derecho de la Unión” . Vid. SIMON, D., “Nom patronymique” *Europe*, núm. 7, 2011 pp.13-15; VAN EIJKEN, H., “Case C-391/09, Malgozata Runevič-Vardyn and Lukasz Pawel Wardyn v. Vilnius miesto savivaldybės administracija and Others “, *Common Market Law Review*, 2012, pp. 809-826.

tein¹⁹, Bogendorff von Wolffersdorff²⁰ entre otros, sobre la base de considerar injustificada la preservación de la libre circulación por razones de interés nacional y de orden público.

No obstante, las soluciones pronunciadas en los casos en los que las asignaciones de apellidos afectaban a menores, las soluciones han sido diferentes. Así ha sucedido en el caso García Avello²¹ cuando se trataba de solucionar la confusión en la identidad de personas binacionales, opinando el TJUE que el principio de inmutabilidad del apellido no era un principio fundamental de orden social y que para evitar el perjuicio que suponía para los menores ser identificados con apellidos diferentes dependiendo de las nacionalidades que ostentaban (española y belga), debía primar el interés de la persona sobre el interés social. Solución similar, aunque con hechos diferentes, llevó al TJUE en el caso Grunkin-Paul²² a aceptar el apellido determinado de conformidad con las normas de otro Estado miembro, en concreto la inscripción en un registro danés de un nombre según el derecho alemán.

Hay por tanto un doble rasero en las resoluciones judiciales que hacen pensar en la evolución del derecho de familia hacia un concepto que va a afectar por el momento a la filiación y que ha tenido como primer resultado la Propuesta de Reglamento sobre filiación²³ a la que nos referiremos más adelante.

¹⁹ STJUE de 22 de diciembre de 2010, Sayn-Wittgenstein, C-208/09, .Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Comentario a la Sentencia Ilonka Sayn-Wittgenstein y Landeshauptmann von Wien”, *Revista española de Derecho Internacional*, núm. 2, 2011, pp. 235-239.

²⁰ Sentencia de 2 de junio de 2016, Bogendorff von Wolffersdorff, apartado 65, *op. cit.*

²¹ Sentencia de 2 de octubre de 2003, García Avello C-148/02, Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y Derecho comunitario”, *Diario La Ley*, número 5876, 22 octubre 2003, pp. 1-5; LARA AGUADO, M^a A., “Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos (Caso García Avello y el avance irresistible de la autonomía de la voluntad)”, *Diario La Ley*, número 6107, 15 de octubre de 2004, pp. 1-9.

²² Sentencia de 14 de octubre de 2010, Grunkin-Paul C-353/06, ECLI:EU:C:2008:559. Vid. LARA AGUADO, M^a A., “El impulso de la ciudadanía de la Unión Europea al reconocimiento intracomunitario de actos de estado civil (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2008: Grunkin-Paul y Standesamt Stadt Niebüll)”, *Diario La Ley*, número 7104, 30 de enero de 2009, pp. 1-5.

²³ Vid. nota 4.

3.2. Sobre el reconocimiento de las parejas del mismo sexo

Otra materia en la que los resultados jurisprudenciales varían ante la presencia de menores, es el relativo al matrimonio entre personas del mismo sexo y su regulación en las legislaciones nacionales de los países de la Unión Europea.

En este caso, la jurisprudencia del TJUE no considera que se trate de un reconocimiento de una institución no aceptada en un determinado ordenamiento jurídico, por el contrario, le da un efecto útil considerando el reconocimiento sólo a los efectos de respetar el ejercicio de los derechos que para esa persona se derivan del Derecho de la Unión Europea. En concreto, en el caso *Coman*²⁴ se trataría de concederle un derecho de residencia a un nacional de un tercer Estado al que accede a la misma por un matrimonio del mismo sexo. En este sentido, conceder el derecho de residencia, sigue diciendo el Tribunal, “no atenta contra la identidad nacional ni amenaza el orden público del Estado miembro afectado”.

Tampoco se ha contemplado esta diferencia respecto de que el esposo de la madre biológica de un niño, contrariamente a la esposa de ésta, sea considerado como el otro progenitor de dicho menor en la medida en que no existe un fundamento fáctico para la presunción legal según la cual el niño desciende de la esposa de la madre biológica²⁵.

Ahora bien, cuando se trata del reconocimiento de un vínculo de parentesco entre un menor respecto de sus padres que son pareja del mismo sexo²⁶ la argumentación es diferente, considerando el TJUE que esta situación está protegida por el art. 2 del TUE como respeto de los derechos humanos ya que se encuentra estrechamente relacionado con el art. 3-1 de la Convención de los derechos del niño, así como con el derecho del respeto de la vida privada y familiar (art. 8 CEDH) y con el principio del interés superior del menor²⁷.

Partiendo de esta premisa, la determinación de la filiación de conformidad con la legislación de un Estado miembro de la Unión Europea respecto a la parentalidad de la esposa de la madre biológica de una menor;

²⁴ STJUE de 5 de junio de 2018, *Coman y otros* C-673/16, apartado 45, *op. cit.*

²⁵ STJUE de 26 de marzo de 2019, *SM* C-129/18, ECLI:EU:C:2019:248 apartados 54 a 59.

²⁶ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S, “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)”, *La Ley Unión Europea*, núm. 102, 2022, pp. 1-5.

²⁷ STEDH de 7 de mayo de 2013, *Boeckel y Gessner-Boeckel c. Alemania* C:ECHR:2013:0507DEC000801711), § 30.

y su no reconocimiento en el Estado de origen, supondría un obstáculo para el establecimiento de la familia en el Estado donde no se reconoce su estado civil. En este sentido, cuestiones relativas a la residencia, la guarda y custodia, la afiliación a la seguridad social o las consecuencias derivadas en materia sucesoria, son algunos de los problemas que pueden darse debido a la falta de reconocimiento de los vínculos de parentesco en uno de los Estados miembros implicados²⁸.

La exclusión de estos derechos impediría el disfrute de una vida familiar normal, ya que supondría que uno de los progenitores debería asumir ambos roles (padre y madre) como; por ejemplo, la inscripción en un centro educativo, las visitas médicas o cualquier trámite administrativo que implique a la familia²⁹.

Por tanto, para eliminar estos obstáculos sería necesario reconocer los vínculos de parentesco de los hijos de parejas del mismo sexo con la única finalidad de que disfruten de los derechos como cualquier ciudadano europeo. En ese sentido, los hijos pasarían a ser “descendientes directos” (art. 2-2 c) de la Directiva 2004/38, mientras que el reconocimiento como “cónyuge” del mismo sexo (art. 2-2 a) de la citada Directiva, les permitiría residir en el territorio del Estado miembro de origen o de acogida, sin sufrir las restricciones que la legislación nacional les podría causar.

La misma solución fue adoptada por el TJUE para los “otros miembros de la familia” (art. 3-2 a) de la Directiva 2004/38 en relación a un menor sujeto a una “kafala” argelina quedando confirmada la legalidad de la condición adquirida en otro Estado miembro³⁰.

²⁸ STJUE de 14 de diciembre de 2021 “Pancharevo”, C-490/20, apartado 63, *op. cit.* En el mismo sentido respecto de los derechos reconocidos para los ciudadanos europeos destaca el de llevar una vida familiar normal junto a los miembros de sus familias, tanto en el Estado de acogida como en el de origen. STJUE de 7 de julio de 1992, Singh, C- 370/90, EU:C:1992:296, apartados 21 y ss; STJUE de 14 de noviembre de 2017, Lounes C -165/16, EU:C:2017:862, apartado 52; STJUE de 25 de julio de 2008, Metock y otros, C- 127/08, EU:C:2008:449, apartado 62 y la STJUE de 5 de junio de 2018, Coman y otros C -673/16, , apartado 32, *op. cit.*

²⁹ Por el contrario, la jurisprudencia del TEDH ha optado por respetar el marco estatal no exigiendo el reconocimiento jurídico de una relación de filiación con el progenitor que no sea el progenitor biológico de un menor, o aceptando que un Estado no autorice la adopción simple de un menor por la compañera homosexual de la madre biológica de éste.

³⁰ STJUE de 26 de marzo de 2019, SM C-129/18, apartados 54 a 59, ECLI:EU:C:2019:248.

Es por ello, que la jurisprudencia europea se ha permitido ofrecer soluciones donde, en base al principio de proporcionalidad, la uniformización ha pesado más que la identidad nacional, siendo ésta desplazada con un alcance limitado a favor de la libre circulación de los ciudadanos en determinadas materias como sucede con la determinación del nombre o los derechos de los menores independientemente del sexo de sus padres.

4. HACIA UNA UNIÓN EUROPEA SIN OBSTÁCULOS ADMINISTRATIVOS

Ante la diversidad que ha generado la proliferación de relaciones transfronterizas, el legislador europeo ha iniciado un proceso de simplificación de los requisitos administrativos que han impedido la libre circulación de documentos públicos expedidos por las autoridades de los Estados de la Unión Europea.

Para alcanzar este objetivo existen diferentes mecanismos que conviven entre sí para eliminar las barreras administrativas que las autoridades públicas han creado. Todo ello debe basarse en un sistema de confianza mutua que intente prevenir del fraude en los documentos públicos así como en las copias certificadas. La Unión Europea pone así, al servicio de los Estados miembros, todos los mecanismos necesarios para asegurar la autenticidad de los documentos expedidos en cada Estado así como un correcto tratamiento de los datos personales contenidos en los mismos³¹.

Sin embargo, lo que se cuestiona en este caso no es la seguridad, sino la posibilidad de que los documentos públicos circulen libremente asegurándole a los ciudadanos europeos un auténtico marco de libertad en relación a su vida personal.

³¹ Vid. la Comunicación de 2 de julio de 2009 COM (2009) 313 final y el Libro verde mucho más ambicioso “Menos trámites para los ciudadanos: Promover la libre circulación de documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil” COM (2010) 747 final, (14/12/2010). BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “De la exigencia de la legalización a la libre circulación de documentos”, en FONT I MAS, M., (dir): *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea. Estudios sobre las características y efectos del documento público*, Bosch, Barcelona, 2014, pp. 27-46; DIAGO DIAGO, P., “La circulación de documentos públicos en situaciones transfronterizas: la tensión entre la seguridad jurídica y la reducción de las cargas para el ciudadano”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz* 1999, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 81-132.

En este sentido, el Reglamento 2016/ 1191³² (en adelante el Reglamento) nació para simplificar los requisitos de presentación de documentos entre los Estados miembros en las relaciones transfronterizas. No obstante, su ámbito de aplicación está limitado a una serie de materias enumeradas en su art. 2. Así mismo no se ocupa de aquellos documentos que no necesiten legalización como son el documento de identidad o el pasaporte, ni de algunos de los documentos relativos al estado civil regulados por la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), ni tampoco de los documentos expedidos por particulares.

No obstante, es necesario tener en cuenta que el objetivo del Reglamento no es modificar el derecho material de los Estados miembros en las materias que regula, sino sencillamente crear un marco que permita la aceptación de documentos que deban presentarse en un Estado distinto del que lo expidió, para lo cual establece un sistema de cooperación de autoridades que permite verificar la autenticidad del documento.

Para facilitar su aplicación, por un lado el Reglamento genera conceptos autónomos en lo que respecta al estado civil, la filiación o los antecedentes penales, dejando al derecho nacional la interpretación del domicilio, la residencia y la nacionalidad. Por otro lado ofrece un sistema de formularios multilingües que tienen como finalidad facilitar el trabajo de las administraciones públicas de los Estados a la hora de realizar trámites transfronterizos.

Sin embargo, a pesar de la predisposición del legislador europeo para buscar mecanismos de acercamiento en los trámites administrativos, la realidad es que su puesta en marcha ha puesto en evidencia una serie de problemas relacionados con la traducción de los impresos estándar multilingües (art. 7), la relación con otros instrumentos internacionales³³ (art. 19) y finalmente con el efecto jurídico de los documentos públicos expedidos (art. 2-4).

Con estas premisas hay que partir hacia una uniformización del espacio europeo que como se verá a continuación, se deberá hacer de forma progresiva ya que existen obstáculos relacionados con las materias reservadas a los Estados, especialmente en el derecho de familia, y en el estado civil, de las cuales éstos no están dispuestos a perder el control, incluso si ello

³² *Vid.* nota 3.

³³ A modo de ejemplo el Convenio de la apostilla (con su actualización digital de la e-Apostilla que está dando muy buenos resultados desde su instauración en el 2012) o el Convenio de la CIEC sobre expedición de certificados de capacidad matrimonial, que pueden generar más confianza y seguridad a los ciudadanos que necesiten certificar actos de estado civil.

supone sacrificar la aplicación de los principios de la Unión Europea y especialmente los relativos a la libre circulación de los ciudadanos.

5. LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN COMO INSTRUMENTO PARA PROPICIAR LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS

Para solucionar todas estas disfunciones y teniendo en cuenta que los avances en la unificación del derecho de familia se ha realizado en relación a las situaciones familiares relacionadas con los menores, ha nacido la Propuesta de Reglamento de determinación de la filiación (en adelante la propuesta de Reglamento) que se presenta como el instrumento que permitirá reforzar la protección de los derechos fundamentales y otros derechos de los hijos en situaciones transfronterizas, especialmente su derecho a la identidad, a la no discriminación y a la vida privada y familiar en otro Estado miembro, tomando el interés superior del menor como consideración primordial.

A la vista de los casos presentados ante el TJUE y el TEDH expuestos a lo largo de este trabajo, la Propuesta de Reglamento quiere ofrecer seguridad jurídica y previsibilidad en lo relativo a las normas sobre competencia internacional y ley aplicable para la determinación de la filiación en situaciones transfronterizas, así como en su reconocimiento en los otros Estados Miembros. La Propuesta de Reglamento también contempla reducir los costes jurídicos y la carga para las familias en relación con los procesos judiciales que se lleven a cabo en esta materia.

En concreto se trata de facilitar los trámites relacionados con la filiación mediante la adopción de normas uniformes que concedan efecto vinculante o en su caso valor probatorio a los documentos públicos donde ésta se determine.

En este sentido, la Propuesta de Reglamento no trata de establecer requisitos adicionales sobre el reconocimiento de la filiación para el ejercicio de los derechos derivados de la libre circulación de personas ya que tanto la legislación europea como la jurisprudencia abogan por la no denegación del reconocimiento del vínculo de filiación invocando el orden público o el interés nacional, especialmente en el caso de los hijos de progenitores del mismo sexo a efectos del ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión Europea confiere a éstos.

La cuestión que queda pendiente es la de si los Estados de la Unión Europea estarán de acuerdo con uniformizar sus criterios de filiación acogiendo a esta regulación que no tiene en cuenta la identidad nacional.

5.1. Certificado de filiación europeo

Para facilitar la libre circulación de documentos públicos especialmente en materia de filiación, es para lo que la Propuesta de Reglamento ha creado un certificado uniforme de carácter facultativo, llamado certificado de filiación europeo, que tiene como misión facilitar a los menores o a sus representantes legales la acreditación de la misma en otro Estado miembro. Este documento permitirá traspasar fronteras administrativas en la determinación de la filiación del menor. Sin embargo, es un documento que nace con una serie de limitaciones que van a menoscabar su efectividad a la hora de su aplicación práctica.

Así, a pesar de que dicho certificado tendrá efecto en los otros Estados miembros, en base al principio de subsidiariedad, no sustituye a los documentos nacionales que tengan el mismo alcance, lo que generará falta de uniformidad y consecuentemente inseguridad. Por otro lado, la autoridad que lo expida deberá tener en cuenta las formalidades que se exigen para la inscripción de la filiación en el Estado miembro en que esté situado el registro, lo que actúa en contra de la simplicidad y unidad del documento al mismo tiempo que obliga a establecer una red de información entre registros para conocer las formalidades que requiere cada Estado.

El hecho de que no sea obligatoria su expedición juega en contra ya que se siguen multiplicando los instrumentos disponibles para certificar la filiación de un menor (una resolución judicial, un documento público o el certificado de filiación europeo) lo que sin duda repercutirá en la finalidad unificadora perseguida por la Propuesta de Reglamento.

Si bien el contenido y los efectos de los documentos públicos nacionales que acreditan la filiación (como un certificado de nacimiento o un certificado de filiación) varían en función del Estado miembro de origen, el certificado de filiación europeo debe tener el mismo contenido y surtir los mismos efectos en todos los Estados miembros, de tal manera que los efectos probatorios del certificado de filiación europeo no deben influir por ejemplo en el estado civil de los progenitores del menor cuya filiación se vea afectada.

También quedará en manos de los Estados que determinen la filiación, qué órganos jurisdiccionales o administrativos (autoridades administrativas, notarios o registradores), serán competentes para determinar la filia-

ción, siendo expedidos los documentos públicos nacionales que la acreditan en la lengua del Estado miembro de origen, mientras que el formulario del certificado de filiación europeo anejo a la Propuesta de Reglamento estará disponible en todas las lenguas de la Unión. Esta dispersión normativa y lingüística, no solucionada en el Reglamento 2016/1191 también afectará a la traducción incorporada en los certificados de filiación³⁴.

Finalmente, el certificado de filiación europeo se expedirá previa solicitud, permaneciendo el original en poder de la autoridad de expedición, que podrá realizar una o más copias auténticas a petición del solicitante o de su representante legal. Dada la estabilidad de la filiación en la gran mayoría de los casos, la validez de las copias del certificado de filiación europeo no debería estar limitada en el tiempo, sin perjuicio de la posibilidad de rectificar, modificar, suspender o revocar el certificado en caso necesario. Así mismo se prevé la posibilidad de recurso contra las decisiones de la autoridad de expedición, incluidas las decisiones de denegarlas.

6. CONCLUSIONES

Como se puede apreciar, el camino hacia la uniformización del derecho de familia será largo y tortuoso, tanto por las diferencias existentes en los Estados miembros en relación al alcance de las instituciones familiares, como por la falta de mecanismos que permitan la unificación en los documentos donde se incorporen estas figuras.

Desde el análisis de la legislación y de la jurisprudencia europea no parece lo más oportuno añadir nuevas regulaciones como la incorporada en la Propuesta de Reglamento de la determinación de la filiación, ya que la realidad es que aún no se han resuelto los problemas presentes en la legislación ya existente (Reglamento 2016/1191 y la Directiva 2004/38). Para mejorar dicha regulación, es necesario respetar las peculiaridades propias de cada Estado en cuanto a las formas familiares propias de los ordenamientos jurídicos de la Unión Europea. En este sentido, los formularios que ofrecen los instrumentos comunitarios no responden a la simpli-

³⁴ En este sentido el Auto TJUE Rzecznik Praw Obywatelskich, C-2/21, *op. cit.* sobre la certificación de nacimiento expedida por el Estado miembro de nacimiento en la que se mencionan dos madres para la menor. *Vid.* FONT I MAS, M., “Llenguatge jurídic europeu i els reglaments de dret internacional privat: problemes pràctics juridicolingüístics”, *Revista de Llengua i Dret, Journal of Language and Law*, núm. 68, 2017, pp. 19-32.

ficación proyectada por el legislador europeo al no existir un paralelismo entre los miembros de la familia, o en el documento donde se registra el parentesco entre ellos.

En este sentido, el certificado de filiación europeo que se presenta como una posible solución para uniformizar los criterios y evitar la falta de reconocimiento de situaciones familiares contrarias a sus principios constitucionales no parece que vaya a conseguir el objetivo previsto, ya que los Estados son reticentes a la aceptación de relaciones familiares contrarias a sus principios constitucionales.

Europa sigue siendo un crisol en las cuestiones que regulan el derecho de familia por lo que instrumentos como el certificado de filiación europeo será bienvenido si somos conscientes de que su aplicación será paulatina en función de la adaptación que lleven a cabo las diferentes legislaciones de los Estados miembros de la Unión Europea.

El reconocimiento de los divorcios no judiciales en la Unión Europea¹

PABLO QUINZÁ REDONDO

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado
Universidad de Valencia*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DIVORCIOS PRIVADOS. 3. DIVORCIOS NO JUDICIALES CON INTERVENCIÓN DE AUTORIDAD PÚBLICA-ESTATAL. 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho de familia se enfrenta a constantes desafíos. Muchos de ellos vienen marcados por la aparición de nuevas modalidades de instituciones jurídicas o actualización de las mismas. La posibilidad de acceder a la disolución del matrimonio sin la intervención de un juez/tribunal (en sentido estricto, esto es, ejerciendo su función jurisdiccional) es una de estas últimas. Cuenta, cada vez más, con una presencia protagonista en el territorio de la Unión Europea, poniendo de manifiesto la tensión subyacente entre la libertad de cada Estado miembro para regular, de la manera que considere adecuada, los modos de disolución del matrimonio² y la necesidad de contar con una respuesta “europea” en relación con la potencial eficacia de los divorcios no judiciales intra europeos, para que así pueda ejercerse con garantías suficientes el derecho a la libre circulación³.

¹ El presente trabajo es una versión reducida y actualizada de otros trabajos realizados por el autor en relación con esta temática.

² CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Crisis matrimoniales”, en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.): *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1792.

³ BERNASCONI, S.: “The application of Brussels IIa to the circulation of out-of-court and private divorces within the European Area of Justice: current difficulties and future perspectives”, en ESPLUGUES MOTA, C., DIAGO DIAGO, P. y JIMÉNEZ BLANCO, P. (eds.), *50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 339-342.

Partiendo de dicha circunstancia, el presente trabajo se focalizará en la posible aplicación de los instrumentos de Bruselas II al reconocimiento de los divorcios no judiciales en la Unión Europea⁴. Dicha cuestión será tratada, en primer lugar, respecto del Reglamento Bruselas II bis⁵, cuya aplicación todavía resulta posible en relación con las resoluciones judiciales, documentos públicos y acuerdos ejecutivos emitidos antes del 1 de agosto de 2022 y, en segundo lugar, en relación con el Reglamento Bruselas II ter⁶. En ambos casos, se distinguirá entre divorcios privados y divorcios no judiciales en los que interviene una autoridad pública-estatal, en el sentido que posteriormente se expresará.

2. DIVORCIOS PRIVADOS

La terminología y clasificación de los divorcios no judiciales no resulta una tarea sencilla⁷. Los diferentes legisladores del mundo emplean conceptos muy diversos y, además, lo hacen con notables divergencias en cuanto a sus regulaciones materiales. Partiendo de dicha circunstancia, el presente trabajo aglutinará bajo el concepto de divorcios privados, por un lado, a los simples acuerdos de los propios cónyuges, sin intervención de ninguna autoridad pública-estatal y, por otro, a los procedimientos estrictamente religiosos, es decir, a los divorcios pronunciados por autoridades religiosas

⁴ En líneas generales, el reconocimiento de un divorcio no judicial extranjero conlleva tener en cuenta los siguientes aspectos: el tipo de divorcio obtenido en el extranjero; la función de la autoridad que ha intervenido; las competencias que haya ejercido dicha autoridad; la fecha en la que se haya obtenido el divorcio; el Estado de origen del divorcio y, finalmente, el efecto que se pretende con su reconocimiento (MARCHAL ESCALONA, N.: *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 139).

⁵ Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27-11-2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003).

⁶ Reglamento (UE) n° 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DOUE L 178, de 2 de julio de 2019).

⁷ MARCHAL ESCALONA, N.: “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, n° 1, 2021, pp. 462-474, donde los divorcios no judiciales son clasificados desde un punto de vista geográfico (Iberoamérica, Norte de Europa, Europa Oriental-Central, Europea Occidental, Asia y África).

no autorizadas/reconocidas por el Estado y de conformidad únicamente con la normativa propia de la organización religiosa en cuestión⁸.

El Reglamento Bruselas II bis no menciona de manera literal la exclusión de los divorcios privados de su ámbito de aplicación, como sí lo hacían, al menos parcialmente⁹, el Informe Borrás del Convenio de Bruselas II¹⁰, el Informe Explicativo del Reglamento Bruselas II¹¹ y, finalmente, el propio Reglamento Bruselas II¹². Es cierto, no obstante, que el Reglamento Bruselas II bis al definir los conceptos de “órgano jurisdiccional” y “resolución similar” en términos bastante similares a sus predecesores, parece seguir la estela de los mismos, incluyendo “únicamente” los divorcios pronunciados por un juez/tribunal y los obtenidos a través de otros procedimientos con efectos equivalentes y, por tanto, los divorcios privados estarían “fuera”. El criterio seguido por todos ellos –incluyendo el Reglamento Bruselas II bis– parece ser, en realidad, el de la oficialidad de los procedimientos o eficacia civil de los mismos¹³.

⁸ BERNASCONI, S.: “The application of Brussels IIa...”, *op. cit.*, p. 342.

⁹ Literalmente la exclusión se refería a los “procedimientos de naturaleza puramente religiosa”, que podrían ser calificados como divorcios privados de conformidad con la tipología empleada en este trabajo. Sin embargo, al mismo tiempo, nótese que puede haber procedimientos religiosos que no sean privados, algo que ocurriría si una autoridad pública-estatal aprueba u homologa la decisión de la autoridad religiosa y le otorga carácter civil.

¹⁰ Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (Texto aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998) preparado por la profesora Dra. Alegría Borrás Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona (DOCE C 221, de 16 de julio 1998).

¹¹ Informe explicativo de la Propuesta de Reglamento presentada por la Comisión Europea relativa a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (COM 1999 220 final, 4-05-1999), p. 11.

¹² Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (DOUE L 160, de 30 de junio de 2000).

¹³ NÍ SHÚILLEABHÁIN, N.: *Cross-border divorce law*, Oxford University Press, Oxford, 2010, p. 126 y HAMMJE, P.: ‘Article 2’ in CORNELOUP, S. (dir.): *Droit européen du divorce*, LexisNexis, Paris, 2013, pp. 261-217. De acuerdos con los citados autores, ello significaría que los procedimientos religiosos que producen eficacia civil en

Esta postura fue posteriormente confirmada por el TJUE en la sentencia del asunto *Sahyouni II*, en la que se indicó que tanto el Reglamento Roma III¹⁴ como el Reglamento Bruselas II bis¹⁵ solo cubren “...los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal o bien por una autoridad pública o bajo el control de esta”¹⁶. Dicho de otro modo, el tratamiento de los divorcios privados es una cuestión que va a depender de las normas internas de Derecho internacional privado de cada Estado miembro.

Menos dudas presenta la situación de los divorcios privados en el Reglamento Bruselas II ter que, en cierto modo, viene a recoger en su cdo. 14 la conclusión principal de la sentencia del asunto *Sahyouni II*, esto es, la no inclusión en su ámbito de aplicación de los acuerdos meramente privados. En definitiva, no pueden beneficiarse del sistema de libre circulación previsto en dicho instrumento institucional, dado que la función que realiza la autoridad que lo pronuncia no es equivalente a la realizada por las autoridades judiciales¹⁷. Se aporta así una respuesta continuista y coordinada del tratamiento de los divorcios privados.

3. DIVORCIOS NO JUDICIALES CON INTERVENCIÓN DE AUTORIDAD PÚBLICA-ESTATAL

Como se ha mencionado anteriormente, existe una segunda tipología de divorcios no judiciales: aquellos no pronunciados por un juez/tribunal (nuevamente, en sentido estricto), pero en los que una autoridad pública-

un determinado Estado miembro, sí estarían cubiertos por el Reglamento Bruselas II bis.

¹⁴ Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20-12-2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DOUE L 343 de 29 de diciembre de 2010).

¹⁵ Como pone de manifiesto DIAGO DIAGO, P.: “Inclusión de los “divorcios privados” en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010”, *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2010, p. 6, es necesaria una coherencia entre ambos instrumentos para lograr un funcionamiento perfecto de la estructura que el legislador de la Unión Europea ha creado respecto de las crisis matrimoniales.

¹⁶ Caso C-372/16, *Soha Sahyouni v Raja Mamisch*, ECLI:EU:C:2017:988. Párrs. 39, 45 y 48 de la sentencia.

¹⁷ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a.A., “Autoridad notarial española y divorcio transfronterizo. Particularidades y cuestiones que plantea la aplicación de los Reglamentos europeos”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XXII, 2022, p. 297.

estatal interviene. En líneas generales, se incluirían en este grupo los diferentes modelos previstos en las legislaciones estatales donde, por ejemplo, un notario, el encargado del registro civil o el Ministerio Fiscal interviene en la disolución del matrimonio. Siendo este el elemento concordante entre todos ellos, lo cierto es que el nivel de intervención y el tipo de pronunciamiento que emite tal autoridad no judicial difiere en buena medida.

Si se toma como referencia el territorio de la Unión Europea, podrá observarse que los divorcios no judiciales se encuentran previstos en muchos Estados miembro (Estonia, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Rumania, Portugal o España, por ejemplo) mientras que, en otros, no (Alemania o Austria, por ejemplo)¹⁸. En la actualidad, los casos que mayor atención están presentando, son los divorcios no judiciales previstos en España¹⁹, Italia²⁰ o Francia²¹.

La inclusión de los divorcios no judiciales con intervención de autoridad pública-estatal fue abordada expresamente en el Informe Borrás del Convenio de Bruselas II, el Informe Explicativo del Reglamento Bruselas

¹⁸ D’ALESSANDRO, E. “The impact of private divorces on EU private international law, en SCHERPE, J. y BARGELLI, E. (eds.): *The interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law*, Intersentia, Cambridge, 2021, p. 59.

¹⁹ En España, los cónyuges pueden acordar su divorcio de mutuo acuerdo ante notario, lo que vendrá referido no solo la disolución del vínculo matrimonial en sí mismo, sino también a la formulación de un convenio regulador en escritura pública (Arts. 82 a 90 Cc español y art. 54 Ley del Notariado (en su versión introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria). Sobre las cuestiones de Derecho internacional privado que plantean los divorcios notariales que se tramiten en España, *vid.* GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “El divorcio notarial: cuestiones de Derecho internacional privado”, en PÉREZ VERA, E., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., M. GUZMÁN ZAPATER, M., FERNÁNDEZ PÉREZ, A. y GUZMÁN PECES, M. (eds.), *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020.

²⁰ En Italia, dos nuevos tipos de divorcio no judicial con intervención de autoridad pública-estatal fueron introducidos en 2014. Por un lado, los cónyuges pueden celebrar un acuerdo de divorcio ante el funcionario del registro civil (Art. 12 del Decreto-Ley n° 132 de 2014 (modificado por la Ley n° 162 de 2014). Por otro lado, también se introdujo en Italia un acuerdo de negociación asistido por abogados referente al divorcio (Art. 6 del Decreto-Ley n° 132 de 2014 (modificado por la Ley n° 162 de 2014).

²¹ En el año 2016 se introdujo en Francia el divorcio por mutuo consentimiento, consistente en un acuerdo privado de los cónyuges, con asesoramiento de abogados, que se protocoliza en un acta notarial (art. 229 Cc francés, introducido por la Ley 2016-1547 de modernización de la justicia).

II y, finalmente, en el propio Reglamento Bruselas II, que indicaron, en líneas generales, que los procedimientos no judiciales permitidos en determinados Estados miembro, siempre que sean reconocidos oficialmente, podían equipararse a las acciones judiciales civiles a efectos de aplicar el instrumento en cuestión. El Reglamento Bruselas II bis, en cambio, no menciona expresamente a lo largo de su articulado la posible inclusión de los mismos en su ámbito de aplicación.

De la sentencia del asunto *Sahyouni II*, no obstante, y aunque referida específicamente a un divorcio privado de carácter religioso, puede inferirse que los divorcios pronunciados “...por una autoridad pública o bajo el control de ésta” sí se entienden incluidos en el Reglamento Bruselas II bis, es decir, que se estaría consagrando por la vía jurisprudencial lo que los antecedentes de dicho instrumento institucional aparentemente ya indicaban. Lo que el TJUE no abordó, por exceder de lo estrictamente preguntado, es el nivel de intervención de la autoridad pública-estatal ni tampoco el tipo de control que esta debe llevar a cabo, y de ahí que no quedará claro qué divorcios no judiciales de tal tipo se incluían en su ámbito de aplicación.

Es ante la necesidad de clarificación de esta última cuestión y en ese contexto, en el que un tribunal alemán plantea una cuestión prejudicial al TJUE. Una cuestión prejudicial referida específicamente al divorcio no judicial italiano ante el encargado del registro civil, pero que supone un verdadero hito en el ámbito del Derecho internacional privado de familia de la Unión Europea, al tratarse de la primera resolución del Tribunal de Luxemburgo que aborda la cuestión del reconocimiento, en el ámbito del Reglamento Bruselas II bis, de un divorcio no judicial con intervención de autoridad pública-estatal. Se trata de la sentencia del asunto en *Senatsverwaltung*²², que será tratada en las siguientes líneas.

El caso resuelto se refiere a un matrimonio compuesto por un cónyuge que ostenta la doble nacionalidad alemana e italiana y otro de nacionalidad italiana. Se casaron e inscribieron su matrimonio en Berlín en 2013. Cuatro años después deciden divorciarse en Italia ante el encargado del registro civil (art. 12 del Decreto-Ley n° 132 de 2014). Uno de los excónyuges, como puede presumirse, tras divorciarse en Italia, desea “actualizar” su estado civil en el registro civil alemán, solicitando la inscripción del mencionado divorcio en Berlín. Se plantea, de manera muy resumida, si el acta de divorcio expedida por el funcionario italiano podía ser reconocida en

²² Caso C-646/20 *Senatsverwaltung für Inneres und Sport v TB*, ECLI:EU:C:2022:879

Alemania en virtud del Reglamento Bruselas II bis –lo que conllevaría la inscripción del divorcio sin ningún procedimiento especial en el registro civil del Estado miembro de destino- y de ser así, si debía ser tratada como una “resolución judicial” (art. 21) o, en su defecto, como un “documento público” o “acuerdo” con fuerza ejecutiva (art. 46).

En su sentencia, el TJUE comienza apelando a la importancia de varios principios, valores u objetivos europeos básicos dando a entender que, de una manera u otra, la respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas debía ser garantista de los mismos. La construcción de “un espacio de libertad, seguridad y justicia”, la protección del “buen funcionamiento del mercado interior”, la importancia del “reconocimiento mutuo entre los Estados miembros”, la “confianza recíproca”, la “creación y mantenimiento de un espacio sin fronteras interiores”²³, son aspectos sobre los que incide la sentencia en diversas ocasiones. Algo que, ciertamente, ya hacía el abogado general de este asunto, el Sr. Collins, justo al comienzo de sus conclusiones²⁴, al indicar que “...las medidas destinadas a facilitar el reconocimiento automático en toda la Unión Europea de los cambios en el estado civil son una bendición para los ciudadanos de la Unión que ejercen los derechos de libre circulación que los reconocen los Tratados”. En cierto modo, el TJUE nos “pone en bandeja” al Reglamento Bruselas II bis: si de lo que se trata es de “velar” por todos estos principios, valores u objetivos europeos, el reglamento es el instrumento idóneo.

Encontrar “acomodo” en el Reglamento Bruselas II bis supone una concatenación de ideas/conceptos que, sumados a una idea “original” del abogado general, el Sr. Collins, permiten al TJUE calificar al divorcio no judicial italiano, como “resolución judicial” en el Reglamento Bruselas II bis. Así pues, considera el TJUE que si una “resolución judicial” es una resolución de divorcio dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro (art. 2.4 del Reglamento Bruselas II bis); un “órgano jurisdiccional” es una autoridad de un Estado miembro con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del reglamento (art. 2.1) y este último concepto se interpreta, siguiendo al abogado general el Sr. Collins, como toda “autoridad a la que *la legislación de un Estado miembro*”²⁵ atribuye competencia...en asuntos de divorcio, separación judicial y nu-

²³ Párrs. 40 a 44 de la sentencia.

²⁴ ECLI:EU:C:2022:357.

²⁵ La cursiva es nuestra.

lidad matrimonial”²⁶, pues entonces parece evidente que el concepto de resolución incluye a “los divorcios pronunciados por un funcionario al que un Estado miembro haya atribuido competencias en materia civiles relativas al divorcio”²⁷. El TJUE pone de manifiesto que, efectivamente, el encargado del registro civil es una autoridad legalmente instituida en Italia para declarar el divorcio²⁸, por lo que se entiende que este primer presupuesto para responder a la cuestión prejudicial planteada se considera superado.

Junto con ello, para el TJUE lo verdaderamente relevante es que la autoridad competente conserve el control de la declaración del divorcio –esto es, que verifique la superación de una suerte de control de legalidad-, es decir, que el divorcio se haya obtenido de conformidad con los requisitos establecidos en la ley del Estado miembro de origen y con control del consentimiento de los cónyuges que vayan a divorciarse²⁹.

Respecto del primer aspecto, el TJUE analiza uno a uno los requisitos previstos en la legislación italiana y su efectivo cumplimiento, que resultan constatados por el encargado del registro civil³⁰.

En relación con el aseguramiento de que los cónyuges consienten de forma “válida, libre e informada en divorciarse, el TJUE identifica la declaración personal de cada cónyuge (reiterada tras el período de reflexión) con la superación del examen del mencionado consentimiento³¹. Una equiparación, esta última, simplista, carente de argumentación y que en ningún caso puede ser considerada como la superación de un verdadero control de fondo. Quizás por esto último, muy conscientemente, el TJUE elude hablar de un control de fondo o del carácter decisor de la intervención de la autoridad competente de manera particular y expresa, sino que se refiere a que esta última debe “conservar el control de la declaración”³². En definitiva, utiliza unos argumentos encaminados al resultado que desea, fabricándose un traje a medida³³.

²⁶ Párr. 34 de las conclusiones.

²⁷ Párr. 36 de las conclusiones.

²⁸ Párr. 63 de la sentencia.

²⁹ Párr. 54 de la sentencia.

³⁰ Párr. 65 de la sentencia.

³¹ Párr. 64 de la sentencia.

³² Párr. 54 de la sentencia.

³³ Lo explica de manera muy gráfica y clara JIMÉNEZ SÁNCHEZ, M^a.A.: “Calificación del acta de divorcio expedida por el funcionario del registro civil de un Estado miembro como “resolución judicial” sin la acreditación del carácter decisorio

Probablemente uno de los puntos menos positivos de la sentencia sea la invocación del Reglamento Bruselas II ter³⁴. Por la forma de hacerlo y por las cuestiones de fondo que se referencian. Así pues, “de repente”, el TJUE introduce en su razonamiento al Reglamento Bruselas II ter, en un asunto en el que resulta de aplicación el Reglamento Bruselas II bis. Y lo hace bajo el argumento de que ambos instrumentos gozan de una relación de continuidad entre ellos³⁵ y de que “el propósito del legislador de la Unión no fue innovar e introducir normas nuevas, sino únicamente aclarar”³⁶, por lo que, aparentemente, podría explicarse el Reglamento Bruselas II bis a través del Reglamento Bruselas II ter. Esto resulta discutible por varios motivos.

En primer lugar, recurrir al Reglamento Bruselas II ter para resolver un asunto en el que resulta de aplicación el Reglamento Bruselas II bis supone “ir en contra” de la propia jurisprudencia del TJUE, que ya indicó que no se pueden interpretar las disposiciones del Derecho de la Unión Europea a la luz de las modificaciones introducidas por normas adoptadas en un momento posterior³⁷. Dicho de otro modo, y particularmente en que en lo que a este caso se refiere, no se puede interpretar el Reglamento Bruselas II bis a tenor de lo que indica el Reglamento Bruselas II ter.

En segundo lugar, en cuanto al fondo, no parece acertado indicar que ambos instrumentos –el Reglamento Bruselas II bis y el Reglamento Bruselas II ter– guarden una relación de continuidad en cuanto a la regulación de las “resoluciones judiciales”, “documentos públicos” y “acuerdos”. De hecho, uno de los aspectos más singulares y genuinos del Reglamento Bruselas II ter es la introducción de una regulación detallada y exhaustiva de los “documentos públicos” y “acuerdos” (arts. 64 a 68 del Reglamento Bruselas II ter) en comparación con su antecesor, que se refería al carácter ejecutivo de los mismos de una manera muy básica en una única disposición (art. 46 del Reglamento Bruselas II bis) y que, en esencia, puede resumirse en la extensión del reconocimiento automático a todos ellos, lo que conllevaría que fuera indiferente el “soporte jurídico”, el “título”, en el que se plasmara el divorcio

de su intervención. Una imprevisible decisión diseñada a la medida del resultado pretendido (STJ GS 15 de noviembre de 2022, Asunto C 646/20: *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*), Diario La Ley Unión Europea, núm. 111, febrero 2023, pp. 1-18 (especialmente pp. 7 y 13).

³⁴ Párrs. 58 a 61 de la sentencia.

³⁵ Párr. 59 de la sentencia.

³⁶ Párr. 61 de la sentencia.

³⁷ Caso C-224/16, *Aebtri v Nachalnik na Mitnitsa Burgas*, ECLI:EU:C:2017:880.

no judicial con intervención de autoridad pública-estatal a estos efectos³⁸. En el Reglamento Bruselas II bis, no ocurría de tal manera.

Más allá de la discutible argumentación a la que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores, el fallo de la sentencia conlleva implicaciones más globales.

La primera está relacionada con el propio Reglamento Bruselas II ter, pese a ser un caso referente al Reglamento Bruselas II bis. Así pues, si el acta de divorcio italiana es una “resolución judicial” para el Reglamento Bruselas II bis, ¿también lo sería para el Reglamento Bruselas II ter o en este último instrumento hubiera podido quedar comprendida en el concepto de “documento público”? Si se aceptara el primer resultado, las peticiones de Estados miembro como Francia o Italia, muy “insistentes” en la introducción de las soluciones previstas en los arts. 64 a 68 del Reglamento Bruselas II ter, perderían parte de su razón de ser. Si se aceptara el segundo resultado, en cambio, ello conllevaría un “downgrade” de algunos divorcios no judiciales, que pasarían de ser considerados como “resoluciones judiciales” en el marco del Reglamento Bruselas II bis -de conformidad con la sentencia del asunto *Senatsverwaltung*, a “documentos públicos” y/o “acuerdos” en el contexto del Reglamento Bruselas II ter.

La segunda y última idea. Esta sentencia debería marcar la hoja de ruta de futuras cuestiones prejudiciales sobre esta temática pues, en principio, el TJUE no debería “contradecirse” sobre lo concluido en *Senatsverwaltung*. Por tanto, puede entenderse que, si el divorcio concluido ante el funcionario del registro civil italiano pasa el “filtro” del reglamento, e incluso es considerada el acta expedida como “resolución judicial”, todos aquellos en los que la autoridad pública estatal realice un control mayor o, como mínimo, similar, deberían recibir idéntica respuesta. Así de claro parece haberlo visto el *Kammergericht* de Berlín, que ha decidido retirar la cuestión

³⁸ JIMÉNEZ BLANCO, P.: “La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n° 2, 2022, p. 562. Aun así, más allá de dicha circunstancia, el Reglamento Bruselas II ter facilita la distinción entre todos estos conceptos, no solo a partir de las definiciones propuestas en sus primeros artículos, sino también de manera muy gráfica en su cdo. 14. De este modo, para Bruselas II ter una “resolución judicial”, será aquella en la que exista un control de fondo del órgano jurisdiccional, mientras que en los “documentos públicos” y “acuerdos”, la intervención de la autoridad pública estatal será de tipo formal o encaminada a facilitar el registro (cdo. 14). Sobre tales aspectos guardaba silencio el Reglamento Bruselas II bis. Ello corrobora aún más, si cabe, que no podía haber relación de continuidad entre los dos Bruselas II en este aspecto.

prejudicial planteada en torno al divorcio notarial español una vez dictada la sentencia del asunto *Senatsverwaltung*³⁹. Esto no es lo deseable, pues verdaderamente hubiera sido muy interesante haber podido contar con dicha sentencia. No obstante, y aunque esto ya sea entrar en el terreno de las hipótesis, todo apunta a que el TJUE hubiera respondido únicamente a la primera cuestión prejudicial y lo habría hecho de manera afirmativa, esto es, habría calificado a la escritura pública del divorcio notarial como una resolución judicial a efectos de su circulación en el resto de Estados miembro en el contexto del Reglamento Bruselas II bis.

4. CONCLUSIONES

La posibilidad de acceder a la disolución del matrimonio sin la necesaria obtención de una sentencia dictada por un juez/tribunal viene siendo cada vez más común en los Estados miembro de la Unión Europea. La sentencia del asunto *Sahyouni II*, referente al Reglamento Bruselas II bis -y al Reglamento Roma III-, así como el cdo. 14 del Reglamento Bruselas II, ter parecen cerrar la puerta, por el momento, al reconocimiento institucional de los divorcios puramente privados. En el contexto de los divorcios no judiciales con intervención de autoridad pública-estatal, no obstante, la tendencia global parece ir encaminada al reconocimiento automático de los mismos, bien calificándolos como “resolución judicial” al albur del Reglamento Bruselas II bis -de conformidad con la sentencia del asunto *Senatsverwaltung*, bien por el régimen “igualitario”, con independencia de la calificación del título, que introduce el Reglamento Bruselas II ter⁴⁰.

³⁹ ECLI:EU:C:2022:1043 <<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=269486&pageIndex=0&doclang=FR&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=416761>>. El asunto era el C-304/22 <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:62022CN0304>>. [Consulta: 03/03/2023.]

⁴⁰ Todo ello con matices, claro está. Pero por la breve extensión requerida para este trabajo puede resumirse, de esta manera, la situación existente respecto del reconocimiento de los divorcios no judiciales en la Unión Europea.

El mantenimiento del mecanismo de prevalencia en el Reglamento Bruselas II Ter: ¿Una oportunidad perdida?

MARÍA GONZÁLEZ MARIMÓN

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional privado
Universidad de Valencia*

SUMARIO. 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS PROBLEMAS DEL MECANISMO DE PREVALENCIA O DE ÚLTIMA PALABRA EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS. 2.1. *Las claves de funcionamiento del mecanismo de prevalencia o de última palabra en el Reglamento Bruselas II bis.* 2.2. *Una visión crítica del mecanismo de prevalencia o de última palabra.* 3. LAS MODIFICACIONES DEL MECANISMO DE PREVALENCIA O DE ÚLTIMA PALABRA EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II TER. 3.1. *La limitación y la aclaración de los supuestos en los que se aplica el mecanismo de prevalencia en el Reglamento Bruselas II ter.* 3.2. *La eficacia extraterritorial de la resolución derivada del mecanismo de prevalencia: especial referencia al tratamiento del cambio de circunstancias.* 4. ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA?

1. INTRODUCCIÓN

La presente comunicación tiene por objeto evaluar la decisión del legislador de la Unión Europea (en adelante UE) de mantener el denominado “mecanismo de prevalencia” o “de última palabra” en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores¹ (en adelante Reglamento Bruselas II ter).

¹ DOUE L 178, de 2 de julio de 2019. Sobre las novedades del Reglamento Bruselas II ter vid., BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Bruselas II, Bruselas II bis, Bruselas II ter...”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 38, 2019, pp. 1-5; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “What’s New in Regulation (EU) no 2019/1111?”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020-2021, 2021, pp. 95-116.; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, en AA.VV., *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 383-

Este procedimiento, pensado para ciertos supuestos especiales de sustracción internacional de menores, fue introducido en el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (en adelante Reglamento Bruselas II bis)². Como se expondrá a lo largo de esta comunicación, a pesar de su complejidad y problematismo, destacados tanto por la doctrina como por la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), e incluso el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), el legislador de la UE ha optado por el mantenimiento de este mecanismo. Aunque lo cierto es que se han introducido ciertas modificaciones para depurar su funcionamiento en la práctica.

2. LOS PROBLEMAS DEL MECANISMO DE PREVALENCIA O DE ÚLTIMA PALABRA EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II BIS

La respuesta jurídica frente a la sustracción internacional de menores en la UE muestra un paisaje de pluralidad de fuentes legales que buscan

398; HERRANZ BALLESTEROS, M., “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 2021, pp. 229-260; CARPANETO, L., “Impact of the Best Interests of the Child on the Brussels II ter Regulation”, en BERGAMINI, E. y RAGNI, C. (eds.), *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2019*, pp. 265-286; ESPLUGUES MOTA, C., “El Reglamento Bruselas II ter y el recurso a los MASC en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 2, 2021, pp. 132-173; GONZÁLEZ MARIMÓN, M., *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2021; CHELIZ INGLÉS, M.C., “Novedades introducidas por la refundición del Reglamento Bruselas II Bis en relación con la sustracción internacional de menores”, en GARCÍA ÁLVAREZ, L. Y MARTÍN RODRÍGUEZ, J.M. (Coords.), *El mercado único en la Unión Europea. Balance y perspectivas jurídico-políticas*, Dykinson, Madrid, 2019, pp. 37-50; CALZADO LLAMAS, A., “Secuestro internacional de menores: el procedimiento de restitución”, en CAMPUZANO DÍAZ, B (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 169-195.

² DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003, cde DOUE L 82, de 22 de marzo de 2013.

desincentivar este fenómeno³. Principalmente, se trata de un marco jurídico tripartito conformado por el juego entre el Reglamento Bruselas II ter y el Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante Convenio de La Haya de 1980)⁴, que queda complementado por la interacción puntual del 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 niños⁵.

El legislador de la UE optó por una peculiar regulación de la sustracción internacional de menores, consistente en la remisión por parte del Reglamento Bruselas II bis -ahora ter- al Convenio de la Haya de 1980, pero realizando ciertas modificaciones. Principalmente, los cambios afectan a la articulación procesal del sistema de retorno del Convenio de La Haya de 1980⁶.

³ Para una visión genérica del sistema de protección del menor en el DIPr de la UE vid, por todos: ESPINOSA CALABUIG, R. Y CARBALLO PIÑEIRO, L., “Child Protection in European Family Law”, en PFEIFFER, T., LOBACH, Q.C. AND RAPP, T. (Eds.), *Facilitating Cross-Border Family Life – Towards a Common European Understanding: EUFams II and Beyond*, Heidelberg University Publishing, Heidelberg, 2021, pp. 49-90; ESPINOSA CALABUIG, R., “Cross-border Family Issues in the EU: Multiplicity of Instruments, Inconsistencies and Problems of Coordination”, en RUIZ ABOU-NIGM, V. y NOODT TAQUELA, M.B., *Diversity and Integration in Private International Law*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2019, pp. 65 y ss.

⁴ BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987.

⁵ BOE de 2 de octubre de 2010. Para un análisis del sistema de fuentes en la materia vid., BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “La sustracción internacional de menores: del Convenio de La Haya de 1980 al Reglamento Bruselas II ter”, en AA.VV., *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor José María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 159-174; ARENAS GARCÍA, R., “Medidas frente al incumplimiento de los instrumentos internacionales en materia de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 2, 2021, pp. 96; REIG FABADO, I., “El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs. violencia familiar o doméstica”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, 2018, p. 613; GONZÁLEZ MARIMÓN, M., *La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 29 y ss; CARRIZO AGUADO, D., “Particularidades acerca de la autoridad judicial competente en supuestos de sustracción ilícita de menores en aras del Reglamento (CE) 2201/ 2003”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 2673 y ss; CALZADO LLAMAS, A. J.: *La sustracción internacional de menores. El Reglamento 2019/1111 y su interacción con el Convenio de La Haya de 1980 y la LEC*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2023.

⁶ Al respecto vid. REIG FABADO, I., “Incidencia del Reglamento 2201/2003 en materia de sustracción internacional de menores: interacción con el Convenio de

El elemento más problemático, tanto del Convenio de La Haya de 1980 como del Reglamento Bruselas II bis – y ahora ter-, es el mecanismo de retorno del menor. En el Convenio de La Haya de 1980, se otorga prioridad al retorno del menor, pero a su vez, se busca el equilibrio con el interés del menor en el caso concreto a través de un sistema de excepciones al retorno. Frente a este sistema, el Reglamento Bruselas II bis restringió al máximo el sistema de excepciones al retorno mediante la introducción del llamado “mecanismo de prevalencia”, por el cual, la última palabra en relación con el retorno del menor la posee el órgano jurisdiccional competente en virtud del Reglamento, que normalmente será el del lugar de residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita – Estado miembro de origen –⁷. Esta prioridad es reforzada, precisamente, mediante la eliminación del *exequátur* en términos absolutos de dicha resolución de retorno.

2.1. Las claves de funcionamiento del mecanismo de prevalencia o de última palabra en el Reglamento Bruselas II bis

En efecto, en el caso de que el órgano jurisdiccional de Estado miembro de destino – en el que se encuentra ilícitamente el menor – deniegue su retorno en base a una de las excepciones del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980, el asunto no termina, sino que se abre la posibilidad de iniciar un procedimiento especial, esta vez en el Estado miembro competente para conocer de las cuestiones de responsabilidad parental en virtud del Reglamento Bruselas II bis– que normalmente será el Estado de residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita–.

En este segundo procedimiento, al decidir sobre el fondo de la cuestión, es decir, sobre la problemática de la responsabilidad parental del menor, el órgano jurisdiccional competente sobre el fondo en virtud del Reglamento está facultado para emitir una resolución de retorno del menor ligada, precisamente, a esta resolución final en materia de la responsabilidad parental.

En otras palabras, el mecanismo de prevalencia o de última palabra permite el retorno del menor al Estado miembro de previa residencia ha-

La Haya de 1980”, en LLORIA GARCÍA, P. (dir.), *Secuestro de menores en el ámbito familiar: un estudio interdisciplinar*, Iustel, Madrid, 2008, p. 220; CHÉLIZ INGLÉS, M.C., *La sustracción internacional de menores y la mediación. Retos y vías prácticas de solución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 45 y ss.

⁷ Vid. aps. 6 a 8 del art. 11 del Reglamento Bruselas II bis.

bitual, a pesar de una resolución de no restitución emitida, previamente, por otro Estado miembro en base a una de las excepciones del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980. Este retorno se asegura mediante la instauración de un régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución para la resolución del art. 11.8 del Reglamento Bruselas II bis, y certificada según el art. 42 del mismo, conformándose con ello la polémica eliminación del *exequatur* en términos absolutos, esto es, sin posibilidad de alegar ningún motivo de oposición a la ejecución.

2.2. Una visión crítica del mecanismo de prevalencia o de última palabra

Este complejo mecanismo de prevalencia o de última palabra no ha estado exento de controversias. Desde un inicio, un sector de la doctrina ya anticipó que este mecanismo era susceptible de provocar tensiones y resentimiento entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE implicados en la resolución de un caso de sustracción internacional de menores⁸. Profundizando en esta idea, algunos autores resaltan lo confuso, por no decir directamente ininteligible, que resulta asumir que dos jueces de Estados miembros diversos ordenen decisiones diversas basándose ambos en el Reglamento Bruselas II bis; un texto que, a su vez, remite al Convenio de La Haya de 1980⁹. Por este motivo, un importante sector de la doctrina está de acuerdo en afirmar que el mecanismo de prevalencia o de última palabra es susceptible de menoscabar el principio de confianza mutua entre las administraciones de justicia de los Estados miembros¹⁰.

⁸ MCELEAVY, P., “Brussels II bis: Matrimonial matters, Parental Responsibility, Child Abduction and Mutual Recognition”, *The International and Comparative Law Quarterly*, núm. 53, 2004, p. 510.

⁹ Como apunta Espinosa Calabuig, porque se entiende que “entra en colisión, como vemos, aquello que constituye el interés del menor, desde el momento en que unos Tribunales han decidido su no retorno en atención a una serie de causas basadas precisamente en la puesta en peligro de dicho interés y, en cambio, otros Tribunales deciden, en nombre de ese mismo interés, hacer ejecutiva una decisión que ordena justo lo contrario, esto es, el retorno del menor al país donde originariamente tenía su residencia habitual”. *Vid.* ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 223.

¹⁰ Están de acuerdo en afirmar que el mecanismo de prevalencia menoscaba el principio de confianza mutua, entre otros: MCELEAVY, P., “Brussels II bis...”, *op. cit.*, p. 510; ANCEL, B. y MUIR WATT, H., “L’intérêt supérieur de l’enfant dans le concert des juridictions: le Règlement Bruxelles II bis”, *Revue critique de Droit International privé*, núm. 4, 2005, p. 602.; KRUGER, T. y SAMYN, L., “Brussels II bis:

De forma muy particular, las críticas se han centrado en la aplicación del régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución de la resolución resultante del mecanismo de prevalencia. Y que conduce a la eliminación del *exequátur*, sin posibilidad de alegación de ningún motivo de oposición a la ejecución, de la resolución de retorno dictada de conformidad con los arts. 11.8 y 42 del Reglamento Bruselas II bis¹¹. Fundamentalmente, se señala la ausencia de una armonización mínima de normas procesales y materiales de los Estados miembros que acompañe esta avanzada apuesta de integración. Y, en consecuencia, las fricciones que existen en la práctica debido a la profunda divergencia de las normas procesales y materiales entre las legislaciones de los Estados miembros¹². Un segundo punto crítico constituye la imposibilidad de alegar motivo alguno de oposición en sede de ejecución, y la derivada ausencia de cualquier margen de actuación por parte del Estado miembro requerido. El mecanismo de prevalencia del Reglamento Bruselas II bis puede operar de forma excesivamente rígida¹³.

Las dudas y los eventuales problemas apuntados no solo se han planteado doctrinalmente, sino que han sido evidenciados por la propia juris-

successes and suggested improvements”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016, p. 158; ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita de menores ...*, *op.cit.*, p. 223; RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 35, 2018, p. 17. Sin embargo, no toda la doctrina es tan crítica con el mecanismo de prevalencia o de última palabra. Para una visión diferente *vid.* CARPANETO, L., “In-Depth Consideration of Family Life v. Immediate Return of the Child in Abduction Proceedings within the EU”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, núm. 4, 2014, pp. 931-958.

¹¹ Muy críticos con la eliminación del *exequátur* son LÓPEZ DE TEJADA RUIZ, M., “La supresión del *exequátur* en el espacio judicial europeo”. *Diario La Ley*, núm. 776, 30 de diciembre 2011; CARO GÁNDARA, R., “De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición (El Reglamento Bruselas II bis como banco de pruebas”. *Diario La Ley*, núm. 8395, 31 de mayo de 2011; ESPINOSA CALABUIG, R., *Custodia y visita de menores...*, *op. cit.*, p. 223.

¹² Como prototipo de estos potenciales problemas se cita, reiteradamente, el derecho fundamental del menor a expresar sus opiniones en todos los asuntos que le afectan.

¹³ VAN LOON, H., “The Brussels IIa Regulation: towards a review?”, en PARLAMENTO EUROPEO: “Cross-border activities in the EU- Making life easier for citizens, Workshop for the JURI Committee”, *Directorate General for internal policies. Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs*, 2015, pp. 178-207. Versión *on line* disponible en <[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU\(2015\)510003_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/510003/IPOL_STU(2015)510003_EN.pdf)>, [último acceso el 23.12.2022]

prudencia del TJUE¹⁴ y del TEDH¹⁵. El TJUE parte de una interpretación formalista y respetuosa con el sistema de competencias recogido en el Reglamento Bruselas II bis, llevando a sus últimas consecuencias, de forma tajante la eliminación del *exequátur* de las órdenes de retorno emitidas de conformidad con el art. 11.8 del Reglamento y certificadas conforme al art. 42 del mismo¹⁶. Sin perjuicio de que se reconozca que, realmente, el TJUE tenía escaso margen de interpretación, dada la rigidez del mecanismo de prevalencia del Reglamento Bruselas II bis, lo cierto es que, a raíz de la jurisprudencia del TEDH en materia de sustracción internacional de menores, se abrió un debate en torno a la idoneidad de ponderar de forma más estrecha cuestiones de fondo presentes en este tipo de procesos. En estos casos, el Tribunal de Estrasburgo adopta una interpretación más garantista y sustantiva, centrada en la efectiva consideración del interés superior del menor en el caso concreto, más allá del retorno automático del menor¹⁷.

¹⁴ Principalmente *vid.* STJUE de 22.12.2010, en el asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zárraga*, ECLI:EU:C:2010:828; STJUE de 5.10.2010, en el asunto C-400/10 PPU, *McB*, ECLI:EU:C:2010:582; STJUE de 1.7.2010, en el asunto C-211/10 PPU, *Povse*, ECLI:EU:C:2010:400; STJUE de 11.7.2008, en el asunto C-195/08 PPU, *Ignat Rin-au*, ECLI:EU:C:2008:406.

¹⁵ Principalmente *vid.* *Vid.* STEDH de 6.7.2010, demanda n.º 41615/07, *Neu-linger y Shuruk c./ Suiza*, TOL2.640.774, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3192833-3555735>>; STEDH 9.9.2010, demanda n.º 25437/08, *Raban c./ Rumania*, TOL2.644.403, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-101471>>; STEDH de 12.7.2011, demanda n.º 14737/09, *Sneersone y Kampanella c./ Italia*, TOL2.646.980, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-147380>>; STEDH de 15.5.2012, demanda no. 13420/12, *M.R y M.L c./ Estonia*, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-111198>>; STEDH de 26.11.2013, demanda n.º 27853/09, *X c./ Letonia*, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-138939>>; STEDH de 21.9.2017, demanda n.º 53661/15, *Severe c./ Austria*, TOL6.409.054, <<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-177079>>.

¹⁶ En esta línea ESPINOSA CALABUIG, R., “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y... algunas ausencias”. *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 2, 2016, p. 352; FORCADA MIRANDA, J., “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)”. *Bitácora Millennium DIPr.*, n.º 3, 2016, p.32. Versión *on line* disponible en <www.millenniumdipr.com>, [último acceso el 8.11.2022].

¹⁷ En relación con esta problemática *vid.* *asuntos Neulinger y Shuruk c./ Suiza, M.R y M.L c./ Estonia, X c./ Letonia, Severe c./ Austria.*

Frente a esta problemática, el legislador de la UE ha adoptado una postura continuista, pero abordando los aspectos más problemáticos detectados en la práctica.

3. LAS MODIFICACIONES DEL MECANISMO DE PREVALENCIA O DE ÚLTIMA PALABRA EN EL REGLAMENTO BRUSELAS II TER

El legislador de la UE, consciente de la complejidad y el problematismo en la aplicación del Reglamento Bruselas II bis en materia de sustracción internacional de menores, ha intentando mejorar y depurar la respuesta aportada. Dentro del nuevo Capítulo III, dedicado íntegramente a esta materia, regula con mayor claridad el mecanismo de prevalencia en su art. 29. Como bienvenidas modificaciones, cabe citar la limitación de los supuestos en los que se aplica el mecanismo a las excepciones del art. 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980, la clarificación de las situaciones que se pueden producir en aplicación del mecanismo de prevalencia; y de manera especialmente relevante, la vinculación entre las decisiones de custodia y las órdenes de retorno.

Todo ello iría acompañado de la corrección de la eliminación del *exequátur* “en términos absolutos” y la revisión del régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución. A pesar de que en el nuevo texto de Bruselas II ter se ha eliminado el *exequátur* para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental¹⁸, el legislador de la UE ha decidido mantener el régimen privilegiado, principalmente, en lo referente a las causas de denegación y en los certificados. No obstante, se han introducido medidas tendentes a aportar un cierto margen de actuación en sede de ejecución para la adecuada valoración del interés superior del menor ante la concurrencia de circunstancias excepcionales.

3.1. La limitación y la aclaración de los supuestos en los que se aplica el mecanismo de prevalencia en el Reglamento Bruselas II ter

En el primer apartado del art. 29 del Reglamento Bruselas II ter radica una de las principales modificaciones introducidas en el nuevo Reglamento, como es la limitación, en un doble sentido, del ámbito de aplicación del mecanismo de prevalencia. Por un lado, este mecanismo solo se podrá

¹⁸ Vid. art. 34 del Reglamento Bruselas II ter.

activar cuando se aleguen las causas relativas al grave riesgo del menor o a la firme oposición del menor al retorno. Y, por otro, se acota a los supuestos en los que los motivos para el no retorno se justifiquen solo en base a una de estas causas. Con ello, se depura y aclara el ámbito de aplicación del mecanismo de prevalencia, siguiendo las recomendaciones realizadas por la doctrina en esta línea¹⁹.

Adicionalmente, el art. 29 del Reglamento Bruselas II ter clarifica las dos situaciones que pueden suscitarse una vez se ha emitido la resolución de no retorno del menor a la que alude el apartado primero de dicho artículo. 1) En primer lugar, el art. 29.3 del texto reglamentario hace referencia a la previa existencia, en el Estado miembro de residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita, de un procedimiento “*para examinar el fondo del derecho de custodia*”. 2) Por su parte, art. 29.5 del Reglamento Bruselas II ter cubre el caso en que no exista un procedimiento pendiente sobre el fondo de los derechos de custodia del menor. En esta ocasión concurriría una segunda situación en la que se abre la posibilidad de que cualquiera de las partes inicie tal procedimiento sobre el fondo en el Estado miembro de residencia habitual del menor inmediatamente anterior al traslado o retención ilícita²⁰.

Aunque en términos generales el nuevo precepto –el mencionado art. 29 del Reglamento Bruselas II ter– mantiene las dos situaciones que podían darse con la regulación anterior, se realiza una importante labor clarificadora, siendo la lectura mucho más sencilla que la enrevesada redacción del previo art. 11 del Reglamento Bruselas II bis, en el que la comprensión de las situaciones era, ciertamente, compleja.

¹⁹ Vid. BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J., “Conflicts of EU Courts on Child Abduction: The reality of Article 11(6)- (8) proceedings across the EU”, *University of Aberdeen, Working Paper 1*, 2016. Versión on line disponible en <https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL_Working_Paper_No_2016_1.pdf>, [último acceso el 10.12.2022], p. 50.

²⁰ En profundidad sobre estas situaciones *vid.* CALZADO LLAMAS, A., “El procedimiento siguiente a la denegación de la restitución”, en CAMPUZANO DÍAZ, B (Dir)., *Estudio del Reglamento ...*, *op. cit.*, pp. 203 y ss.

3.2. *La eficacia extraterritorial de la resolución derivada del mecanismo de prevalencia: especial referencia al tratamiento del cambio de circunstancias*

En cualquiera de las dos situaciones anteriormente descritas, en caso de que el procedimiento sobre el fondo de los derechos de custodia del menor ilícitamente trasladado o retenido implique la restitución del menor, será ejecutable en virtud del Reglamento, y ello sin perjuicio de la previa resolución de no retorno dictada por el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor²¹. En concreto, el artículo 29.6 del Reglamento Bruselas II ter remite a la globalidad del Capítulo IV del mismo instrumento, dedicado al reconocimiento y ejecución. Por tanto, las resoluciones derivadas del mecanismo de prevalencia son susceptibles de ser ejecutadas tanto por el régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución – Sección segunda²² como por el régimen general de reconocimiento y ejecución²³.

²¹ Así lo dispone expresamente el apartado 6 del art. 29 del Reglamento Bruselas II ter: “[n]o obstante una resolución sobre la no restitución a que se refiere el apartado 1, cualquier resolución sobre el fondo del derecho de custodia resultante del procedimiento a que se refieren los apartados 3 y 5 que suponga la restitución del menor será ejecutable en otro Estado miembro de conformidad con el capítulo IV. Sobre este precepto *vid.* comentario GONZÁLEZ MARIMÓN, M. “Artículo 29. Procedimiento siguiente a la denegación de restitución del menor con arreglo al artículo 13, párrafo primero, letra b), y el artículo 13, párrafo segundo, del Convenio de La Haya de 1980”, PALAO MORENO, G.: *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores Comentarios al Reglamento (UE) n° 2019/1111*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 328-342.

²² Vid. Sección 2 del Capítulo IV del Reglamento Bruselas II ter, relativa al “reconocimiento y ejecución de determinadas resoluciones privilegiadas”. Precisamente el régimen privilegiado de reconocimiento y ejecución está previsto para el mecanismo de prevalencia, esto es, las resoluciones de retorno emitidas de conformidad con el artículo 29.6 del Reglamento Bruselas II ter, junto con las resoluciones en materia de derechos de visita. Sobre el mismo *vid.* RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a.A.: “El régimen de las resoluciones privilegiadas”, en CAMPUZANO DÍAZ, B (Dir), *Estudio del Reglamento ...*, *op. cit.*, pp. 237-250.

²³ Así lo prevé, además, el art. 42.2 del Reglamento Bruselas II ter: “*La presente sección no impedirá que una parte demande el reconocimiento y la ejecución de una resolución contemplada en el apartado 1 de conformidad con las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución previstas en la sección 1 del presente capítulo*”. *Vid.* comentario GONZÁLEZ MARIMÓN, M.: “Artículo 42. Ámbito de Aplicación”, en PALAO MORENO, G.: *El nuevo marco europeo ...*, *op. cit.*, pp. 413-422.

Sin ánimo de exhaustividad, cabe destacar una modificación cuya vocación clara es dotar de cierta flexibilidad al sistema: el tratamiento del cambio excepcional de circunstancias tras haber dictado una resolución, aplicable también a las resoluciones derivadas del art. 29.6 del Reglamento Bruselas II ter. Y que se ha articulado en la posibilidad de suspender, e incluso denegar, el procedimiento de ejecución cuando la misma “*exponga al menor aun riesgo grave de daño físico o psíquico debido a impedimentos temporales que hayan surgido después de que la resolución haya sido dictada, o en virtud de cualquier otro cambio significativo de circunstancias*”, tal y como prevé el art. 56.4 del nuevo Reglamento²⁴. Precisamente esta última es una de las cuestiones que parece haber generado mayores debates en el proceso de refundición del Reglamento Bruselas II bis –reflejando así la tormentosa práctica derivada de la aplicación del Reglamento–.

Se ha demostrado que un sistema de ejecución automática sin posibilidad alguna de oposición a la ejecución no garantiza suficientemente la protección de los derechos fundamentales del menor, y menos en un sin una mínima armonización sustantiva y procesal entre Estados miembros. Por ello, se ha introducido la posibilidad de suspender la ejecución como un segundo control del interés superior del menor, reconociendo la influencia del factor tiempo en la conformación de este interés. Gracias a esta nueva previsión se podrán evitar, previsiblemente, sentencias como las dictadas por el Tribunal de Luxemburgo en asuntos como *Ignia Rinau, Pouse* o *Aguirre Zárraga*²⁵. También se puede constatar que esta postura es más acorde con la interpretación más garantista del TEDH, y su exigencia de valorar el interés superior del menor en cada caso concreto.

Todo ello merece una reflexión final. Y es que la nueva regulación está añadiendo una “tercera etapa” en el ya de por sí complicado sistema del Reglamento Bruselas II bis para resolver un casos de sustracción internacional de menores en la UE: el Estado miembro en el que se encuentra ilícitamente el menor ordena o no el retorno del menor en aplicación del Convenio de La Haya de 1980; el Estado miembro competente sobre el fondo decide sobre el derecho de custodia del menor y ordena el retorno del menor en aplicación del mecanismo de prevalencia; y como tercera etapa, aún cabe la posibilidad de suspender – e incluso denegar– la ejecución en el Estado miembro requerido en base al art. 56.4 del Reglamento

²⁴ Art. 56.4 del Reglamento Bruselas II ter.

²⁵ En el mismo sentido *vid.* RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a.A., “El procedimiento de ejecución”, en CAMPUZANO DÍAZ, B (Dir)., *Estudio del Reglamento ...*, *op. cit.*, p. 262.

Bruselas II ter. A simple vista se intuye la complejidad y la incertidumbre que en la práctica tendrá este procedimiento. Y más si se tienen en cuenta los factores que ya estaban ocurriendo en la práctica, como la dilación de los procedimientos y la no ejecución efectiva de las resoluciones judiciales en la materia. El progenitor sustractor podrá alargar al máximo dichos procedimientos, el progenitor cuyos derechos se han vulnerado correrá alto riesgo de perder la relación con el menor, y, finalmente, ¿dónde quedará el interés superior del menor?

No hay duda de que este nuevo motivo de excepción planteará problemas de interpretación, y es que, en el fondo de todos los planteamientos se sitúa el principio del interés superior del menor, que, en última instancia, es susceptible de justificar tanto el retorno como el no retorno²⁶. Al ser un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse atendiendo a las circunstancias del caso concreto.

Esta cuestión de gran sensibilidad desafía principios esenciales para la integración de la UE como el reconocimiento mutuo, basado en la confianza entre las administraciones de justicia de los Estados miembros.

4. ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA?

Por todo ello, se concluye que, la solución idónea hubiera sido directamente la supresión total del mecanismo de prevalencia. O bien, quizás, aprovechando la supresión del *exequátur* para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, una opción más acorde con los principios de la UE hubiera sido otorgar directamente la decisión sobre el retorno del menor al Tribunal del Estado miembro competente sobre el fondo en virtud del Reglamento y mantener el motivo de oposición a la ejecución en el Estado miembro requerido en base al interés superior del menor. Con ello, se hubiera evitado generar tres “etapas” innecesarias.

²⁶ Ahora bien, numerosos autores advierten del riesgo de abuso del margen de discrecionalidad otorgado al Estado miembro requerido, por ejemplo, empleando dicho precepto de forma excesiva para justificar el no retorno del menor. En este sentido, *vid.* LAZI, V. y PRETELLI, I., “Revised Recognition and Enforcement Procedures in Regulation Brussels II ter”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020-2021, 2021, p. 180; NÍ SHÚILLEABHÁIN, M., “An Overview of the Principal Reforms in Regulation (EU) 2019/1111”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020-2021, 2021, p. 134; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “What’s New ...”, *op. cit.*, p. 113.

No obstante, lo cierto es que las reformas introducidas en el Reglamento Bruselas II ter mejoran los principales escollos detectados en la práctica de su antecesor²⁷. De hecho, esta opción parece alcanzar un equilibrio adecuado entre la libre circulación de resoluciones judiciales, salvaguardando, a su vez, los derechos fundamentales del menor y su interés superior. Y ello se ha conseguido fundamentalmente clarificando dos extremos: por un lado, el papel tanto del Estado miembro de origen – que emite la resolución del mecanismo de prevalencia- como del Estado miembro requerido – que debe ejecutarla-. Por otro, la interpretación del interés superior del menor. Distinguiendo dos extremos: i) la valoración global de este principio en los procedimientos sobre el fondo de la responsabilidad parental vs. la valoración exclusiva sobre el retorno del menor; ii) la importancia de que los instrumentos legales dejen un margen de actuación para la valoración del interés superior del menor en el caso concreto.

Estas modificaciones vienen a justificar, en mayor medida que el modelo anterior, la prevalencia de la competencia del Estado miembro de origen. Falta por comprobar si serán suficientes para fomentar la confianza judicial entre las administraciones de justicia implicadas en la resolución de este tipo de casos²⁸.

²⁷ GONZÁLEZ MARIMÓN, M., “La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, 2022, pp. 304 y ss.

²⁸ Recalcan la importancia de reforzar la cooperación entre autoridades para la confianza mutua, ARENAS GARCÍA, R., “Construyendo la confianza mutua”, en AA.VV., *El Derecho Internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro homenaje al Profesor Doctor Jose María Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, p. 155; MARTINY, D., “New efforts in judicial cooperation in European child abduction cases”, *Polski Proces Cywilny (Polish Civil Procedure)*, núm. 4, 2021, p. 520.

¿El artículo 56, apartado 6, del Reglamento 2019/1111 garantiza el interés superior del menor?

ANA MORENO SÁNCHEZ- MORALEDA

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Sevilla.*

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. LA RESOLUCIÓN PRIVILEGIADA DE RESTITUCIÓN EN EL REGLAMENTO 2019/1111. 3. EL PRINCIPIO DE “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR”. 3.1. *¿Qué se entiende por el principio de “interés superior del menor”?* 3.2. *El principio del “interés superior del menor” en los instrumentos internacionales.* 3.3. *El principio del “interés superior del menor” en el Derecho interno español.* 4. EL ARTÍCULO 56.6 DEL REGLAMENTO 2019/1111: “EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR” COMO SOLUCIÓN ARMONIZADORA O NO.

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

El Reglamento 2019/1111 (Reglamento Bruselas II ter), relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores¹, que comenzó a aplicarse el 1 de agosto de 2022 (art. 105), regula la fuerza ejecutiva de las resoluciones en materia de responsabilidad parental, suprimiendo el procedimiento de homologación en el Estado miembro de ejecución.

En relación con la estructura de la regulación de la eficacia extraterritorial de resoluciones en el Reglamento Bruselas II ter, resaltar su mayor coherencia: dedica una sección al reconocimiento y ejecución de todas las resoluciones europeas en materia de crisis matrimonial y responsabilidad parental; otra al reconocimiento y ejecución de las “resoluciones privile-

¹ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, DOUE L 178, de 2 julio de 2019.

giadas” de derecho a visita y restitución del menor; y la común dedicada al procedimiento de ejecución en el Estado requerido: donde se prevé la suspensión del procedimiento de ejecución y la denegación de la ejecución, aun en el supuesto de resoluciones privilegiadas (art. 56. 6).

En lo que respecta al contenido, se ha avanzado en el reconocimiento y ejecución automática. Lo más destacable: se ha suprimido el procedimiento de exequátur; sin embargo, se mantiene como motivo de denegación el orden público, como cláusula general, que en materia de responsabilidad parental está integrado por “el interés superior del menor” (art. 39. 1, letra a), tanto como motivo de denegación en el reconocimiento como en la ejecución. El art. 41 añade el del art. 56. 6: motivo excepcional de denegación en la ejecución en el Estado requerido, a solicitud de parte.

Del mismo modo, se conserva un trato más favorable en relación con las decisiones de derecho a visita y de restitución del menor posterior a una resolución de denegación de restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles del secuestro internacional de menores² (art. 42.1). Pues, como en el Reglamento Bruselas II bis³ (y, también, con carácter facultativo), estas resoluciones llamadas “privilegiadas” dictadas por los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros deben ser tratadas como si se hubieran dictado en el Estado miembro de ejecución (art. 51.1), una vez certificadas en el Estado miembro de origen (art. 47). Este certificado podrá ser objeto de rectificación por error material u omisión y, también de revocación cuando se haya expedido de manera indebida por no cumplirse los requisitos (art. 48). Solo se denegará el reconocimiento y la ejecución en los casos que estas resoluciones sean inconciliables con una resolución posterior (artículo 50). Como novedad en el Reglamento Bruselas II ter, se tiene en cuenta “el interés superior del menor” para denegar la ejecución, previa solicitud y excepcionalmente, cuando cambien, con posterioridad a la resolución y significativamente, las circunstancias que impliquen grave riesgo de daño físico o psíquico duradero para el menor (art. 56. 6): a valorar por el órgano jurisdiccional o autoridad del Estado miembro de ejecución. Ya el órgano de origen no tiene “la última palabra” en el retorno.

² Instrumento de ratificación BOE núm. 202, de 24 de octubre de 1987. En adelante Convenio de La Haya de 1980.

³ Reglamento (CE) n.º. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º. 1347/2000 (DOCE L 338, de 23 de diciembre de 2003).

Es, pues, la superación o flexibilización del mecanismo de prevalencia o “última palabra”, lo que hay que resaltar, que, junto a la supresión del exequátur, constituyen los principales hitos del nuevo Reglamento 2019/1111.

En la doctrina de Derecho internacional privado, destacados autores han realizado un estudio en profundidad sobre este Reglamento y sus novedades⁴, insistiendo en el fin del mecanismo de prevalencia⁵. Es por ello, que en esta aportación nos centraremos en la invocación del principio del “interés superior del menor”, como motivo de denegación en la ejecución en el Estado requerido en el supuesto de resolución privilegiada de restitución del menor, y si garantiza una protección armonizada entre los Estados miembros.

⁴ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a. A., “Supresión del exequátur y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental: la convivencia de dos soluciones en el Reglamento (UE) 2019/1111”, *Revista española de Derecho internacional*, núm. 2, 2022, pp. 349-383; GONZÁLEZ MARIMÓN, M., *La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022; PALAO MORENO, G., (Dir.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores: Comentarios al Reglamento (UE) n° 2019/1111*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022; HERRANZ BALLESTEROS, M., “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades”, *Revista española de Derecho internacional*, núm. 2, 2021, pp. 229-260 (esp. pp. 247-253); RODRÍGUEZ PINEAU, E., “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 26, 2020; FORCADA MIRANDA, F. J., *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Sepin, Madrid, 2020.

⁵ Son muchos los autores que criticaron el mecanismo de prevalencia. Así, BEAUMONT, P., WALKER, L. y HOLLIDAY, J., “Parental Responsibility and International Child Abduction in the proposed recast of Brussels IIa Regulation and the effect of Brexit on future child abduction proceedings”, *International Family Law Journal*, 2016, pp. 1-7; KRUGER, T. y SAMYN, L., “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of Private International Law*, núm. 1, 2016, pp. 158-159; RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 35, 2018, pp. 14-18; BARTOLINI, S., “In name of the best interests of the child: the Principle of Mutual Trust in Child Abduction cases”, *Common Market Law Review*, núm. 56, 2019, pp. 91-119, esp. p. 101; LAZIC, V. y PRETELLI, I., “Revised recognition and enforcement procedures in Regulation Brussels II ter”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020-2021, p. 175.

2. LA RESOLUCIÓN PRIVILEGIADA DE RESTITUCIÓN EN EL REGLAMENTO 2019/1111

El órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que haya sido desplazado o retenido ilícitamente el menor que decida denegar la restitución, en su resolución, debe hacer referencia explícita a los artículos correspondientes del Convenio de La Haya de 1980 en que se basa la denegación. Cuando se deniegue la restitución invocando el art. 13.1, letra b, o al art. 13.2, o ambos, del Convenio de La Haya de 1980 (anexo I del Reglamento 2019/1111), la resolución posterior de restitución puede ser una de las resoluciones “privilegiadas” para su reconocimiento y ejecución, tal y como dispone el art. 42 del Reglamento 2019/1111.

Así, el art. 42. 1, letra b del Reglamento 2019/1111 remite al art. 29, apartado 6, que a su vez remite al apartado 1 del mismo artículo, para disponer, que, cuando concurren las causas de denegación de restitución del art. 13. 1, letra b y 13. 2 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución sobre el fondo del derecho de custodia (resultante del procedimiento a que se refieren los apartados 3 y 5)⁶, que suponga la restitución del menor, será ejecutable en otro Estado miembro de conformidad con el régimen de reconocimiento y ejecución de las resoluciones privilegiadas.

Las causas de denegación de restitución determinadas en el art. 13.1, letra b y 13. 2 del Convenio de La Haya de 1980 son:

Primera: cuando la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestran que, “existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable”.

Segunda: “la autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones”.

Hemos precisado cuales son estas causas de denegación de la restitución determinadas en el art. 13 del Convenio de La Haya de 1980⁷, porque solo en

⁶ Vid. art. 29, apartados 3 y 5.

⁷ BALLESTEROS BARRIOS, A. M., “Restitución de menores y orden público europeo: la doctrina *Bosphorus* sobre protección equivalente”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, 2022, p. 37, para el autor estas excepciones operan como válvula de seguridad, permitiendo conciliar el “interés del menor” en un

esos supuestos⁸, la resolución posterior de restitución puede ser una resolución privilegiada con un reconocimiento y ejecución “más automático” entre los Estados miembros: solo se regula un motivo de denegación en la ejecución de esta resolución privilegiada (art. 50 del Reglamento Bruselas II ter⁹). Por ello, la introducción de su posible denegación en el art. 56. 6, puede paralizar, otra vez, la restitución (¿en aras del “interés superior del menor”?¹⁰).

No obstante, no podemos dejar de apreciar, que la reducción de los motivos de denegación de las resoluciones privilegiadas se fundamenta en el control del Estado miembro de origen, que expide un certificado, conforme al modelo anexo VI del Reglamento, donde acreditará (art. 47. 3 y 4): que todas las partes afectadas han tenido la oportunidad de ser oídas; que se ha dado al menor la posibilidad de expresar su opinión de conformidad con el art. 21 (regula el derecho de audiencia del menor); que habiéndose dictado la resolución en rebeldía de la persona en cuestión, se hubiere notificado en tiempo y forma o se haya establecido de forma inequívoca que esa persona ha aceptado la resolución; y en el caso de la resolución privilegiada de restitución, además, “solo se expedirá si el órga-

adecuado equilibrio entre la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 y el respeto a la vida privada y familiar del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 noviembre 1950 (BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979), enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 mayo 1963 y 20 enero 1966 (en adelante Convenio Europeo de Derechos Humanos).

⁸ Son en estos supuestos concretos donde tiene sentido que pueda dictarse una resolución posterior de restitución en el Estado miembro de origen del menor, pues los otros, que regula el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 para denegar la restitución, tienen su razón de ser en el no ejercicio efectivo del derecho a custodia o en el consentimiento o aceptación posterior del traslado o retención del menor (cuando ya no existe traslado o retención ilegal). *Vid.* CALZADO LLAMAS, A. J., “El procedimiento siguiente a la denegación de la restitución” en CAMPUZANO DÍAZ, B. (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 200-201. JIMÉNEZ BLANCO, P., *Litigios sobre la custodia y sustracción de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pp. 198 y 203, sobre si la denegación de restitución se basa en el art. 20 del Convenio de La Haya: si el tribunal de origen insiste en la restitución iría contra el orden público.

⁹ El art. 50 regula como motivo de denegación de la resolución privilegiada, en los casos y en la medida en que sea irreconciliable “con una resolución posterior en materia de responsabilidad parental que afecte al mismo menor que fue dictada: en el Estado miembro en que sea invocado el reconocimiento” (¿tiene competencia?).

¹⁰ Nos centraremos en adelante en esta cuestión.

no jurisdiccional, al dictar su resolución, ha tenido en cuenta las razones y los hechos en los que se fundamenta la resolución anterior dictada en otro Estado miembro con arreglo al art. 13, párrafo primero, letra b), o al art. 13, párrafo segundo, del Convenio de La Haya de 1980”. Este certificado puede ser rectificado (de oficio o a instancia de parte) cuando, debido a un error material o a una omisión, haya discrepancias entre la resolución y el certificado; o revocado (también de oficio o a instancia de parte) por el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen cuando el certificado se haya expedido de manera indebida, habida cuenta de los requisitos establecidos en el artículo 47 (art. 48). Como observamos, en el certificado no se tiene que hacer constar, por el órgano jurisdiccional de origen, que al dictar la resolución se ha tenido en cuenta el “interés superior del menor”.

Sin embargo, en el caso de que la resolución de restitución no pudiera ser privilegiada¹¹, se somete a las disposiciones comunes y, en el Estado requerido, se puede solicitar la denegación de la ejecución invocando los motivos del art. 39, entre el que se encuentra: si el reconocimiento (o la ejecución), fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro en el que sea invocado el reconocimiento (o la ejecución), teniendo en cuenta el “interés superior del menor” (art 39.1 letra a)¹². Por ello, cuando la resolución de restitución no es privilegiada tiene menos sentido que se alegue de nuevo como motivo de denegación a la ejecución el dispuesto en el art. 56. 6 (al que remite también el art. 41). Si tiene más razón en la resolución de

¹¹ *Vid.* considerando 52; o cuando una parte demande el reconocimiento y la ejecución de conformidad con las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución previstas como comunes (en la sección 1 del capítulo IV del Reglamento). RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a. A., “El régimen de las resoluciones privilegiadas”, en CAMPUZANO DÍAZ, B. (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 239.

¹² Sobre este motivo de denegación, en el Reglamento anterior: CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. M., “Orden público internacional y prohibición de control de competencia judicial internacional: asunto C-455/15 PPU, P vs Q”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 635-640; y BARTOLINI, S., *op. cit.*, pp.95-97. Además, CARPANETO, L., “La ricerca di una (nuova) sintesi di interesse superiore del minore in astratto e in concreto nella riforma del Regolamento Bruxelles II-bis”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 4, 2018, pp. 968-970, sobre la falta de audiencia al menor (que se ha convertido en un motivo de denegación concreto de orden público regulado en el art. 39. 2, con sus posibles excepciones); y Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zárraga* (ECLI:EU:C:2010:828).

restitución privilegiada, donde no se puede invocar el motivo del art. 39. 1 a), para proteger el “interés superior del menor”.

Atenderemos a este principio indeterminado, para concluir si es cierto, o no, que el art. 56. 6 protege o garantiza el “interés superior del menor”, de manera armonizada entre los Estados miembros, para denegar la ejecución de la resolución de restitución privilegiada.

3. EL PRINCIPIO DE “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR”

3.1. ¿Qué se entiende por el principio de “interés superior del menor”?

El “interés superior del menor” es un concepto jurídico indeterminado que aducen los órganos jurisdiccionales nacionales para denegar el reconocimiento y ejecución de una resolución en materia de responsabilidad parental, ante, por ejemplo, una resolución extranjera que admite la renuncia de los padres a la patria potestad a favor de un tercero (Sentencia núm. 278/2013 del Juzgado Contencioso-Administrativo de Barcelona de 13 de noviembre de 2013), o una resolución extranjera que discrimina por razón de sexo la atribución del ejercicio de la patria potestad (Sentencia núm. 26/2016 de la Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz de 1 de febrero de 2016).

El principio del “interés superior del menor” es un concepto jurídico indeterminado que requerirá su concreción en cada caso.

Son diversos los instrumentos internacionales y nacionales que tienen en cuenta este principio y que permiten guiar a los operadores jurídicos en su aplicación en el caso concreto¹³. Por ello, haremos un breve recorrido por estas regulaciones, para poder llegar a la conclusión de si existen, entre los

¹³ ADAM MUÑOZ, M^a. D., “La cooperación internacional de autoridades como mecanismo para la consecución del interés superior del menor” en CAMPUZANO DÍAZ, B. (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 283-288, sobre lo que se entiende en la doctrina y en los instrumentos internacionales en relación con el interés superior del menor. Para DURÁN AYAGO, A., “El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural”, en *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 295-318, por mucho que quiera concretarse, el interés superior del menor no ha dejado de ser un concepto jurídico indeterminado. Sin embargo, para esta autora, no hay que olvidar que el interés del menor sólo es alegable y concretable dentro de un

Estados miembros, unos criterios comunes que registren una dimensión europea en detrimento de una dimensión estatal¹⁴. Y si el principio del “interés superior del menor” limita y condiciona el reconocimiento y ejecución de las resoluciones de responsabilidad parental, y, en particular, en la resolución privilegiada de restitución del menor. En este caso, cómo se adapta el “principio del interés del menor” atendiendo a la situación específica y a cada menor, sin que se dificulte la continuidad transfronteriza¹⁵.

3.2. *El principio del “interés superior del menor” en los instrumentos internacionales*

En el Reglamento 2019/1111, el “interés superior del menor” no solo interviene en reconocimiento y ejecución, también las normas de competencia judicial internacional están concebidas en función del “interés superior del menor” (como señala el considerando 12)¹⁶. Pero no se define.

El considerando 19 establece que cualquier referencia al “interés superior del menor” debe interpretarse a la luz del art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000¹⁷, y de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de

determinado contexto normativo, o, lo que es lo mismo, el interés del menor sólo podrá hacerse valer respetando la legalidad vigente.

¹⁴ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Una visión general posible del Derecho internacional privado de familia en la UE”, *La Ley Derecho de familia*, núm. 17, 2018, p. 13, cree que el proceso de progresiva afectación del orden público internacional de cada Estado por el Derecho de la UE y la normativa internacional de derechos humanos en el ámbito europeo es un proceso que avanza afianzando la presencia de la dimensión europea en detrimento de la dimensión exclusivamente estatal. Y que ello puede ser especialmente visible en materia personal y familiar.

¹⁵ BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “El interés del menor como factor de progreso y unificación del derecho internacional privado”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm 4, 1994, pp. 915-967.

¹⁶ GUZMÁN PECES, M., “Los criterios de competencia en el Reglamento (UE) 2019/1111: especial referencia a la autonomía de la voluntad y al “interés superior del menor””, *Anuario Español de Derecho Internacional privado*, t. XIX-XXI, 2019-2020, pp. 189-213.

¹⁷ DOCE L 364, de 18 de diciembre de 2000.

20 de noviembre de 1989¹⁸, tal y como son aplicadas por las legislaciones y procedimientos nacionales¹⁹.

De la Convención sobre los Derechos del Niño se puede deducir el contenido de este “interés superior del niño” (art. 3.1), que está integrado por una serie de derechos, entre ellos, que los Estados partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular²⁰, salvo si ello es contrario al “interés superior del niño” (art. 9.3). El derecho de los menores a mantener relaciones con los progenitores es muy relevante en el traslado ilícito, al igual que habrá de ser tenido en cuenta para la restitución con uno de los progenitores o no.

En la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el art. 24, se recoge este “interés superior del menor” y su contenido, integrando el orden público material y procesal entre los Estados miembros en el ámbito de la responsabilidad parental. Y entre los derechos de los menores, en el apartado 3 se refiere expresamente a que “todo menor tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si son contrarios a sus intereses”. Como vemos, al igual que en la Convención, entre los derechos se encuentra el de relacionarse con ambos progenitores, pero dejando a salvo su interés superior. Lo que habrá de ser considerado para la restitución o no del menor.

En el mismo sentido, el Comité de los Derechos del Niño, que, en la Observación General número 14, publicada el 29 de mayo de 2013, considera el “interés superior del menor” como un derecho sustantivo y un principio interpretativo fundamental: se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siem-

¹⁸ Instrumento de ratificación BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

¹⁹ Sobre el interés del menor en las normas internacionales: MARÍN VELARDE, A. y MORENO MOZO, F., “El interés superior del menor y su relevancia en la sustracción internacional de menores”, en *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Bosch, Barcelona, 2019, pp.193-243; MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A., “¿El Reglamento Bruselas II bis facilita el retorno del menor en caso de su traslado o retención ilícitos?” en *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Bosch, Barcelona, 2019, pp. 129-159.

²⁰ En la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 25 enero 2000, asunto *Ignaccolo-Zenide vs Rumanía* (ECHR:2000:0125JUD003167996), se interpreta que en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, dentro del ámbito del respeto a la vida privada y familiar, puede incluirse el derecho de los padres a reunirse con sus hijos.

pre que sea posible y positivo para el menor, y cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia. No obstante, estos criterios generales, para determinar el “interés superior del menor”, habrán de ponderarse teniendo en cuenta, aparte de atender a cada caso: la edad y madurez del menor, el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo, la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, y la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad (como, por ejemplo, ya sea por la carencia de entorno familiar o sufrir maltrato).

3.3. El principio del “interés superior del menor” en el Derecho interno español

En la Ley 26/2015, de 28 de julio²¹ y en la Ley 8/2015 del 22 de julio²², de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia²³, tanto en el preámbulo como en el cuerpo normativo, hay numerosas referencias al “interés superior del menor”. El preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015²⁴, establece los mismos criterios interpretativos esgrimidos por el Comité de los Derechos del Niño, justificando que, “los cambios introducidos en la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor desarrollan y refuerzan el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario, principio fundamental en esta materia, pero concepto jurídico indeterminado que ha

²¹ BOE núm. 180, de 29 de julio de 2015.

²² BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015.

²³ LÁZARO GONZÁLEZ, I. E., “El interés superior del niño en la reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia”, *Familia y Sucesiones: Cuaderno Jurídico*, núm 114, 2016, pp. 18-26; VAQUERO LÓPEZ, C., “Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y de menores”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 395-414; IGLESIA MONJE, M. I., “Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia: las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés”, *La Ley*, núm 8590, del 24 de julio de 2015.

²⁴ Modifica el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el “interés superior del menor”: extendiendo su contenido y criterios interpretativos tal y como lo regulan los instrumentos internacionales.

sido objeto, a lo largo de estos años, de diversas interpretaciones. Por ello, para dotar de contenido al concepto mencionado, se modifica el art. 2 incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”.

Igualmente, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia²⁵, también en el preámbulo y en el cuerpo de la norma, hace referencia, de forma reiterada, al principio del “interés superior del menor”, siendo relevante en el supuesto que el menor sufra violencia doméstica²⁶, que justifique su no restitución.

Sin embargo, aunque se le quiera otorgar contenido sustantivo e interpretativo al principio del “interés superior del menor”, el Tribunal Constitucional (TC) considera que para valorar qué es lo que resulta más beneficioso para el menor, ha de atenderse especialmente a las circunstancias concretas del caso, pues no hay dos supuestos iguales, ni puede establecerse un criterio apriorístico sobre cuál sea su mayor beneficio²⁷. Así se defiende en la Sentencia del TC núm. 178/2020, de 14 de diciembre, en el fundamento tercero, en la Sentencia del TC núm. 705/2021, de 19 de octubre y en la Sentencia del TC núm. 64/2019, de 9 de mayo, en el fundamento cuarto.

Partiendo de una interpretación flexible, veamos si el “interés superior del menor” se ha tenido en cuenta como solución armonizadora en el Reglamento 2019/1111 para la ejecución de la resolución privilegiada de restitución del menor.

²⁵ BOE núm. 134, de 5 de junio 2021.

²⁶ Vid. RUIZ SUTIL, C., “El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista”, en *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 581-606; ORTIZ VIDAL, M. D., “Derecho de visita y violencia de género: el principio de mutuo reconocimiento y el interés superior del menor”, en *50 años de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea en el diván*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 327-337.

²⁷ FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “Aproximación al interés superior del menor en el Derecho internacional privado español”, *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, vol. 51, núm. 151, 2018, p. 120, “el principio del interés superior del niño parece haberse concretado en nuestro ordenamiento jurídico para las soluciones internas. No obstante, en el DIPr continúa apareciendo como un concepto jurídico indeterminado, que necesita ser concretado en cada situación específica”.

4. EL ARTÍCULO 56.6 DEL REGLAMENTO 2019/1111: “EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR” COMO SOLUCIÓN ARMONIZADORA O NO

El art. 56. 6 se ha incorporado como motivo de denegación en el Estado de ejecución²⁸, siguiendo los dictados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH)²⁹ frente a la doctrina del Tribunal de Justicia de la

²⁸ Sobre este art. 56. 6: BIAGIONI, G., “Il nuovo Regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale, *Rivista di Diritto Internazionale*, núm. 4, 2019, p. 1175, considera que esta disposición es una “válvula de seguridad”, que evita el automatismo del Reglamento 2201/2003; para LAZIC, V. y PRETELLI, I., “Revised recognition and enforcement procedures in Regulation Brussels II ter”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020-2021, p. 181, la nueva regla atempera el “draconiano” mecanismo del art. 11.8 del Reglamento 2201/2003. GONZÁLEZ MARIMÓN, M., *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 362-363, afirma que en cierta manera el legislador europeo está “deconstruyendo la eliminación absoluta del exequátur” que había diseñado en el Reglamento 2201/2003. GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Highlights on The Brussels II Ter Regulation. What’s new in Regulation (EU) n.º 2019/1111?”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020-2021, p. 113, nos encontramos, como se ha afirmado, “ante la revisión de la revisión” o ante una “tercera oportunidad”. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a. A., “Supresión del exequátur y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental: la convivencia de dos soluciones en el Reglamento (UE) 2019/1111”, *op. cit.*, p.380: “A nuestro juicio, se trataría de un motivo excepcional de denegación de la ejecución, una cláusula especial de orden público, que se identifica con el interés superior del menor”. En el mismo sentido, BALLESTEROS BARROS, A. M., “Restitución de menores y orden público europeo: la doctrina *Bosphorus* sobre protección equivalente”, *op. cit.* p.43. Crítica a que se defienda el “interés superior del menor”, CARRILLO POZO, L., “El Reglamento Bruselas II ter y el interés del menor: elementos para un debate”, *Bitácora Millennium Derecho Internacional Privado*, Tirant lo Blanch, núm. 14, 2021, pp. 27-33, pues se obstaculiza la automaticidad de los procedimientos de restitución y se evita la flexibilidad en el plano sustantivo.

²⁹ RODRÍGUEZ PINEAU, E., “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: De nuevo sobre la función del Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 1, 2017, pp. 149-152 (y nota a pie 59): El artículo 56. 6 en la línea del TEDH. GONZÁLEZ MARIMÓN, M., “El principio del interés superior del menor en supuestos de sustracción ilícita internacional: la jurisprudencia del TJUE y del TEDH”, en *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019, pp. 637-658. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a. A., “Supresión del exequátur y ejecución de resoluciones en materia de responsabilidad parental: la convivencia

Unión Europea (TJUE). Por ambos tribunales se ha esgrimido el “interés superior del menor”: por el TEDH para denegar la restitución del menor a su país de origen en aras del respecto de la vida familiar conforme al art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁰, por el TJUE en sentido contrario. Así, en la Sentencia del TJUE, de 1 de julio 2010, asunto *Povse*³¹, se establecía que: la ejecución de una resolución de restitución certificada no puede denegarse en el Estado miembro de la ejecución, por considerar que, debido a una modificación de las circunstancias acaecidas tras haberse dictado, podría suponer un grave menoscabo del “interés superior del menor”; tal modificación debe invocarse ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen ante el cual deberá asimismo presentarse una eventual demanda de suspensión de la ejecución de la resolución. Sin embargo, en la Sentencia de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger*³², el TEDH consideró que: la restitución del menor al país de su residencia habitual ordenado por las autoridades de origen supondría una violación del derecho al respeto a la vida privada y familiar, por resultar

de dos soluciones en el Reglamento (UE) 2019/1111”, *op. cit.*, p. 378 (nota a pie 96). También en HONORATI, C., “Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali”, *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, núm. 1, 2013, pp. 5-42.

³⁰ BALLESTEROS BARROS, A. M., “Restitución de menores y orden público europeo: la doctrina *Bosphorus* sobre protección equivalente”, *op. cit.*, p. 42, “Aunque en el artículo 8 CEDH no aparece explícitamente incluido el “interés superior del menor”, el TEDH lo trata como parte de su contenido en los asuntos relativos a la restitución del menor”.

³¹ Sentencia del TJUE de 1 julio de 2010, asunto C-211/10 PPU, asunto *Povse vs Alpagó* (ECLI:EU:C:2010:400). Nota de MAGALLÓN ELOSEGUI, N., a la “STJ (Sala 3.ª) de 1 de julio de 2010. As. C-211/10. D. *Povse c. M. Alpagó*”, *Revista española de Derecho internacional*, núm. 2, 2010, pp. 235-238.

³² Sentencia del TEDH de 6 julio de 2010, asunto *Neulinger y Shuruk vs Suiza* (ECHR:2010:0706JUD004161507). En la nota de GONZÁLEZ BEILFUSS, C., a “la Sentencia *Neulinger y Shuruk c. Suiza* (GS), de 6 de julio de 2010”, *Revista española de Derecho internacional*, núm. 2, 2010, pp. 232- 235, esp. p. 235: “Se abre camino la tesis de que el interés superior del niño, que ha de ser determinado en función de las circunstancias del caso, prevalece sobre consideraciones generales como la evitación de las sustracciones de menores”. En el mismo sentido pueden citarse, entre otras, Sentencia TEDH *Sneerson e Kampanella c. Italia*, de 12 de julio de 2011, núm. 14737/09, o Sentencia TEDH *X c. Letonia* (GS), de 26 de noviembre de 2013, núm. 27853/09 (Comentario de RODRÍGUEZ PINEAU, E., “El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 (Nota A X C. Letonia)”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 33, 2014).

incompatible con el “interés superior del menor”³³. Además, en la Sentencia del TEDH de 26 de noviembre de 2011, asunto *X vs Letonia*³⁴ se afirmaba que, el “interés superior del menor” con carácter general reside en su restitución inmediata, pero que en determinadas circunstancias dicho interés, en el caso concreto, puede exigir la no restitución, tal como prevé el propio Convenio de La Haya de 1980. Lo que perseguía el Tribunal de Estrasburgo era evitar el retorno automático en el caso concreto, en “interés superior del menor”³⁵.

Así, a la vista de los instrumentos internacionales³⁶, y de la regulación en materia de sustracción del Reglamento 2019/1111, nos preguntamos si denegar una resolución de restitución conforme al art. 56. 6, no sería ir en contra del interés del menor prolongar su retorno o no³⁷. Por tres razones

³³ Con posterioridad, la Sentencia del TEDH de 18 de junio de 2013, asunto *Povse vs Austria* (ECHR:2013:0618DEC000389011), el TEDH en la línea del TJUE, concluye “que los artículos 11. 8 y 42. 2 del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 noviembre 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DOUE núm. 338, de 23 de diciembre de 2003). (Reglamento Bruselas II bis), no otorgaban margen alguno de discreción a los tribunales requeridos para ejecutar la decisión del tribunal de origen, dado que el sistema del Reglamento sólo permite determinar conforme a la legislación del Estado requerido el mejor modo de dar cumplimiento a la orden, pero no le faculta para decretar ninguna decisión que pueda impedirla o suspenderla, aunque supuestamente tuviera la finalidad de salvaguardar derechos fundamentales”.

³⁴ Sentencia del TEDH de 26 de noviembre de 2011, asunto *X vs Letonia* (ECHR:2013:1126JUD002785309).

³⁵ ARENAS GARCÍA, R., “Medidas frente al incumplimiento de los instrumentos internacionales en materia de sustracción internacional de menores”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 2, 2021, pp. 114 -115.

³⁶ BARATTA, R., “Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XVI, 2016, pp. 103-126, sostiene que, si bien este principio es el criterio primario para definir el lugar del niño en el derecho internacional privado de familia, rechazar el reconocimiento de una situación familiar debidamente constituida en el extranjero afecta desfavorablemente el “interés superior del menor” en un contexto determinado. Un tribunal nacional, al aplicar su propio sistema de derecho internacional privado, debe mantener el estado civil legalmente establecido en el extranjero, respetando el derecho a la vida familiar tal y como se recoge en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

³⁷ RODRÍGUEZ PINEAU, E., “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores”, *op. cit.*, p. 7, se plantea si esta “revisión de la revisión” a la que da entrada el Regla-

a nuestro juicio, aun considerando que se ha pretendido la armonización del principio del “interés superior del menor”³⁸:

En primer lugar, si bien el órgano jurisdiccional del Estado miembro al que ha sido trasladado ilícitamente el menor puede denegar su restitución si existe grave riesgo de peligro físico o psíquico (art. 13.1. letra b) del Convenio de La Haya de 1980); sin embargo, antes de tomar esa decisión, dicho órgano debe examinar si se han adoptado o podrían adoptarse las medidas de protección oportunas para proteger al menor. De tal manera que, no debe denegarla si la parte que solicita la restitución demuestra al órgano jurisdiccional, o si a este le consta de otro modo, que se han tomado las disposiciones adecuadas para garantizar la protección del menor tras su retorno (art. 27.3 del Reglamento 2019/1111). Por ejemplo, como establece el considerando 45, dependiendo del grave riesgo de que se trate, una orden de un órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen en la que se prohíba al demandante acercarse al menor, una medida provisional, de dicho Estado miembro, por la que se permita al menor permanecer con el progenitor que lo ha sustraído y que asume su cuidado efectivo hasta que se adopte en ese Estado miembro una resolución sobre el fondo de los derechos de custodia tras la restitución, o, en caso de que el menor necesite tratamiento médico, la prueba de que se tiene acceso a los servicios médicos oportunos. Por tanto, ya se ha tenido en cuenta el “interés superior del menor” para su retorno o no; aunque se puede objetar que el riesgo al menor a que se refiere el art. 56. 6, se debe a circunstancias sobrevenidas.

En segundo lugar, es cierto que, en el control del órgano jurisdiccional de origen que dicta la resolución sobre el fondo del derecho a custodia, que implique la restitución del menor posterior a una de no restitución -que consta en el certificado que emite conforme al art. 47.3-, no se le exige que entre las condiciones que ha de cumplir confirme que no se ha vulnerado el orden público teniendo en cuenta “el interés superior del

mento Bruselas II ter en base a consideraciones que tienen en cuenta el interés superior del menor, esta tercera valoración de la situación del menor, redundan en su interés y mejora el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980.

³⁸ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La sustracción internacional de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”, en *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor, 2020, p. 397, sobre la armonización mínima de las normas de ejecución entre Estados miembros. Y sobre el art. 56. 4 y 6 como causa europea de denegación (nota a pie 60, p. 395).

menor”³⁹. Sin embargo, como dispone el art. 47. 4, el certificado solo se expedirá si el órgano jurisdiccional, al dictar su resolución, ha tenido en cuenta las razones y los hechos en los que se fundamenta la resolución anterior de no restitución dictada en otro Estado miembro (con arreglo al art. 13. 1, letra b), o al art. 13. 2 del Convenio de La Haya de 1980), con un fin armonizador entre ambos Estados. Resuelve teniendo en cuenta el “interés superior del menor” en el procedimiento de custodia (considerando 48 del Reglamento 2019/1111)⁴⁰.

En tercer lugar, los motivos de suspensión o denegación de la ejecución previstos por el Derecho del Estado miembro de ejecución, como dispone el artículo 57, se aplicarán en la medida en que no sean incompatibles con lo regulado en el Reglamento (artículo 41, que remite al 39, 50 y 56). Pero entre esos motivos previstos en la legislación nacional, se pueden encontrar los que tengan en cuenta el cambio de las circunstancias para la no restitución del menor. A título ilustrativo el considerando 63 establece: “cabe mencionar las impugnaciones...basadas en la alegación de que la acción exigida por la resolución... resulta imposible, por ejemplo, en caso de fuerza mayor o de enfermedad grave, encarcelamiento o muerte de la persona a la que debe ser entregado el menor, o en caso de que el Estado miembro al que deba ser restituido el menor se haya convertido en zona de guerra después de que se haya dictado la resolución...”. Así, aunque

³⁹ También se tiene en cuenta el “interés superior del menor” con el principio de audiencia del menor reforzado (que figura en el certificado que emite el juez de origen: art. 47.3, letra b). GONZÁLEZ MARIMÓN, M., “La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 1, 2022, p. 311, en sus reflexiones finales. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a. A., “El régimen de las resoluciones privilegiadas”, *op. cit.*, p. 243.

⁴⁰ En la Propuesta de la Comisión se disponía que Juez del Estado miembro de residencia habitual del menor debía examinar “la cuestión de la custodia del menor teniendo en cuenta el “interés superior del niño”, así como las razones y las pruebas en las que se fundamenta la resolución denegatoria de la restitución del menor” (artículo 26.4 de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición), Bruselas, 30 de julio de 2016, COM (2016) 411 final). Sobre que el juez de origen adopta la resolución que mejor garantice el interés del menor, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a. A., “El régimen de resoluciones privilegiadas”, *op. cit.*, p. 244. Como obligación implícita lo considera, GONZÁLEZ MARIMÓN, M., *La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo*, *op. cit.*, p. 247.

son motivos de cada Estado⁴¹, son circunstancias en que ya se ha tenido en cuenta el “interés superior del menor”, como lo pueden entender todos los Estados miembros de modo armonizado, y, que lo son a título de ejemplo, pues se podrían incluir otras, como la violencia doméstica o de género⁴².

En conclusión, aplicar el art. 56. 6, aun de manera excepcional⁴³, para garantizar el “interés superior del menor” en el caso concreto, puede ir en contra de lo dispuesto en la Convención de los Derechos del Niño⁴⁴ y en la

⁴¹ Ciertamente es que la doctrina sostiene que estas causas podrán dar lugar a una suspensión de la ejecución de la restitución, pero no a una denegación, como indica CARRILO POZO, L., *Responsabilidad parental: un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 781. Sin embargo, para CORNELLOUP, S. y KRUGER, T., “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: La protection des enfants gagne du terrain”, *Revue Critique de Droit International privé*, núm. 2, 2020, p. 235, sobre el art. 56. 4 y 6: lo que es un motivo de suspensión se puede convertir en denegación de la ejecución.

⁴² La reciente Sentencia de la Audiencia Provincial Madrid 24ª, de 15 diciembre 2022 (ECLI:ES: APM:2022:19015), sostiene que el “interés superior de los menores” implica mantenerlos bajo la custodia materna, sin establecer régimen de visitas alguno para con su padre, que quiere que vivan en Argelia, y que en España está en situación de búsqueda por la posible comisión de un delito de Violencia de Género.

⁴³ RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Mª. A., “La reforma del Reglamento (CE) n.º 2201/2003: análisis de las soluciones propuestas en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVII, 2017, p. 782, respecto a la Propuesta de Refundición de 2016, señala que se advirtió del riesgo de abuso del margen de discrecionalidad otorgado al Estado miembro requerido, por ejemplo, empleando dicho precepto de forma excesiva para justificar el no retorno del menor. Sobre el carácter excepcional también, RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Mª. A., “El procedimiento de ejecución”, en CAMPUZANO DÍAZ, B. (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 262: así lo establece el art. 56. 5, al establecer que antes de denegar la restitución se tomaran las medidas oportunas para facilitar la ejecución conforme a la legislación y proceso nacional atendiendo al interés del menor.

⁴⁴ La Sentencia del TEDH de 26 julio 2011, asunto *Shaw vs Hungría* (ECHR:2011:0726JUD000645709), considera que la falta de ejecución de una orden de retorno del menor al país de su residencia habitual o un retraso injustificado en la ejecución suponen una vulneración del art. 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos, sobre el respeto a la vida privada y familiar.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea ⁴⁵, al prolongar en exceso su restitución o no⁴⁶.

Por otra parte, si lo que se pretendía con la introducción del art. 56. 6, es que el órgano jurisdiccional de origen no tuviese “la última palabra”, sigue siendo el competente para decidir sobre el fondo, y por tanto, es el que debe atender a todas las circunstancias en “interés del menor” de modo armonizado⁴⁷.

⁴⁵ Sentencia del TJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C403/09 PPU, *Deti ek*, (ECLI:EU:C:2009:810), apartado 58: “Naturalmente, según el artículo 24, apartado 3, de la Carta, el derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, puede verse sometido a excepciones si ese interés superior es contrario a otro interés del menor”.

⁴⁶ CORDERO ÁLVAREZ, C.I., “Sustracción internacional de menores extracomunitaria: a vueltas con la obligación de restitución automática del Convenio de La Haya de 1980 en la práctica española”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm 1, 2021, p. 144, en la línea de la doctrina que aboga por interpretar el “interés superior del menor” de manera restrictiva cuando se trata de analizar las excepciones a la regla general del artículo 12 del Convenio de La Haya de 1980 (restitución del menor), que no puede ser llevado al extremo de desvirtuar la finalidad y los objetivos del texto convencional. FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “Aproximación al interés superior del menor en el Derecho internacional privado español”, *op. cit.*, p. 122, “en los supuestos de sustracción internacional de menores, el interés del menor es que no sea desplazado de su residencia habitual sin las garantías suficientes de estabilidad en la nueva situación, y su realización implica su retorno inmediato”. GONZÁLEZ MARIMÓN, M., *La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo*, *op. cit.*, p. 261, se pregunta dónde queda el “interés superior del menor” con este alargamiento del proceso de restitución.

⁴⁷ Sentencia del TJUE de 1 de julio de 2010, asunto C211/10 PPU, *Povse*, apartados 81 y 83. Como dice GONZÁLEZ MARIMÓN, M., “La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor”, *op. cit.*, p. 308, “mientras que el Juez requerido realiza un análisis en un procedimiento urgente y expeditivo, el Juez del Estado miembro de origen, por el contrario, resuelve sobre el retorno en el marco de un procedimiento de custodia del menor y tomando en cuenta su interés superior”. También en GONZÁLEZ MARIMÓN, M., *La sustracción internacional de menores en el espacio jurídico europeo*, *op. cit.*, p. 246. CARRILLO POZO, L., “El Reglamento Bruselas II ter y el interés del menor: elementos para un debate”, *op. cit.*, p. 33, “cuando se trata de una materia tan sensible como la responsabilidad parental hay que equilibrar el rito con imperativos de fondo de cuya efectividad depende el bienestar del menor: Estabilidad, celeridad, preservarlo del conflicto”. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a. A., “El régimen de las resoluciones privilegiadas”, *op. cit.*, p. 240, “en interés del menor hay que reequilibrar el reparto de competencias”.

**RÉGIMEN ECONÓMICO
DEL MATRIMONIO Y DE
LA PAREJA, SUCESIONES
Y ORGANIZACIÓN DEL
PATRIMONIO FAMILIAR**

PONENCIAS

Igualdad entre cónyuges y regímenes económicos matrimoniales transfronterizos

PILAR JIMÉNEZ BLANCO

*Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo**

SUMARIO: 1. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y ALCANCE DEL REGLAMENTO REM. 2. LA IGUALDAD EN LAS CONEXIONES OBJETIVAS Y EN EL RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL. 2.1. *La neutralidad de las conexiones objetivas.* 2.2. *Las garantías para una igualdad real en la elección de ley.* 2.2.1. Capacidad para celebrar el acuerdo. 2.2.2. Forma. 2.2.3. Consentimiento. 2.2.4. El interrogante sobre la elección tácita. 3. GARANTÍAS DE IGUALDAD EN EL RÉGIMEN PACTADO DURANTE EL MATRIMONIO Y EN PREVISIÓN DE RUPTURA. 3.1. *En las condiciones de negociación de los pactos.* 3.2. *En el control de fondo de los pactos en el momento de su celebración.* 3.2.1. Parámetros generales de valoración; 3.2.2. Análisis por pactos. 3.3. *En el control de fondo de los pactos en el momento de la ruptura matrimonial.*

1. PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN Y ALCANCE DEL REGLAMENTO REM

La prohibición de discriminación en sus múltiples formas y, en concreto, de la discriminación en contra de la mujer, se encuentra presente, respectivamente, en el art. 21 Carta de Derechos Fundamentales UE¹ y en la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas

* El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2021-123452OB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE, “Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza” (GENDERMOB) en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE núm 131, 2 de junio de 2011)

¹ El art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE establece que: “1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

de discriminación contra la mujer, del que son parte todos los Estados UE². Resulta evidente que el Reglamento (UE) n° 2016/1103, sobre regímenes económicos matrimoniales transfronterizos (en adelante, Reglamento REM) ni puede tener ni generar ninguna discriminación y, además, debe evitar que tales discriminaciones – de existir – puedan manifestarse. En este componente correctivo, el Reglamento incorpora determinadas soluciones especiales garantistas ante posibles desequilibrios ocultos y que pueden manifestarse, señaladamente, en el ámbito de la autonomía de la voluntad. Pero también el expediente del orden público, nacional y europeo, debe activarse frente a soluciones discriminatorias.

El orden público del foro impide, con base en el art. 31 del Reglamento REM, la aplicación de un Derecho extranjero que establezca un régimen legal no igualitario entre los cónyuges, ya sea durante la vida matrimonial o con ocasión de su ruptura. En su vertiente positiva, el orden público del foro informa las leyes de policía del art. 30 que podrían aplicarse cuando un cónyuge requiera una especial protección en atención a una situación de vulnerabilidad (por ejemplo, para la atribución de la vivienda habitual³) o la adopción de determinadas de protección civil (como una orden de alejamiento de la vivienda familiar en episodios de violencia de género).

El orden público europeo se visibiliza en el art. 38 del Reglamento, que obliga a los Estados miembros a respetar los derechos fundamentales de la Carta DFUE y, en particular, el principio de no discriminación, cuando se invocan las causas de denegación del reconocimiento. El Considerando 54 extiende la Carta DFUE (y, en concreto, su art. 21) también al sector del Derecho aplicable, impidiendo que pueda excluirse la aplicación de una ley extranjera sobre la base de un orden público del foro que tuviera un componente discriminatorio. No será probable su utilización en el ámbito del Reglamento REM, porque precisamente aquellos Estados UE reticentes a la adopción de determinados modelos de familia no llegaron a participar en la cooperación reforzada del Reglamento.

Ese mismo valor compartido del art. 21 de la Carta DFUE podría fundamentar la utilización del *forum necessitatis* del art. 11 del Reglamento si

² Convención NNUU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979.

³ Para los supuestos (hipotéticos) en los que la vivienda familiar no merezca especial protección conforme a la ley rectora REM, el Considerando 53 del Reglamento indica su posible caracterización como norma de policía en el sentido del art. 30 del Reglamento.

se acredita por los cónyuges la imposibilidad, por razones discriminatorias, de plantear una demanda ante un tribunal de un tercer Estado para liquidar el régimen económico matrimonial o cualquier otro litigio que entre dentro del ámbito de aplicación del Reglamento.

Puede afirmarse, por tanto, que el Reglamento tiene herramientas para garantizar el posicionamiento igualitario de los cónyuges dentro del matrimonio, durante su vigencia y en el momento posterior de su ruptura. Sin embargo, no puede afirmarse que garantice el posicionamiento igualitario de los cónyuges respecto de todo tipo de matrimonio. En este contexto, debe partirse de una limitación inicial del ámbito de aplicación del Reglamento al estar excluido de su ámbito de aplicación “la existencia, validez y reconocimiento del matrimonio” [art. 1.2.b)], de modo que la definición concreta de qué debe entenderse por matrimonio queda en manos de los Derechos nacionales (apdo. 17 de los Considerandos). La falta de pronunciamiento del Reglamento sobre el matrimonio impide, de un lado, garantizar la igualdad de los cónyuges al acceso a todo tipo de matrimonios (claramente, matrimonios entre personas del mismo sexo); por otro lado, permite incluir en su ámbito matrimonios que originariamente se han celebrado con un componente discriminatorio (el caso del matrimonio poligámico).

En relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo, la neutralidad en la concepción matrimonial del Derecho europeo, consecuente con la competencia sobre Derecho civil retenida por los Estados miembros, permite encajar dentro del concepto de matrimonio las diversas concepciones de los Estados miembros, incluyendo matrimonios entre personas del mismo sexo. El mayor inconveniente es que, esta misma neutralidad y respeto a las diversas configuraciones matrimoniales nacionales, lleva aparejada la posibilidad de “veto” por parte de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, que pueden rechazar resolver un litigio sobre régimen económico matrimonial por no reconocer en su sistema el matrimonio en cuestión⁴.

⁴ *Vid.* en este contexto el Considerando 38 del Reglamento. Véase la similitud en la posibilidad de bloqueo del art. 9 del Reglamento REM (para el sector de la competencia judicial internacional) con la prevista en el art. 13 de Roma III (para el sector de la ley aplicable): el primero permite la inhibición del tribunal (de manera facultativa) si considera que en su Derecho nacional no está reconocido el matrimonio en cuestión a los efectos de un procedimiento sobre el REM; el segundo establece que el Reglamento no obliga a un tribunal a pronunciar una sentencia de divorcio si no se consideran válido el matrimonio a efectos de un procedimiento de divorcio [sobre su alcance, *vid.* GUZMÁN ZAPATER, M., “Divorcio,

La interpretación autónoma del concepto de “cónyuge”, neutro desde la perspectiva de la orientación sexual, se ha utilizado ya en la jurisprudencia del TJUE a los efectos del derecho de la movilidad y derecho de residencia en la UE (asunto *Coman*) o de la obtención de una pensión de jubilación (asunto *MB*)⁵. Tal jurisprudencia ciertamente no conlleva un pronunciamiento europeo sobre el matrimonio, pero sí que implica la obligación de “reconocer/admitir algún efecto” a la relación matrimonial así constituida al amparo de otro ordenamiento de la UE. La interpretación autónoma en los asuntos citados tiene como destinatarias a las autoridades administrativas del Estado de acogida para permitir la entrada y residencia de la pareja “cónyuge” del ciudadano de la UE, pero las autoridades y tribunales civiles no resultarán vinculadas por tal conclusión. El resultado es la fragmentación de la valoración del matrimonio en función de lo que se pretenda y puede conllevar respuestas contradictorias en relación con una misma realidad matrimonial. Y ese planteamiento, formalmente admisible, aboca a resultados artificiosos en la vida real, una de cuyas manifestaciones puede verse precisamente para litigios relativos a la liquidación del régimen matrimonial: un matrimonio del mismo sexo podría residir en un Estado miembro, pero sin embargo tener vedada la posibilidad de acceder a sus tribunales.

La posibilidad de veto o bloqueo que permite el art. 9 – la denominada cláusula polaca - impide, de facto, un acceso a los tribunales utilizando un motivo de discriminación (en función de los integrantes del matrimonio) que, sin embargo, no podría cuestionarse al amparo del art. 21 Carta DFUE porque la dimensión civil del matrimonio está fuera del ámbito de aplicación del Derecho UE. Si no se utiliza ese veto, un tribunal de un Estado miembro no debería poder invocar luego orden público por el hecho de que la ley reclamada admite matrimonio mismo sexo⁶.

matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III”, en ESPLUGUES MOTA, C. y PALAO MORENO, G., (Ed.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 521 y ss.. No obstante, el citado art. 9 del Reglamento REM no se consideró suficiente a juicio de algunos Estados, como Polonia, que forzaron una reserva que determinó la adopción del Reglamento finalmente por la vía de la cooperación reforzada: *vid.* TWARDOCH, P., “Le règlement européen en matière de régimes matrimoniaux de la perspective du droit polonais”, *Revue critique de droit international privé*, 2016, pp. 465 y ss.

⁵ STJUE de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16: *Coman*, ECLI:EU:C:2018:385; STJUE de 28 de junio de 2018, asunto C-451/16: *MB*, ECLI:EU:C:2018:492.

⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “La nulidad, separación judicial y divorcio en el Derecho internacional privado español: cuestiones de competencia judicial interna-

Una vertiente diferente de la exclusión de la existencia del matrimonio del ámbito del Reglamento y, por tanto, de la libertad de los Estados a la hora de admitir o rechazar los mismos, se manifestaría para el caso de matrimonios poligámicos, cuya admisión incidental pudo haberse producido a los efectos de la entrada y reagrupación familiar, conforme al art. 17.1.a) de la LO 4/2000 de extranjería. Admitida la relación matrimonial a los efectos de la residencia en España de uno de sus cónyuges (sea o no el primero), no tendría sentido utilizar la posibilidad de veto del art. 9 del Reglamento REM, para impedir un litigio sobre régimen económico matrimonial. La utilización en estos procedimientos de la técnica del efecto atenuado del orden público resultaría totalmente pertinente y, en coherencia, la misma solución retenida para la extranjería debería seguirse para los litigios relativos al régimen económico matrimonial. De este modo, un matrimonio que tiene un componente claramente discriminatorio va a tener eficacia indirecta en el Reglamento y será admitido a los efectos de cualquier litigio sobre el REM.

2. LA IGUALDAD EN LAS CONEXIONES OBJETIVAS Y EN EL RÉGIMEN MATRIMONIAL LEGAL

2.1. La neutralidad de las conexiones objetivas

La ley rectora REM se conforma a partir de dos ejes: la posibilidad de elección de ley, en los términos del art. 22, y las conexiones objetivas en defecto de elección, conforme al art. 26. El ejercicio de la autonomía de la voluntad tiene unas reglas específicas, a las que nos dedicaremos posteriormente.

Las conexiones objetivas utilizadas en el Reglamento, como no podía ser de otro modo, son neutras desde la perspectiva del género: se basan, en igualdad de condiciones, en la residencia o nacionalidad común de los cónyuges, o en la residencia o nacionalidad de cualquiera de ellos, si son diferentes. Los objetivos declarados del Reglamento en este punto están más dirigidos a la integración del matrimonio en el Estado de su residencia habitual, que a la continuidad de identidad respecto de su nacionalidad. Recuérdese que esta solo opera cuando no existe residencia habitual común en el inicio de la vida matrimonial.

cional y ley aplicable”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz 2011*, Madrid, Tecnos, 2013, pp. 135 y ss., esp. p. 213.

El Derecho rector del REM integra, de existir, el régimen matrimonial primario y el régimen legal rector del régimen matrimonial en defecto de pacto o acuerdo entre los cónyuges.

El régimen económico primario recoge las reglas imperativas esenciales, indisponibles para los cónyuges y que se aplican a cualquiera que sea el régimen matrimonial. En principio, no cabe equiparar orden público, leyes de policía y normas relativas al régimen matrimonial primario. Estas últimas, de aplicación imperativa al margen del concreto régimen matrimonial, pertenecen a la ley rectora REM, pero no reclaman necesariamente su aplicación cuando esta ley rectora es extranjera. Solo resultará aplicable una norma del foro, a título de ley de policía, cuando la ley aplicable al fondo vulnere un valor de especial protección, como el principio de igualdad entre los cónyuges⁷.

Por lo que se refiere al régimen matrimonial legal, el Reglamento tiene, en principio, una posición neutra respecto al régimen establecido en el Derecho reclamado por la norma de conflicto siempre que el mismo no tenga componentes discriminatorios entre los cónyuges en atención a la distribución de bienes, derechos y obligaciones, la gestión y administración del patrimonio o su liquidación. Ese control de fondo será sencillo si el Derecho reclamado contiene normas explícitamente discriminatorias; en otro caso, será difícil la fiscalización del Derecho extranjero. ¿Esto significa que todos los regímenes matrimoniales son neutros respecto de la situación de los cónyuges? Evidentemente, no. Puede pensarse que un régimen legal objetivo de separación de bienes es acorde con una situación económica independiente de cada cónyuge, mientras que un régimen legal de gananciales nivela la situación (durante el matrimonio) cuando un cónyuge es económicamente dependiente de otro. Por su parte, la separación de bienes si un cónyuge carece de recursos propios, aunque formalmente no sea discriminatorio, puede traducirse en una desprotección del cónyuge económicamente dependiente. La separación de bienes funciona realmente con un matrimonio igualitario⁸. Esto implica que la admisión inicial

⁷ VAQUERO LÓPEZ, C., “Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, 2018, pp. 439 y ss., esp. p. 450, considera que entrarían directamente en este art. 30 las normas que integran el régimen matrimonial primario, entre las que se encuentran, la igualdad de los cónyuges o su independencia patrimonial.

⁸ *Vid.* esa perspectiva de género en GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Party Autonomy in International Family Law”, *Recueil des Cours*, vol. 408, 2020, pp. 201 y ss.

a cualquier tipo de régimen puede corregirse en caso de ruptura si da a lugar a un grave desequilibrio de un cónyuge respecto a otro.

Existen supuestos en los que el Derecho reclamado no establece un régimen económico matrimonial como tal, pero sí obligaciones patrimoniales que pueden exigirse en caso de disolución o ruptura del vínculo. El Derecho inglés sería ejemplo. También el Derecho musulmán, que mantiene como regla la separación de bienes, pero con un sistema en el que los efectos personales derivados del matrimonio siguen siendo importantes, dando además muestra de los diferentes roles de género. Así ocurriría con la obligación de la esposa al cuidado del hogar a cambio de la *nafaqa* que paga el marido, cuyo incumplimiento puede determinar una acción de responsabilidad patrimonial o ser causa de divorcio⁹. La valoración del orden público requiere su aplicación en modo atenuado, a la vista de las circunstancias concretas en las que la propia mujer puede ser la demandante y la beneficiada. Desde la misma perspectiva, la exigencia de la dote prevista en el Derecho musulmán no deja de ser un instrumento para compensar la posición de debilidad de la mujer en el matrimonio¹⁰.

2.2. Las garantías para una igualdad real en la elección de ley

Los cónyuges pueden ejercer su autonomía de la voluntad de dos modos diferentes: eligiendo una ley rectora del régimen matrimonial conforme al citado art. 22 (autonomía conflictual); o alcanzando acuerdos concretos sobre la configuración de sus relaciones patrimoniales a través de las capitulaciones (autonomía material), cuya validez y eficacia estará en todo caso supeditada a la ley rectora general.

La posibilidad – controlada - de elección de ley responde a un modelo que permite a los cónyuges o bien “huir” de su sistema nacional o bien “mantener su identidad cultural” con la elección de ley, renunciando a la integración en el Estado de la residencia habitual. Podría darse aquí la circunstancia de que un cónyuge tuviera especial interés en la elección de ley, frente a otro más reticente. Pudiera también ocurrir que un cónyuge, en una posición fuerte, intentase controlar o manipular la elección de ley

⁹ Cf. GÓMEZ CAMPELO, E., *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Reus, Madrid, 2008, p. 86.

¹⁰ DIAGO DIAGO, P., “La dot islamique à l’épreuve du conflits de civilisations, sous l’angle de droit international privé espagnol”. *Annales de Droit de Louvain*, vol. 61, 2001, pp. 407 ss., esp. p. 426.

frente al otro cónyuge, en posición de debilidad en la negociación. Es importante para ambos, en todo caso, el conocimiento anticipado sobre el Derecho rector del régimen matrimonial.

Existen modelos ensayados de protección de la parte débil en el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Claramente, en consumidores o en trabajadores, el impacto de una elección de ley potencialmente perjudicial queda minimizado con el correctivo mínimo de la protección irrenunciable prevista en su residencia habitual del consumidor o en el lugar habitual donde el trabajador desempeña su trabajo. En el caso de los contrayentes o cónyuges no puede identificarse, en principio, cuál de ellos pueda estar en una posición de debilidad frente al otro; no estaría justificado fijar como criterio apriorístico el rol de género, estableciendo una discriminación positiva en las conexiones a favor de la mujer frente al hombre o viceversa. Las garantías de igualdad tienen que ser, por tanto, neutras en cuanto al género. Además, la nivelación de posibles desequilibrios no puede realizarse en este caso en la fase de comparación de Derechos reclamados – algo incompatible con la necesaria seguridad jurídica y previsibilidad del Derecho rector del régimen matrimonial– sino en las cautelas iniciales que eviten una elección impuesta por un cónyuge frente a otro. La posible inexistencia de desigualdad real o desequilibrio entre los contrayentes/ cónyuges debe tratar de minimizarse con instrumentos para garantizar la existencia de un consentimiento real e informado, que parta de un equilibrio en las condiciones de negociación. A todo ello van destinadas las reglas sobre forma y consentimiento del Reglamento, unido a la exigencia de una capacidad para pactar en condiciones de igualdad.

2.2.1. Capacidad para celebrar el acuerdo

Las condiciones de capacidad de celebración de acuerdos entre los cónyuges, entre los que se incluye el pacto de elección de ley, no deben tener un componente discriminatorio. La exclusión del ámbito de aplicación del Reglamento REM de la capacidad jurídica de los cónyuges debe entenderse referida a la capacidad general, pero no a las reglas especiales vinculadas al matrimonio y con repercusiones sobre las relaciones patrimoniales. La cuestión tiene especial trascendencia en relación con la “capacidad” para otorgar capitulaciones matrimoniales y las limitaciones para realizar tran-

sacciones o actos de disposición por parte de los cónyuges¹¹. Tales reglas de capacidad “especiales” también deberían ser consideradas a los efectos de la posibilidad de elección de ley, desechando cualquier condicionamiento discriminatorio que pudiera existir.

2.2.2. Forma

En los Reglamentos de Derecho de familia, son comunes las exigencias de forma cualificadas que funcionan como mínimos de aplicación uniforme: el acuerdo tiene que constar por escrito, fechado y firmado. A ello se añaden los requisitos cumulativos que estén previstos en la ley del Estado miembro de la residencia habitual de los cónyuges o, al menos, donde uno de ellos tenga residencia. Pretende evitarse que, por ejemplo, la admisión de un documento privado en un Estado pueda ser suficiente para incorporar una cláusula de elección de ley. El riesgo evidente es que documentos públicos, en los que conste la elección de ley, pueden resultar ineficaces si no respetan las especiales exigencias de la ley del Estado miembro de la residencia habitual, circunstancia que deberá ser especialmente advertida por los notarios que, en su caso, intervengan en el otorgamiento del documento. Esto significa que, en la práctica, en la elección de ley es más importante la residencia habitual que la nacionalidad de los cónyuges. Subyace aquí la presión de determinados sectores profesionales que querían garantizar su posición también en el caso de matrimonios internacionales. Pero lo cierto es que también funciona como una garantía cualificada de protección del consentimiento de los cónyuges. Dado ese carácter protector del consentimiento, procede una interpretación amplia de los requisitos de forma: no solo respecto a la exigencia de una escritura pública, también respecto de otras condiciones como el asesoramiento profesional previo. Esta finalidad tuitiva hace inexplicable la diferencia de trato de residentes en un Estado miembro respecto de residentes en un tercer Estado, cuyas exigencias formales no serían consideradas a tenor del art. 22 del Reglamento. En el contexto de la cooperación reforzada del Reglamento, esto afecta a cónyuges residentes en Estados UE que no sean partícipes en el instrumento¹².

¹¹ JIMÉNEZ BLANCO, P., *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 97 y ss.

¹² Ver también la crítica sobre este punto DÖBEREINER, CH., “Rechtswahlfreiheit im Ehegüterrecht”, en DUTTA, A. y WEBER, J. (Coord.), *Die Europäischen Güterrechtsverordnungen*, München, C.H. Beck, 2017, pp. 63 y ss., esp. p. 97; WAUTELET, P., “What’s

2.2.3. Consentimiento

El consentimiento y la validez material de la elección de ley se determina por la ley hipotética, es decir, por la propia ley elegida si la elección fuera válida (art. 24.1). Ocurre que, a medida en que se incrementan las exigencias formales y condiciones de información y asesoramiento, disminuyen las posibilidades de invocar vicios del consentimiento para anular la cláusula. Claramente se observa esta correlación inversa en una – limitada – posibilidad de intentar anular la cláusula por error o dolo, en la medida en que un adecuado asesoramiento profesional debería garantizar el conocimiento del alcance y efectos de la elección de ley. Otras circunstancias, como la violencia o intimidación, quizá menos evitables solo con condicionamientos formales, quedarían sujetas a la ley hipotética elegida (o, en su caso, a la posibilidad de veto del art. 24.2). En todo caso, estaría fundamentada una intervención del orden público del foro ante un eventual desconocimiento por la ley hipotética de la violencia o intimidación como causas invalidantes del consentimiento; o cuando el Derecho extranjero sometiera su aplicación a unas exigencias probatorias que hicieran inviable su utilización en la práctica.

Se reconoce, adicionalmente, la posibilidad de bloqueo de la cláusula por uno de los cónyuges invocando la ley de su residencia habitual en el momento de la demanda si de las circunstancias resulta que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la ley hipotética elegida (art. 24.2). La posibilidad de veto del art. 24.2 es una norma heredada del art.10.2 de Roma I, que permite a una parte contractual basar la nulidad o inexistencia de consentimiento en la ley de su residencia habitual. La norma tiene su utilidad para protegerse frente a vicios del consentimiento no previstos (o no previstos de la misma manera) en la ley hipotética. También podría utilizarse en el caso de que la ley de la residencia habitual estableciera requisitos cualificados sobre el consentimiento (ejemplo, un asesoramiento previo preceptivo) que, de no darse, invalidara la voluntad aparentemente manifestada.

El art. 24.2 es criticable por su fijación temporal: no sería correcto apreciar la residencia de la persona que alega la falta de consentimiento “en el momento de la demanda”. En este caso, no se ha trasladado el criterio seguido en el art. 10.2 de Roma I que, con mayor acierto, establece la po-

Wrong with Article 22? The Unsolved Mysteries of Choice of Law for Matrimonial Property”, *Yearbook of Private International Law*, 2017-2018, pp. 213 y ss., esp. p. 229.

sibilidad de bloqueo valorando la residencia habitual en el momento de la celebración de pacto¹³. La opción seguida en el Reglamento REM, posponiendo ese bloqueo al momento de la demanda, introduce un elemento de inseguridad jurídica insoportable no solo para valorar el régimen matrimonial en las relaciones entre los cónyuges sino también en su impacto en relación con terceros, en el marco del art. 28 del Reglamento.

2.2.4. El interrogante sobre la elección tácita

Las exigencias de forma antedichas del art. 23 tratan de garantizar la existencia de consentimiento. Y es aquí donde se suscita la duda sobre la exigencia de que la elección de ley sea expresa o de si también estaría cubierta una elección tácita. El art. 23 no lo indica directamente, moviéndose en la misma ambigüedad que el resto de los Reglamentos UE sobre familia.

La ausencia de esa mención en el Reglamento, unido al sentido del art. 24 del Reglamento, permitiría entender que una elección expresa no sería necesaria siempre que pudiera derivarse “una elección” de forma indubitada de un documento escrito, fechado y firmado por los cónyuges. Así ocurriría, por ejemplo, en el caso de que los cónyuges hubieran otorgado unas capitulaciones matrimoniales “a medida” de un Derecho estatal, citando instituciones o normas matrimoniales de un Estado, aun sin incluir una cláusula independiente de elección de ley o, incluso, acudiendo a un notario del Estado en cuestión¹⁴. Sin embargo, existen criterios contrapuestos para determinar si realmente es posible una elección tácita de la ley aplicable.

¹³ El art. 10.2 de Roma I no introduce expresamente una fecha crítica para apreciar la residencia habitual del cónyuge que invoca ese veto; pero siguiendo las reglas de interpretación de este Reglamento, salvo solución expresa contraria, la residencia habitual se entiende referida al momento de celebración del contrato (art. 19.3 de Roma I).

¹⁴ Véase esta interpretación en CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 198-199. Admite claramente esa posibilidad el Convenio de La Haya de 1978, cuyo art. 11 dispone que “La designación de la ley aplicable deberá ser objeto de una estipulación expresa o resultar indubitadamente de las disposiciones de un contrato matrimonial.”. WAUTELET, M., (*op. cit.*, pp. 218 y ss.) plantea la posible compatibilidad de la elección tácita con el Reglamento. A favor de la posibilidad de elección tácita de la ley rectora REM se pronuncia MAGNUS, M. (“Die konkludente Rechtswahl im internationalen Erb- und Familienrecht”, *IPrax.*, 2019 pp. 8 y ss., esp. p. 14) invocando los antecedentes del art. 22; en el mismo sentido, Ch. Döbereiner, *loc. cit.*, pp. 77-78. Por el contrario, la Circular del Ministerio de

La interpretación literal de la norma no nos ofrece una respuesta definitiva sobre esta cuestión. A favor de la elección tácita, se encontraría una interpretación estricta del art. 22, que no exige que la elección sea expresa. En contra de la elección tácita, se encuentra, en primer lugar, que nada se dice en el articulado, a diferencia del art. 22 Reglamento de sucesiones en el que directamente se permite una elección que resulte “de los términos” de una disposición *mortis causa*. Además, el Considerando 46 del Reglamento exige la manifestación expresa de la voluntad de los cónyuges para cualquier modificación en la ley aplicable al régimen matrimonial. Es cierto que la referencia se limita a la “modificación” de la ley, sin mención a la ley originaria; sin embargo, la justificación utilizada, relativa a la seguridad en las transacciones y en evitar cambios del régimen sin notificación a los cónyuges, es enteramente aplicable a la determinación de la elección inicial.

Adicionalmente, la aceptación de la elección tácita se concilia mal con las condiciones formales descritas y las garantías consentimiento; con la eficacia frente a terceros ley rectora del régimen matrimonial y con la vinculación de la competencia judicial internacional a la ley aplicable.

En efecto, los exigentes requisitos de forma del art. 23 parecen que van destinados a proteger la voluntad “inequívoca” de una elección de ley. La finalidad del art. 23 es la protección del consentimiento informado que obliga a que, al menos, la existencia de la propia elección de ley resulte evidente y no pase desapercibida para ninguno de los cónyuges. Es decir, no parece compatible establecer unas garantías formales destinadas a proteger la voluntad del cónyuge más débil con permitir que tal elección se pueda derivar de la redacción e interpretación de los acuerdos entre los cónyuges, cuyo alcance – en términos de elección tácita ley – pudo haber pasado desapercibido para uno de los cónyuges. A ello debe añadirse una interpretación lo más homogénea posible con los requisitos de elección de ley en materia de divorcio (art. 7.1 de Roma III)¹⁵ y de alimentos (art. 8.2 del Protocolo de La Haya de 2007)¹⁶.

Justicia francés de 24 de abril de 2019 (ficha 3, p. 3) entiende que dicha elección ha de ser expresa.

¹⁵ El Considerando 18 del Reglamento Roma III subraya la importancia de la “elección informada” por parte de los cónyuges.

¹⁶ KROLL-LUDWIGS, K., en CALLIES, G.-P- (ed.): *Rome Regulations (Commentary)*, 2ª ed., Kluwer, Países Bajos, 2015, p. 887; MARINO, S., “Strengthening the European Civil Judicial Cooperation: the Patrimonial Effects on Family Relationships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 1, 2017, pp. 265 y ss., esp., p. 278, nota 44; AÑOVEROS TERRADAS, B., “Autonomía de la voluntad conflictual y

La elección tácita sería en todo caso “inoponible” frente a terceros: recuérdese que, conforme al art. 28 del Reglamento REM, cualquier pacto (y el de elección de ley lo es) requiere figurar inscrito en un registro. Ello supone, en consecuencia, que no podrá exigirse al tercero que “infiera” una elección tácita de ley por parte de los cónyuges

Finalmente, la elección tácita no resultaría compatible con la sumisión de los cónyuges a los tribunales del Estado cuya ley resulte aplicable (art. 7). Si, con carácter general, ya plantea problemas “anticipar” la ley aplicable a efectos de valorar la sumisión permitida por el art. 7, ¿vamos también a decidir con anterioridad si hay esa elección de ley que no ha sido expresamente mencionada?

En todo caso, el Reglamento deja abierta una posibilidad de una elección encubierta en el supuesto del art. 26.3, si los cónyuges con residencia habitual común inicial, sin embargo, planifican y acomodan su vida matrimonial a la última residencia habitual lo que podría determinar la aplicación de esta última ley. Se llegaría a una especie de elección tácita de ley que podría pasar desapercibida para uno de los cónyuges. Existen evidentes riesgos de falta de información o conocimiento por alguno de los cónyuges que no se ven beneficiados en ningún momento ni por las garantías formales ni por las garantías en torno al consentimiento. El efecto sorpresa invalida la eficacia retroactiva de la nueva ley, pero no la aplicación de la misma¹⁷. Por otra parte, este cambio de ley sería contradictorio con el citado Considerando 46 del Reglamento, que exige la manifestación expresa de la voluntad de los cónyuges para cualquier modificación en la ley aplicable al régimen matrimonial.

sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, en M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (Dir.), *Persona y familia en el nuevo modelo de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 241 y ss., esp. pp. 267-268.

¹⁷ En este sentido, el art. 26.3, solo establece que, en caso de desacuerdo por uno de los cónyuges, la ley de la última residencia habitual solo podrá aplicarse desde el establecimiento de la residencia habitual común en ese Estado, y no desde el momento de la celebración del matrimonio.

3. GARANTÍAS DE IGUALDAD EN EL RÉGIMEN PACTADO DURANTE EL MATRIMONIO Y EN PREVISIÓN DE RUPTURA

3.1. *En las condiciones de negociación de los pactos*

El otro ámbito importante, y muy frecuente en la práctica, de la autonomía de la voluntad se manifiesta en la autonomía material, ya sea para pactar capitulaciones matrimoniales, en sentido estricto, para regir las relaciones patrimoniales vigente el matrimonio, o para establecer acuerdos en previsión de ruptura.

Las especiales exigencias de forma también van dirigidas en este ámbito a evitar un efecto sorpresa para los cónyuges y tener pleno conocimiento de lo que se pacta y de su alcance. Dado ese carácter protector del consentimiento, procede una interpretación amplia de los requisitos de forma: no solo la exigencia de una escritura pública, también otras condiciones como el asesoramiento previo o incluso la obligación de conocer la situación financiera real (interesante en relación con el consentimiento)¹⁸.

La validez formal de las capitulaciones está sometida a exigencias aún más estrictas que las aplicables a la cláusula de elección de ley. Así, además de cumplir los requisitos mínimos por el Reglamento (que figuren en un escrito, fechado y firmado) y por la ley del Estado miembro que se corresponda con la residencia habitual de los cónyuges o con la de uno de ellos, en caso de tenerla separada, deberán adicionalmente cumplirse las exigencias de la ley rectora del fondo del régimen matrimonial. La aplicación cumulativa de todas estas exigencias formales se explica, por un lado, como garantía de protección de un consentimiento informado por parte de los cónyuges y también como requisito mínimo de publicidad¹⁹. Por otro lado,

¹⁸ Así, el art. 231-20.2 del Código civil catalán establece: «2. El notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4.», que se refiere a su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto.

¹⁹ En esta clave, se reclamaba por parte de los notarios italianos el respeto a las exigencias formales adicionales de la ley de la residencia habitual, *vid.* LAGARDE, P., “Réglements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés”, *Revue critique de droit international privé.*, 2016, pp. 676 y ss., esp. p. 682. Véase que el carácter solemne de las capitulaciones es una característica común en Derecho comparado (en el

en el obligado respeto a las exigencias de forma impuestas por el Estado miembro de la residencia habitual subyace una condición para la aceptación de las capitulaciones en todos los Estados miembros, considerando las divergencias legislativas sobre este aspecto²⁰. Dentro de estas condiciones puede resultar necesaria su inscripción registral, cuando sea requisito de validez de las capitulaciones.

La consideración, desde la perspectiva del Reglamento REM, de los acuerdos en previsión de ruptura como capitulaciones matrimoniales²¹ implica que aquellos deberán cumplir los requisitos de forma establecidos en el art. 25 del mismo. Y ello con independencia de que los Derechos nacionales prevean unas reglas diferentes para las “capitulaciones”, entendidas en sentido estricto, y para los “acuerdos en previsión de ruptura”, que podrían incorporarse, en su caso, en una escritura aparte²². Incluso resulta posible entender que, tras la ruptura de la convivencia matrimonial, se den acuerdos

estudio del TMC Asser Institut, *Étude sur les régimes matrimoniaux des couples mariés et sur le patrimoine des couples non mariés dans le Droit international privé et le Droit interne*, JAI/A3/2001/03., p. 86; CERVILLA GARZÓN, M.D., *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 22, nota 5, con referencias normativas concretas); también DENGEL, K., *Die Europäische Vereinheitlichung des Internationalen Ehegüterrechts und des Internationalen Güterrechts für Eingetragene Partnerschaften*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 288-289. Sin embargo, en Suecia, por ejemplo, es suficiente el acuerdo escrito y firmado por los cónyuges, sin documento público (<http://www.coupleseurope.eu>); o en Austria, solo se exige la forma escrita para los acuerdos de reparto de determinados bienes conyugales (§97 de la *EheGesetz*).

²⁰ Así lo indica el Considerando 48 del Preámbulo del Reglamento.

²¹ Vid. JIMÉNEZ BLANCO, P., *op. cit.*, pp. 104 y ss.

²² Vid. el art. 231-20 del Código civil catalán. En ese sentido, GARCÍA RUBIO, M.P. (“Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil”, *Anuario de Derecho civil*, vol. LVI, 2003, pp. 1653 y ss., p. 1660) hace referencia a la posibilidad de que la renuncia de pensiones y otros pactos en previsión de ruptura estén fuera de las capitulaciones matrimoniales e incluso sin exigencia de forma determinada. En esa clave también se muestra GASPAR LERA, S., (“Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad”, *Anuario de Derecho civil*, vol. LXIV, 2011, pp. 1041 y ss., esp. pp. 1071-1072), indicando que puede ser suficiente la forma escrita, aunque es recomendable la escritura pública para asegurar la formación del consentimiento.

de separación, fuera del convenio regulador, que podrían tener unos requisitos de forma más flexibles, manteniendo un carácter vinculante²³.

Esta interpretación amplia de las condiciones de forma es especialmente interesante si se entiende que el art. 24 no cubre el consentimiento sobre las capitulaciones matrimoniales, valoración importante para determinar su validez y la protección de la igualdad entre los cónyuges²⁴. En este punto, su precedente Roma I tiene una regulación completa y más coherente, dado que regula el consentimiento y la validez material del acuerdo de elección de ley (art. 3.5) y el consentimiento y validez material del propio contrato o de cualquiera de sus disposiciones (art. 10), siendo este el antecedente inmediato del analizado art. 24 del Reglamento REM. Precisamente esta comparativa muestra la inaplicabilidad de este precepto a las capitulaciones matrimoniales, dado que lo lógico en ese caso sería que el art. 24 previera como ley rectora la ley hipotética rectora del régimen matrimonial, sea ésta fruto de una elección de ley o de la conexión objetiva aplicable conforme al art. 26. Sin embargo, esta última no se menciona.

La exclusión del art. 24 del control del consentimiento sobre las capitulaciones matrimoniales no significa, lógicamente, que no haya ley rectora para este: el consentimiento se controlará en todo caso a partir de la ley rectora del régimen matrimonial. Podrían entrar aquí alegaciones como el desconocimiento del idioma (lo que intentó invocarse en el caso de la STS núm. 315/2018, de 30 de mayo, en relación con la cónyuge rusa) o incluso una baja formación cultural por parte de un cónyuge que, sin asesoramiento adecuado, acredite una imposible comprensión sobre el alcance y consecuencias del pacto suscrito²⁵.

²³ En este sentido el art. 233.5 del Código civil de Cataluña establece ese carácter vinculante tanto de los pactos en previsión de ruptura formalizados en escritura pública y los adoptados después de la ruptura, aunque fuera del convenio regulador. Estos últimos, solo para el caso de que se hubieran firmado sin asistencia letrada, podrían revocarse durante los tres meses siguientes y, como máximo, hasta la contestación de la demanda o reconvencción.

²⁴ Estos acuerdos sólo son válidos si son fruto del consentimiento informado, prestado por las partes de forma libre y ausente de toda intimidación, coacción o sometimiento por parte de cualquiera de los cónyuges (STS 572/2018, Sala Primera, 19 octubre 2015 [ECLI:ES:TS:2015:4175] y STS 315/2018, Sala Primera, 30 mayo 2018 [ECLI:ES:TS:2018:1925]).

²⁵ Véase, a los efectos de valorar la sociedad española en el contexto de la nacionalidad, la STS, Sala 3ª, núm. 1521/2021 de 17 de diciembre de 2021, consideró que tal requisito debe atemperarse y adecuarse en el caso de mujeres migrantes con escasa instrucción y formación cultural determinantes de especial vulnerabilidad.

También deberá valorarse la inexistencia de vicios del consentimiento, los aspectos relativos a la incorporación de la propia cláusula, el requisito de la claridad en la redacción de las cláusulas o la necesidad de un asesoramiento previo, garantías especialmente importantes en capitulaciones otorgadas antes del matrimonio y que funcionarían de modo semejante a como lo hacen las cláusulas de incorporación en las condiciones generales de la contratación. No obstante, alguna de estas cuestiones se vincula con condicionantes formales; así, por ejemplo, si se establece una obligación de información por parte de un notario (u otra autoridad) es porque se presupone el otorgamiento de una escritura pública. En estos supuestos, las reglas de conflicto aplicables a la forma absorberían la acreditación del consentimiento, de ahí la importancia de una interpretación amplia del concepto de forma.

3.2. En el control de fondo de los pactos en el momento de su celebración

3.2.1. Parámetros generales de valoración

La validez material de las capitulaciones está sometida a la ley rectora del régimen matrimonial, ya sea la ley elegida, conforme al art. 22, o la conexión objetiva subsidiaria que se derive del art. 26 [art. 27.g) del Reglamento]. Este sometimiento no impide que puedan realizarse “incorporaciones por referencia”, en ejercicio de la autonomía material de los cónyuges, a otras leyes estatales para pactos concretos entre los cónyuges o incluso a los Principios Europeos de Derecho de familia. Pero la eficacia última de estas incorporaciones dependerá de que no vulnere las reglas imperativas de la ley rectora del régimen matrimonial. Esta “validez material” de los pactos incluiría el control sobre su contenido, licitud y eficacia, todo ello sometido a la ley rectora REM [art. 27.g)].

En el momento de su celebración, los pactos se valoran de manera fraccionada en función de su contenido. Puede ser habitual incluir cuestiones que van más allá del régimen patrimonial de los cónyuges, incluyendo acuerdos sobre alimentos o pensiones, o incluso sobre responsabilidad parental. Lógicamente tiene que tratarse de una materia disponible, lo que

Aunque la necesidad de acreditar un grado de integración suficiente no comporta discriminación por razón de sexo, la normativa en materia de igualdad obliga a tener en cuenta la procedencia de ambientes socioculturales discriminatorios para acomodar la exigencia legal a esas circunstancias, valorando las particularidades del solicitante.

en el ámbito de las relaciones privadas internacionales conllevará su verificación conforme a la ley que resulte en cada caso aplicable en función de la materia, sea la ley rectora del régimen matrimonial, de los alimentos o de la responsabilidad parental.

La valoración de estos pactos ha de partir de un equilibrio entre la libertad personal (arts. 17 y 19 CE) de los cónyuges (siempre que esta esté claramente asegurada) y la protección igualdad (arts. 14 y 32 CE) y la dignidad (art. 10 CE), todo ello conformando el orden público²⁶. Teniendo esto en cuenta, la valoración difiere en función de una ordenación del régimen matrimonial dentro del matrimonio o si se trata de un acuerdo en previsión de ruptura; en este último caso, también difiere en función del momento: ya sea cuando el pacto se celebra o ya sea en el momento de su exigibilidad.

Entrarían en este ámbito limitaciones como las establecidas en el art. 1328 C.c., en relación con la nulidad de cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge; el art. 1256 C.c. que impide que el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de una de las partes; o previsiones como las del art. 231-20.3 del Código civil catalán, en relación con la exigencia de reciprocidad y claridad de los pactos de exclusión o limitativos de derechos. Tales condicionantes integrarían el Derecho rector del régimen matrimonial que, a su vez, rige la validez material de las capitulaciones. Todo ello, sin perjuicio de la operatividad del orden público para el caso de lesión de un derecho fundamental o grave desprotección de un cónyuge en situación de especial vulnerabilidad²⁷. En el ámbito del Reglamento REM, puede suscitarse la duda sobre el parámetro a utilizar, dado

²⁶ Cf. ALLUEVA AZNAR, L., “Los requisitos para la validez de los pactos en previsión de ruptura matrimonial”, *InDret*, núm. 1, 2013, pp. 1 y ss., esp. p. 11. En este sentido, la citada STS (Civil) de 30 mayo de 2018 (*loc. cit.*) entendió que la renuncia recíproca a las reclamaciones de indemnización o de pensión no vulneraba nuestro orden público porque, cuando se firmaron los pactos prematrimoniales, no se indujo al cónyuge a una situación de previsible precariedad, ni hubo sometimiento a la voluntad del marido.

²⁷ La eventual contradicción con el orden público y con la libertad y dignidad de la persona fue analizado expresamente por la STS (Civil) núm. 315/2018, de 30 de mayo, para rechazarlo en el caso concreto de un matrimonio mixto entre español y rusa que hicieron constar pactos prematrimoniales de renuncia recíproca a indemnizaciones y pensiones futuras, sin presencia de hijos comunes; *vid.* al respecto, CERVILLA GARZÓN, M.D., “Acuerdos prematrimoniales y ruptura conyugal”, *Diario La Ley*, núm. 9301, de 19 de noviembre de 2018 y ANTÓN JUÁREZ, I., *Acuerdos prematrimoniales internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 267 y ss.

que el margen imperativo en el marco de una norma estatal no se convierta automáticamente en parámetro para exceptuar la aplicación de la ley extranjera. Así, por ejemplo, se suscitarían dudas sobre el alcance general del art. 1328 C.c. para todo el Derecho español en el caso de inexistencia en las legislaciones autonómicas. Es más que dudoso que pueda utilizarse directamente un precepto como el art. 1328 C.c. como cláusula de orden público frente al Derecho extranjero, dado que la referencia del límite derivado las leyes, las buenas costumbres o la igualdad de los cónyuges resulta, en todos sus términos, difícilmente aplicable a situaciones transfronterizas al entremezclarse normas imperativas internas (leyes o costumbres) con valores que pueden informar el orden público internacional, como sería la igualdad entre los cónyuges. Dicho precepto integrará, por tanto, el Derecho rector de la ley reclamada.

La intervención del orden público debería reservarse para los acuerdos discriminatorios o atentatorios contra cualquier derecho fundamental de cualquiera de los cónyuges. Como excepción al Derecho reclamado sobre la base del art. 31 del Reglamento, el orden público del foro actuaría cuando los acuerdos suscritos pudieran afectar a la libertad personal o a la dignidad de alguno de los contrayentes, si alguno consintió en condiciones de sometimiento o dejándose a sí mismo en una grave situación de desprotección²⁸.

La protección de la igualdad y de la reciprocidad debe entenderse en sus justos términos en este contexto. Por una parte, debe ser una igualdad real y no meramente formal: no basta, por ejemplo, con que renuncien los dos a reclamaciones futuras si en la práctica solo uno de ellos tiene ingresos. Por otra parte, hay que considerar que los acuerdos van a generar un desequilibrio entre los cónyuges que, por sí mismo, no vulnera el orden público siempre que hayan sido libremente consentidos por las partes. Debe, por tanto, hacerse un balance entre la protección de la igualdad de los cónyuges y de la autonomía de la voluntad: parece consustancial a los acuerdos económicos que se produzca una diferencia de trato en la distribución patrimonial entre los cónyuges. Debe valorarse también conforme a la ley rectora la posibilidad y el alcance de la renuncia de derechos o de acciones sobre el patrimonio del otro cónyuge. En este contexto, se ubicaría el art. 6.2 C.c., en el que la referencia al orden público como límite a la renuncia de derechos no es equivalente a “orden público internacional”. También sería dudosa la intervención

²⁸ Así, la STS 392/2015, Sala Primera, 24 junio 2015 [ECLI:ES:TS:2015:2828] alude al respeto de la dignidad de la persona y el principio de la igualdad jurídica entre los cónyuges y de no discriminación.

automática del orden público del foro frente a una ley que permitiera una renuncia genérica frente a acciones o derechos futuros, como ocurrió en el asunto *Radmacher y Granatino*, en el que los cónyuges habían pactado, para caso de divorcio o muerte, que no podría interponerse una demanda contra el patrimonio privativo del otro²⁹.

3.2.2. Análisis por pactos

Con los parámetros indicados, pueden valorarse determinados pactos-tipo habituales en los acuerdos en previsión de ruptura:

-Pactos unilaterales de exclusión o limitativos de derechos. Obsérvese que, por ejemplo, en este ámbito el Código civil catalán exige reciprocidad en tales tipos de pactos. Similares a los anteriores, serían los pactos de renuncia a reclamar pensiones o compensaciones futuras³⁰. No estaría justificada la exigencia de reciprocidad como criterio general de orden público: la igualdad se garantiza con consentimiento libre y sin dependencia o sometimiento de un cónyuge frente a otro. Las garantías del consentimiento informado son determinantes a la hora de valorar la validez inicial de la renuncia. El problema podrá darse, en su caso, en el momento de exigibilidad si el cónyuge queda en una grave situación de vulnerabilidad.

- Pactos que alteran el sistema reparto de bienes y ganancias del matrimonio introduciendo un reparto no equitativo. En principio, garantizadas las condiciones de consentimiento libre e informado, no parece que pueda entenderse nulo ese reparto en todos los casos, que podría obedecer a múltiples razones. Imaginemos una expectativa futura de ganancia patrimonial del cónyuge aparentemente perjudicado por el reparto. Nuevamente habrá que valorar, en el momento de la exigencia del pacto, que ningún cónyuge quede en situación de vulnerabilidad.

Podría incluirse como modalidad, dentro de este tipo de pactos, los *avantages matrimoniaux* del Derecho francés, acuerdos que pretendan alterar el régimen de distribución o liquidación del régimen matrimonial

²⁹ Vid. en SCHERPE, R.M., “Los acuerdos matrimoniales en Inglaterra y Gales tras *Radmacher v Granatino*. Equidad, libertad y ‘elementos extranjeros’”, *InDret*, núm. 2, 2012, pp. 1 y ss., p. 4.

³⁰ Caso de la citada STS núm. 315/2018, de 30 de mayo.

generando una situación de ventaja patrimonial de un cónyuge frente a otro y rompiendo la igualdad en el reparto de la comunidad conyugal³¹.

- Pacto que atribuya la administración de los bienes de la sociedad de gananciales a uno solo de los cónyuges. Tampoco está claro que ese pacto, por sí mismo, vulnerara el orden público, si ha existido libertad en el consentimiento. Tales pactos podrían justificarse en razones prácticas, en un reparto interno de distribución de funciones matrimoniales o en las mayores habilidades gestoras de uno de los cónyuges.

- Obligaciones que quedan al arbitrio de uno de los cónyuges, prohibidas en el art. 1256 C.c., sí podría entenderse que vulneran el orden público, en la medida en que, aun aceptadas libremente por el otro cónyuge, introducen un desequilibrio excesivo entre ellos y un sometimiento de un cónyuge a los criterios del otro. Así podría ocurrir si, por ejemplo, la fijación de una pensión depende exclusivamente de la voluntad de uno de los cónyuges³².

- Una concesión voluntaria unilateral de derechos que un cónyuge frente a otro, sin obligación legal preexistente, podría entenderse inicialmente válido. Tal sería el caso, por ejemplo, pacto de renta vitalicia de un cónyuge a favor del otro cónyuge³³. En este caso, tampoco parece necesaria la reciprocidad en ese tipo de pactos, siempre que no conlleve una situación de precariedad para el cónyuge concedente.

-También pueden existir pactos en los que los propios cónyuges limitan sus derechos personales incluyendo cláusulas penales o indemnizatorias. Podrían tratarse de pactos establecidos sobre obligaciones personales preexistentes (obligación de fidelidad), vinculados por tanto a los efectos personales del matrimonio. Otros compromisos, que afectarían a diversos aspectos de la libertad personal, serían de más difícil ubicación, al tener por objeto cuestiones ajenas a los efectos del matrimonio, como el acuerdo

³¹ Esta figura está recogida en el art. 1527 del *Code civil* francés. Aquí podrá plantearse la incidencia del Derecho sucesorio, por ejemplo, con un régimen de posible reducción o colación de donaciones; *vid.* BONOMI, A., "The Interaction among the future EU instruments on Matrimonial Property, Registered Partnerships and Successions", *Yearbook of Private International Law*, 2011, pp. 217 y ss., esp. pp. 219 y ss.

³² *Vid.* en este contexto GASPAR LERA, S., *op. cit.*, pp. 1064-1065. Para una valoración del orden público en relación con una renuncia anticipada a una pensión compensatoria, tratada en el caso como alimentos, *vid.* GRUBER, U.P., "Renonciation anticipée a la prestation compensatoire et liberté des conventions matrimoniales", *Revue critique de droit international privé*, 2016, pp. 126 y ss.

³³ STS 315/2018, de 30 de mayo, y STS 392/15, de 24 de junio.

de no residir en un determinado lugar o el compromiso de no volver a casarse. A los problemas de ubicación normativa, habría que añadir las dudas de orden público para la coerción de tales acuerdos³⁴. Debe descartarse, en todo caso, la coercibilidad *in natura* (no volver a casarse) pero sí es planteable su coercibilidad económica³⁵. Se suscita un problema de equilibrio que debe resolverse nuevamente en cada caso entre la libertad personal (y de autonomía de la voluntad) y la protección de la igualdad y dignidad de los cónyuges, que impide un sometimiento de un cónyuge frente a otro. En estos casos, también deben entenderse las limitaciones derivadas de la dignidad de la persona y de la igualdad que impondría que fueran limitaciones recíprocas; sería difícilmente justificable la unilateralidad de la obligación asumida.

-Otro tipo de pactos, similares a los anteriores, serían los pactos destinados a incidir en las causas de separación o divorcio. Tales acuerdos quedarían incluidos en el Reglamento (UE) n° 1259/2010 (Roma III), cuya eficacia dependerá, en última instancia, de no contrariar el orden público, lo que exigirá reciprocidad y no afectar a la dignidad de ninguno de los cónyuges. Quedarían incluidos aquí los supuestos de *covenant marriage* o “matrimonio blindado”, admitidos expresamente en algunos Estados de EEUU, y que permite a los cónyuges restringir los motivos de divorcio³⁶.

³⁴ GARCÍA RUBIO, M.P., “Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en Derecho de familia”, en *Neue repts en Dret de família. Materials del Trezenes Jornades de Dret Catalá a Tossa*, Girona, Documenta Universitaria, 2005, esp. p. 107.

³⁵ Conforme a una calificación funcional, debería someterse a la ley rectora de los efectos personales del matrimonio, esto es, el art. 9.2 C.c. *Vid.* GASPAR LERA, S., *op. cit.*, p. 1051.

³⁶ GASPAR LERA, S., *loc. cit.*, p. 1053, nota 21. En el Derecho español, al no existir un divorcio causal, solo tendría sentido para limitar las causas de divorcio y, en este caso, deberían valorarse a partir de las reglas de reciprocidad e igualdad entre los cónyuges (en contra de su eficacia se pronuncia CERVILLA GARZÓN, M.D., “Sobre la eficacia de los acuerdos prematrimoniales y matrimoniales con previsiones de ruptura que afectan a los hijos menores”, en MOTA, H. y GUIMARÃES, M.R., *Autonomia e heteronomia no Direito da Família e no Direito das Sucessões*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 671 y ss., esp. p. 672). Quedaría también por valorar la adecuación de tal autolimitación al divorcio desde la perspectiva del Reglamento Roma III.

3.3. En el control de fondo de los pactos en el momento de la ruptura matrimonial

Desde la perspectiva de la exigibilidad de fondo, la aprobación judicial de los acuerdos en previsión de ruptura estará supeditada a los requisitos legales preestablecidos (que no haya perjuicio de derechos de terceros, por ejemplo) y a condiciones de equidad, en función de la aparición de circunstancias sobrevenidas imprevisibles inicialmente para los cónyuges³⁷. Ello es especialmente importante a la hora de valorar renunciaciones anticipadas (a pensiones, indemnizaciones o reclamaciones sobre el patrimonio del otro cónyuge), cuya eficacia puede quedar comprometida por hechos posteriores, como el nacimiento de los hijos o una inesperada variación en la situación patrimonial en cada uno de los cónyuges (premio en la lotería, situación de desempleo...) ³⁸. Sobre esta base se construyó el asunto *Radmacher v. Granatino* y la valoración de la *equity* para dotar de eficacia al acuerdo prematrimonial³⁹. De modo semejante, la jurisprudencia española ha venido aplicando la teoría de la base objetiva del contrato o la cláusula *rebus sic stantibus* para modular la eficacia del acuerdo en particular si ello implica dejar al cónyuge renunciante de un derecho en una situación de necesidad⁴⁰.

Dicha valoración no puede (no debería) realizarse de manera aislada en función de cada pacto o acuerdo prematrimonial, a pesar de que exista, como se ha indicado, ese fraccionamiento desde la perspectiva de la ley aplicable. Cuando el acuerdo incorpora una renuncia de derechos que dejen

³⁷ De hecho, el Código civil catalán exige que los casos de renuncia de derechos que comprometen la situación de terceros se incluyan en el convenio regulador para su aprobación judicial (art. 233-2, apdos. 2 y 3). Así ocurre, por ejemplo, con la renuncia a la pensión compensatoria y la atribución de la vivienda familiar. Si estos acuerdos no se incluyen en el convenio, no son eficaces si comprometen las necesidades básicas del cónyuge acreedor (*vid.* CERVILLA GARZÓN, M.D., *op. cit.*, p. 185).

³⁸ Corresponde a la autoridad judicial, *ex art.* 90 CC., comprobar que no ha habido un cambio sustancial de las circunstancias determinante de un grave perjuicio para alguno de los cónyuges o de un daño para los hijos como consecuencia de lo estipulado. *Vid.* a este respecto, el art. 231-20.5 y, en relación con la atribución de la vivienda familiar, el art. 233-21.3, ambos del Código civil catalán.

³⁹ *Vid.* SCHERPE, R.M., *op. cit.*, pp. 1 y ss.

⁴⁰ Claramente en esta clave, *vid.* el 235-20.5 del Código civil catalán. *Vid.* GASPAR LERA, S., *op. cit.*, pp. 1063 y ss.; CERVILLA GARZÓN, M.D., *op. cit.*, p. 185. La cláusula "*rebus sic stantibus*" se consideró en la STS (Civil) de 24 de junio de 2015, en relación con el pacto de una renta vitalicia, aunque se descartó su aplicación en el caso concreto porque se entendió que no se había producido una variación en la situación financiera respecto al momento del acuerdo.

a uno de los cónyuges en una situación económica de vulnerabilidad debe verificarse el “mínimo vital” en relación a todos los acuerdos suscritos. Ello implica una valoración global o, si se prefiere, en cadena, de los diferentes acuerdos para determinar si el resultado final total alcanza a cubrir la protección de los cónyuges. La *equity* de la jurisprudencia británica⁴¹ marca el camino de modo que, salvada la protección del mínimo vital, no habría problema en mantener la validez del resto de los acuerdos prematrimoniales.

Nuevamente, el papel del orden público del foro debería quedar reservado para la protección de la igualdad y dignidad de la persona, de modo que solo debería activarse teniendo en cuenta la situación global final en la que va a quedar el cónyuge⁴². En la utilización del criterio del orden público también debe considerarse la protección de terceros, en particular que no se vulnere el interés superior de los menores ni lesionen intereses públicos, entendiendo que las renunciaciones de derechos por los cónyuges no conlleven tener que acudir a la carga asistencial pública del Estado⁴³.

La *equity* se basa en la constatación de tres aspectos: la necesidad, la compensación entre cónyuges por quedar en situación de desventaja uno respecto al otro y la distribución de patrimonios. Los dos primeros han

⁴¹ Vid. en relación con el asunto *Radmacher c. Granatino* en SCHERPE, R.M., *op. cit.*, p. 16. A favor de una valoración global de estos acuerdos también se manifiesta BARBA, V., “Los pactos prematrimoniales en el Derecho italiano. Propuesta de reforma de acuerdo con el Derecho catalán”, *Anuario de Derecho civil*, 2021, pp. 21 y ss., esp. p. 29.

⁴² Vid. GALLANT, E., “Contrats nuptiaux internationaux et anticipation des conséquences financières du divorce : quel ordre public?”, *InDret*, 2017, número extraordinario Nuria Bouza, pp. 139 y ss., p. 150, con referencia al art. 13 Protocolo La Haya de 2007. La renuncia a los alimentos o pensión compensatoria puede plantear problemas de orden público en la medida en que contravenga principios esenciales del estatuto rector alimenticio, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 163; CHALAS, CH., “Les méthodes du droit international privé à l’épreuve des contrats nuptiaux internationaux”, en *Le Droit à l’épreuve des siècles et des frontières. Mélanges en l’honneur du Professeur Bertrand Ancel*, LGDJ/Iprolex, Madrid, 2018, pp. 385 y ss.

⁴³ Tal valoración se realizó por el TS en su Sentencia núm. 315/2018, de 30 de mayo, en relación con la renuncia recíproca a reclamación de indemnizaciones y pensiones, aunque se descartó en el caso concreto por “la holgura de recursos de ambos”. También alude a ello, para prohibir los pactos en los que uno de los cónyuges quede en situación de abuso de posición dominante, sumiendo al otro a una clara situación de precariedad que le genere la necesidad de asistencia de instituciones públicas o privadas la STS n° 392/2015, de 24 de junio.

de estar garantizados; no ocurre lo mismo con el último, lo que otorga un mayor margen a la autonomía de voluntad de los cónyuges en ese ámbito.

La valoración de los pactos en función de la situación de necesidad implica la activación del orden público si el Estado tiene que hacerse cargo del cónyuge por desprotección. El mínimo vital vendría inicialmente asegurado por el Protocolo de La Haya de 2007, que fija el alcance de la renuncia de derechos vinculados a la protección de las necesidades de un cónyuge, ya sea por alimentos o por pensión compensatoria.

El punto de partida se encuentra en los arts. 8.4 y 8.5 del Protocolo. El art. 8.4 obliga, en caso de elección de ley a alimentos/pensión compensatoria, a realizar una primera comprobación sobre la posibilidad de renuncia conforme a la ley de la residencia habitual del acreedor en el momento de la elección. Por su parte, el art. 8.5 permite, en clave de justicia material, descartar la elección de ley si conduce a una situación “manifiestamente injusta” o “irrazonable” para cualquiera de las partes a menos que hubiera existido un verdadero consentimiento informado y consciente sobre las consecuencias de la aplicación de la ley elegida, lo que obliga a un asesoramiento legal previo que acredite ese conocimiento con causa sobre el objeto del consentimiento.

En este contexto, la calificación de la pensión compensatoria como alimentos tiene una orientación material: limita los pactos de renuncia anticipada que puedan resultar injustos. Si el mínimo vital no puede asegurarse por la vía del Protocolo de La Haya (por ejemplo, por no ser acreedor de alimentos o de pensión) cualquier pacto de renuncia económica debería examinarse desde la perspectiva de este test de necesidad para valorar su eficacia en el momento de la exigibilidad.

El criterio de la compensación entre los cónyuges se plantea cuando el régimen matrimonial legal o pactado haya implicado, en la práctica, un gran desequilibrio en las aportaciones y beneficios obtenidos por cada cónyuge. Si el Derecho reclamado prevé esta compensación, se seguirá el sistema allí establecido, ya sea con base legal o jurisprudencial⁴⁴. Si el Derecho reclamado no lo prevé, habrá de buscarse tal compensación incluso a través de una

⁴⁴ Así, por ejemplo, en relación con el art. 49 del Código de Familia marroquí, en caso de litigio o a falta de acuerdo, la costumbre y la jurisprudencia marroquí reconocen a la mujer un derecho en relación con los bienes del esposo si logra demostrar que ella ha ayudado o contribuido con su esfuerzo y trabajo a la adquisición de ese bien (ESTEBAN DE LA ROSA, G., *La nueva Mudawwana marroquí: entre tradición y modernidad*, Junta de Andalucía, 2004, p. 68).

calificación de la pretensión como obligación extracontractual por enriquecimiento injusto del otro cónyuge⁴⁵. Un eventual desconocimiento por el Derecho reclamado de cualquier forma de compensación a la dedicación al hogar de un cónyuge podría entenderse una vulneración de orden público por impedir un tratamiento igualitario de los cónyuges dentro del matrimonio. En este contexto, también se ha considerado que un eventual pacto de renuncia a todo tipo de compensación implica, en realidad, una forma de explotación de la mujer que, en muchas ocasiones, ha sacrificado su vida profesional para atender a las necesidades del hogar⁴⁶.

En otros casos, esa compensación se justifica sobre la base del daño que el divorcio pueda ocasionar a un cónyuge, considerándose para su cálculo el deterioro de las condiciones de vida, la duración del matrimonio y la culpa exclusiva del cónyuge demandado⁴⁷.

Queda la cuestión de quién y cómo se realiza el control de los acuerdos cuando se produce la ruptura matrimonial. Si se trata de un divorcio judicial, será el juez quien realice el control en el momento de aprobar el convenio regulador. Debe valorarse, no obstante, el impacto que puede tener en este contexto la desjudicialización del divorcio y si ello puede implicar una pérdida de garantías sobre la igualdad de los cónyuges en la ruptura. Tal pérdida no se producirá, con carácter general, cuando el notario o profesional interviene en ejercicio de una función jurisdiccional, equiparando su actividad a la de un juez en sentido formal⁴⁸. En estos casos, como ocurre con el divorcio notarial español, el notario realiza un control de lesividad antes de aprobar el convenio regulador, que le sirve para verificar que no se derive ningún perjuicio para ninguno de los cónyuges.

⁴⁵ Base que se utiliza, por ejemplo, en el Derecho griego, que no establece la compensación como norma imperativa pero sí para justificar una acción de enriquecimiento injusto (*vid.* cuestión 5.3 de *Couples in Europe*. <<https://www.coupleseurope.eu/couples-in-greece>>).

⁴⁶ GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Party Autonomy...”, *op. cit.*, p. 203.

⁴⁷ Véase el caso del Derecho rumano (*vid.* Cuestión 5.3 <<https://www.coupleseurope.eu/couples-in-romania>>). En estos supuestos, puede plantearse un problema de delimitación entre la pensión compensatoria (calificada de alimentos) y una compensación basada estrictamente en la liquidación del régimen económico matrimonial.

⁴⁸ *Vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P., “La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 555 y ss.

Más problemático resulta, sin embargo, un modelo de desjudicialización en el que el notario o profesional tenga un papel pasivo, sin realizar ningún control de fondo. Así, por ejemplo, el divorcio por mutuo consentimiento del art. 229 del *Code civil* francés parte de un acuerdo privado de los cónyuges, con asesoramiento de abogados, que se protocoliza en un acta notarial⁴⁹. El notario se limita en este ámbito a un control de regularidad (pero no de equidad) de la documentación que se le presenta⁵⁰.

Los propios trabajos del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (GEDIP) mostraban su reticencia a admitir la eficacia de un divorcio consensual privado, precisamente por la falta de control sobre el consentimiento⁵¹. La respuesta sobre “quién” debe hacer el control es complicada si la intervención del profesional es meramente formal, de modo que no se garantizaría la equidad entre los cónyuges. Lo relevante es que, desde la perspectiva del art. 64 del Reglamento Bruselas II ter, el acuerdo privado merece un tratamiento, en términos de reconocimiento, similar al de una

⁴⁹ La introducción de esta modalidad de divorcio en el *Code civil* francés se realizó por la Ley n° 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016 de *modernisation de la justice du XXIe siècle*.

⁵⁰ El notario debe comprobar que se respetan las exigencias formales previstas en el art. 229-3 – que establece el contenido del acuerdo de divorcio. Dicho precepto establece el contenido preceptivo que debe tener el acuerdo de divorcio, a saber: los datos de los cónyuges y, en su caso, de los hijos; los datos de los abogados participantes en las negociaciones; la mención del acuerdo de los cónyuges sobre la ruptura del matrimonio y sus efectos en los términos del acuerdo; las regulaciones de los efectos del divorcio, sobre todo, si se pacta una prestación compensatoria; el estado de la liquidación del régimen matrimonial; la mención de que se ha informado al menor por sus padres de su derecho de audiencia ante el juez en las condiciones establecidas en el art. 388.1 y que no desea hacer uso de esa facultad. También debe comprobar que se ha respetado el plazo de reflexión establecido en el art. 229-4.

⁵¹ En este sentido, en el art. 42 de Propuesta del GEDIP de un Reglamento sobre divorcio, hecha en Anvers, en septiembre de 2018, sometía los divorcios consensuales a un control de ley aplicada. Posteriormente, con ocasión de la reunión de Katowice, de septiembre de 2019, se generó una solución híbrida para los divorcios consensuales (nuevo art. 41 de la Propuesta) combinando el reconocimiento con un control de ley aplicada (nacionalidad o residencia de cualquiera de los cónyuges) y con motivos de denegación de reconocimiento basados en el orden público o el carácter inconciliable con otras decisiones y/o acuerdos. Particularmente interesante es la regla material, dentro de la cláusula del orden público, para denegar el reconocimiento si, antes de la conclusión del acuerdo, uno de los cónyuges no fue correctamente informado de los efectos del acuerdo o si su consentimiento no fue enteramente libre. *Vid.* toda la documentación en <<https://gedip-egpil.eu>>.

resolución judicial, aspecto que incidirá en el reconocimiento de la disolución del vínculo matrimonial. Supone la confianza mutua sin juez. Sin embargo, su impacto en la liquidación del régimen matrimonial será limitado. El reconocimiento de un acuerdo privado registrado que incluya pactos sobre régimen económico no queda incluido en el ámbito del Reglamento REM. Será la ley rectora del régimen matrimonial la que determine la aptitud del acuerdo privado para disolver un régimen económico matrimonial y su liquidación. Y en la aplicación de esa ley rectora, se mantiene el instrumento del orden público como garantía de igualdad de los cónyuges en la ejecución de la liquidación del régimen matrimonial.

Instituciones jurídicas de Estate Planning internacional: La protección transfronteriza del patrimonio familiar¹

MIGUEL CHECA MARTÍNEZ

*Profesor Titular de Universidad Derecho internacional privado
Universidad de Cádiz*

SUMARIO: 1. INSTITUCIONES DE *ESTATE PLANNING* INTERNACIONAL. 2. *PRENUPTIAL AGREEMENTS*. 3. CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y PACTOS DE ELECCIÓN DE LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL. 4. LA EFICACIA DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES DEL *CIVIL LAW* EN SITUACIONES DE DIVORCIO ANTE JURISDICCIONES DEL *COMMON LAW*. 5. *JOINT PROPERTY* VS. *TENANCY IN COMMON*. 6. FORMAS DE SUCESIÓN ANTICIPADA: DONACIÓN, *TRUST INTER VIVOS* Y FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO. 7. SUSTITUTOS DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA (*WILL-SUBSTITUTES*). 8. DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD: LA *PROFESSIO IURIS*

1. INSTITUCIONES DE *ESTATE PLANNING* INTERNACIONAL

La actividad de *estate planning* internacional puede ser conceptualizada como categoría jurídica sistemática relativa a la protección del patrimonio familiar y a la planificación de su transmisión eficiente a la siguiente generación mediante diversas instituciones civiles, evitando las reglas de la sucesión intestada². Naturalmente esta actividad tiene un punto de vista civil internacional y otro fiscal (*international tax estate planning*) que deben ser coordinados, subordinándose en no pocos casos las decisiones concretas a las estimaciones fiscales. Pero al margen de las decisiones concretas

¹ Esta publicación es parte del Proyecto de I+D+i “Registro de la Propiedad y Registro Mercantil ante situaciones privadas internacionales”, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

² LYNN, R., MCCOUCH, G., *Introduction to Estate Planning*, 7ª ed., West Academic, St. Paul, 2019, pp. 1-4; STRENG, W., *Estate Planning*, Wiley, Hoboken, 2015, pp. 3-14; LOCONTE S., *Strumenti di pianificazione e protezione patrimoniale*, Wolters Kluwer, Milán, 2022, pp. 1-12.

basadas en su menor coste fiscal, es función del Derecho internacional privado, del Derecho civil internacional, aportar las instituciones y técnicas jurídicas que permitan la protección transfronteriza del patrimonio familiar y, en última instancia, la planificación de su transmisión a la siguiente generación. En este sentido, la labor del planificador (*estate planner*) es ciertamente compleja, debiendo contar con horizontes epistemológicos muy diversos que le permitan ir encajando todas las piezas que aportan tanto los distintos derechos materiales (Derecho comparado) como su interacción en situaciones transfronterizas (Derecho internacional privado).

En realidad, la mayoría de las instituciones jurídicas del Derecho civil internacional pueden ser vistas desde el ángulo del *estate planning* internacional, es decir, desde la perspectiva funcional ya indicada, apareciendo así una nueva perspectiva de la misma realidad –una nueva visión de la misma catedral, en alusión conocida a las diferentes versiones que Monet hizo de la catedral de Rouen–. Junto a la perspectiva funcional aparece un segundo elemento característico del *estate planning* internacional que es su carácter preventivo, pues no se trata del análisis y estudio de la regulación legal aplicable con carácter objetivo, es decir, en defecto de pacto o de expresión de voluntad del disponente o de los otorgantes, sino que, por el contrario, se trata de analizar los distintos actos y negocios jurídicos que pueden aportar una modificación voluntaria, es decir, planificada, de la situación patrimonial anterior con vistas a una mejor eficacia civil y fiscal futura.

Una visión reduccionista del *Estate planning* internacional sería aquella que se limita a las instituciones que en el *Common Law* pueden evitar el *probate* o que tienden a evitar el Derecho de sucesiones como puede ser el caso de los mecanismos anticipados de sucesión (donación, *trusts inter vivos*, fundaciones de interés privado) o los *will-substitutes* (seguros de vida, rentas vitalicias, planes de pensiones, cuentas bancarias con orden de pago a un tercero al fallecimiento, etc.)³.

Sin embargo, se preferirá aquí la visión amplia conforme a la cual la función del *estate planning* significa protección del patrimonio familiar frente a riesgos jurídicos (situaciones de discapacidad, procesos de divorcio, demandas de acreedores, reclamaciones de autoridades tributarias, etc.) y la

³ BENDELAC, E., *Le transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé. Le choix de la loi applicable aux institutions d'Estate planning*, Bruylant, Bruselas, 2016, pp. 345-348; GORÉ, M., "Estate Planning : quelques aspects de l'anticipation successorale en droit américain", *Études offertes à Pierre Catala. Le droit privé français à la fin du XXe siècle*, Litec, París, 2001, pp. 383-396.

preparación de su transmisión a la siguiente generación. Esa protección y planificación se alcanza mediante la realización de actos y negocios jurídicos preventivos que se corresponden con los diferentes sectores del Derecho civil: Derecho de la persona, familia, bienes, contratos y naturalmente también mediante los instrumentos propios del ámbito del Derecho sucesorio⁴.

Se puede afirmar lo anterior en primer lugar en el ámbito del Derecho de la persona en relación con la importancia de la ley aplicable al estatuto personal y la oposición entre la conexión basada en el *domicile* en las jurisdicciones del *Common law* y la nacionalidad o la residencia habitual en las jurisdicciones del *Civil Law* y los instrumentos europeos de DIPr⁵. Particularmente relevante será el DIPR en lo relativo a la protección patrimonial de personas mayores en situación de discapacidad a través del nombramiento judicial de curador, situación que cabe evitar preventivamente mediante poderes al afecto (*lasting powers of attorney* en Inglaterra y Gales; *durable powers of attorney* en EEUU), si bien la circulación internacional de estos poderes preventivos sólo queda garantizada en el marco del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de los adultos (no ratificado por España)⁶.

⁴ KURTZ, Sh., *Wills, Trusts and Estates*, 6ª ed., West Academic, St. Paul, 2021; LYNN, R., MCCOUCH, G., *op. cit.*; WHITEHOUSE, Ch., KING, L., *A modern approach to wills, administration and estate planning*, Jordan, Bristol, 2020; KING, L., *Private client: Wills, trusts and estate planning*, Guilford, CLP, 2021; REVILLARD, M., *Droit international privé et européen: pratique notariale*, 10ª ed., Defrénois, París, 2018, pp.773-783; *id.*, *Strategie de transmission d'un patrimoine international*, Defrénois, París, 2009, pp. 1-5; SOUDEY, G., *L'estate planning: optimisation civile et fiscale d'une succession internationale (Pratique notariale)*, Lexisnexis, París, 2011.

⁵ DAVRADOS, N., "Louisiana My Home Sweet Home: Decodifying Domicile", *Loyola L. R.*, 2018, pp. 288-363; MASEDA, J., *El domicile anglosajón como criterio de vinculación*, Andavira, Santiago de Compostela, 2020; PFEIFFER, TH., "The Notion of Habitual Residence", en PFEIFFER, Th., *Facilitating Cross-Border Family Life—Towards a Common European Understanding: EUFams II and Beyond*, Heidelberg University, Heidelberg, 2021, pp. 9-19.

⁶ WARD, C., *Lasting Powers of Attorney*, 4ª ed., Law Society, Londres, 2019, pp. 1-19; FRIMSTON, R., "The 2000 Adult Protection Convention: Sleeping Beauty or too Complex to Implement", en JOHN, Th., *The Elgar Companion to The Hague Conference on Private International Law*, Elgar, Cheltenham, 2020, 226-235; FROHN, E. N., SUMNER, I., "Protecting vulnerable adults across borders: where do we stand", *NIPR*, 2022, pp. 631-649; MUÑOZ FERNANDEZ, A. *La protección del adulto en el Derecho internacional privado*, Aranzadi, Cizur menor, 2009, pp. 256-273.

En segundo lugar, entrando en el Derecho de familia, la elección de un régimen económico matrimonial u otro (comunidad de bienes, separación de bienes, participación en ganancias, etc.) de entre los disponibles de conformidad con la ley aplicable objetivamente aplicable según las normas de conflicto del foro o con la ley efectivamente elegida por los esposos mediante pacto para regir su régimen económico matrimonial tendrá consecuencias relevantes durante el matrimonio y a su finalización por fallecimiento o divorcio⁷.

La hipótesis de un futuro divorcio debe ser prevista especialmente en las jurisdicciones del *Common Law* donde, al no existir regímenes económico matrimoniales como tales, la división de la propiedad matrimonial en casos de *ancillary relief* (Inglaterra y Gales) o *equitable division of matrimonial property* (EEUU) tiene efectos patrimoniales similares a los que provoca la disolución de un régimen económico matrimonial de comunidad de bienes⁸. En este sentido, los *prenuptial agreements* del *Common Law* y las capitulaciones matrimoniales en los ordenamientos del *Civil Law* serán nuestro primer objeto de análisis, sin olvidar la perspectiva dinámica relativa a la eficacia de las capitulaciones del *Civil law* en situaciones de divorcio ante jurisdicciones del *Common Law*, ni la preventiva relativa a los acuerdos de elección de ley aplicable a los regímenes económico-matrimoniales que pueden ser incorporados a las capitulaciones matrimoniales⁹.

En tercer lugar, el Derecho de bienes del *Common law* matiza también la inexistencia de regímenes económico-matrimoniales con la existencia en su sistema de derechos reales de mecanismos de transmisión *mortis causa* no sucesoria hacia el cónyuge superviviente (*right of survivorship*) conforme al sistema de copropiedad denominado de *joint tenancy* (Inglaterra y Gales) o *tenancy by the entirety* (para cónyuges en EEUU) de forma que el cónyuge copropietario superviviente adquiere la totalidad o propiedad completa del activo (sean bie-

⁷ REVILLARD, M., *Les régimes patrimoniaux des couples en droit international privé, européen et comparé*, Defrénois, París, 2020, pp. 225-338; FUSARO, A., “I rapporti patrimoniali tra coniugi in +prospettiva comparatistica”, *Tendenze del Diritto privato in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, Turín, 2017, pp. 165-227; CALVO BABIO, F., *Regímenes económico-matrimoniales: Derecho internacional privado y compendio de sistemas comparados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 41-51.

⁸ SYMEONIDES, S., *Choice of Law*, Oxford University Press, New York, 2016, pp. 602-606.

⁹ CHECA MARTINEZ, M., “Cónyuge y Derecho internacional privado de familia y sucesiones: opciones de planificación y protección patrimonial en perspectiva comparada” en CERVILLA GARZON, M^a D., BALLESTERROS BARROS, A., *Temas actuales de Derecho privado I*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 185-229.

nes inmuebles o cuentas bancarias) y sin que esos bienes puedan ser considerados activos que formen parte de la herencia del causante (salvo únicamente a efectos de cálculos fiscales por previsión legal específica)¹⁰.

En cuarto lugar, cabe referirse a un grupo de instituciones de *estate planning* que se articula en torno a la idea de *anticipación de la sucesión* entendida como transmisión patrimonial durante la vida del disponente hacia la siguiente generación y cuenta con varias herramientas posibles: a) donaciones *inter vivos*, b) constitución de *trusts inter vivos*, c) constitución de fundaciones de interés privado.

En cuanto a las donaciones, la aplicabilidad del Reglamento 593/2008 (Roma I) a las donaciones *inter vivos*, –puesto que se trata de un supuesto de obligaciones contractuales no excluido del ámbito de aplicación del Reglamento, aunque no se contenga norma especial al respecto–, permite también utilizar la autonomía de la voluntad en la elección de ley aplicable a fin de llegar a resultados óptimos, si se quiere evitar con carácter general la aplicación de la ley del lugar de residencia habitual del donante como prestador característico o la *lex situs* para el caso de la donación de bienes inmuebles¹¹.

En el caso de los *trusts inter vivos*, los bienes que sean aportados al *trust* no pertenecerán a la herencia porque logran salir del patrimonio del constituyente del *trust*. Se evita con ello el *probate* o administración bajo supervisión judicial de la herencia, motivo que justifica la popularidad de esta opción particularmente en el caso estadounidense¹². El *trust inter vivos* puede contener disposiciones *mortis causa*, por ejemplo, designación de beneficiarios sustitutos para el momento de la muerte del constituyente, pero su eficacia y aplicación es externa al mecanismo sucesorio por lo que suele ser también incluido dentro de la categoría de los *will-substitutes*, especialmente tratándose de un *trust* revocable de modo que el constituyente puede modificarlos o extinguirlos con las limitaciones contenidas en el documento constitutivo del *trust*, resultando con frecuencia que el propio constituyente es el designado beneficiario del *trust*, aunque el *trust* podrá prever beneficiarios sustitutos para el caso de su fallecimiento. Al *trust inter vivos* la ley sucesoria sólo puede afectarle indirectamente, como ocurre en

¹⁰ KING, L., *Private client: Wills, trusts and estate planning*, op. cit., pp. 63-70.

¹¹ GOÑI URRIZA, N., “La ley aplicable a las donaciones internacionales”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 100-116; JIMÉNEZ BLANCO, P., “El Derecho aplicable a las donaciones”, *Revista española de Derecho internacional*, núm. 1, 1997, pp. 63-90.

¹² KURTZ, S., *Wills, Trusts and Estates*, op. cit., pp. 565-595.

el caso de las donaciones inoficiosas, por acciones de cómputo, colación o reintegro de legítima¹³. En cualquier caso, el *trust inter vivos* como herramienta de planificación patrimonial debe ser utilizado cuidadosamente pues se enfrenta a la posible reacción negativa que pueda producirse en los ordenamientos que no reconocen la institución del *trust*, particularmente por cuanto el *trustee* puede encontrar dificultades para proceder a una correcta inscripción registral de cambios de propiedad inmobiliaria y, en general, para la correcta gestión de los activos a él confiados¹⁴; así como por las consecuencias que resultan de la aplicación de un principio fiscal de transparencia conforme al cual el *trust* produce efectos directos en varios impuestos (renta, patrimonio, sucesiones y donaciones) sobre el propio constituyente o sobre el beneficiario del *trust*¹⁵.

En el caso de las fundaciones de interés privado e incluso fundaciones familiares, la persona jurídica es constituida como entidad jurídica independiente para llevar a cabo los deseos del fundador. En las fundaciones familiares el fundador puede reservarse facultades para cambiar el objeto de la fundación e incluso proceder a su disolución. La fundación familiar también puede estructurarse íntegramente con fines de planificación patrimonial, de modo que esencialmente permiten realizar pagos a los beneficiarios, incluido el propio fundador, pero pudiendo su ejecución desarrollarse también tras el fallecimiento del fundador en beneficio de los designados como sustitutos del fundador. Algunas jurisdicciones son conocidas por su adaptación hacia las fundaciones de interés privado, incluidas las fundaciones familiares (Liechtenstein, Panamá, Austria, Malta, Gibraltar, Seychelles, etc.), en otras caben fundaciones de interés privado,

¹³ CHECA MARTÍNEZ, M., *El trust angloamericano en Derecho español*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 122-140.

¹⁴ VIRGOS SORIANO, M., *El trust y el Derecho español*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 64-77; GONZALEZ BEILFUSS, C., *El trust: la institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosch, Barcelona, 1997, pp. 139-142.

¹⁵ MUÑIZ PEREZ, J. C., *El trust: herramienta de elusión fiscal internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 152-165. La diferente tipología de *trusts inter vivos* y *mortis causa* en realidad es luego transformada en EEUU a efectos fiscales entre *grantor-trusts* y *non-grantor trust*: en los primeros, como consecuencia del grado de control que ha conservado el *settlor* o constituyente sobre los bienes del *trust* y sus rentas, los efectos fiscales se producen en la propia esfera del *settlor*; en los segundos, por el contrario, los efectos fiscales se producen sobre el propio *trust* (*vid. KURTZ, S., Wills, Trusts and Estates, op. cit.*, pp. 646-748).

pero con menor flexibilidad (Alemania, Países Bajos, Suiza, etc.)¹⁶. La elección de la ley aplicable sólo se realiza indirectamente por el fundador en la fase de creación de la nueva entidad jurídica, al elegir el lugar donde se creará válidamente la fundación, lugar que determinará la ley personal de la fundación (*lex incorporationis*); sin embargo, el pleno reconocimiento jurídico puede denegarse en las jurisdicciones que siguen exclusivamente el modelo de interés público (Francia, España, Portugal, Polonia, etc.)¹⁷.

En quinto lugar, cabe referirse a las formas de disposición *mortis causa* alternativas a los testamentos: *will-substitutes*¹⁸. Se basan en la técnica jurídica contractual de designación *mortis causa* de un tercero beneficiario y la consiguiente atribución *post mortem* de propiedad al margen del mecanismo sucesorio o hereditario¹⁹. Han tenido un desarrollo tipológico bastante notable en el caso de los EEUU (*non-probate revolution*) y mucho menor en Inglaterra y otras jurisdicciones del *Common Law*²⁰. En efecto, se trata de una tipología contractual que permite eludir el procedimiento judicial relativo al *probate*, es decir, la necesidad de validación o adveración del tes-

¹⁶ PANICO, P., *Private Foundations Law and Practice*, OUP, Oxford, 2014; *id.*, “Private foundations and trusts: just the same but different?”, *Trusts and Trustees*, 2016, pp. 132-139.

¹⁷ FUSARO, A., “Uno sguardo comparatistico sul diritto delle fondazioni”, *Tendenze del Diritto privato in prospettiva comparatistica*, *op. cit.*, pp. 101-114; *id.*, “La fondazione di famiglia in Italia e all'estero”, pp. 115-134.

¹⁸ BRAUN, A. y RÖTHEL A., *Passing Wealth on Death. Will-substitutes in Comparative Perspective*, Hart, Oxford, 2006, pp. 1-6; BENDELAC, E., *Le transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé. Le choix de la loi applicable aux institutions d'Estate planning*, *op. cit.*, pp. 61-110; TALPIS, A. J., “Succession substitutes”, *Recueil des Cours*, 2011, pp. 9-238; FONGARO, E., “L'anticipation successorale à l'épreuve du "règlement successions"”, *Journal du droit international*, 2014, pp. 476-540.

¹⁹ Con referencia a la Sent. *BGH* 19 octubre 1983 sobre la naturaleza contractual de las estipulaciones a favor de tercero y por completo al margen del Derecho de sucesiones que son características de los *will-substitutes* (DUTTA, A., “Will-Substitutes in Germany”, en BRAUN, A. y RÖTHEL A., *Passing Wealth on Death. Will-substitutes in Comparative Perspective*, *op. cit.*, 183-184).

²⁰ Han sido objeto de amplia atención legislativa desde la publicación de la obra de LANGBEIN, J. H. “The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession”, *Harvard L. R.*, 1984, pp. 1108-1141. En la doctrina italiana las sucesiones “anomale” o “parasucesorie” han sido objeto de atención desde la obra de PALAZZO, A., *Autonomia contrattuale e successioni anomale*, Nápoles, Jovene, 1983 (*vid.* GALLO, P., *Introduzione al Diritto Comparato*, vol. 2 *Istituti Giuridici*, 3ª ed., Giappichelli, Turín, 2018, pp. 706-709 y bibliografía allí citada).

tamento y la consiguiente administración bajo supervisión judicial de la herencia hasta su distribución entre los herederos propia del ámbito angloamericano, de modo que se trata de *non-probate transfers*²¹. Entre los *will-substitutes* cabe mencionar los siguientes: seguros de vida, rentas vitalicias (*life annuities*), planes de pensiones, cuentas bancarias con designación de otra persona como beneficiario para el momento de la muerte del titular de la cuenta (*payable on death –POD– accounts*), etc.²².

En sexto lugar, ya entre las formas testamentarias de transmisión del patrimonio familiar, cabe tener en cuenta en primer lugar, el caso del *trust* testamentario o *trust mortis causa* (*trust will*) donde se trata de crear un trust que producirá efectos únicamente a partir del fallecimiento del testador: el testamento puede ordenar la administración de la herencia por *executors* y a continuación la creación de un *trust mortis causa* sobre determinados activos que serán transferidos a los *trustees*, constituyéndose así un *trust* en favor de una categoría determinada de beneficiarios, por ejemplo, hijos menores de edad o que padezcan algún grado de discapacidad, respecto de los cuales resulta obligado o aconsejable que no se produzca una transmisión directa en su favor de los bienes hereditarios, quedando así protegidos los beneficiarios por la actuación del *trustee*, más allá temporalmente del *probate* o procedimiento de supervisión judicial de la administración de la herencia²³.

En séptimo y último lugar, la forma esencial de ordenación del *estate planning* internacional será el testamento, esencialmente revocable, y otras disposiciones de última voluntad no revocables como son el testamento mancomunado (*joint wills*) y el pacto sucesorio (*mutual wills, mutual will agreement*)²⁴. En la redacción del testamento, la opción técnica fundamental dentro de estos instrumentos será la formalización de una *professio iuris*. La *professio iuris* tiene la virtualidad de consolidar el régimen aplicable a la

²¹ Se trata del rasgo característico de los *Will-substitutes* en el *Restatement Third of Property: Wills and Other Donative Transfers* (GALLANIS, TH. P., “Will-Substitutes: A US Perspective”, en BRAUN, A. y RÖTHEL A., *Passing Wealth on Death. Will-substitutes in Comparative Perspective.*, *op. cit.*, pp. 10-12).

²² *Ibid.*, pp. 9-30.

²³ LAFUENTE SANCHEZ, R., “Testamentary trusts in English Law: an introductory approach”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 1, 2015, pp. 96-111, en especial, pp. 101-103.

²⁴ Con particular relevancia también en el caso alemán y suizo de los *Erbverträge* (*vid.* BONOMI, A. “*Pactes successoraux en droit international privé*”, en BONOMI, A., STEINER, M., *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé*, Droz, Ginebra, 2008, pp. 11-25).

legítima frente a futuros cambios de residencia habitual del testador y además evita situaciones de reenvío. Pese a manifestaciones en sentido contrario, la cláusula territorial sigue siendo posible, siempre la que *professio iuris* haya sido manifestada en relación con toda la herencia y haya sido coordinada en los distintos testamentos que haya podido otorgar el causante²⁵. El testamento es también lugar para la designación de albacea o *executor* testamentario, especialmente necesario en las jurisdicciones del *Common Law* donde la administración de la herencia es obligada y parte de la obtención del *grant of probate*, ya sea por el *executor* o *personal representative* designado por el testador, o por el designado judicialmente (*letters of administration*)²⁶.

En suma, la actividad de *estate planning* obliga a desarrollar una labor compleja donde no ayudan las simplificaciones por autoridades nacionales (DGFPJSJ en el ámbito civil y DGT en el ámbito fiscal) surgidas del desconocimiento de esa complejidad y que pretenden reducir lo complejo mediante visiones parciales que parten de la propia norma como la única existente, cuando en realidad el juego de la planificación patrimonial matrimonial y sucesoria internacional se debe jugar al mismo tiempo en diferentes campos, en función de la localización de los bienes, el causante y los herederos, y con diferentes reglas según las diferentes tradiciones jurídicas vigentes en cada territorio.

2. PRENUPTIAL AGREEMENTS

El riesgo jurídico inherente a la discrecionalidad judicial en la determinación de los efectos del divorcio ha llevado en el *Common Law* a reconocer la eficacia vinculante de los acuerdos sobre los efectos de un futuro divorcio pactados por los cónyuges (*prenuptial and postnuptial agreements*). Téngase en cuenta que en el ámbito del *Common Law* solo el *prenuptial agreement* podrá tener el efecto de evitar la división de la propiedad matrimonial como efecto del divorcio (*financial relief* en Inglaterra y Gales y *equitable division of matrimonial property* en los EEUU). En el ámbito del *Common Law*, los

²⁵ CHECA MARTINEZ, M., “La aplicación del Reglamento 650/2012 en la intersección entre *Common Law* y *Civil Law*”, en LARA AGUADO, A., *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 411-461.

²⁶ KERRIDGE, R., *Parry & Kerridge: The Law of Succession*, 13^a ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2016., 439-477; KING, L., *Probate Practitioner’s Handbook*, 9^a ed., Law Society, Londres, pp. 141-158.

prenuptial agreements regulan las obligaciones de alimentos entre cónyuges (*spousal support*), la división de la propiedad matrimonial, cualquier otro efecto patrimonial del divorcio y un amplio conjunto adicional de efectos. Por el contrario, los redactados en el ámbito de los ordenamientos del *Civil law* suelen tener un contenido más limitado, centrado en el régimen de pensiones compensatorias o de alimentos entre cónyuges.

Como es bien conocido, el origen de los *prenuptial agreements* se encuentra en los EEUU: Sent. TS Florida *Posner vs. Posner* 1972 y en los posteriores desarrollos legales y jurisprudenciales según cada Estado²⁷. Así, si se quiere acordar un *prenuptial agreement* válido en el Estado de Nueva York deberá consultarse la legislación de ese Estado en cuanto a requisitos de validez formal y material del acuerdo²⁸. En cuanto a Derecho uniforme, un número importante de Estados (veintisiete Estados) han seguido la regulación contenida en la *Uniform Premarital Agreement Act* (UPPA) de 1983, mientras que la más reciente *Uniform Premarital and Marital Agreements Act* (UPMAA) de 2012 sólo ha sido adoptada en dos Estados²⁹.

El *prenuptial agreement* tiene como objetivo esencial corregir o matizar las reglas de la *equitable division of property* en los Estados que prevén este efecto del divorcio, sobre todo evitando que el divorcio afecte a la propiedad considerada “*separate property*” o “*non-matrimonial property*” y garantizando que sólo afecte a la denominada “*marital property*” –algo que no está garantizado en todos los Estados– o excluir las reglas de división del régimen económico de comunidad de bienes en los Estados que siguen este régimen, junto con otros acuerdos sobre mantenimiento del otro cónyuge (*spousal support*) e incluso acuerdos sobre menores -sujetos a revisión judicial- sobre custodia de menores, alimentos, etc. El *prenuptial agreement* es caracterizado como un contrato entre los esposos con objeto relativo a los efectos del divorcio, por ello se redacta de conformidad con las exigencias de validez

²⁷ CERVILLA GARZÓN, M. D., *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura. Un estudio de Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 57-130, sobre la evolución jurisprudencial y legislativa relativa a los *prenups* en EEUU.

²⁸ BRONSTEIN, P. E., “The Pre-Nuptial Agreement in the United States of America”, en *International Pre-nuptial and Post-Nuptial Agreements*, Jordan, Bristol, 2011, pp. 473-518, con atención particularizada a la regulación de los *prenups* por la legislación (*Domestic Relations Law*) del Estado de Nueva York.

²⁹ WADLINGTON, W., *Family Law in Perspective*, 5ª. ed., Foundation Press, St. Paul, 2021, pp. 27-43; CERVILLA GARZÓN, M., “Los acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual Derecho de los Estados Unidos. The Uniform Premarital and Marital Agreement Act (2012)”, *Revista de Derecho Civil*, 2017, pp. 3-54.

formal y material del Estado donde se pretende que produzca efectos, y con expreso sometimiento a la misma ley en cuanto a la interpretación y régimen de dicho acuerdo. La eficacia del *prenuptial* en otros Estados de los EEUU o en terceros Estados no está garantizada, por ello se suele recomendar un “*mirror approach*”, de modo que los esposos firmen más de un *prenuptial* en atención al número de jurisdicciones interesadas, los distintos acuerdos deben desde luego ser espejos materiales unos de otros al objeto de evitar contradicciones materiales o estar coordinados por cláusulas de prevalencia tanto en lo relativo a eventuales contradicciones materiales como en relación a la ley aplicable y jurisdicción elegida por los cónyuges.

Los acuerdos prenupciales, como creación jurídica norteamericana, no responden a la tradición jurídica del *Common Law* inglés y la respuesta de los tribunales ingleses en cuanto a la validez y eficacia de los acuerdos prenupciales acordados en el extranjero siempre fue negativa por su contrariedad con el orden público inglés y las concepciones básicas sobre los efectos el divorcio, siempre sometidos a la *lex fori*. Sin embargo, la jurisprudencia inglesa en la última década ha iniciado un giro favorable a su validez y eficacia vinculante para las partes, siempre que el acuerdo haya sido adoptado de manera informada y su contenido sea materialmente justo, teniendo el juez inglés siempre la última palabra en cuanto a la decisión sobre los efectos del divorcio.

La primera Sentencia en este sentido fue la Sentencia de la *Supreme Court* (UK) *Radmacher v. Granatino* 2010 que reconoció validez y eficacia a un acuerdo prenupcial otorgado en Alemania donde el marido en caso de divorcio acepta una pensión compensatoria, pero renuncia al patrimonio de la esposa equivalente a 100 millones de libras. Las condiciones para la validez del prenupcial serían las siguientes: a) ha debido ser libremente consentido por las partes; b) las partes han debido ser informadas de sus contenido y efectos; c) estará siempre sujeto a estándar de *fairness* o justicia que habrán de controlar los jueces. En todo caso, la sentencia matiza que, tratándose de un acuerdo sobre los efectos del divorcio, la ley aplicable es la inglesa y es en el marco de la ley inglesa donde debe valorarse la eficacia de este tipo de acuerdos³⁰.

³⁰ THOMPSON, Sh., *Prenuptial Agreements and the Presumption of Free Choice: Issues of Power in Theory and Practice*, Hart, Oxford, 2015; FRANCIS, N., “Pre-Nuptial and Post-Nuptial Agreements in the UK (England and Wales)” en *International Prenuptial and Post-Nuptial Agreements*, *op. cit.*, pp. 431-465; HARPER, M., FRANKLE, B., “An English Practitioner’s View on Prenuptials, Postnuptials and Separation Agreements”, en SCHERPE, J. M., *Marital Agreements and Private Autonomy in Com-*

La posterior Sent. *High Court (UK) Hopkins v. Hopkins* 2015 sostuvo la validez de un acuerdo postnupcial otorgado en Inglaterra donde la esposa aceptó simplemente dos propiedades y una parte de la pensión de su esposo (*pension sharing*), cuando este tenía un patrimonio equivalente a 38 millones de libras; la sentencia confirma el acuerdo postnupcial con fundamento en que la esposa había recibido exhaustiva asistencia legal independiente antes de firmar ³¹.

3. CAPITULACIONES MATRIMONIALES Y PACTOS DE ELECCIÓN DE LEY APLICABLE AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

La posibilidad de pactos relativos a la elección de ley aplicable al régimen económico matrimonial, antes y después de la celebración del matrimonio en capitulaciones matrimoniales, era regulada en España por los arts. 9.2 y 9.3 CC³². Sin embargo, la entrada en vigor el 29 de enero de 2019 del Reglamento 2016/1103 plantea la duda acerca de la utilidad que el art. 9.3 CC pueda tener a partir de la entrada en vigor del Reglamento. En este sentido, el art. 9.3 CC parece resultar aplicable únicamente en relación con aquellas capitulaciones que hayan sido otorgadas antes del 29 de enero de 2019 o las posteriores que refiriéndose a matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor del Reglamento no contengan acuerdos de ley aplicable.

El propio Reglamento 2016/1103 establece en su art. 69 que “las disposiciones del capítulo III sólo serán aplicables a los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio o que hayan especificado la ley aplicable al régimen económico matrimonial el 29 de enero de 2019 o después de esa fecha”. El art. 9.3 CC. permite acordar pactos que sean conformes bien con la ley

parative Perspective, Hart, Oxford, 2012, pp. 122-143; *id.*, “Fairness, Freedom and Foreign Elements –marital agreements in England and Wales after Radmacher v. Granatino”, *Child and Family Law Quarterly*, 2011, pp. 513-527.

³¹ Para la jurisprudencia inglesa más reciente *vid.* HERRING, J., *Family Law*, 10.^a ed., Pearson, Harlow, 2021, pp. 281-290.

³² Sobre el régimen de los arts. 9. 2º y 3º CC introducidos por la Ley 11/1990 a fin de sustituir los puntos de conexión inconstitucionales utilizados por la versión original del Título Preliminar del CC de 1974 *vid.* AMORES CONRADI, M., “Arts. 9.2 y 3”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, Vol. II, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 181-205; RODRÍGUEZ PINEAU, E., *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Comares Granada, 2001, pp. 25-42; QUINZÁ REDONDO, J. P., *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 167-209.

que rige los efectos del matrimonio (art. 9.2 CC) o con la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges. Esta previsión no sólo se refiere a pactos de contenido material conformados de acuerdo con una determinada ley (aunque eso es lo que dice literalmente el precepto), sino que debe extenderse a cláusulas de ley aplicable incorporadas a capitulaciones matrimoniales donde se contienen los pactos materiales relativos al régimen económico matrimonial. Por ello, si se otorgan capitulaciones a partir del 29 enero de 2019, con independencia de la fecha de celebración del matrimonio, y en ellas se contiene un acuerdo de elección de ley aplicable, este acuerdo se rige por el Reglamento 2016/1103 y, en consecuencia, el contenido de las capitulaciones se regirá por la ley elegida por las partes. Si, por el contrario, las capitulaciones se limitan a contener acuerdos materiales sin contener una elección de ley, seguirá siendo aplicable el art. 9.3 CC, siempre que el matrimonio tenga fecha de celebración anterior a 29 de enero de 2019.

En efecto, el art. 22 del Reglamento 2016/1103 permite a los cónyuges o futuros cónyuges elegir la ley aplicable siempre que se trate de una de las siguientes leyes: a) ley de lugar de residencia habitual de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de celebración del acuerdo; b) ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento en que se celebre el acuerdo: incluyendo cualquiera de las nacionalidades que pudiera tener cualquiera de los cónyuges³³.

Naturalmente el acuerdo por el que se modifica la ley aplicable al régimen económico matrimonial durante el matrimonio está llamado a tener efectos futuros o prospectivos a partir de la fecha de efectividad del acuerdo (art. 22.2). Sin embargo, el Reglamento 2016/1103 permite la eficacia retroactiva con efectos limitados únicamente entre los propios cónyuges, pero incluso extendida al momento inicial del matrimonio (por ejemplo, pasando del régimen de gananciales al de separación de bienes previsto por la ley ahora elegida), pero siempre sin perjudicar los derechos ya adquiridos por terceros derivados de una ley aplicable anterior (art. 22. 3), que serán los acreedores de la sociedad de gananciales, protegidos frente al cambio que sólo será retroactivo entre los propios cónyuges; la protección de los terceros

³³ LAGARDE, P., *Commentaire des Règlements Européens sur les régimes matrimoniaux et les partenariats enregistrés*, Dalloz, París, 2018, pp. 102-106, con referencia al Considerando num. 50 del Reglamento donde se indica que, sin perjuicio de que en cada Estado miembro existan reglas sobre conflictos positivos de nacionalidad, la elección de cualquiera de las nacionalidades en presencia debería ser válida.

se refiere sólo a derechos subjetivos ya adquiridos y no a legítimas expectativas como pudieran las que corresponde a los herederos antes del momento de la apertura de la sucesión; en el cambio inverso, de separación de bienes a gananciales, estarán protegidos los terceros adquirentes de un inmueble privativo ya transmitido por uno de los cónyuges, etc.³⁴.

El acuerdo sobre ley aplicable puede contenerse dentro de capitulaciones matrimoniales o fuera de ellas, pero en todo caso queda sometido especiales a unas condiciones de validez formal en el propio art. 23.1 (debe realizarse por escrito y estar fechado y firmado por ambos cónyuges), pudiendo llegar estas condiciones formales a ser las mismas que las exigibles a las capitulaciones matrimoniales si la ley del lugar de residencia de los cónyuges o de cualquiera de ellos establece requisitos adicionales para las capitulaciones matrimoniales, es decir, la necesidad de otorgar escritura pública notarial u otros requisitos adicionales (art. 23.2, 3 y 4).

La forma de las capitulaciones se ha regido tradicionalmente en el Derecho internacional privado español por el art. 11 CC. Así, si la ley aplicable al fondo (arts. 9.2 y 9.3 CC) exige forma solemne (escritura pública) esta deberá ser respetada. Para matrimonios celebrados a partir del 29 de enero de 2019, el art. 25 del Reglamento regula a su vez la validez formal de las capitulaciones matrimoniales, remitiéndose a lo previsto por la ley aplicable al fondo o la ley del lugar de residencia habitual en un Estado miembro de cualquiera de los cónyuges en lo relativo a la exigencia de requisitos formales adicionales, de manera que el Reglamento introduce un régimen de validez formal más exigente que el existente hasta la actualidad³⁵. Así, un acuerdo sobre régimen económico con elección de ley entre

³⁴ BONOMI, A., WAUTELET, P., *Le droit européen des relations patrimoniales de couple. Commentaire des Règlements (UE) 2016/1103 et 2016/1104*, Bruylant, Bruselas, 2021, pp. 647-667; OPREA, E. A., “Party Autonomy and the Law Applicable to the Matrimonial Property Regimes in Europe”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 579-596; RADEMACHER, L., “Changing the Past: Retroactive Choice of Law and the Protection of Third Parties in the European Regulations on Patrimonial Consequences of Marriages and Registered Partnerships”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, 2018, pp. 7-18; AÑOVEROS TERRADAS, B., “Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económico-matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 241-272.

³⁵ FERNÁNDEZ ROZAS J. C. y SÁNCHEZ LORENZO S., *Derecho internacional privado*, 12 ed., Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 528.

cónyuges daneses residentes en España celebrado en España no habría tenido necesidad de haber sido elevado a escritura pública en España en el pasado, bastando con cumplir las condiciones formales del Derecho danés de la nacionalidad común de los cónyuges, que sólo exige inscripción en los juzgados de familia; sin embargo, con la entrada en vigor del Reglamento los requisitos adicionales previstos por la ley del lugar de residencia habitual (escritura pública) serán exigibles.

4. LA EFICACIA DE LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES DEL *CIVIL LAW* EN SITUACIONES DE DIVORCIO ANTE JURISDICCIONES DEL *COMMON LAW*

En el Derecho de Inglaterra y Gales, las capitulaciones matrimoniales de la familia del *Civil Law* tienen una eficacia dudosa, en la medida en que el juez inglés que conozca del divorcio aplicará al divorcio y sus efectos la *lex fori* como *lex causae* y no se sentirá vinculado por una capitulación matrimonial cuando tenga que proceder a la división de la propiedad matrimonial, así que haber pactado separación de bienes en España o Francia no impedirá al juez inglés proceder a la división de todas las propiedades del matrimonio, incluidos bienes considerados privativos por los cónyuges. Es decir, la petición de *ancillary financial relief* por el cónyuge en el proceso de divorcio que conduzca a la división de propiedad matrimonial no quedará limitada por el hecho de que existan capitulaciones matrimoniales extranjeras estableciendo separación de bienes. El juez inglés puede tomar en consideración este hecho junto con el resto de las circunstancias a fin de determinar el modo de división y asignación de bienes a cada cónyuge, pero en absoluto impedir que los bienes privativos entren dentro del cálculo necesario para proceder a la división de la propiedad matrimonial.

En las jurisdicciones del *Common Law* sólo un *prenuptial agreement* atiende realmente a la cuestión que allí interesa que es la de los efectos del divorcio sobre los bienes matrimoniales, nunca unas capitulaciones matrimoniales que, desde el punto de vista anglosajón atienden a preocupaciones propias de los sistemas de Derecho civil (capacidad del cónyuge casado para celebrar por sí solo contratos y negocios jurídicos, régimen de responsabilidad de un cónyuge frente a terceros por las deudas del otro cónyuge, etc.).

A fin de adelantarse a las consecuencias de un previsible cambio de residencia de un matrimonio desde una jurisdicción del *Civil Law* a una del *Common law*, además de unas capitulaciones en las que se establezca el régimen de separación de bienes, habrá de firmarse un *prenuptial* o *postnuptial* agre-

ement, según el caso, que respete las condiciones previstas por el Derecho inglés para la eficacia de este tipo de acuerdos: a) asesoramiento jurídico distinto para cada una de las partes acerca de las consecuencias de la firma del acuerdo; b) inventario de los bienes; etc. El contenido típico del *prenuptial agreement* se referirá a la determinación de la compensación económica que recibirá el otro cónyuge en caso de divorcio (*financial provision*) a fin de poder cubrir sus necesidades futuras así como las de los menores y compensarle por la dedicación al matrimonio, así como a la determinación de los bienes que podrán ser considerados como matrimoniales (*marital property*) y podrán ser divididos entre los esposos (dejando fuera los bienes prematrimoniales o los bienes heredados durante el matrimonio, etc.).

Situación distinta parece ser la eficacia en EEUU de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en jurisdicciones del *Civil Law*. En este sentido, la jurisprudencia suele ser favorable a reconocer su validez y su eficacia en EEUU, conforme a las condiciones establecidas por la legislación del lugar donde fueron otorgadas, a fin de poder excluir la aplicación de la *equitable division of matrimonial property* vigente en la mayoría de Estados, en la medida en que haber pactado un régimen de separación de bienes mediante capitulaciones matrimoniales desplaza la presunción sobre el carácter matrimonial de los bienes adquiridos durante el matrimonio e impide la existencia bienes calificables como matrimoniales a efectos de su división (así, en relación a la eficacia en Nueva York -*Domestic Relations Law*- de unas capitulaciones de separación de bienes otorgadas en Francia, la Sent. *Van Kipnis v. Van Kipnis*, 2007)³⁶. Las capitulaciones matrimoniales de separación de bienes otorgadas en el extranjero también permiten excluir el régimen de comunidad de bienes existente en algunos Estados norteamericanos (así, la Sent. *Fernandez v. Fernandez*, 1961, en relación con la eficacia en California de capitulaciones de separación de bienes otorgadas en México)³⁷.

En todo caso, la recomendación para el caso estadounidense puede ser similar a la propuesta en el caso inglés. A fin de evitar el riesgo de que unas capitulaciones matrimoniales otorgadas en una jurisdicción del *Civil law* puedan no ser reconocidas en un Estado de los EEUU, se aconseja redactar un *prenuptial agreement* que cumpla los requisitos de validez formal y sustancial del Estado en cuestión. La eficacia del *prenuptial* se puede hacer depender incluso de la condición previa de que no se produzca el recono-

³⁶ KUCINSKI, M., *Family Law Across Borders*, West Academic, St. Paul, 2021, pp. 111-114.

³⁷ WADLINGTON, W., *op. cit.*, p. 33.

cimiento pleno de efectos a las capitulaciones matrimoniales otorgadas en otra jurisdicción. Es decir, en los casos en que se contrae matrimonio en una jurisdicción del *Civil law*, pero se anticipa un posible cambio de residencia a una jurisdicción del *Common law*, las capitulaciones, seguidas de un *prenuptial* (de rango secundario, en la medida que se establece su eficacia para el caso en que las capitulaciones no sean reconocidas) parece lo más razonable. Para la hipótesis inversa, matrimonio a celebrar con residencia en una jurisdicción del *Common Law*, pero que anticipa un posible cambio de residencia a una jurisdicción del *Civil law*, el *prenuptial* parece la primera opción, pero la conveniencia de otorgar capitulaciones de modo complementario también resulta evidente, pudiendo preverse distintos mecanismos de coordinación entre ambos negocios: a) preferencia del *prenuptial* en las relaciones entre cónyuges; b) preferencia de las capitulaciones en las relaciones con terceros; c) preferencia del *prenuptial* en caso de divorcio en la jurisdicción de origen del matrimonio; d) preferencia de las capitulaciones en caso de divorcio en la jurisdicción de un tercer Estado, etc. Estos mecanismos de coordinación pueden ser explícitos en ambos negocios si ello es posible o constar por separado en un *master agreement* entre las partes.

5. JOINT PROPERTY VS. TENANCY IN COMMON

La distinción del *Common Law* entre bienes adquiridos en *Joint tenancy*, –*Tenancy by the entirety* para el caso de los cónyuges en los EEUU³⁸–, es decir, en régimen de comunidad de bienes solidaria o sin cuotas, y los bienes adquiridos como *Tenancy in common* (comunidad de bienes mancomunada o por cuotas propia del *Civil Law*, ya sean iguales o distintas) no es aplicable a la adquisición de bienes inmuebles en España por ser una cuestión calificable dentro del ámbito de los derechos reales y, por tanto, sujeta a la *lex rei sitae* (art. 10.1 Cc).

El Reglamento 650/2012 de sucesiones no resulta aplicable a la cuestión, estando expresamente excluida (art. 1.2) de su ámbito material de aplicación los bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo, mediante “propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite”, es decir, se excluye la determinación de la ley aplicable a la transmisión automática de propiedad al

³⁸ GALLANIS, TH. P., “Will-Substitutes: A US Perspective”, *op. cit.*, pp. 16-17; KURTZ, S., GALLANIS, T., HOVENKAMP, H., *The Law of Property*, 7^a ed., West, Saint Paul, 2018, pp. 248-249.

resto de copropietarios supervivientes (*ius accrescendi*) que se produce por fallecimiento de uno los copropietarios en casos de *joint tenancy with right of survivorship* en el *Common law*³⁹. Lo mismo cabe decir para el caso francés (también belga o luxemburgués) en supuestos de comunidad de origen contractual como el *pacte tontinier* (sólo posible para cónyuges en régimen de separación de bienes que adquieren bienes inmuebles)⁴⁰.

El principal efecto de una situación de *joint tenancy* entre cónyuges, convivientes, o demás situaciones de compradores en tal concepto, es que todos son propietarios en la misma medida con independencia de cuál haya sido su aportación en la compra de la propiedad (propiedad en situación de indivisión y sin precisión de cuotas)⁴¹. Otro efecto esencial de la copropiedad solidaria consiste en que al fallecimiento de uno de los copropietarios se extingue su derecho y acrece el derecho del resto de propietarios supervivientes (*right of survivorship*) de acuerdo con lo previsto por la *lex rei sitae*, de manera que ese derecho no se integra entre los bienes de su herencia y escapa del *probaté*⁴². Cuestión distinta es que la legislación fiscal del impuesto de sucesiones (*Inheritance Tax*) sí contemple expresamente dentro del hecho imponible este tipo de transferencia de bienes *mortis causa*, pero no sucesoria, tanto en relación con bienes inmuebles como *joint bank accounts*⁴³.

Por el contrario, en la situaciones de *Tenancy in Common* cada propietario es titular de una cuota en la propiedad indivisa, esa cuota puede intentar reflejar la contribución de cada adquirente en la compra, aunque la cuota puede ser ficticia (por ejemplo 50/50) y las verdaderas contribuciones de cada parte quedar reflejadas en un documento privado (*declaration of trust*) a efectos de un ulterior cambio de la titularidad formal sobre la

³⁹ BONOMI, A., WAUTELET, P., *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, Bruselas, 2013, pp. 99-100.

⁴⁰ REVILLARD, M., *Droit international privé et européen: pratique notariale, op. cit.*, pp. 748-749.

⁴¹ KERRIDGE, R., *Parry & Kerridge. The Law of Succession, op. cit.*, 13ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2016., pp. 1-6; HARPUM, CH., BRIDGE, S., DIXON, M., *Megarry & Wade. The Law of Real Property*, 8ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2012, pp. 495-559.

⁴² BENDELAC, E., *Le transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé. Le choix de la loi applicable aux institutions d'Estate planning, op. cit.*, pp. 217-220.

⁴³ KING, L., *Private client: Wills, trusts and estate planning, op. cit.*, pp. 63-70.

propiedad, normalmente en el momento de la apertura de la sucesión⁴⁴; en caso de fallecimiento de un propietario mancomunado su cuota sí pasa a formar de parte de su herencia, por lo que deberá estar cubierta en las disposiciones testamentarias que pudieran existir.

6. FORMAS DE SUCESIÓN ANTICIPADA: DONACIONES, TRUST INTER VIVOS Y FUNDACIONES DE INTERÉS PRIVADO

En el *Common Law*, la inexistencia de legítimas aporta una mayor flexibilidad a las opciones de *estate planning* y son posibles formas de anticipación de la sucesión mediante donaciones y otras liberalidades, *trusts inter vivos*, fundaciones privada o familiares, etc.⁴⁵. La protección de las donaciones y *trusts inter vivos* como elemento de seguridad del tráfico jurídico frente a las legítimas previstas por la *lex successionis* y la preocupación por una eventual desventaja de la industria legal inglesa del *estate planning* frente a la compe-

⁴⁴ Es un supuesto de *constructive trust* aplicable en todas aquellas situaciones en las que la titularidad formal de la propiedad debe ser matizada por el hecho de haberse adquirido el bien inmueble en todo o en parte con bienes de otra persona de modo que el propietario formal será propietario fiduciario del no aparente, con las dificultades que este modelo plantea en cuanto a su producción de efectos en España y, en particular, su traslación al Registro de la Propiedad español (*vid.* SÁNCHEZ LORENZO, S., “Algunos problemas del régimen jurídico de los actos inscribibles relativos a ciudadanos británicos”, *Revista crítica de Derecho inmobiliario*, núm. 697, 2006, pp. 2012-2022).

⁴⁵ Sobre los orígenes históricos de la libertad de testar en el *Common Law* en el s. XVII en la obra de EDWARD COKE hasta su afirmación legal en los siglos XVII y XVIII frente a las anteriores restricciones de origen germánico existentes en relación tanto con la *real property* — derechos del primogénito— como con la *personal property* *vid.* MATTEI, U., “La successione contro la volontà del testatore. Radici profane di una contrapposizione sacra fra Common Law e diritti romanistici”, en CENDON, P., *Scritti in onore di Rodolfo Sacco. La comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, Giuffrè, Milán, 1994, pp. 763-789. La inexistencia de legítimas por una parte y, de otra parte, la visión patrimonialista y territorialista de la administración de la herencia permiten desde luego distinguir claramente el modelo sucesorio del *Common Law*, *vid.* ZOPPINI, A. *Le successioni nel diritto comparato*, en ALPA, G., *Diritto privato comparato. Istituti e problemi*, Laterza, Roma-Bari, 2012, pp. 417-436; *id.*, *Le successioni in diritto comparato*, UTET, Turín, 2002; DE WAAL, M. J., “Comparative Succession Law”, en REIMANN M. y ZIMMERMANN, R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, OUP, Oxford, 2006, pp. 1071-1098; CALÓ, E., “La successione mortis causa in diritto comparato”, en FRANZINA, P. y LEANDRO, A., *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Giuffrè, Milán, 2013, pp. 209-242.

tencia de otras jurisdicciones del *Common Law* (Nueva York, Delaware, etc.) y especialmente de jurisdicciones *offshore* (algunas bajo soberanía británica como Jersey, Guernsey y la Isla de Man entre las *Crown dependencies* y Bermuda, British Virgin Islands, Cayman Islands o Gibraltar entre los *Overseas territories*) estuvo desde luego en la base de la negativa del Reino Unido a participar en el Reglamento 650/2012 sobre sucesiones internacionales⁴⁶. Cabe recordar aquí que en una sucesión regida por el *Common Law*, de manera consecuente con el principio de libre disponibilidad, las donaciones y liberalidades efectuadas por el causante durante su vida, así como los *trusts inter vivos* que haya podido constituir, no pertenecen a la herencia ni pueden ser traídas a colación o cómputo (*clawback*), ya sea la sucesión testamentaria o intestada⁴⁷.

Las donaciones inter vivos se encuentran dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, por lo que el art. 10.7 CC resulta desplazado, salvo en lo relativo a las donaciones interregionales (a las que es aplicable ley de la vecindad civil del donante *ex arts.* 10.7 y 16 CC). En defecto de elección de ley aplicable (art. 3), será aplicable la ley del lugar de la residencia habitual del donante como prestador característico (art. 4.2), salvo juego de la cláusula de excepción (art. 4.3). Sin embargo, la donación de bienes inmuebles como contrato que tiene por objeto un derecho real inmobiliario estaría sometida a la *lex rei sitae* (art. 4.1.c). Quedan excluidas del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I las donaciones que constituyan negocios de derecho de familia, es decir, que afecten al régimen económico matrimonial: donaciones entre cónyuges que incidan sobre su régimen económico matrimonial y las donaciones *propter nuptias*, no si se trata únicamente de donaciones de bienes privativos entre cónyuges⁴⁸. Asimismo, resultan excluidas del Reglamento Roma I las donaciones *mortis causa*, que

⁴⁶ HARRIS, J., “The proposed EU Regulation on Succession and Wills: Prospects and Challenges”, *Trust Law International*, 2008, pp. 181-235; *id.*, “Understanding the English response to the Europeanisation of Private International Law”, *Journal of Private International Law*, vol. 4, 2008, pp. 364-367.

⁴⁷ MALUMIAN, N., “Trusts as estate planning tools for settlors in forced heirship jurisdictions”, *Trust & Trustees*, 2014, pp. 1-8. Por el contrario, en las jurisdicciones del *Civil Law* la regla es la reducción de liberalidades inoficiosas, *vid.* HOLLIDAY, J., *Clawback Law in the Context of Successions*, Hart, Oxford, 2020; BENDELAC, E., “L’articulation des institutions d’*estate planning* et du droit des successions français”, *Droit & Patrimoine*, 2017, págs. 26-35.

⁴⁸ GARCÍA ÁLVAREZ, L., “Las donaciones entre cónyuges en Derecho internacional privado”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, pp. 430-474.

quedarán sometidas a las normas de conflicto en materia de sucesiones, no resultando claro que se encuentren bajo el ámbito de aplicación del Reglamento 650/2012 que sólo define como disposiciones *mortis causa* a los testamentos, los testamentos mancomunados y los pactos sucesorios. En favor de su inclusión, cabe referirse al Considerando 14, para argumentar que si la *lex successionis* designada por el Reglamento calificase a la donación *mortis causa* como institución que participa de la naturaleza de las instituciones testamentarias, no debería existir inconveniente. Sobre la donación *mortis causa* existe una importante diferencia entre los ordenamientos del *Civil Law*, donde la donación *mortis causa* suele ser posible, aunque tendrá el tratamiento del resto de actos o disposiciones *mortis causa*, y los ordenamientos del *Common Law* donde su admisión está limitada a supuestos muy excepcionales: inminencia de fallecimiento y siempre que se haya producido además la transmisión o entrega de la cosa al donatario (*King v. The Chiltern Dog Rescue*, 2015)⁴⁹.

El *trust inter vivos* supone una herramienta habitual de organización y protección patrimonial en el Derecho comparado porque los bienes aportados al *trust* no seguirán dentro del patrimonio del constituyente del *trust* ni de su herencia y tampoco entran a formar parte del patrimonio de los designados como beneficiarios. Los bienes son transferidos a los *trustees* que se convierten en propietarios formales (*legal ownership*) aunque en interés de los beneficiarios del *trust* (*equitable ownership*). Se crea de ese modo un patrimonio separado y protegido frente a eventuales acreedores tanto del constituyente como de los beneficiarios. El *trust inter vivos* puede contener también disposiciones *mortis causa*, por ejemplo, la designación de beneficiarios sustitutos, pero su eficacia y aplicación es externa al mecanismo sucesorio. La ley aplicable al *trust*, a su constitución, funcionamiento y extinción, así como a las relaciones entre las distintas partes (constituyente, trustee y beneficiario) será la ley elegida en el documento constitutivo del *trust*, en su defecto, el criterio del “*domicile*” del *trust* como punto de conexión basado en la agrupación de los contactos más relevantes (domicilio del *trustee*, lugar de la administración del *trust*, lugar de situación de los bienes, etc.) está tan establecido en el ámbito del *Common law* que las jurisdicciones del *Civil law* que no han ratificado el Convenio de La Haya

⁴⁹ KERRIDGE, R., *The Law of Succession*, *op. cit.*, pp. 135-151.

de 1985 como es caso español sólo podrán desarrollar criterios similares por vía legislativa o jurisprudencial⁵⁰.

Cuestión distinta es que la sucesión haya sido organizada mediante un trust testamentario o *trust mortis causa* (*trust will*) en cuyo caso no se trata de una forma anticipada de transmisión de los bienes hereditarios a *trustees* en favor de posibles beneficiarios, sino de una forma de ordenar la sucesión para el momento de la muerte, en la que el testador, tras ordenar lo relativo a la administración de la herencia, dispone la transmisión de bienes a unos *trustees* en beneficio de una categoría de personas, por ejemplo, hijos menores de edad o hijos con alguna discapacidad. El *trust* creado *mortis causa* pervivirá más allá del *probate* o procedimiento de supervisión judicial de la administración de la herencia, subsistiendo el tiempo indicado por el testador en interés de los beneficiarios del *trust*, quienes quedan protegidos por la actuación de los *trustees* y también por el hecho de que no han llegado a ser propietarios de los bienes transferidos al *trust*, por lo que sus acreedores no podrán dirigirse contra tales bienes⁵¹. Si la constitución y funcionamiento del *trust*, así como las relaciones entre sus partes no son materia sucesoria (art. 1.2), sin embargo, el Reglamento 650/2012 prevé en su Considerando 13 que en el caso del *trust* testamentario (*testamentary trusts*) y en los *trusts* previstos por la ley (*statutory trusts*) será la ley aplicable a la sucesión la que regulará la transmisión de los bienes y la determinación de los beneficiarios, así como los poderes del *executor trustee* o del *personal representative*⁵².

La circulación del *trust* como institución angloamericana de planificación patrimonial ha quedado ampliada por la ratificación del Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985 sobre ley aplicable al *trust* y su reconocimiento por Estados de la familia jurídica del *Civil Law* (Italia, Malta, Países Bajos, Luxemburgo, Suiza, Mónaco, Panamá, Liechtenstein y San Marino) junto con Estados del *Common Law* (Reino Unido, Chipre, Canadá -excepto Quebec-, Australia y China -sólo para Hong-Kong)⁵³. Un efecto

⁵⁰ FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *op. cit.*, pp. 837-838; CHECA MARTINEZ, M., *El trust angloamericano en el Derecho español*, *op. cit.*, pp. 124-126.

⁵¹ LAFUENTE SANCHEZ, R., "Testamentary trusts in English Law: an introductory approach", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 1, 2015, pp. 96-111.

⁵² BONOMI, A., WAUTELET, P., *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement 650/2012 du 4 juillet 2012*, *op. cit.*, pp. 107-116.

⁵³ La expansión de la institución ha sido imparable en la modalidad conocida como *offshore trusts*, donde no es necesario que ni constituyente ni beneficiarios sean residentes, ni siquiera que los activos se encuentren en esa jurisdicción, siendo exigida únicamente la residencia del *trustee* (Chipre, Malta, Jersey, Guernsey, Man,

inesperado de la ratificación por Italia ha sido la creación en aquel país de los denominados *trusts interni*, es decir, que se refieren a activos situados en Italia y con beneficiarios en Italia, estando situados en Italia el resto de sus elementos característicos, pero que han sido sometidos expresamente a una ley extranjera que sí regula el *trust* y en virtud de esa sumisión quedan al amparo de lo previsto en el Convenio⁵⁴.

En todo caso, la aplicación del Convenio de La Haya siempre ha significado reconocer el límite que para la efectividad del *trust* puede suponer la legítima prevista por la *lex successionis*⁵⁵. En efecto, la *lex successionis* regirá la determinación de la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de testar, así como los criterios de cómputo, imputación y de intangibilidad cuantitativa de la legítima: es decir, como se calcula el total de la herencia y la parte que corresponde a los legitimarios en función de la suma a la herencia del valor de las donaciones y liberalidades realizadas por el causante, los legados y demás disposiciones testamentarias de activo. En este sentido, la limitación afecta de manera directa a los *trusts* testamentarios, a los que sí resulta de aplicación el Reglamento 650/2012 de acuerdo con lo previsto en el Considerando 13 del Reglamento⁵⁶. Pero también afectará, aunque de forma indirecta, a *trusts* creados *inter vivos*, que podrán ser calificados de forma análoga a las donaciones inoficiosas o colacionables⁵⁷; sin olvidar que también cabe mediante un

Bermudas, Islas Caimán, etc.), *vid.* MUÑIZ PEREZ, J. C., *El trust: herramienta de elusión fiscal internacional*, *op. cit.*, pp. 75-77.

⁵⁴ *Vid.* LUPOLI, M., “Trusts in Italy as a living comparative law laboratory”, *Trusts and Trustees*, 2013, pp. 383-389; *id.*, *Istituzioni del diritto dei trust negli ordinamenti di origine e in Italia*, Wolters Kluwer Cedam Milán, 2020, pp. 265-276; GRAZIADEI, M., “Recognition of common law trusts in civil law jurisdictions under the Hague Trusts Convention with particular regard to the Italian experience”, en SMITH, L., *Re-imagining the Trust: Trusts in Civil Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. pp. 29-82; BARTOLI, S., *La tutela del patrimonio familiar. Affidamento fiduciario, atto di destinazione e trust*, Giuffrè, Milán, 2018, pp. 2-169.

⁵⁵ CHECA MARTÍNEZ, M., *El trust angloamericano en Derecho español*, *op. cit.*, pp. 122-140; GODECHOT, S., *L'articulation du trust et du droit des successions*, Panthéon-Assas, París, 2004.

⁵⁶ LAFUENTE SANCHEZ, R., “Cross border testamentary trusts and the conflict of laws”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 184-207, pp. 195-196.

⁵⁷ La impugnación del *trust inter vivos* con fundamento en la protección de los derechos de legitimarios no es sencilla, así el el Auto TS, Sala Primera, de lo civil, de 28 de febrero de 2018 (ponente: M^a Angeles, Parra Lucan), es expresivo de este tipo de litigación. En el caso, un *trust inter vivos* (“Alfredo González Díez Trust”) con

pour-over will transferir mortis causa bienes del testador a un *trust inter vivos* irrevocable constituido con anterioridad⁵⁸. A fin de evitar la posible incidencia futura de la *lex successionis*, la protección del patrimonio transmitido al *trust* se refuerza en muchas jurisdicciones mediante disposiciones legales especiales (Nueva York, Delaware, South Dakota) que impedirían aplicar derechos de herencia forzosa conforme a la legislación de otras jurisdicciones e incluso se llega a establecer expresamente que no será posible alegar derechos establecidos por legislaciones extranjeras e incluso ya aplicados por sentencias extranjeras (Jersey, Guernsey, Gibraltar, etc.), o se establece el carácter de orden público positivo del principio de libre disponibilidad del causante (Panamá)⁵⁹.

En el lado contrario de la ecuación, la preocupación por la protección internacional de la legítima, ha llevado al legislador francés como reacción a casos notorios como el de la sucesión de la estrella de rock francesa Johnny Hallyday, a reintroducir mediante Ley de 24 de agosto de 2021, con efectos desde 1 de noviembre de 2021, un derecho de retención (*droit de prélèvement*) en el art. 913 *Code Civil* sobre los bienes de la herencia existentes en Francia para los descendientes o sus herederos, hasta el límite de la reserva que les concede la ley francesa, siempre que el causante o al menos uno de sus descendientes sean en el momento del fallecimiento nacionales de un Estado miembro de la UE o tenga allí su residencia habitual y siempre que la ley extranjera aplicable a la sucesión no establezca ningún mecanismo de protección de la legítima de los descendientes⁶⁰.

disposiciones mortis causa, creado con elección expresa de ley inglesa recae sobre acciones de sociedades españolas. Los herederos solicitan la nulidad del trust por haber sido instrumento de “fraude a los derechos hereditarios de los hijos” y que se reintegre a la herencia todo el patrimonio del trust. El Auto no considera probado perjuicio a los legitimarios y acuerda inadmitir el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida que rechazó por completo la demanda. En realidad, el *trust* sigue vigente porque su extinción está prevista solo al fallecimiento del cónyuge del constituyente y protector del *trust* y todos los hijos del causante son potenciales beneficiarios del *trust*.

⁵⁸ LYNN, R., MCCOUCH, G., *Introduction to Estate Planning, op. cit.*, pp. 196-201.

⁵⁹ Para el caso de Gibraltar *vid. Trusts (Private International Law) Act 2015*, en vigor desde el 17 de septiembre de 2015, inspirada en las legislaciones anteriores sobre *trusts* de Jersey y Guernsey.

⁶⁰ Art. 913 *Code civil* : « Lorsque le défunt ou au moins l'un de ses enfants est, au moment du décès, ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou y réside habituellement et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, chaque enfant ou ses

La constitución de fundaciones de interés privado o familiar es otra forma anticipada de organizar la sucesión. Son posibles en un número limitado de jurisdicciones (Holanda, Italia, Austria, Alemania, Suiza, Liechtenstein, Jersey, Gibraltar, Panamá, Seychelles, etc.) y se oponen al modelo contrario que sólo reconoce validez a las fundaciones de interés público (Francia, España, Portugal, Polonia, etc.)⁶¹. En España deberá reconocerse la personalidad jurídica a las fundaciones de interés privado extranjeras si han sido válidamente constituidas con arreglo a su ley personal, por ejemplo, como titulares de bienes inmuebles en España. De conformidad con lo previsto en el art. 6 de la Ley 50/2002 de fundaciones, si la fundación desarrollase su actividad fundamentalmente en España deberá tener domicilio en España, algo que no será posible en el caso de las fundaciones de interés privado extranjeras⁶². Si es extranjera, pero desarrolla actividades en España deberá tener una delegación en España (art. 7 Ley 50/2002) que servirá como domicilio en España; sin embargo, en el caso de las fundaciones extranjeras de interés privado el acceso al Registro de Fundaciones extranjeras que desarrollan actividades en España será denegado. La RDGRN de 24 de enero de 2008 optó de manera excesiva por denegar incluso la inscripción en el Registro de la propiedad de la donación efectuada a una fundación de interés privado panameña por considerar que ser propietaria de bienes inmuebles constituye una actividad permanente en España que requiere inscripción en el Registro de fundaciones españolas; opción que naturalmente no es posible para una fundación de interés privado extranjera.

héritiers ou ses ayants cause peuvent effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens existants situés en France au jour du décès, de façon à être rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française, dans la limite de ceux-ci », *vid.* LAGARDE, P., “Une ultime (?) bataille de la réserve héréditaire”, *Revue critique de droit international privé*, núm. 2, 2021, pp. 291-295 y demás contribuciones en ese número monográfico. Sin embargo, la *Cour de Cassation* en su Sentencia de 27 de septiembre de 2017, había estimado que la *réserve héréditaire* no es de orden público internacional, *vid.* RASS-MASSON, L., “The Impact of European Private International Law and the réserve héréditaire in France, en SCHERPE, J., *The Interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law*, Intersentia, Cambridge, 2021, pp. 195-212.

⁶¹ FUSARO, A., “Uno sguardo comparatistico sul diritto delle fondazioni”, *Tendenze del Diritto privato in prospettiva comparatistica*, Giappichelli, Turín, 2017, pp. 101-114; *id.*, “La fondazione di famiglia in Italia e all'estero”, pp. 115-134.

⁶² GARDEÑES SANTIAGO, M., “El Derecho internacional privado de fundaciones a la luz de la nueva Ley 50/2002, de 26 de diciembre”, *Revista española de Derecho internacional*, núm. 1, 2004, pp. 251-272.

7. SUSTITUTOS DE LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA (*WILL-SUBSTITUTES*)

Además de la existencia de formas anticipadas de transmisión de bienes, con alcance más amplio en el *Common Law* pero también en el *Civil Law*, existen diversas formas de disposición *mortis causa* alternativas a los testamentos: *will-substitutes*. Así ocurre con la designación del beneficiario en seguros de vida, rentas vitalicias (*life annuities*), planes de pensiones, cuentas bancarias con designación de beneficiario (pay on death –POD—accounts, *trust accounts*, etc.), registro de orden de transmisión de participaciones a un beneficiario a la muerte de su propietario (*transfer on death* —TOD—*registration of securities*, e incluso registro órdenes de *transfer on death* para vehículos de motor y *deeds of land*⁶³.

En todos estos casos la transmisión de propiedad se producirá *mortis causa*, pero al margen del fenómeno sucesorio, porque el elemento fundamental de transmisión es la cláusula expresa de designación de beneficiario prescindiendo de la designación de herederos o de la tramitación de la herencia. Así, de acuerdo con lo previsto por el art. 84 de la Ley del Contrato de Seguro de 1980 es derecho del tomador “designar beneficiario o modificar la designación anteriormente realizada, sin necesidad de consentimiento del asegurador. La designación del beneficiario podrá hacerse en la póliza, en una posterior declaración escrita comunicada al asegurador o en testamento”. Por su parte, el art. 85 de la misma Ley precisa que “la designación del cónyuge como beneficiario atribuirá igualmente tal condición a quien lo sea en el momento del fallecimiento del asegurado”, cuestión distinta es que la designación de beneficiarios se haga con referencia a los “herederos legales”⁶⁴.

⁶³ GALLANIS, TH. P., “Will-Substitutes: A US Perspective”, *op. cit.*, pp. 9-30. Para el caso español *vid.* TARABAL BOSCH, J., *Previsión y transmisión intergeneracional del patrimonio al margen de la sucesión. Encaje jurídico (¿y consolidación?) de los will-substitutes en España*, Marcial Pons, Madrid, 2022, pp. 29-60; SERRANO DE NICOLÁS, A., “Estate planning: la planificación de la herencia al margen del testamento (*will-substitutes*)”, en GARRIDO MELERO, M. y FUGARDO ESTIVILL, J. M., *Forma y seguridad jurídica. Los patrimonios en el derecho internacional y comparado. Fiducias y trust*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 491-522.

⁶⁴ VAQUER ALOY, A., “Cuestiones sobre la designación de beneficiarios de los *will substitutes* en los derechos civiles vigentes en España”, en TARABAL BOSCH, J., *op. cit.*, pp. 123-124; BARRÓN ARNICHEs, P. “Will Substitutes y Derechos sucesorios familiares”, *op. cit.*, pp. 143-144.

Por ello, los *will-substitutes* quedan fuera expresamente del ámbito de aplicación del Reglamento 650/2012: según el art. 1. 2º g) Reglamento 650/2012 quedan excluidos los derechos que puedan transmitirse mortis causa en virtud de “planes de pensiones, contratos de seguros y transacciones de naturaleza análoga, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2, letra i)”. Esta última excepción contempla “la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios”. En efecto, aunque ese tipo de transacciones queden fuera del ámbito de aplicación del Reglamento, no cabe olvidar que la intangibilidad cuantitativa y cualitativa de las legítimas prevista por la *lex successionis* puede introducir algún límite a posteriori sobre estas formas alternativas de disposición *mortis causa* no testamentarias, pudiéndose traer a colación en la tramitación de la herencia las cantidades aportadas por el causante a este tipo de seguros u otras formas de inversión con designación expresa de beneficiario⁶⁵.

La doctrina europea ha intentado acercarse a este conjunto de instituciones del Derecho estadounidense desde una perspectiva conflictual autónoma, es decir, propia de las instituciones de *estate planning*. En este sentido, en defecto de pacto de elección de ley, se ha llegado a proponer la aplicación de la ley de lugar de residencia habitual del constituyente siempre que esta ley permita la existencia y validez de este sustituto del testamento, resultando nulo en caso contrario⁶⁶. Sin embargo, la validez y efectos de este tipo de sustitutos del testamento depende de la existencia de regulación legal que los permita de acuerdo con la legislación contractual o específica de que se trate (seguros, planes de pensiones, etc.) y de la no oposición de la ley sucesoria.

8. DISPOSICIONES DE ÚLTIMA VOLUNTAD: LA *PROFESSIO IURIS*

Naturalmente, la institución esencial de ordenación del *estate planning* internacional será el testamento y dentro del testamento la opción o técnica fundamental es la *professio iuris*. La *professio iuris* tiene la virtualidad de consolidar el régimen aplicable a la legítima frente a futuros cambios de residencia habitual del testador y además evita situaciones de reenvío. Pese

⁶⁵ BENDELAC, E., *Le transfert de biens au décès autrement que par succession en droit international privé. Le choix de la loi applicable aux institutions d'Estate planning*, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 354-358.

a manifestaciones en sentido contrario, la cláusula territorial sigue siendo posible, siempre la que *professio iuris* haya sido manifestada en relación con toda la herencia y se encuentre coordinada entre los distintos testamentos que haya podido otorgar el causante.

En efecto, la *professio iuris*, es decir, la designación de la ley nacional del testador como ley que rige su sucesión (art. 22.1 del Reglamento 650/2012) y asimismo como ley la aplicable a la validez material e interpretación del testamento (art. 24.2), es la única forma de planificar la sucesión de modo estable porque recoge en la ley elegida no sólo la cuestión de la ley que rige la sucesión, sino también la admisibilidad y validez sustancial de las disposiciones mortis causa y pactos sucesorios. Así, la ley elegida regula también la validez material de una disposición mortis causa por la que se establece un derecho de *life interest* sobre propiedad inmueble o la validez y efectos de los *mutual wills* o testamentos recíprocos entre cónyuges en el *Common Law*, aislando el testamento o pacto sucesorio respecto de eventuales cambios ulteriores del lugar de residencia habitual del testador⁶⁷; con el efecto añadido de evitar cualquier reenvío que pudiera efectuar la ley de un tercer Estado⁶⁸.

⁶⁷ RE, J., *Pianificazione sucesoria e diritto internazionale privato*, Cedam, Milán, 2020, pp. 185-264; VIARENGO, I., “Planning Cross-Border Successions: The ‘Professio Juris’ in the Succession Regulation”, *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, 2020, pp. 559-582; BERGQUIST, U., “Declarations, last wills and agreements in accordance with the EU Succession and Matrimonial Property Regulations”, *ERA Forum*, 2019, pp. 179-185; CAMPIGLIO, C., “La facoltà di scelta della legge applicabile in materia successoria”, *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, 2016, pp. 925-948; RIPOLL SOLER, A., “Hacia un nuevo modelo de planificación sucesoria notarial: la *professio iuris*”, *Revista de Derecho civil*, núm. 2, 2016, pp. 53-54. Sobre las raíces históricas de la *professio iuris* y su plasmación en el DIPr contemporáneo codificado anterior al Reglamento 650/20102 *vid.* FONTANELLAS MORELL, J. M., *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 38-98 y 137-172; *id.*, “Libertad de testar y libertad de elegir la ley aplicable a la sucesión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 376-408. Asimismo sobre la extensión de la *professio iuris* en el DIPr comparado europeo *vid.* BUCHER, A. y BONOMI, A., *Droit international privé*, 3ª ed., Helbing Lichtenhahn, Zúrich, 2013, pp. 241-245; CALÓ, E., *Le successioni nel diritto internazionale privato dell’Unione Europea*, ESI, Nápoles, 2019, pp. 20-26; BOUCKAERT, F., “Professio iuris dans le Code de droit international privé belge”, en *Les Successions internationales dans l’UE. Perspectives pour une harmonisation*, Deutsches NotarInstitut, Bruselas, 2004, pp. 417-429; TIEDERMANN, A., “Die Recthswahl im deutschen internationalen Erbrecht”, *RabelsZ*, 1991, pp. 17-40.

⁶⁸ DAVÍ, A. y ZANOBETTI, A., *Il nuovo diritto internazionale privato europeo delle successioni*, Giappichelli, Turín, 2014, pp. 88-98; KINDLER, P., “La legge applicabile ai

Sin embargo, una novedad jurisprudencial resulta llamativa: la Sent. BGH 29 de Junio 2022 que confirma la Sentencia de la Corte de apelaciones de Colonia de 22 de abril de 2021, ha entendido que la existencia de testamento otorgado en Alemania con *professio iuris* en favor de la ley inglesa nacional del testador residente en Alemania no es límite para considerar que el orden público derivado del derecho constitucional a la herencia ha sido vulnerado por haberse intentado evitar de este modo la aplicación de la legítima prevista por el Derecho alemán, que sería el más estrechamente conectado con las circunstancias del supuesto.

Desde luego, sin *professio iuris*, los efectos de las disposiciones *mortis causa*, por ejemplo, en cuanto a las legítimas, dependerán de la ley sucesoria efectiva, es decir la del lugar de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento (art. 23). Además, sin *professio iuris*, la validez sustancial y la interpretación del testamento quedan a lo previsto por la ley sucesoria hipotética del lugar de residencia habitual del causante en el momento de otorgar testamento (arts. 24 y 26)⁶⁹. Por último, sin *professio iuris*, si la ley aplicable es la de un tercer Estado, puede resultar finalmente aplicable otra ley en virtud del reenvío de retorno a la ley de un Estado miembro o incluso del reenvío ulterior a un tercer Estado (art. 34).

Especial problemática presentan las presunciones legales de revocación del *Common Law* en caso de contraer posterior matrimonio, que quedarán sujetas igualmente a lo previsto en el art. 24.1 y, en su caso, a la particular modalidad de *professio iuris* prevista en el art. 24.2. Así, en el Derecho inglés, la celebración de matrimonio provoca la revocación automática o *ex lege* del testamento otorgado anteriormente, salvo que resulte del propio testamento que fue realizado en contemplación de matrimonio con una persona concreta y con la intención de que no fuese revocado por el matrimonio (*Wills Act 1837*)⁷⁰. El divorcio del cónyuge con el que se estaba casado en el momento de otorgar testamento también produce la ineficacia

patti successori nel regolamento (UE) n. 650/ 2012”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2017, pp. 12-32.

⁶⁹ De manera similar en el Derecho inglés es la ley del domicilio del testador en el momento de otorgar testamento (ley sucesoria hipotética o anticipada) y no la del domicilio en el momento del fallecimiento la que rige la interpretación y eficacia revocatoria del testamento (*Dellar v. Zivy and others*, 2007), *vid.* MCCLEAN, D. y RUIZ ABOU-NIGM, V., *The Conflict of Laws*, 9ª. ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2016, pp. 543-545.

⁷⁰ KERRIDGE, R., Parry and Kerridge: *The Law of Succession*, *op. cit.*, pp. 153-158.

del testamento, al menos parcial, puesto que el testamento producirá efectos, pero ignorándose las disposiciones en favor del cónyuge divorciado.

El testamento es desde luego herramienta fundamental de protección patrimonial, por ejemplo, en relación con la pervivencia de un patrimonio o empresa familiar. En este sentido, será de gran relevancia la opción que tome el testador en relación con la posición futura que habrá de tener el cónyuge supérstite, quien puede quedar enormemente reforzado (heredero universal conforme a un Derecho extranjero que no establezca legitimarios, usufructuario universal de la herencia con cautela *socini* a fin de reducir el riesgo de impugnación por parte de hijos legitimarios en el Derecho español, fiduciario con facultades de mejora sobre descendientes comunes-art. 831 Cc-, etc.) o verse limitado a la legítima que sea aplicable en virtud de la *professio iuris* efectuada (usufructo de un tercio en el caso español).

Para el caso en que los herederos sean hijos menores de edad y no se desee que la administración de la herencia y de los bienes ya heredados recaiga por esa vía en el cónyuge supérstite que tiene la patria potestad sobre los menores, será fundamental la designación de albacea universal testamentario con los más amplios poderes, no sólo en cuanto a la ejecución e interpretación del testamento, sino como administrador de la herencia con poderes de disposición y como contador-partidor, pudiendo diferirse el período de administración de la herencia a cargo del albacea tanto como establezca necesario el testador en el propio testamento.

En el *Common Law*, por el contrario, los menores de edad no pueden heredar bienes inmuebles (según lo previsto en la *Law of Property Act 1925* no pueden ser propietarios de bienes inmuebles), ni sus progenitores administrarlos en virtud de los poderes que les otorga la patria potestad, sino que será necesario proceder a la designación testamentaria de *trustees* (en su defecto, la designación habrá de ser judicial) que administren la herencia hasta que los herederos alcancen la mayoría de edad legal o la señalada expresamente por el testador⁷¹.

En el caso de la empresa familiar será el protocolo familiar la herramienta donde coordinar los diferentes instrumentos ordinarios de planificación

⁷¹ PEROZ, H., FONGARO, E., *Droit international privé patrimonial de la famille*, 2ª ed., Lexis-Nexis, París, 2017, pp. 87-89, en relación con las dificultades que esta prohibición provoca sobre las facultades de disponer sobre bienes inmuebles situados en Francia en casos de sucesión intestada en favor de menores de edad de nacionalidad inglesa y las distintas opciones de calificación a efectos de determinación de la ley aplicable.

patrimonial entre cónyuges (capitulaciones, acuerdos sobre efectos del divorcio, testamentos, etc.) con los estatutos sociales y los pactos parasociales que establecen restricciones a la transmisión de acciones y participaciones o limitan otros derechos societarios para determinadas categoría de socios con el fin de garantizar la continuidad de la empresa familiar y su transmisión dentro de la propia familia⁷². En el caso italiano, su regulación en el Art. 765 bis y ss. del *Codice civile* como “*patto di famiglia*” constituye una forma anticipada de organizar la sucesión sobre la empresa familiar mediante contrato, en el que deben participar necesariamente el cónyuge y todos los legitimarios, siendo excepción a la prohibición general de pactos sucesorios⁷³.

⁷² Sobre la oponibilidad a terceros derivada de la publicidad material registral del protocolo familiar en el Registro mercantil *vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L., *El protocolo familiar: empresa familiar y publicidad registral*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008.

⁷³ PERONI, G. “Patti successori, patto di famiglia e ambito di applicazione delle norme di diritto internazionale privato”, *Diritto del commercio internazionale*, 2007, págs. 611-640; BUSANI, A., *Il patto di famiglia, l'accordo di famiglia, la fondazione di famiglia*, Cedam, Padua, 2019, pp. 230-233.

COMUNICACIONES

Ley aplicable a las capitulaciones matrimoniales otorgadas en el extranjero según el nuevo Derecho internacional privado puertorriqueño

MARTA FIGUEROA TORRES

Catedrática Universidad Interamericana de Puerto Rico

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. 2.1. *Ley aplicable al régimen matrimonial.* 2.2 *Ley aplicable al contrato capitular.* 2.3. *Normas relativas a los derechos reales.* 2.4. *Defensa de orden público.* 3. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

En el año 2020 entró en vigor el nuevo Código Civil de Puerto Rico, tras un extenso proceso legislativo que se extendió poco más de dos décadas.¹ Así, tras más de 100 años de vigencia del Código que España extendió a sus provincias de ultramar en las postrimerías del siglo XIX, las relaciones jurídicas entre particulares están regidas por un nuevo Código Civil que, sobre todo, debería responder a las necesidades y circunstancias del siglo XXI. Una de las disciplinas más impactadas por el nuevo ordenamiento

¹ *Vid.*, entre muchos otros, FIGUEROA TORRES, M., “Luces y sombras del proceso de reforma del Código Civil de Puerto Rico, Conferencia Magistrat, en FRATELLI TORRES, M. (Coord.), *Memorias del Primer Congreso sobre el Código Civil de Puerto Rico*, Editorial del Colegio de Abogados de Puerto Rico, San Juan, 2022, pp. 3-30; FIGUEROA TORRES, M., “Recodification Of Civil Law In Puerto Rico: A Quixotic Pursuit Of The Civil Code For The New Millenium”, *Tulane European And Civil Law Forum*, XXIII, 2008, p. 325; FIGUEROA TORRES, M., “Crónica De Una Ruta Adelantada: Los Borradores del Código Civil de Puerto Rico”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 40, 2006, p. 419; FIGUEROA TORRES, M., “Crónica De Una Ruta Iniciada: El Proceso de Revisión del Código Civil de Puerto Rico”, *Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico*, 35, 2001, p. 491.

es el Derecho internacional privado, pues las controversias que impliquen un potencial conflicto de leyes deberán atenderse de conformidad con los arts. 30-66 del Capítulo VI del Título Preliminar.² Ese nuevo derecho codificado pretende proveer una normativa conflictual moderna, sistemática e integrada que supere las deficiencias del Código anterior en materia *iusprivatista internacional* dadas las exiguas y anticuadas normas de este.³ Se trataba, básicamente, del estatuto personal, el real y el mixto (arts. 9, 10 y 11), junto a un par más de artículos puntuales y algunas normas conflictuales muy específicas y dispersas en legislación especial de variadas materias⁴.

El limitado alcance de este trabajo no permite una discusión de los lineamientos más generales del nuevo derecho internacional privado puertorriqueño, por lo que nos ceñimos al análisis particular de determinados preceptos en materia de determinación de ley aplicable a relaciones jurídicas familiares que se desarrollan en contacto con el ordenamiento legislativo de dos o más Estados. Abordamos, específicamente, la normativa que rige la determinación de la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio y las implicaciones del conflicto móvil para los cónyuges que cambian su domicilio conyugal constante matrimonio. Centramos el análisis en un debate nada pacífico entre los juristas puertorriqueños, a saber, si el requisito escritural de las capitulaciones matrimoniales rige, aunque el acuerdo se otorgue en el extranjero, particularmente tratándose de un Estado en el que no exista el notariado de tipo latino.

Para desarrollar este análisis usamos como referencia un ejemplo hipotético que suscita una controversia sobre cuál es la ley aplicable —a la luz del nuevo Código Civil de Puerto Rico— a la adjudicación sobre la validez de un acuerdo prenupcial otorgado en Colorado, EE.UU., mediante documento privado firmado ante notario, pero no en escritura pública.

² Esta normativa queda desplazada por la legislación federal, los tratados o la legislación especial local aplicable, si alguna.

³ Para el desarrollo histórico de la antigua normativa véase, VELÁZQUEZ, G., *Directivas Fundamentales del Derecho Internacional Privado Puertorriqueño*, Junta Editora U.P.R., Río Piedras, 1945; MUÑOZ MORALES, L., *Reseña Histórica y Anotaciones al Código Civil de Puerto Rico*, Junta Editora U.P.R., Río Piedras, 1947.

⁴ Eran preceptos integrados en el derecho material, *verbigracia*, la última oración del art. 68 (invalidez del matrimonio homosexual celebrado en el extranjero); el art. 1277 (ley aplicable al régimen económico del matrimonio celebrado en país extranjero); el art. 666 (ley aplicable a la forma del testamento otorgado fuera de Puerto Rico); el art. 667 (prohibición del testamento mancomunado otorgado fuera de Puerto Rico) y el art. 638 (lugar de otorgamiento e idioma del testamento ológrafo).

Asumamos que al tiempo de celebrar el acuerdo para regir los efectos patrimoniales de su matrimonio los futuros cónyuges estaban domiciliados en Colorado y allí establecieron su primer domicilio conyugal, con el que continuaron hasta que se mudaron a Puerto Rico hace diez años. Tomemos como cierto, además, que el acuerdo prenupcial es válido según la ley del lugar donde se otorgó y que esta fue la ley expresamente seleccionada por las partes en el acuerdo, que no es aplicable ley federal o tratado alguno, y que la controversia se dilucidará en el foro local puertorriqueño⁵.

2. EL NUEVO DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La recién estrenada normativa conflictual hay que celebrarla, si bien no es perfecta. Un jurista español lo sintetiza bien cuando afirma “... *En definitiva, nos hallamos ante una modernización, que indudablemente lo es, del Derecho conflictual puertorriqueño, pero con ciertos defectos y lagunas que no deberían existir en un ordenamiento jurídico moderno que debe y tiene que estar en consonancia con el tiempo en que se vive: el siglo XXI, cuando camina ya hacia el final de su primer cuarto*”⁶. Los defectos se deben a que se le introdujeron múltiples cambios al proyecto en la etapa final de su *iter* legislativo (2018-2020) que desarticularon la propuesta inicial elaborada prolijamente por reconocidos expertos en la materia y que tenía origen en un *Projet* elaborado en

⁵ En EE. UU. no hay normativa federal general sobre este asunto, sino que rige la legislación estatal pertinente junto a cualquier otra norma conflictual contenida en alguna ley federal especial o estatal. Hay una ley uniforme cuya segunda versión fue aprobada en el año 2012 y sobre la cual puede verse una exhaustiva discusión en FIGUEROA TORRES, M., *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura: en España, Estados Unidos y Puerto Rico*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 261-334. Valga apuntar que la citada Ley Uniforme endosa expresamente la aplicación de las normas de derecho internacional privado en la evaluación de la validez de los acuerdos maritales y en su interpretación: [UPMAA] “*Affirms traditional choice of law and conflict of laws principles in determining the validity and meaning of premarital and marital agreements*”. UNIFORM LAW COMMISSION, *Why states should adopt the uniform premarital and marital agreements act*, NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, Chicago (2012).

⁶ TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, J.A., “El nuevo Derecho internacional privado de Puerto Rico: breve nota acerca del sistema conflictual del Título preliminar del Código Civil”, *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, vol. 5, núm. 2, 2020, pp. 261-278.

el seno de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación.⁷ Con todo, es de destacar primeramente que la normativa aprobada en el Código Civil honra la tradición jurídica civilista de este en cuanto atiende solo el componente de determinación de ley aplicable, por lo que deja a la legislación procesal los asuntos de jurisdicción y reconocimiento de sentencias extranjeras que típicamente alcanza el derecho internacional privado en su concepción más amplia⁸.

⁷ Sin duda el mayor y más significativo error fue la eliminación del importantísimo artículo 2 de la propuesta original que epitomizaba su particularidad y universalidad como precepto general y supletorio en el proceso conducente a la selección de la ley aplicable. Perseguía la identificación de la ley del Estado que *tiene la conexión más significativa con las partes y la disputa en relación con el problema de que se trata*. El Memorial Explicativo dejaba muy claro que, si bien tenía de ciertas similitudes terminológicas con otras codificaciones de la materia, se trataba de un proyecto de *lege ferenda* diferente: “La frase enfatizada se parece a la frase “relación más significativa” del Segundo Restatement (secciones 145, 188, 222, 283 & 291. Sin embargo, también se parece al siguiente lenguaje utilizado en otras codificaciones: “closest ties” (Artículo 9 de la Convención Interamericana sobre Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales), “más directamente vinculadas” (Artículo 30 de la Ley Venezolana de Derecho Internacional Privado de 1999), “vínculos más estrechos” (Artículos 2067 y 72 de los Proyectos Argentinos de Derecho Internacional Privado de 1998 y 2003 respectivamente), “closest relationship” o “closest connection” (Artículo 15 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987), “close connection” (Artículos 3082 y 3112 del Código Civil de Québec de 1994), “closest connection” (Artículo 28 de la Ley Federal Alemana de Derecho Internacional Privado de 1986 y Artículos 4-7 de la Convención de Roma), y “stronger connection” (Artículo 1 de la Ley Austriaca de Derecho Internacional Privado de 1978). Al mismo tiempo, la frase “conexión más significativa” del artículo 2 es suficientemente diferente de todas las formulaciones antes citadas. Por ejemplo, la expresión “más significativa” invita a hacer un análisis más cualitativo y tiene menos connotación territorial o física que las expresiones “más fuerte” o “más cercano”, usadas en las formulaciones europeas. En cierta medida, estas diferencias y similitudes pueden reflejar las influencias europeas y las americanas en esta materia. Sin embargo, es más importante notar que las palabras “conexión más significativa” y el objetivo que éstas persiguen encuentran apoyo en la jurisprudencia puertorriqueña de derecho internacional privado, particularmente en el lenguaje de “contactos dominantes” usado en *Maryland Casualty*, *Viuda de Fornaris* y *Green Giant*. Aun así, el lenguaje de la nueva formulación difiere lo suficiente para que sea menos vulnerable a una interpretación errónea que invite a hacer un conteo mecánico o cuantitativo de contactos, o a una mera localización geográfica de la disputa.” COMISIÓN CONJUNTA PERMANENTE PARA LA REVISIÓN Y REFORMA DEL CÓDIGO CIVIL DE PUERTO RICO, *Memorial Explicativo del Borrador del Libro Séptimo de Derecho Internacional Privado*, San Juan, 2007, pp. 21-23 <<https://www.oslpr.org/borrador-codigo-civil-ano-2010>>.

⁸ La APJL estaba presidida entonces por el ex Juez Presidente del Tribunal Supremo de Puerto Rico, Don José Trías Monge. La propuesta original fue adoptada por un Comité Especial que contó con la participación del eminente jurista y

En apretada síntesis, y a riesgo de parecer simplista, cabe decir que el principal reto de la reforma del derecho internacional privado puertorriqueño era adoptar en la normativa codificada el enfoque desarrollado por la doctrina jurisprudencial puertorriqueña para resolver las bien llamadas dicotomías que el Tribunal Supremo de Puerto Rico enfrentó al acometer la obligada tarea de modernizar y suplementar la antigua normativa que obligadamente tuvo que aplicar en ausencia de una oportuna intervención legislativa que se hizo esperar demasiado. Las referidas dicotomías han sido identificadas como bifurcaciones entre “lo español” y “lo estadounidense”, y entre “lo codificado” y “lo no codificado”, que a su vez se entrelazan.⁹ Tan ingente tarea se lograba, al menos hasta la propuesta del año 2007, con la prolongación en el texto legislativo del enfoque jurisprudencial que optó en su día por “tomar ideas de ambos sistemas, sin preferencias o juicios preconcebidos, y guiado solamente por los méritos de las soluciones que presentan uno y otro lado de la doctrina y por las circunstancias del caso particular”¹⁰.

prolífico autor, mundialmente reconocido en la materia, Symeon C. Symeonides como *Rapporteur* y del distinguido Catedrático de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard, Arthur T. von Mehren, como consultor. Los directivos de la *Academia* autorizaron posteriormente su revisión e integración al proyecto de reforma de la Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil. Pueden verse los detalles en FIGUEROA TORRES, M., “Ponencia de la directora ejecutiva sobre el Borrador del Libro Séptimo de Derecho Internacional Privado”, *Comisión Conjunta Permanente para la Revisión y Reforma del Código Civil de Puerto Rico*, San Juan, 2007, pp. 6 y ss. <<https://www.oslpr.org/borrador-codigo-civil-ano-2010>>; SYMEONIDES, S. “Revising Puerto Rico’s Conflicts Law: A Preview”, *Columbia Journal of Transnational Law*, núm. 28, 1990, p. 413.

⁹ SYMEONIDES, S., *op. cit.*; *Memorial Explicativo*, *op. cit.*, pp. 7 y ss.

¹⁰ *Memorial Explicativo*, *op. cit.*, p. 18. En la propuesta del año 2007 el derecho internacional privado puertorriqueño, como disciplina, ganaba además autonomía pues se insertaba como un libro séptimo del propuesto nuevo Código Civil sobre el cual se afirmaba: “En este Libro se sigue, precisamente, el mismo enfoque. Su contenido está firmemente anclado en la experiencia local y toma la profunda sabiduría de la jurisprudencia puertorriqueña. Sin embargo, también aprovecha la vasta experiencia acumulada por los tribunales estadounidenses, principalmente, al evitar sus errores y sus excesos. Más importante aún, este Libro se sirve de la rica experiencia codificadora de los ordenamientos civilistas europeos y americanos, y es verdaderamente el producto genuino de una investigación comparada objetiva, extensa y exhaustiva.” *Memorial Explicativo*, *op. cit.*, p. 18. SYMEONIDES, *op. cit.*

2.1. Ley aplicable al régimen matrimonial

La norma que rige la determinación de ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio según el art. 43 del nuevo Código Civil¹¹ lee:

Efectos patrimoniales del matrimonio y el cambio del domicilio conyugal. Si hay acuerdo entre las partes, los efectos económicos del matrimonio se determinan por las normas del Estado seleccionado por estas. De no haber acuerdo, el efecto se determina por las normas del Estado donde tuvieron su primer domicilio conyugal.

Si las partes establecen un domicilio en conjunto en otro Estado, por un plazo de cinco (5) años o más, siempre y cuando no se perjudiquen derechos de terceros, el régimen económico será el de ese último Estado, salvo que acuerden algo distinto.

El tribunal puede hacer los ajustes que estime convenientes si el cambio en el régimen matrimonial no expresamente consentido por las partes, tiene el efecto de privar a una de ellas de beneficios que hubiese tenido conforme al régimen anterior.

Este art. 43 del Código Civil regula la determinación de ley aplicable al régimen económico del matrimonio, entendido este como el conjunto de normas y principios que reglamentan las relaciones jurídicas patrimoniales de los cónyuges, con exclusión de los efectos personales del matrimonio.¹² Sabido es que la referencia de la doctrina científica a ese sistema de reglas llamado “régimen” alcanza usualmente el dominio, la administración y la disposición de los bienes de los cónyuges, e incluye tanto las relaciones patrimoniales internas entre estos como las que tengan con terceros. Es importante destacar al respecto, por razones que más adelante discutiremos, que cuando se usa el término “régimen” en este contexto se implica, antes que nada, que estas son las normas que rigen las relaciones económicas de los cónyuges de forma separada de la normativa general que regula las relaciones jurídicas patrimoniales en los demás ámbitos¹³.

¹¹ Salvo que otra cosa se indique, todas las referencias al Código Civil se hacen al código puertorriqueño nuevo, según adoptado por la Ley núm. 55 de 1 de junio de 2020.

¹² A la determinación de la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio le aplican otras normas conflictuales del capítulo sexto del Título Preliminar del Código Civil 2020: art. 41 (Validez del matrimonio); art. 42 (Efectos no patrimoniales del matrimonio); art. 45 (Nulidad matrimonial y divorcio); art. 46 (Validez de acuerdos matrimoniales o uniones civiles análogos al matrimonio).

¹³ Esta precisión es muy relevante porque a la determinación de ley aplicable a las relaciones patrimoniales fuera del escenario matrimonial le aplican otros artículos del Capítulo Sexto del Título Preliminar del nuevo Código Civil.

Evidentemente, ello presupone la existencia de un vínculo matrimonial formalizado sobre el cual se proyectan los efectos del régimen económico constante matrimonio, bien sea uno de carácter convencional o el régimen legal aplicable por defecto, en ausencia de pacto.

Lo más importante para el presente análisis es que la norma del art. 43 es clara en cuanto a (1) la libertad de pacto que tienen los cónyuges para escoger la ley aplicable a su economía matrimonial y (2) la deferencia que le da el legislador a ese ejercicio de la autonomía de la voluntad. Así, solo en defecto de acuerdo conyugal sobre la ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio es que el juzgador de la controversia procederá a hacer su propia determinación, para lo que tiene que seguir los criterios auxiliares plasmados en el art. 43 del Código Civil.

Si aplicamos la letra clara del referido precepto al contexto fáctico del ejemplo que venimos utilizando resulta evidente que los cónyuges ejercieron esa posibilidad de escoger la ley aplicable a su economía matrimonial al otorgar su acuerdo prenupcial. Por ende, la ley aplicable a la economía del matrimonio de nuestro ejemplo es la de Colorado porque los entonces futuros cónyuges incluyeron en su acuerdo prenupcial una cláusula de elección de ley aplicable (*choice of law*) que desplaza el mandato legislativo del art. 43 que, en defecto de pacto, ordena al juzgador adjudicar los efectos económicos del matrimonio en función de la ley del Estado en donde los cónyuges tuvieron su primer domicilio conyugal.

Nótese que el citado precepto es exhaustivo porque además guía el proceso adjudicativo detalladamente en caso de que el matrimonio cambie su domicilio conjuntamente a otro Estado por un plazo de cinco (5) años o más. Incluso, el art. 43 autoriza al tribunal a hacer los ajustes que estime “convenientes” si el cambio en el régimen matrimonial no expresamente consentido por las partes perjudica a alguna de ellas. Con todo, esa metodología adjudicativa de determinación de ley aplicable o *choice of law* sólo aplica en ausencia de pacto entre las partes sobre la ley que regirá su economía matrimonial. Por ende, los efectos económicos del matrimonio de nuestro ejemplo se rigen por la ley de Colorado, a menos que alguna otra norma conflictual aplicable ordenara otra cosa. Este no es el caso, sin embargo, pues el análisis de las demás normas pertinentes del Capítulo Sexto del Título Preliminar lleva a concluir que la aplicación de estas conduce también a la ley de Colorado. En consecuencia, cuando el foro es un tribunal de Puerto Rico este deberá aplicar dicha ley extranjera para adjudicar el cuestionamiento sobre la validez del acuerdo prenupcial por faltarle la forma escritural. Veamos.

2.2 *Ley aplicable al contrato capitular*

El subsiguiente art. 44 del Código Civil regula expresamente y con especificidad la determinación de la ley aplicable al contenido de las capitulaciones, sin referencia alguna a la forma del acuerdo:

Capitulaciones matrimoniales. El contenido de las capitulaciones en las que se estipula, modifica o sustituye el régimen económico del matrimonio, deben ser conforme con la ley del domicilio conyugal.

De no existir un domicilio conyugal:

(a) se aplica la ley del domicilio de cualquiera de las partes siempre y cuando no sea contraria a las normas del domicilio de la otra parte;

(b) cuando hay conflicto entre la ley del domicilio de una y otra parte, se aplica la ley del Estado en que se celebró el matrimonio.

Nótese que el precepto ordena expresamente que el contenido del contrato capitular sea conforme con la ley del domicilio conyugal. El legislador fue más lejos al anticipar que cuando no exista domicilio conyugal se aplicará la ley del domicilio de cualquiera de las partes, siempre y cuando no sea contraria a las normas del domicilio de la otra parte. Más aun, dispuso con especificidad que, si hay conflicto entre la ley del domicilio de una y otra parte, se aplica la ley del Estado en el que se celebró el matrimonio. Hay que resaltar, sin embargo, que todo eso es en relación con la ley aplicable al contenido de las capitulaciones en las que se estipula, modifica o sustituye el régimen económico del matrimonio y que en manera alguna se refiere ello a la forma del acuerdo.

De todas maneras, al aplicar la referida normativa al acuerdo del matrimonio de nuestro ejemplo, las distintas formulaciones nos conducen a la ley de Colorado si entendemos que la referencia es al primer domicilio conyugal (aunque el art. 44 no especifica) o a la de Puerto Rico, si entendemos que se refiere al domicilio conyugal al momento en que se invoca la eficacia del acuerdo, e incluso si se exigiera conformidad con la ley del foro independientemente de lo anterior. Como asumimos para propósitos de argumentación que el contenido del acuerdo prenupcial en cuestión en el ejemplo es válido a la luz de la ley de Colorado, dejamos en el tintero por el momento el escenario en el que algo de su contenido saltara a la vista como contrario al crisol de la ley material puertorriqueña. De hecho, es menester apuntar que la nueva ley material puertorriqueña reguladora del contrato capitular se inserta, aunque tardíamente, en el moderno paradigma de libertad de contratación entre cónyuges que privilegia el amplio

alcance de la autonomía de la voluntad siempre que lo pactado no sea contrario a la ley, la moral y el orden público¹⁴.

De otra parte, hay que señalar que la sección quinta del capítulo sexto del Título Preliminar contiene las normas conflictuales sobre obligaciones y contratos y, en lo pertinente a la ley aplicable a la forma de los contratos, el art. 56 codifica el nuevo estatuto formal en los siguientes términos:¹⁵

¹⁴ El derecho material aplicable a las capitulaciones matrimoniales ahora se ubica en el capítulo dos del título quinto que forma parte del libro segundo del Código Civil sobre las instituciones familiares y en lo aquí pertinente dispone: *Art. 498.-Autonomía de los acuerdos matrimoniales. Los cónyuges pueden regir sus relaciones personales y económicas, así como la naturaleza, el manejo, el disfrute y el destino de los bienes propios y comunes, mediante capitulaciones matrimoniales. En estas pueden establecer las cláusulas y condiciones que sean mutuamente convenientes, siempre que no sean contrarias a las leyes, la moral o el orden público. Son nulas y se tienen por no escritas las cláusulas que menoscaban la autoridad, la dignidad o la paridad de derechos que gozan los cónyuges en el matrimonio.*

¹⁵ El principio de autonomía de la voluntad en materia contractual general queda claramente establecido en el art. 54 de la referida sección quinta y solo en ausencia de pacto entre las partes se activa el orden de prelación que a continuación establece el precepto. El subsiguiente art. 55, a su vez, estatuye con precisión una serie de presunciones de las que partirá el juzgador para determinar la ley aplicable al contrato en cuestión: *Art. 54.-Autonomía de la voluntad. El contenido de los contratos y de los negocios jurídicos se rige, en todo o en parte, por la ley, en el foro y conforme al procedimiento que acuerden los interesados, a no ser que la ley disponga algo distinto. En ausencia de pacto las obligaciones se rigen, en orden de prelación: (a) por las presunciones establecidas en el artículo siguiente; (b) por la ley del Estado de común domicilio de las partes; (c) or la ley del Estado en que se celebró el acuerdo; y (d) por la ley del Estado que guarda una mayor conexión con el acuerdo. Art. 55.-Ley aplicable a falta de elección de las partes. Si las partes no seleccionan el derecho aplicable, se presume que los contratos enumerados en este artículo se rigen por la ley del Estado que se dispone a continuación: (a) os contratos relativos a los derechos sobre bienes inmuebles se rigen por la ley del Estado donde los bienes están sitos; (b) los contratos de compraventa de bienes muebles que no sean de consumo se rigen por la ley del Estado donde el vendedor tenga su principal establecimiento de negocios; (c) los contratos de transporte que no son de bienes de consumo se rigen por la ley del Estado donde el porteador tiene su principal establecimiento de negocios; (d) los contratos de consumo se rigen por la ley de Puerto Rico si el consumidor estaba domiciliado en Puerto Rico al momento de la contratación. Si media un acuerdo sobre la selección de la ley aplicable, el consumidor puede cuestionarla si establece que su consentimiento se obtuvo, o fue considerablemente inducido, por una invitación o anuncio en Puerto Rico. Para los efectos de este artículo, un contrato de consumo es un contrato que contempla la entrega de bienes o la prestación de servicios a una persona para su uso personal o familiar; fuera de su actividad profesional o mercantil. (e) los contratos de concesión se rigen por la ley del Estado donde el concedente tiene su principal establecimiento de negocios; (f) los contratos de agencia se*

Estatuto formal. Las formas y solemnidades de los contratos, actos y negocios jurídicos se rigen:

- (a) *por la ley del Estado en que se otorgan;*
- (b) *por la ley aplicable al contenido del acto;*
- (c) *por la ley del domicilio del disponente o de cualquiera de los contratantes; o*
- (d) *por la ley del Estado en que están sitos los bienes inmuebles que constituyen su objeto.*

Sostenemos que esta norma flexible y elástica de determinar la ley aplicable a la forma de los contratos aplica al contrato capitular por dos razones fundamentales.¹⁶ Primero, si atendemos al principio hermenéutico de especialidad, encontramos que el legislador no dispuso nada en particular respecto a la ley aplicable a la forma del contrato capitular aunque, en cambio, reguló expresamente cuál es la ley aplicable al contenido de las capitulaciones. Nótese que aunque en relación con la ley aplicable al contenido de las capitulaciones en las que se estipula, modifica o sustituye el régimen económico del matrimonio el legislador siguió una formulación exhaustiva (que ya antes discutimos), nada dijo en cuanto a la ley aplicable a la forma del contrato capitular específicamente.

La doctrina hermenéutica básica nos conduce entonces a aplicar la norma general del art. 56 del nuevo Código Civil para determinar la ley

rigen, con respecto a los derechos y deberes entre mandante y agente, por la ley del Estado en que el agente habitualmente desempeña su trabajo; (g) los contratos de empleo en los cuales los servicios son prestados principalmente en Puerto Rico, se rigen por la ley de Puerto Rico. Una persona domiciliada o residente en Puerto Rico, y contratada allí para prestar servicios fuera de Puerto Rico, tiene los derechos que le conceden las normas imperativas de la legislación puertorriqueña cuya aplicación resulte apropiada, independientemente del lugar en que se prestan los servicios; (h) os contratos de seguro se rigen por la ley del domicilio del asegurado; (i) las donaciones siempre se rigen por la ley del domicilio del donante; y (j) en los casos de representación legal, la ley reguladora de la relación jurídica es la del Estado en donde nacen las facultades del representante. En la representación voluntaria, de no mediar sometimiento expreso, la ley aplicable será la del Estado en donde se ejercitan las facultades conferidas.

¹⁶ Un tercer fundamento que podemos esbozar por su valor fuera del contexto *internacional-privatista* proviene del mandato legislativo expreso del derecho material puertorriqueño que remite las controversias sobre validez y eficacia del contrato capitular a la teoría contractual general en virtud del siguiente artículo del Código Civil vigente: Art. 502.-*Medidas supletorias para estimar validez. La validez y la eficacia de las capitulaciones matrimoniales se rigen supletoriamente por las reglas generales de los contratos.*

que rige la forma de los contratos. Este nuevo estatuto formal recoge una versión ampliada de la norma *favor validitatis*, en cuanto provee cuatro alternativas de ley aplicable que ofrecen múltiples posibilidades legislativas que puedan validar el contrato. El objetivo de ese afincado principio internacional es evitar en lo posible que un problema de forma obstaculice la validez de fondo de los actos y negocios jurídicos. Aunque la nueva normativa la amplía significativamente, esa doctrina no es ajena al ordenamiento puertorriqueño pues el Código Civil anterior recogía la norma básica en su art. 11 y la doctrina jurisprudencial había establecido claramente su naturaleza potestativa¹⁷.

Un segundo fundamento que nos lleva a concluir que el estatuto formal de los contratos en general es de aplicación a la determinación de ley aplicable al contrato capitular es que en ese mismo capítulo sexto del Título Preliminar, incluso en la misma sección tercera en la que se regula la determinación de ley aplicable a los efectos económicos del matrimonio, se encuentra una norma específica para determinar la ley aplicable a la convivencia no matrimonial o análoga. Se trata del art. 46 que dispone que *los acuerdos de convivencia no matrimonial* (llámese concubinato, unión de hecho, unión civil, etc.) *tienen, entre personas que no están domiciliadas en Puerto Rico en el momento del acuerdo, la validez que les atribuyen las leyes del Estado en el que se celebraron*. Llama la atención entonces que para el acuerdo de convivencia no matrimonial el legislador dispuso una norma que no distingue entre el contenido y la forma al remitir a la ley del lugar en el que se celebró el pacto. Sin embargo, para la determinación de la ley aplicable a las capitulaciones matrimoniales sí hace referencia específica al contenido de estas, pero no dice nada sobre la ley aplicable a la forma del contrato capitular.

Nada impide entonces la conclusión que avanzamos cuando defendemos que para determinar la ley aplicable a la forma del contrato capitular lleguemos a la misma solución de aplicar la ley del lugar donde se otorgó el acuerdo, pues esto se deduce claramente al aplicar la norma del inciso (a) del art. 56 antes citado. De hecho, queda bastante claro que la validez del acuerdo para regular el matrimonio formalizado está aun más protegida que la del pacto de convivencia concubinaria porque aquel cae bajo el manto de la regla *favor validitatis* del estatuto formal, que remite no solo a la ley del lugar en donde se otorgó, sino además a otras tres alternativas potenciales de legislación que validen el contrato, como antes discutimos.

¹⁷ Véase, entre otros, *Viuda de Ruiz v. Registrador*, 93 D.P.R. 914 (1967).

Nuestra interpretación de la nueva formulación legislativa puertorriqueña es consecuente con la idea primaria que favorece la autonomía de la voluntad de las partes y que percola toda la normativa conflictual en materia de contratos pero que, evidentemente, no se limita a esa materia. Nótese además que esa misma deferencia a la autonomía de la voluntad es base fundamental del nuevo derecho material puertorriqueño en sede de matrimonio, particularmente en lo referente a las pautas que habrán de regir la economía conyugal constante matrimonio y sus consecuencias en la eventualidad de disolución por muerte o divorcio. En este sentido, la nueva normativa conflictual puertorriqueña debe interpretarse de conformidad con el claro mandato legislativo que la insertó en las corrientes legislativas y jurisprudenciales —ya maduras en algunos ordenamientos extranjeros— que valoran preferentemente la libertad de los cónyuges para autorregular su convivencia matrimonial e incluso pactar en previsión de ruptura, guiados por la expansión del alcance de la autonomía de la voluntad para escoger el Derecho aplicable¹⁸.

2.3. Normas relativas a los derechos reales

De otra parte, debe aclararse cómo armoniza lo antes discutido con el art. 49 de las normas conflictuales del Título Preliminar, que dispone:

Derechos reales. *Las normas relativas al contenido y adquisición de la posesión, la propiedad, y los demás derechos reales, así como su publicidad, se rigen por la ley del lugar donde estaban sitos al momento de su adquisición.*

Este precepto debe entenderse como la norma general que rige las controversias sobre determinación de ley aplicable en materia de derechos reales para asuntos que no están regulados con alguna otra norma especial. Es decir, la normativa específica sobre determinación de ley aplicable a los efectos patrimoniales del matrimonio desplaza la norma general plasmada en este art. 49 del Código Civil.

¹⁸ Véase FIGUEROA TORRES, M., *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura: en España, Estados Unidos y Puerto Rico, op. cit.*, pp. 1-78. Véase también, RODRÍGUEZ GUTIÁN, A., *Los pactos de pre-ruptura conyugal*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 73.

2.4. Defensa de orden público

Por último, es necesario también apuntar que en la sección primera del capítulo dedicado a la normativa sobre conflicto de leyes se recoge el principio cardinal de derecho internacional privado que persigue darle deferencia a la ley extranjera que resulte aplicable, de manera que sólo excepcionalmente quede esta desplazada por el derecho interno. A esos efectos, el art. 36 del Código Civil dispone:

Orden público. No se excluye la aplicación de una norma ni el reconocimiento de un acto o sentencia de otro Estado por el único hecho que difiere de una norma de orden público interno. Solo puede excluirse la aplicación de esa disposición o negarse el reconocimiento, si existe una incompatibilidad manifiesta con el orden público de Puerto Rico.

Este importante precepto recoge un antiquísimo corolario del derecho internacional privado que, como se sabe, opera como última defensa del foro ante la aplicabilidad de una ley extranjera que resulta ostensiblemente contraria al orden público interno. Con todo, no puede invocarse, evidentemente, este excepcional principio de manera liviana, por lo que resulta claro que no basta para aplicarlo que la ley local y la extranjera aplicable sean diferentes. Se precisa una discrepancia extrema y material que justifique abandonar el principio cardinal de *commity* a la ley extranjera que ha servido de base históricamente a la disciplina *internacional-privatista*.

Así, el hecho de que los requisitos de validez de un contrato de capitulaciones matrimoniales celebrado en el extranjero sean distintos a los del derecho material¹⁹ puertorriqueño no debe provocar su nulidad dado que, como antes discutimos, los nuevos preceptos nos conducen a una interpretación que se decanta por la validez del contrato capitular otorgado en el extranjero en documento privado²⁰. De lo contrario, si se aplica con ligere-

¹⁹ Así se establece el requisito escritural en la ley material puertorriqueña tras la aprobación del nuevo Código Civil: Art. 499.-*Formalidades requeridas. Las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones que se hagan a las originales deben otorgarse en escritura pública para que sean válidas y exigibles. Para que surtan efectos contra terceros deben, además, constar inscritas o anotadas en el Registro de Capitulaciones Matrimoniales. El negocio jurídico fundado en el acuerdo original, sin que conste inscrita o anotada la modificación posterior, se presume que se ha hecho de buena fe. La anulación no perjudica a los terceros que actúan confiando en sus efectos.*

²⁰ Antes hemos reclamado, incluso, que en el ámbito interno de aplicación de la ley material puertorriqueña se permita la validez de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en documento privado en determinadas circunstancias: "... *consideramos que en un futuro debe estudiarse la posibilidad de que tal supuesto [de forma escritural]*

za la defensa de orden público al referido escenario fáctico para declarar la nulidad por faltar a la forma escritural, se dará al traste con la intención legislativa plasmada en las noveles normas de conflicto de leyes adoptadas como punta de lanza de la modernidad del derecho internacional privado puertorriqueño.

En este contexto podría algún sector plantear que el requisito de escritura pública exigido para las capitulaciones matrimoniales otorgadas en Puerto Rico es igualmente aplicable cuando el contrato capitular se otorga en el extranjero por personas no domiciliadas en Puerto Rico al celebrar el acuerdo. Como adelantáramos, esta es una cuestión que ha mantenido a la abogacía en general, y al flanco notarial en particular, en un longevo debate pues, si bien el caso *López Torres vs González Vázquez*, 115 D.P.R. 225 (2000) (en adelante, caso *Igor*), llevó una controversia similar ante la consideración del Tribunal Supremo de Puerto Rico, su resultado no puso fin a esa interrogante, por múltiples razones.

Primero, porque el caso *Igor* se resolvió por sentencia²¹, no por opinión, por lo que no tiene carácter de precedente vinculante. Sin embargo, todo

no aplique a toda circunstancia de selección de régimen económico patrimonial sino sólo a aquellas en las que la selección del régimen requiere una liquidación previa, dejando fuera del requisito formal de escritura pública la estipulación del régimen económico hecha con anterioridad al matrimonio y que, por ende, no precisa de liquidación alguna, así como la que se hace sólo para rechazar el régimen legal supletorio". FIGUEROA TORRES, M., *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura: en España, Estados Unidos y Puerto Rico*, op. cit., p. 379.

²¹ El resultado particular del caso *Igor* es producto, concretamente, de que el Tribunal Supremo se dividió al considerar la solicitud de revisión en alzada instada por la exesposa. Ello provocó que la revocación de la sentencia del foro apelativo intermedio por voto mayoritario pluralista, lo que tuvo el efecto de reinstalar el dictamen de nulidad de las capitulaciones matrimoniales emitido por el tribunal de primera instancia. La sentencia del Tribunal Supremo, por sí sola, ameritaría un trabajo separado, pero nos permitimos mínimamente una crucial observación. Y es que uno de los fundamentos en los que la Opinión Concurrente principal apuntala la decisión es la referencia al texto del art. 11.2 del Título Preliminar del Código Civil. Resalta con ello que su redacción, tras la reforma de 1974, resulta en que los ciudadanos españoles que van a otorgar capitulaciones matrimoniales fuera de España están obligados a cumplir con la forma de escritura pública. Sobre ese particular apunta que la doctrina interpretativa de ese artículo ha afirmado que si el contenido de las capitulaciones se rige por la ley española como ley aplicable, siempre se exigirá la forma escritural aunque se otorguen fuera de España. Concordamos en que tal interpretación es acertada a la luz del cambio operado en 1974 en el precepto español, pues queda así claramente establecido en el texto

parece indicar que la referida sentencia —dictada hace ya dos décadas— ha provocado un efecto escalofriante o *chilling effect* entre los operadores jurídicos, incluidos los miembros de la judicatura, pues existe la creencia generalizada de que si el tribunal de última instancia revisara la cuestión resolvería afirmativamente que las capitulaciones matrimoniales tienen que estar en escritura pública, aunque se otorguen en el extranjero.

Segundo, aun si el caso *Igor* hubiera tenido carácter de precedente vinculante su alcance estaría limitado al escenario fáctico específico del matrimonio allí en cuestión, que eran personas domiciliadas en Puerto Rico al tiempo en que celebraron el acuerdo prenupcial en el extranjero, en donde se casaron. Eso es completamente distinguible de las circunstancias fácticas de un matrimonio que no estuviera domiciliado en Puerto Rico al capitular, por lo que faltaría aún por resolver la controversia en relación con cónyuges en estas circunstancias.

Tercero, y más importante, el análisis del máximo tribunal estuvo enmarcado entonces en un estado de Derecho muy diferente al vigente hoy en muchos aspectos, pero sobre todo ausente de una normativa de determinación de ley aplicable específica e integrada como la que rige al presente tras la aprobación del Código Civil 2020. En correcta metodología hermenéutica, al revisar la cuestión el poder judicial debería valorar y respetar la intención legislativa plasmada en la reforma integral del ordenamiento civil privado, por supuesto, dentro de los límites constitucionales aplicables. Al adoptar la normativa conflictual del Código Civil 2020 el legislador tuvo oportunidad de adoptar, de haberlo querido así, el requisito escritural para el contrato capitular otorgado el extranjero. No solo decidió no hacerlo, sino que, por el contrario, decidió solamente adoptar una norma particular de determinación de ley aplicable al *contenido* del contrato capitular. Ello refleja la intención legislativa de que la validez de forma del contrato de capitulaciones se rija por el estatuto formal general de los contratos, plasmado en el art. 56 CC en los términos antes discutidos. De hecho, habría que apuntar que la amplia y profunda reforma del Código Civil fue la oportunidad idónea para que el legislador puertorriqueño, de haber sido esa su intención, hubiera dispuesto expresamente que el requisito de escritura pública se extendía a las capitulaciones matrimoniales

reformulado dictado por el legislador. No obstante, nos parece extralimitada su aplicación a la normativa puertorriqueña que no había incorporado tal cambio legislativo, ni entonces cuando se resolvió el caso *Igor* ni hoy día.

otorgadas en el extranjero por personas no domiciliadas en Puerto Rico al tiempo de celebrar el acuerdo.

En resumen, coincidimos con el atinado rechazo al “*nacionalismo jurídico*”²² que hizo prevalecer la Opinión mayoritaria pluralista en el caso *Igor*, no solo porque nos parece la solución más acertada desde el punto de vista de la interacción del derecho material sobre capitulaciones matrimoniales con la normativa conflictual, sino además por dos razones adicionales que no estaban presentes entonces. Primero, lo resuelto por el Tribunal Supremo de Puerto Rico en el año 2011 en *Roselló Puig vs. Rodríguez Cruz*, 183 DPR 81 (2011), a los efectos de que la entonces vigente —y hoy derogada— prohibición de donaciones entre cónyuges no aplicaba en el contexto de la liquidación del régimen económico de unos cónyuges domiciliados en Puerto Rico. En ese caso el matrimonio se celebró y disolvió en Puerto Rico, pero el Tribunal Supremo decidió no aplicar la ley puertorriqueña

²² La caracterización es de la autoría del Juez Asociado Negrón García, quien en su voto disidente concluye que la invalidación de las capitulaciones matrimoniales otorgadas en documento privado en el extranjero “es una aplicación inoficiosa de un insularismo jurídico extremo”, particularmente a la luz de la jurisprudencia puertorriqueña en materia de la forma de los testamentos otorgados por puertorriqueños en el extranjero y en el ámbito de la ley inmobiliaria, concretamente en materia de inscripción de negocios jurídicos celebrados en el extranjero que transmiten títulos de bienes inmuebles sitios en Puerto Rico. Por su contundencia, le citamos *in extenso*: “*Ante la posición de avanzada asumida por este Tribunal, en torno a la validez de los testamentos otorgados fuera de Puerto Rico, y la normativa de la Ley Hipotecaria y del Registro de la Propiedad con respecto a la inscripción de los negocios jurídicos realizados en el exterior, no se justifica hacer una excepción en el caso de las capitulaciones matrimoniales. Si bien éstas revisten un alto interés público, también los otros negocios jurídicos gozan de tal interés. El mercado de inmuebles —que tiene enormes repercusiones para el desarrollo y la planificación económica del país— y el régimen testamentario —que constituye uno de los principales modos de transmitir la propiedad en nuestro sistema y, a la par, repercute en la esfera familiar, a nivel privado, y tributaria a nivel público— tienen tanto interés público como el régimen matrimonial. ¿A qué responde entonces el trato más que preferente que la mayoría del Tribunal hoy da a este último negocio jurídico? No hemos de ser tan nacionalistas en la aplicación de nuestro Derecho como para favorecer a los que incumplen con las formas extranjeras, si son más estrictas, y condenar a los que las cumplen, sólo si son más laxas que las nuestras. Ciertamente, en apariencia, nuestro ordenamiento plantea un fraccionamiento del negocio jurídico. Pero esta contrariedad, que es más técnica que sustancial, queda subordinada ante la imposibilidad que enfrenta un domiciliado puertorriqueño al tratar de cumplir con formas y solemnidades inexistentes en el lugar donde al momento ubica. Esta imposibilidad, génesis de la regla locus regit actum, se reitera a diario en nuestra isla y en el extranjero; nos aconseja mesura al extender nuestro Derecho más allá de sus playas.*” *López Torres vs González Vázquez*, 115 D.P.R. 225, 266-267.

que prohibía las donaciones entre cónyuges por tratarse de un negocio jurídico respecto a un bien inmueble sito en otro país, cuya ley interna no reconoce tal prohibición. Con independencia de si uno está de acuerdo o no con dicha solución, el fundamento en sí es aún más vigente hoy día dada la libertad de contratación entre cónyuges que, aunque con demasiado retraso, quedó consagrada plenamente en el nuevo Código Civil²³. Segundo, si consideramos que el legislador del 2020 adoptó normas de conflicto de leyes de nuevo cuño, que no estaban vigentes cuando el Tribunal Supremo resolvió el caso *Igor*, es evidente que en su día habrá que traer a colación nuevos paradigmas que difícilmente pueda obviar el máximo foro judicial puertorriqueño, incluida la consideración de la libertad contractual conyugal como una cuestión de orden público.

3. CONCLUSIÓN

Retomo el ejemplo que planteamos al inicio de este escrito para concluir que, a la luz de la nueva normativa *internacional-privatista* adoptada en el Código Civil de Puerto Rico en el año 2020, el acuerdo prenupcial celebrado en Colorado por los entonces futuros cónyuges de nuestro ejemplo hipotético es válido en Puerto Rico aunque no conste en escritura pública, sino en documento privado con firmas autenticadas ante notario. Esta cuestión es de particular importancia en Puerto Rico dada la alta movilidad de sus ciudadanos, principalmente hacia territorio estadounidense, lo que hace muy usual que las relaciones jurídicas se desarrollen en contacto con una multiplicidad de leyes estatales potencialmente en conflicto con el derecho interno. A ello se suman las dramáticas diferencias resultantes del encuentro entre la tradición jurídica civilista que el derecho privado puertorriqueño heredó de España y la cultura jurídica anglosajona que le acecha desde hace ya poco más de un siglo²⁴. La relación político-jurídica

²³ La inmutabilidad del régimen económico matrimonial, como especie dentro del género de la prohibición de contratación entre cónyuges, estuvo vigente en Puerto Rico hasta apenas dos años antes de que se aprobara el nuevo Código Civil. Su derogación fue solo un primer y muy modesto paso hacia el reclamado destierro final de la anacrónica prohibición de contratación entre cónyuges en el nuevo código. Ley Núm. 62-2018, 2018 LPR 62; Ley Núm. 231-2018, 2018 LPR 231. *Vid., inter alia*, FIGUEROA TORRES, M., *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura: en España, Estados Unidos y Puerto Rico*, *op. cit.*, p. 380.

²⁴ Sobre el tema puede verse FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “El Derecho internacional privado de Puerto Rico: un modelo de americanización malgré lui”, en *Armonización*

de Puerto Rico con Estados Unidos, particularmente la normativa constitucional relativa a la supremacía de la ley federal, es la cereza del pastel que obliga a plantearse, además, los escenarios en los que la normativa conflictual estatal queda desplazada por legislación federal o tratados internacionales aplicables. La relevancia de esta discusión para el eje temático del libro del cual forma parte este trabajo es meridiana si se tienen en cuenta las similitudes que puede guardar con las cuestiones jurídicas que suscita la interacción de las normas españolas de derecho internacional privado con el derecho interno y conflictual de los países miembros del espacio jurídico europeo. Por lo pronto, en mi país la mesa está servida para este interesante y pertinente debate.

La sucesión digital y el Reglamento sucesorio. Especial referencia al certificado sucesorio europeo: ¿Es posible su tramitación electrónica?

ANTONIO MERCHÁN MURILLO

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LOS DATOS COMO OBJETO PATRIMONIAL. 3. LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO SUCESORIO. 3.1 *La repercusión transfronteriza de la sucesión.* 3.2. *El certificado sucesorio europeo.* 4. EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO Y SU POSIBLE TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA: BREVES CUESTIONES AL RESPECTO. 5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Debe observarse que los recuerdos no son las únicas cosas que se digitalizan. Una persona podría tener un correo electrónico, una foto en la cuenta de almacenamiento de *Dropbox* (junto con una cuenta financiera, con contraseñas, y *bitcoins*), una cuenta de música, *Apps* de compras, cuentas de redes sociales y muchas otras cosas virtuales. En total, una persona podría tener un promedio de entre treinta o cuarenta cuentas en línea, todas pueden tener propiedades digitales y, por tanto, patrimonio de una misma persona. Este hecho nos lleva a pensar ¿Qué pasará con esta propiedad (digital) después de la muerte?

La primera reflexión que debemos hacernos es: ¿usted sabe para que sirve un ordenador? probablemente sí, pero ¿sabe realmente como funciona? Es posible que no. Internet es una realidad omnipresente, tanto en nuestra vida personal como colectiva. Una gran parte de nuestra actividad profesional, económica y privada se desarrolla en la Red y adquiere una importancia fundamental tanto para la comunicación humana como para el

desarrollo de nuestra vida en sociedad. No obstante, los riesgos que ofrece a la ciudadanía son evidentes.

Uno de ellos, que pocos parecen tener en cuenta, es la huella digital creada por la propia actividad desarrollada en Internet. Mientras estamos vivos, la huella digital está, aparentemente, bajo nuestro control exclusivo. Sin embargo, si fallecemos perdemos, por motivos evidentes, el control. En primer lugar, cuando un usuario fallece, su huella digital permanece en la red si no se hace nada al respecto, o si el causante no lo previó consecuentemente, y, al mismo tiempo, herederos, amigos, etc. a menudo encuentran imposible o difícil administrar los archivos que componen la huella digital del primero, en términos de sucesión digital.

En el contexto en el que hablamos, debemos dejar claro que cuando hablamos de huella digital nos referimos a los registros que están en la nube, creados a través de comunicaciones, transacciones, actos realizados en redes sociales, almacenamiento, fotos o videos, libros, música, etc. Actos que se realizan y que en suma forman parte de la identidad digital y que los proveedores de servicios digitales, en muchos casos a través de cuentas virtuales o electrónicas, usan como parte de su negocio a través de la nube¹.

Para hacernos a la idea de lo importante que son los datos, basta con fijarse en los servicios que lo necesitan: sectores de energía, transporte, banca, infraestructura de mercados financieros, salud, suministro y distribución de agua potable e infraestructura digital. Además, deben observarse servicios digitales: motores de búsqueda, mercados en línea, computación en la nube, etc. Así como tecnologías como *Blockchain*, inteligencia artificial, etc. Todo lo referido anteriormente marca el debate de la propiedad de los datos, algo que se presenta crucial.

2. LOS DATOS COMO OBJETO PATRIMONIAL

Teniendo presente que los datos, sean personales o no, se reconocen como activos económicos clave², y evitar preguntas sobre su propiedad es, por tanto, retrasar la protección de los usuarios. Para el análisis partiremos del art. 4.1 RGPD, que define los “datos personales” como “toda información

¹ STEEL, E., LOCKE, C., CADMAN, E., “How much is your personal data worth?”, *Financial Times*, 2017.

² OSBORNE CLARKE, LLP, *Legal study on ownership and access to data (European Commission 2016)*.

sobre una persona física identificada o identificable”. Esta definición debemos ponerla en conexión con el considerando 68 que infiere la necesidad de reforzar el control sobre los datos propios de una persona. Con esto, parece referirse la propiedad de los datos, por parte de los interesados.

No obstante, los datos personales tal y como aparecen en la definición del Reglamento como “información”, en este caso, información personal. Ahora bien, debe observarse que existe una distinción conceptual clara entre los datos y la información, que tiene implicaciones cruciales para determinar la propiedad de los datos.

Los datos y la información son dos conceptos distintos³, por razones obvias, no hay información sin datos, por lo que la legislación de la UE define los datos personales a la inversa, puesto que los datos son la fuente de información

Parece esencial en cualquier contexto en el que hablamos de la propiedad de los datos conocer el contexto⁴: quién recopila la información, quién la analiza, quién la difunde y a quién, la naturaleza de la información, las relaciones entre las distintas partes, e incluso mayores circunstancias institucionales y sociales.

Con lo anterior debemos pasar a realizar el estudio del objeto de la sucesión⁵. Concretamente, por un lado, se pretende distinguir entre distinguir entre la identidad digital (el sujeto) y el patrimonio digital (el objeto), surgiendo aquí la necesidad de realizar una diferenciación, que:

- a) una vertiente personal: datos personales, intimidad, etc. Que en suma van a constituir la identidad digital de una persona.
- b) y una vertiente patrimonial: activos digitales, que pueden tener un alto valor de mercado, por ejemplo, los datos no personales.

De esta forma, podríamos hablar de un entorno intrínsecamente personal, es decir datos que son y pertenecen únicamente a la esfera privada de la perso-

³ DÍAZ-NOCI, J., “Intellectual property and transmedia informative products: A comparative, transnational legal análisis”, *Hipertext.net: Revista Académica sobre Documentación Digital y Comunicación Interactiva*, núm. 20, 2020.

⁴ CUERVA DE CAÑAS, J. A., “La propiedad intelectual en el mundo digital”, en *Sociedad Digital y Derecho*, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, 2018, pp. 719-740.

⁵ WATKINS, F., “Digital Properties and Death: What Will Y ties and Death: What Will Your Heirs Ha our Heirs Have Access to after You Die?”, *Buff. L. Rev.* 193, 2014, pp. 193-235.

na, y un entorno que no es intrínsecamente personal. Los primeros son los que estaría o serían objeto de protección por la propia normativa de protección de datos y los segundo son los que serían objetos del derecho a la propiedad de los datos. Dentro de la vertiente patrimonial⁶, surge la necesidad de abordar las cuestiones que surgen en torno a los bienes, servicios y contenido digitales, sin tener en cuenta si hablamos de soporte duradero o no⁷.

El motivo es que, en la nube, en las plataformas digitales o redes sociales, es donde verdaderamente surgen las cuestiones en torno a la propiedad de los datos, partiendo de: a) la propiedad en la nube (ante la necesidad clara de garantizar que los usuarios conserven el control sobre sus datos); b) la propiedad de la nube (formada por *hardware* y *software* que constituyen los activos del proveedor de servicios). Para posteriormente, abundar en cuestiones esenciales en torno a la propiedad de los datos.

De esta forma, como decimos, la propiedad de la nube se estructura básicamente en dos componentes: *hardware* y *software*, los cuales constituyen los activos comerciales del proveedor del servicio. Por otro lado, propiedad en la nube, que consiste en la necesidad definida, a nivel global, de garantizar que los usuarios retengan el control sobre sus propios datos. Estos datos, por ejemplo, pueden ser escritos u otras obras de arte (incluidas fotografías que no pueden considerarse datos personales), notas, documentos utilizados para nuestro trabajo, documentos privados, copias de seguridad, materiales electrónicos comprados, como libros, música o películas, etc. Todo ello plantea, de nuevo, preguntas muy importantes sobre la propiedad.

En este contexto, debe tenerse en cuenta que la Comisión Europea ha destacado que el mercado de los datos de los consumidores está creciendo rápidamente y los modelos de negocio basados en la monetización de los datos se vuelven predominantes. En este sentido, se puede decir que la información general sobre una persona tiene valor económico desconocido y no expresado en los contratos tales como la edad, el sexo y la ubicación que valen, según la calculadora creada por *Financial Times*, apenas 0,05 centavos. Asimismo, hay investigaciones disponibles sobre la estimación del valor de los datos personales. Una de ellas es de la Organización para la

⁶ CÁMARA LAPUENTE, S., “La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2019, pp. 375-432.

⁷ CÁMARA LAPUENTE, S., “La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital: una aproximación”, *El Notario del Siglo XXI*, núm 84, marzo-abril de 2019, pp.138-144.

Cooperación y el Desarrollo Económicos sobre metodologías para medir el valor monetario de los datos personales y no personales.

3. LA APLICACIÓN DEL REGLAMENTO SUCESORIO

Una vez determinada la patrimonialidad digital de los datos, pasamos a determinar si el patrimonio digital entra en el ámbito de aplicación del Reglamento sucesorio. Para ello, pongamos experiencias reales. Cuando una persona fallece, sin que otorgue testamento, o incluso habiéndolo otorgado, puede que no prevea nada sobre sus activos digitales y, aun menos, sobre su huella digital. En este sentido, es posible que una persona muy cercana (familiar, amigo, etc.) encuentre la forma de acceder a su Tablet u ordenador, portátil o de sobremesa, donde probablemente tendrá guardada información acerca del acceso a cuentas de redes sociales (por ejemplo, donde almacena fotos con familiares y con amigos muy cercanos, música que escuchaban juntos, etc.), las cuentas bancarias a las que accede por Internet (no había extractos impresos disponibles), cuentas de correo electrónico, cuentas de almacenamiento en las que guarda sus trabajos de investigación, cuentas de *PayPal*, *tokens* comprados como formas de inversión o como acciones en empresas, criptomonedas, etc. Obvio resulta que cualquier heredero o legitimario querrá saber el estado de la cuenta de *PayPal*, deseará acercarse al banco donde el causante tenía una cuenta online, intentará acceder al teléfono móvil de *Apple* donde puede tener una billetera electrónica donde almacenaba las criptomonedas, *tokens*, etc. Incluso, le entusiasmaría la idea de tener una copia de las fotos almacenadas en la cuenta de redes sociales y acceso a la cuenta de correo electrónico y a las de almacenamiento de *Drive*.

Con respecto a las cuentas de redes sociales y la cuenta de correo electrónico pueden surgir preguntas sobre la protección de datos o la privacidad, pudiendo el proveedor de servicios utilizar este argumento como principal para negarse a dar acceso o amparar su negativa en el propio contrato, que en su día se firmó. No obstante, la cuestión va a estar en ver qué información se debe dar a los herederos, cuando soliciten acceso a los activos digitales y que podrán hacer para el control de los activos. No cabe duda, o al menos para nosotros, que todo lo anterior son activos o registros creados, registrados, transmitidos y/o almacenados en formato digital u otra forma intangible por medios electrónicos, magnéticos u ópticos o de cualquier otra forma. Estos registros, en la mayoría de los casos, es eviden-

te que unos tienen un valor económico, pero otros aparentemente no los tienen, tan sólo se considera un valor emocional o no patrimonial.

Lo más probable es que estas cuestiones, las decidan, en primer lugar, los tribunales. Ahora bien, la cuestión va a ser más problemática si cabe, ya que va a surgir la necesidad de plantear⁸ la posible aplicación del Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo; pues, no será raro que pueda darse un elemento extranjero en la sucesión⁹.

3.1 La repercusión transfronteriza de la sucesión

Lo anterior nos lleva a la necesidad de ver la nacionalidad o residencia habitual del causante o a las mismas en relación con los legitimados o al lugar en el que están ubicados los datos. En este contexto, cabría afirmar que la naturaleza transfronteriza de la sucesión se verificaría cuando estuviesen vinculados con dos o más ordenamientos jurídicos nacionales de tal manera que surgiera la duda de cuál de ellos sería el reclamado para regularla. Para ello resultaría conveniente lo siguiente¹⁰:

- En primer término, el carácter transfronterizo podría derivar de un elemento endógeno de la situación (personal, objetivo o territorial), de un elemento exógeno a la misma, esto es, de la voluntad de los concernidos mediante la determinación como competente de una autoridad extranjera o como aplicable de un ordenamiento foráneo, todo ello para una situación en principio meramente interna.
- En segundo lugar, se requeriría que el elemento extranjero presentase una mínima importancia hasta el punto de que su presencia en la

⁸ GARCÍA JOCILES, U, “El Reglamento europeo 650/2012 y la tecnología: los *smart testaments*”, *Derecom*, núm. 30, marzo-septiembre de 2021, pp. 77-89.

⁹ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 1, 2014, pp. 5-44; RODRÍGUEZ BENOT, A, “La administración de la herencia en las sucesiones internacionales: especial referencia al derecho comunitario europeo”, *Academia Sevillana del Notariado*, tomo 19, 2009, pp. 253-304.

¹⁰ RODRÍGUEZ BENOT, A, (Dir.), *Manual de derecho internacional privado*, 8ª Ed., Tecnos, Madrid, 2021, p. 23.

situación justificase variar la respuesta legal prevista para supuestos internos¹¹. En esta línea podría entenderse la precisión final del considerando 7 del Reglamento cuando, tras referirse a la sucesión mortis causa con repercusiones transfronterizas requiere, se añade que “el espacio europeo de justicia es imperativo que los ciudadanos puedan organizar su sucesión. Es preciso garantizar de manera eficaz los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la herencia”. En otros términos, la relevancia del elemento extranjero habría de estar calibrada por su impacto en el correcto desarrollo de las libertades comunitarias.

- Finalmente, no sería preciso que el o los ordenamientos extranjeros vinculados con el supuesto en cuestión fuesen de un país cuyas autoridades aplicasen los Reglamentos; pudiendo también ser de un Estado de la Unión cuyas autoridades no lo aplicasen o de un Estado tercero cualquiera. Esta conclusión se observa, por un lado, porque el propio Reglamento nada restringen sobre este particular; y, de otro, produce eficacia universal o erga omnes al permitir aplicar, a través de sus preceptos, ordenamientos de cualesquiera de esos otros Estados (artículo 20).

En lo que concierne a la llamada dimensión interna del Derecho internacional privado el Reglamento no obligan, aunque sí permite, a los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de sucesiones a aplicarlos a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente (art. 36).

Dicho lo anterior, téngase en cuenta que la huella digital y activos mencionados anteriormente, en definitiva, son datos que están alojados en la nube. Dicho de otro modo, los datos van a tener un componente internacional intrínseco debido a que los datos con frecuencia son almacenados o transferidos entre servidores situados en diferentes países, donde cualquier interesado puede necesitar buscar y encontrar datos alojados en la nube en su formato original con una finalidad jurídica sucesoria, pero no solo serán los datos, sino también los metadatos y sus copias de seguridad.

¹¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S, *Derecho internacional privado*, 11ª ed, Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 24. A ello ya se refirió CARRILLO SALCEDO, J.A, señalando que no todo elemento extranjero convierte una situación en una manifestación de la vida internacional de las personas, pues lo que realmente importa es que “la finalidad social de los hechos reclame una reglamentación que corresponda a esa internacionalización” (*Derecho internacional privado*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1983, p. 39).

Téngase en cuenta, además, la ubicación para acceder a los mismos. Por ello, podríamos afirmar que van a tener un componente internacional, por su propia naturaleza, y a veces, podrá tener un componente interno, pero, a su vez, internacional.

De esta forma puede observarse que el elemento extranjero presente en la sucesión *mortis causa* podrá ser de distinto tipo, clase o naturaleza y puede referirse a distintos aspectos de la sucesión, ya sea porque el causante posea nacionalidad extranjera y reside habitualmente en otro país, o bien porque todos o parte de los bienes del causante se encuentran en otro Estado o si los herederos, legatarios o beneficiarios poseen nacionalidad extranjera o residen en otro país¹².

1) Se trata de identificar si el patrimonio digital entra dentro de las definiciones de éste:

Puede decirse que el Reglamento sucesorio incide en el Derecho de propiedad estableciendo normas de carácter material y conceptos patrimoniales autónomos. Entre los conceptos autónomos que el Reglamento establece destaca el de sucesión *mortis causa*, con en el Derecho patrimonial.

En torno a la sucesión por causa de muerte, relacionando los arts. 1.1 (“El presente Reglamento se aplicará a las sucesiones por causa de muerte. No será aplicable a las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas.”), 3.1.a) (“A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: a) «sucesión»: la sucesión por causa de muerte, abarcando cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato”) y 23.e) (“1. La ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión. 2. Dicha ley regirá, en particular: e) la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado), junto al considerando 42 (“La ley determinada como aplicable a la sucesión debe regir la sucesión desde la apertura de la misma hasta la transmisión a los beneficiarios de la propiedad de los bienes y derechos que integren

¹² CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, 2ª Ed. Rapid Centro, Madrid, 2019, p. 69.

la herencia tal como establece esa ley”), se puede observar el concepto de propiedad sucesoria.

En virtud de lo anterior, en conjunción con los principios de equivalencia funcional (el patrimonio digital equivale al patrimonio material, no debiendo ser discriminados aquel respecto de cualquier otro tipo de manifestación) e inalterabilidad del derecho preexistente (es decir, mismos efectos jurídicos dentro del mismo marco normativo existente)¹³, permitiría situar dentro de del Reglamento sucesorio la propiedad digital sucesoria, basada en la transmisión *mortis causa*. Ahora bien, esto no significa no esté sujeta a problemática, pues la aplicación sucesoria a la transmisión de los derechos a los herederos y beneficiarios puede tener como consecuencia¹⁴ que al ser investido como tal es posible que no pueda serle atribuido en base a la ley del Estado del lugar de situación de la propiedad digital.

3.2. *El certificado sucesorio europeo*

Una vez visto lo anterior, nuestro objetivo es el certificado sucesorio europeo, arts. 62 y siguientes de Reglamento 650/2012, que es completado por el Reglamento de Ejecución (UE) 1329/2014 de la Comisión, de 9 de diciembre de 2014, por el que se establecen los formularios mencionados en el Reglamento, especialmente relevante será el formulario V anexo VI. Asimismo, habrá que tener en cuenta el Reglamento 2016/1191 pues en él se incluyen los certificados de defunción.

En relación a quién puede utilizar el certificado¹⁵ y con qué finalidad hablamos de “los herederos, legatarios que tengan derechos directos en la herencia y ejecutores testamentarios o administradores de la herencia que necesiten invocar, en otro Estado miembro, su cualidad de tales o ejercer sus derechos como herederos o legatarios, o bien sus facultades como ejecutores testamentarios o administradores de la herencia” (art. 63.1).

El carácter probatorio aparece reflejado en el art. 63.2 donde pueden observarse algunos ejemplos probatorios, como la cualidad de heredero o

¹³ ILLESCAS ORTIZ, R., *Derecho de la contratación electrónica*, Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 43 y 52.

¹⁴ BONOMI, A y WAUTELET, P, *El Derecho Europeo de Sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) N° 650/2012, de 4 de Julio de 2012*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

¹⁵ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *op, cit*, pp. 5-44.

legatario y la atribución de bienes, entiéndase con ello también de los bienes digitales. Este efecto probatorio, de la cualidad y de la atribución, han de relacionarse con los efectos del art. 69, que a su vez deben unirse a las cuestiones sucesorias que conforme al art. 23 se registrarán por la ley sucesoria.

Respecto a los efectos habrá que tenerse en cuenta el art. 69 junto con el considerando 71 que no dice que “el certificado debe surtir los mismos efectos en todos los Estados miembros. No debe ser un título con fuerza ejecutiva por sí mismo, pero debe tener efecto probatorio y se ha de presumir que demuestra de manera fidedigna elementos que han quedado acreditados de conformidad con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a elementos específicos, tales como la validez material de las disposiciones *mortis causa*”. Junto a esto debe tenerse en cuenta que el certificado sucesorio no acredita la propiedad¹⁶ de los bienes hereditarios, ya que no constituye un título de propiedad. De lo anterior, se denota que el certificado sucesorio participa de la acreditación del *iter* sucesorio, pero no va a constituir certeza en la existencia de la propiedad digital, lo que conllevará necesaria indagación por la autoridad emisora de las declaraciones y demás documentos presentados por el solicitante, que no estará exenta de problemática.

4. EL CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO Y SU POSIBLE TRAMITACIÓN ELECTRÓNICA: BREVES CUESTIONES AL RESPECTO

El certificado sucesorio europeo es sabido que presenta un carácter dinámico y facultativo. Ahora bien, ¿es factible un formato electrónico hábil, para probar la cualidad de heredero, legatario o administrador? En este punto será interesante observar diversos instrumentos europeos al efecto, entre otros, el Reglamento (UE) 2018/1725 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2018, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a la libre circulación de esos datos, y por el que se derogan el Reglamento (CE) 45/2001 y la Decisión 1247/2002/CE y el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las perso-

¹⁶ ANTÓN JUÁREZ, I., “Certificado sucesorio europeo”, en CALVO CARAVACA, A.L y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J, (Dir.) *Litigación Internacional en la Unión Europea (IV). Comentario al Reglamento 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, Aranzadi, Navarra, 2019, pp. 313-360.

nas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Además, por supuesto, tratar el Reglamento (UE) 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de julio de 2014 relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por la que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

En este contexto hablamos de la necesidad de crear, sino existe ya, de un programa informático de aplicación de referencia desarrollado como sistema de fondo (*back end*) que recopile programáticamente los datos necesarios a efectos de seguimiento. En caso de que se opte por utilizar un sistema informático nacional, dicho sistema puede estar equipado para recopilar programáticamente dichos datos, y en tal caso estos deben ser interoperables con el utilizado en otro Estado miembro. En relación a la firma electrónica con el Reglamento 910/2014, aplicable desde julio de 2016, complementado por nuestra Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza, se amplía el elenco de servicios de confianza.

5. CONCLUSIONES

Al observarse la existencia de este patrimonio digital, se ha observado como la misma puede entrar dentro de la aplicación del Reglamento sucesorio; pues, como se ha observado, tiene una repercusión transfronteriza, entra dentro de las definiciones del art. 3 y, a su vez, podrá usarse el certificado sucesorio para la acreditación de *iter* sucesorio.

La repercusión transfronteriza puede observarse en que el elemento extranjero presente en la sucesión *mortis causa* podrá ser de distinto tipo, clase o naturaleza y puede referirse a distintos aspectos de la sucesión, ya sea porque el causante posea nacionalidad extranjera y reside habitualmente en otro país. Asimismo, puede advertirse la que la propiedad digital sucesoria, basada en la transmisión *mortis causa*, aunque esto no significa no esté sujeta a problemática. Finalmente, como decimos, el certificado sucesorio participa de la acreditación del *iter* sucesorio, del patrimonio digital, pero no constituye certeza en la existencia de la propiedad digital, lo que conllevará necesaria indagación por la autoridad competente. Asimismo, puede apreciarse como la evolución tecnológica debe permitirse la evolución de que el certificado sucesorio pueda tramitarse en formato electrónico.

Sobre la competencia del notario francés en la expedición del acte de notoriété en las sucesiones transfronterizas de la UE.¹

PABLO M. MELGAREJO CORDÓN

*Profesor contratado predoctoral
Universidad de Granada*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. ACTUACIÓN DEL NOTARIO FRANCÉS EN LA TRAMITACIÓN DEL *ACTE DE NOTORIÉTÉ* EN MATERIA DE SUCESIONES. 3. ASPECTOS CONTROVERTIDOS EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES POR EL NOTARIO FRANCÉS. 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

Existe en la actualidad una discusión científica sobre la consideración de tribunal de algunas autoridades no judiciales con competencia en materia sucesoria. El eje central sobre el que pivota la posible consideración como tribunal de tales autoridades es el ejercicio de funciones jurisdiccionales tal y como se colige de lo dispuesto en el art. 3.2 párrafo primero del Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (en lo sucesivo RES). Este

¹ Esta contribución ve la luz tras la celebración del VI Seminario AEPDIRI sobre temas de actualidad de Derecho Internacional Privado “De los retos a las oportunidades en el Derecho de familia y sucesiones internacional” organizado por las Profas. Dras. Beatriz Campuzano Díaz, Pilar Diago Diago y M.ª Ángeles Rodríguez Vázquez a quienes agradezco enormemente la exquisita organización del evento.

debate doctrinal² cuenta con varios pronunciamientos del TJUE³ y con abundantes contribuciones científicas de especialistas en la materia, que han dibujado un panorama en el que se diferencian tres posturas doctrinales fácilmente identificables: 1) aquellos autores que entienden que el notario ejerce funciones jurisdiccionales y que, por tanto ha de ser considerado como tribunal⁴; 2) aquéllos que defienden el ejercicio de funciones jurisdiccionales tan solo en la tramitación de algunos expedientes de jurisdicción voluntaria⁵; y 3) aquéllos que no aprecian en sentido alguno

² En este concepto de doctrina, de aquí en adelante, deben quedar igualmente incluidos aquellos operadores jurídicos que han visto afectadas sus competencias, como los notarios.

³ Asunto Oberle: ECLI:EU:C:2018:485. Asunto WB: ECLI:EU:C:2019:444. Asunto E.E: ECLI:EU:C:2020:569

⁴ CALVO VIDAL, I.A., “La competencia internacional en el Reglamento sobre Sucesiones. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 junio 2018 en el asunto C-20/17 (Oberle)”, *La Ley Unión Europea*, núm. 65, diciembre 2018, pp. 2-6; o ESPÍÑEIRA SOTO, I., “Competencia internacional del notariado español en expedientes de jurisdicción voluntaria al hilo de una STJUE”, *Notarios y Registradores*, 09/07/2018, p. 11. Acceso disponible en: <<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/otros-temas/competencia-internacional-del-notariado-espanol-en-expedientes-de-jurisdiccion-voluntaria-al-hilo-de-una-stjue/>> [último acceso 24/02/2022]. La autora aprovecha su análisis del Asunto Oberle para indicar, en relación con la jurisdicción voluntaria: “*su exclusión de las normas de competencia del Reglamento sería un retroceso dentro del espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y obstaculizaría el logro de los objetivos del Reglamento*”. FUGARDO ESTIVILL, J.M., *La declaración de herederos abintestato en la jurisdicción voluntaria. Sucesiones internas y transfronterizas*, Bosch, Barcelona, 2016, pp. 206 y ss.

⁵ Vid. RUEDA VALDIVIA, R. “Competencia internacional del notario español para la tramitación de expedientes sucesorios nacionales en sucesiones de dimensión transfronteriza: un análisis a la luz de la jurisprudencia del TJUE” en LARA AGUADO, Á. (Dir), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 110-123; LARA AGUADO, Á. “Claves del Reglamento (UE) 650/2012 a la luz de la jurisprudencia del TJUE: de la especialización a la (in) coherencia a través del mito del principio de unidad y las calificaciones autónomas unívocas” *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 39, 2020 pp. 65-67; FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A. “El Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo: actos de ejecución y Derecho patrimonial”, en CALVO VIDAL, I. A. (coord.) *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014, pp. 251-252.

el ejercicio de funciones jurisdiccionales y, por ende, en ningún escenario consideran que el notario haya de ser considerado tribunal⁶.

En el asunto WB, concretamente en el apartado 55, el TJUE declaró que “*el ejercicio de funciones jurisdiccionales implica disponer de la facultad de resolver en virtud de su propia potestad sobre los posibles puntos controvertidos que existan entre las partes en cuestión (...)*”. Teniendo en cuenta lo anterior, el objeto de investigación queda enmarcado en el estudio de la actuación del notario francés en la tramitación del *acte de notoriété* en materia de sucesiones. Tras el sucinto preámbulo a la discusión, huelga señalar que el objetivo de esta contribución es determinar si el notario francés ejerce funciones jurisdiccionales, en cuyo caso su régimen competencial se verá afectado, dado que quedará vinculado por las normas de competencia del RES, en perjuicio de las normas de competencia internacional internas, y el régimen de eficacia extraterritorial de sus decisiones igualmente se verá alterado, toda vez que viajarán por el espacio judicial de la UE como resoluciones y no como documentos públicos. Todo lo anterior abrirá un breve espacio en el que se presentarán las conclusiones que hayan podido extraerse del estudio.

2. ACTUACIÓN DEL NOTARIO FRANCÉS EN LA TRAMITACIÓN DEL *ACTE DE NOTORIÉTÉ* EN MATERIA DE SUCESIONES

A modo de breve introducción, puede indicarse que las actas de notoriedad, en el Derecho francés, son el documento por el que un oficial público, recogiendo una serie de testimonios, acredita el establecimiento

⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 6, núm. 1, marzo 2014, pp. 12-18, esp. 14-15; “Aspectos prácticos de la función notarial en el Reglamento Sucesorio Europeo”, en GINEBRA MOLINS, M.E. y TARABAL BOSCH, J. (dirs.). *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 2016, pp. 339 ss.; RODRÍGUEZ MATEOS, P., “La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 27, junio 2014, pp. 11-13. Sobre las disímiles posiciones doctrinales *vid.* MELGAREJO CORDÓN, P.M., “El notario español como autoridad no judicial con competencias en materia sucesoria y su relación con el Reglamento 650/2012. ¿Tribunal o fedatario público?” en RUEDA VALDIVIA, R. *Nuevos horizontes del Derecho internacional privado del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, (en prensa).

de un hecho o circunstancia del que ha tenido conocimiento⁷. De forma similar se configuran las actas de notoriedad en el Derecho español, concretamente en el art. 17 de la Ley del Notariado⁸ (en lo sucesivo LN) cuyo tenor literal refiere: “*Las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones*”. A ello se le añade que el art. 209 del Reglamento Notarial español⁹ indica que estos documentos buscan comprobar y fijar hechos notorios sobre los que se puedan fundar y declarar derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales con trascendencia jurídica.

El *acte de notoriété* en materia de sucesiones, junto al testamento, se configura como el documento esencial y básico para la apertura y tramitación de la sucesión en cuestión¹⁰. La tramitación del acta comienza con el requerimiento al notario por parte de uno o varios causahabientes para que indique quiénes son los herederos del causante y qué porción del caudal hereditario les corresponde, aportando para ello toda la documentación necesaria (certificado de defunción, documentos de identidad o documento homólogo, etc.).

Salvando las distancias, existe en el ordenamiento jurídico español un documento que guarda una profunda relación de similitud con el *acte de notoriété*, la declaración de herederos *abintestato*. Si bien es cierto que en ambos instrumentos se determina quiénes son los llamados a la herencia, la declaración de herederos del Derecho español solo está prevista para aquellos supuestos en los que el causante haya fallecido intestado, mientras que las actas de notoriedad del sistema francés en materia de sucesiones se

⁷ Según el *Dictionnaire du Droit privé*: “*L'acte de notoriété est un document par lequel un officier public recueille des témoignages en vue d'établir une circonstance ou un fait matériel qu'un grand nombre de personnes ont pu constater, dont ils ont pu avoir connaissance ou qui leur ont semblé avérés. C'est la preuve par la "commune renommée"*.” Enlace disponible: <<https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/acte-de-notoriete.php>> [Último acceso 08/02/2023]. Para más información sobre las actas de notoriedad en el Derecho francés *vid.* FUGARDO ESTIVILL, J.M., *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja. Sucesión y prueba de la cualidad de heredero en el Derecho francés. Normativa interna y Derecho internacional privado*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 583-587.

⁸ Gaceta de Madrid núm. 149, de 29 de mayo de 1862.

⁹ BOE núm. 189, de 7 de julio 1944.

¹⁰ Sobre esta cuestión *vid.* FUGARDO ESTIVILL, J.M., *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja... op.cit.*, pp. 587-590.

instrumentan incluso con la existencia de testamento. Además, en el *acte de notoriété* se permite incluir declaraciones de voluntades de los interesados que hagan referencia a sus derechos en el proceso sucesorio o en relación con la aceptación, no así en las declaraciones de herederos *abintestato* debido a su finalidad específica.

Por lo que se refiere a su regulación legal, cabe mencionar, que esta figura proviene del Derecho consuetudinario notarial. Por esta razón no fue hasta pasado el año 2000, con la publicación de la Ley de 3 de diciembre de 2001/1135¹¹, cuando el *acte de notoriété* en materia de sucesiones quedó apuntalada dentro del Derecho positivo francés, concretamente en el art. 730-1 a 730-5 del Code Civil¹² (en lo sucesivo CCFr).

Por lo que concierne al *iter* procedimental del *acte de notoriété* son varios aspectos los que resultan destacables. En primer lugar, la tramitación del acta solo comienza a instancia de parte, es decir con el requerimiento al notario para que proceda a la *dévolution successorale*, es decir, para que establezca quiénes son los herederos y llamados a la herencia del *de cuius* y determinar los derechos y obligaciones que les corresponden.

En segundo lugar, habrán de verificarse diferentes extremos como: el fallecimiento del causante a través del certificado de defunción o la declaración judicial de ausencia; la identidad y estado civil del finado, de los herederos *in potentia* y de los interesados, así como su relación de parentesco con el fallecido por medio de los documentos de identidad, partida de nacimiento, libro de familia, resoluciones judiciales al respecto, etc., la existencia o no de disposiciones de última voluntad mediante en el certificado que expida el *Fichier Central des Dispositions de Dernières Volontés* (Registro central de Disposiciones de Últimas Voluntades).

En tercer lugar, el acta finaliza con la firma de los requirentes y del notario que protocoliza el acta y le otorga publicidad al documento a fin de que cobre todos los efectos jurídicos establecidos normativamente; el más importante de ellos: hacer fe, salvo prueba en contrario.

¹¹ Loi num. 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, *JORF* n°281 du 4 décembre 2001.

¹² Acceso disponible en: <<https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGI-TEXT000006070721/>> [último acceso 13/02/2023].

3. ASPECTOS CONTROVERTIDOS EN EL EJERCICIO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES POR EL NOTARIO FRANCÉS

Las sucesiones intestadas, en general, están repletas de dudas interpretativas, como así lo están las declaraciones de herederos¹³. La perplejidad se incrementa exponencialmente en el ámbito internacional a la hora de determinar si los notarios ejercen o no funciones jurisdiccionales y ello responde esencialmente a tres razones: 1) la inexistencia en el RES de un concepto que arroje luz a la cuestión permitiendo identificar claramente este ejercicio de funciones jurisdiccionales; 2) la trayectoria vacilante y poco pertinaz del TJUE en este asunto, que, lejos de ser resolutive o dispar la incertidumbre, se ha caracterizado por sembrar mayores interrogantes; 3) el hecho de que la notificación que los Estados han de realizar a la Comisión, en virtud de los arts. 3.2 párrafo segundo y 79.1 sobre las autoridades y profesionales del Derecho que consideran tribunales, no es vinculante ni en sentido positivo ni negativo.

Tal como ya se ha mencionado, según el TJUE, el ejercicio de funciones jurisdiccionales “*implica disponer de la facultad de resolver en virtud de su propia potestad sobre los posibles puntos controvertidos que existan entre las partes en cuestión.*” Siguiendo lo dispuesto en el Considerando 22 del RES, el ejercicio de funciones jurisdiccionales se convierte en el punto neurálgico y en el requisito *sine qua non* para considerar a las autoridades no judiciales con competencia en materia sucesoria –en esencia, los notarios- como tribunales según el RES. Lo cierto es que la idoneidad de la utilización de esta definición, que se extrae del Caso Solo Kleinmotoren¹⁴, un asunto de contratación internacional, se presenta, cuando menos, cuestionable.

En consecuencia con lo anterior son hasta tres puntos o aspectos litigiosos los que eventualmente se darán cita en la expedición del *acte de notoriété*: 1) la existencia del heredero en el momento del fallecimiento; 2) las declaraciones de los causahabientes como parte esencial del procedimiento; 3) la determinación de la última residencia habitual del causante.

Por lo que respecta al primero de los aspectos litigiosos, referido a la existencia del heredero en el momento del fallecimiento, según lo dispuesto en el art. 725 del CCFr para suceder a una persona hay que existir en el mo-

¹³ En este sentido *vid.* MARINO PARDO, F.M., “La aplicación de la regla de la doble porción en la sucesión intestada a sobrinos” *El Notario del Siglo XXI*, núm. 105, 2022, p. 52.

¹⁴ ECLI:EU:C:1994:221

mento del fallecimiento. En este estadio cabe preguntarse qué ocurre con el *nasciturus* a la hora de ser incluido como heredero en el *acte de notoriété*. A tal efecto, el art. 311 del CCFr establece la presunción legal de concepción entre los 180 y 300 días anteriores al nacimiento. No obstante, el apartado tercero de este mismo artículo señala que ante esta afirmación se admite prueba en contrario. Dada esta situación, podría ocurrir que una de las partes acredite documentalmente que el *nasciturus* ya tenía tal condición en el momento del fallecimiento del causante -*ergo* ha de ser considerado heredero- y otra parte aporte pruebas negando tal situación de hecho.

Por lo que concierne al segundo punto controvertido, a saber, las declaraciones de los causahabientes en el *acte de notoriété*, hay que señalar que dichas declaraciones no sólo gozan de una importancia inusual, comparativamente con las actas notariales, sino que desnaturalizan y alejan a este documento del concepto genérico de acta del Derecho francés¹⁵. Descrito en términos más sencillos, si las actas notariales, tal como se ha referido *supra*, colocan el énfasis -aunque no exclusivamente- de la acreditación de la notoriedad en las pruebas testificales que se le aporten al notario, la naturaleza jurídica del *acte de notoriété* se ve desvirtuada toda vez que la notoriedad se fundamenta esencialmente en meras declaraciones testificales de los causahabientes. Ante tal situación pueden surgir desavenencias entre los interesados si, por ejemplo, una de las partes está aseverando documentalmente ser heredero y otra está contradiciendo, también documentalmente, tal afirmación.

Aun cuando la realidad supera la ficción, parece complejo que alguna de las controversias referidas anteriormente llegue a suscitarse por tratarse de documentos públicos u oficiales. No obstante, ni la Administración ni los Registros están plenamente exentos de cometer errores que podrían originar estas situaciones. En tal caso, el notario estaría ejerciendo más bien funciones de verificación documental aportada por las partes y controlando las fases del procedimiento. En esta actividad que desarrolla el fedatario público no hay rastro del ejercicio de funciones jurisdiccionales si se toma como referencia el criterio del TJUE, puesto que no emite un juicio que resuelva el problema, sino, más bien, son los documentos públicos u oficiales los que objetivamente determinan si el heredero que afirma serlo, lo es, o no en realidad o si el *nasciturus* debe figurar en el *acte de notoriété* como llamado a la herencia.

¹⁵ Vid. FUGARDO ESTIVILL, J.M., *Regímenes económicos del matrimonio y de la pareja...* *op.cit.*, p. 587.

El tercero de los asuntos problemáticos se corresponde con la determinación de la última residencia habitual del causante. Si bien es cierto que la residencia habitual, en general, ha sido ampliamente estudiada por la doctrina *iusinternacionalprivatista*¹⁶, tanto como foro de competencia judicial internacional, como punto de conexión en sede de ley aplicable, en este estudio vuelve a ser una cuestión de crucial importancia.

El *acte de notoriété* puede ser iniciada por uno o varios causahabientes, y ello le hace guardar una mayor relación de similitud con la declaración de herederos *abintestato* y, por ende, la aleja, en términos de semejanza jurídica, de los certificados sucesorios polaco y lituano que únicamente se expedían tras la solicitud unánime de todos los herederos. En este escenario es posible que las partes interesadas proporcionen al notario pruebas contradictorias entre sí sobre la última residencia habitual del causante, generándose así un claro conflicto *inter partes*. Aportadas las pruebas, el notario queda emplazado, -salvo que decida inhibirse y la cuestión se ventile judicialmente- para la valoración de las mismas y acabar determinando la última residencia habitual del causante y, por consiguiente, dirimiendo el conflicto existente entre los herederos y resto de interesados. No son pocas las consecuencias patrimoniales que se desprenden de la elección de una ley u otra, de ahí que sea este un aspecto con especial importancia. En este sentido pueden darse cita las sustanciales diferencias existentes entre los derechos hereditarios del cónyuge supérstite entre leyes tan cercanas como la francesa -mucho más protectora- y la española¹⁷.

Resulta ahora obligado preguntarse: ¿Será el notario la autoridad encargada de valorar las pruebas que se le aportan y, en consecuencia, emitir un juicio que resuelva esta cuestión (ejerciendo así funciones jurisdiccionales)? Respondiendo a lo anterior, resulta imprescindible traer a colación lo dispuesto en los Considerandos 23 y 24 del RES en los que se compele, al menos

¹⁶ En este sentido *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, núm. 1, 2016, pp. 50-53; CARRILLO POZO, L.F., “Una síntesis del Reglamento 650/2012: residencia habitual del de cuius, funciones judiciales, *professio iuris*. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2020, Asunto C-80/19” *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 758-759.

¹⁷ Para un estudio de mayor profundidad *vid.* MORENO CORDERO, G., “La ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo en el Derecho internacional privado español” en LARA AGUADO, Á. (Dir), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012... op.cit.*, pp. 261-267.

indirectamente, a la autoridad que esté tramitando la sucesión a determinar la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento haciendo una evaluación general de las circunstancias. Siguiendo este mandato del legislador de la UE, el notario que se encuentre en un supuesto de hecho en el que la residencia habitual no sea claramente identificable y las propias partes disientan en cuanto a su localización, habrá de examinar la situación concreta, así como las pruebas y documentación¹⁸ que le aporten. Tras el examen de las pruebas el notario fijará la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento y, a su vez, solventará el litigio entre las partes en virtud, exclusivamente, de su propia potestad.

4. CONCLUSIONES

Se enumeran a continuación las conclusiones que han podido extraerse del estudio presentado.

1. El *acte de notoriété* es el documento esencial y básico en la tramitación de las sucesiones francesas, tanto cuando existe testamento como cuando la sucesión es intestada. En la expedición del *acte*, cuya tramitación queda encomendada a los notarios, pueden encontrarse hasta tres puntos controvertidos: 1) la existencia del heredero en el momento del fallecimiento; 2) las declaraciones de los causahabientes como parte esencial del procedimiento; 3) la determinación de la última residencia habitual del causante.
2. Ni en el primero, ni en el segundo de los problemas el notario está ejerciendo funciones jurisdiccionales, dado que los documentos que las partes entregan al fedatario público son de naturaleza pública u oficial y su labor será mayoritariamente la de verificar los documentos. Además, la naturaleza jurídica de estos documentos reduce considerablemente las posibilidades de que se generen estas situaciones y en el supuesto en que se originasen serán los propios documentos los que resuelvan la controversia.

¹⁸ Para probar la residencia habitual del causante, las partes no solo podrán utilizar documentos de naturaleza oficial, sino también de distinta índole como facturas de todo tipo (suministro de electricidad, agua, servicio de telecomunicaciones), imágenes, testificales, etc.

3. De forma distinta ha de verse la determinación de la última residencia habitual del causante, toda vez que los documentos que le sean aportados al notario no han de revestir la forma de públicos u oficiales necesariamente. Cuando las partes discrepen sobre la residencia del *de cuius* en el momento del fallecimiento y le hagan entrega de sus pruebas, el fedatario público tomará una decisión sobre la ubicación de la residencia habitual del fallecido y, en virtud de su propia potestad, ventilará la controversia. La resolución de este conflicto supone el ejercicio de funciones jurisdiccionales, lo que implica que el notario francés en la expedición del *acte de notoriété* ha de ser considerado tribunal a efectos del art. 3.2 del RES, con las consecuencias que de ello se derivan: 1) vinculación por las normas de competencia del Reglamento; y 2) su decisión viajará por el espacio de la UE como resolución y no como documento público.
4. El horizonte de este debate sigue tiñéndose de oscuro, puesto que la única solución a esta problemática jurídica parece pasar por pronunciamientos del TJUE, previo planteamiento de cuestiones prejudiciales por las autoridades nacionales, sobre todos los notarios de todos los Estados miembros de la UE, a excepción de los polacos y los lituanos, sobre los que ya se ha pronunciado, y sobre todos los expedientes que tramiten en el marco de sucesiones con repercusiones transfronterizas.
5. El broche final de esta investigación no puede darse sin antes reflexionar sobre la siguiente cuestión: si el Reglamento Bruselas II ter¹⁹ define como “órgano jurisdiccional” a “*cualquier autoridad de cualquier Estado miembro con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación de tal Reglamento*”, ¿cuál es el motivo por el que el legislador de la UE no ha seguido este mismo método para definir el concepto “órgano jurisdiccional” o “tri-

¹⁹ Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, DOUE L 178, de 2 de julio de 2019.

bunal”, en los Reglamentos de sucesiones y regímenes económicos matrimoniales²⁰ y uniones registradas²¹, de modo que esta problemática jurídica ni si quiera se hubiese originado? ¿Acaso la actuación de los notarios en estos últimos ámbitos dista de tal manera de la que llevan a cabo en el ámbito sucesorio, de modo que esté justificada una consideración diferente?

²⁰ Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, DOUE L 183, de 8 de julio de 2016.

²¹ Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DOUE L 183, de 8 de julio de 2016

Las “uniones registradas de conveniencia”: lucha contra el fraude y propuestas de mejora^{1}*

MARÍA DEL CARMEN CHÉLIZ INGLÉS

*Profesora contratada doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Zaragoza*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. MECANISMOS DE CONTROL. 2.1. *Directiva 2004/38*. 2.2. *Directiva 2003/86*. 2.3. *Ordenamiento jurídico español*. 3. PROPUESTAS DE MEJORA. 4. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

La facilidad para constituirse como unión no matrimonial², unido a las ventajas que se pueden obtener desde el punto de vista del derecho de ex-

¹ * Trabajo realizado como resultado de una estancia de investigación postdoctoral en el *Institut de recherche en Droit International et Européen de la Sorbonne (IREDIÉS)*, realizada gracias a una ayuda concedida por la Universidad de Zaragoza, Fundación Bancaria Ibercaja y Fundación CAI, cuyo número de referencia es CH 7/21.

² Las uniones no matrimoniales se pueden definir como aquellas uniones afectivas de dos personas, que conviven en una comunidad de vida, sin estar unidas en matrimonio. Partiendo de esta definición genérica, hay que distinguir también entre aquellas parejas que se han inscrito como tal en un Registro (uniones registradas), de aquellas otras que no lo han hecho (uniones no registradas). El presente estudio se centra en las uniones registradas, para cuya constitución basta con cumplir los requisitos establecidos por la normativa aplicable en cuestión, y registrarse, aportando la documentación requerida. Por lo general, entre los requisitos exigidos se encuentran circunstancias como el no estar casado ni inscrito como pareja de hecho, ser mayor de edad o estar emancipado, que los miembros de la pareja no estén unidos por vínculo de parentesco, o acreditar un periodo mínimo de convivencia. No obstante, los requerimientos exactos varían en función de la regulación específica aplicable, que presenta grandes divergencias entre los distintos Estados. Estas divergencias son analizadas, entre otros, por KESSLER, G. *Les partenariats enregistrés en droit international privé*, LGDJ, Paris, 2004, pp. 25-47; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. "El valor del acuerdo en el Reglamento (UE) 2016/1104 sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas. Una traslación

tranjería, ha dado lugar a que muchas parejas decidan inscribirse como tales en un registro, sin la intención real de mantener una relación afectiva, pero sí de reclamar los derechos y beneficios que la normativa les conceden³.

Entre estos derechos, por una parte, destaca el derecho a la libre circulación y residencia del que son beneficiarios los miembros de las uniones registradas, en el marco de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados. Así, su art. 3.1. de conformidad con el art. 2.2.d) extiende el derecho a la libre circulación a la pareja registrada del ciudadano de la UE, siempre y cuando el Estado de acogida otorgue a las uniones registradas un trato equivalente al matrimonio. En el caso concreto español, la admisión de la entrada y residencia legal en nuestro país de un ciudadano de un tercer Estado que conforma una pareja registrada con un ciudadano de la UE, está prevista en el artículo 2.b) del Real Decreto 240/2007.

Por otra parte, el debido respeto a la vida familiar exige extender el derecho a la libre circulación a los miembros de la familia, con independencia de su nacionalidad, así como articular mecanismos para que el inmigrante pueda traer a su familia, a través del derecho de reagrupación familiar, que es objeto de la Directiva 2003/86. Dicho instrumento jurídico, en su art. 4.3. permite que los Estados miembros incluyan a los miembros de las parejas de hecho, registradas o no, como posibles beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar. Igualmente, contempla que los Estados miembros puedan decidir que las parejas registradas reciban el mismo trato que los cónyuges respecto de la reagrupación familiar. En el ordenamiento jurídico español, la Ley Orgánica 2/2009 y el Real Decreto 2393/2004, que transponen la Directiva 2003/86, permiten la reagrupación de las parejas no casadas (art. 17.4 LO). Por otra parte, en España se reconoce el derecho de los ciudadanos extracomunitarios a reagrupar consigo a la persona con la que mantengan una relación de afectividad análoga a la conyugal (registrada o no registrada). Así lo establecen el art. 17.4. de la Ley Orgánica de Extranjería 4/2000 y el art. 53.b) del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 4/2000. Finalmente,

a la realidad jurídica de la Comunidad Valenciana", *Revista de derecho civil Valenciano*, núm. 20, 2016, pp. 1- 13, especialmente pp. 8-15.

³ Por desgracia estas conductas están en alza, tal y como se pone de manifiesto en esta reciente noticia: <<https://www.lavanguardia.com/vida/20220403/8152510/migrantes-recurren-parejas-hecho-amor-regularizarse.html>>

el art. 40.1. de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, también incluye en el concepto de familia a la pareja con la que el beneficiario de protección internacional tiene una relación análoga a la conyugal.

El reconocimiento de tales derechos a los miembros de este tipo de parejas⁴, ha acercado la situación de las uniones registradas a la de los matrimonios en cuanto a la libre circulación dentro de la UE y la reagrupación familiar; pudiendo disfrutar en numerosas ocasiones de un tratamiento equivalente al conferido a los cónyuges, tal y como sucede en el caso español. Ello ha ocasionado la proliferación de las "uniones registradas de conveniencia", con la finalidad de beneficiarse de las prerrogativas mencionadas⁵.

Este fenómeno, que ya se producía en relación con la institución del matrimonio⁶, es más difícil de detectar si cabe en estos supuestos, ya que las medidas para evitar o detectar las uniones no matrimoniales fraudulentas en la práctica, como se analizará a continuación, son más limitadas.

⁴ Para más información sobre la virtualidad en la práctica de estos derechos *vid*, entre otros, MARÍN CONSARNAU, D.: "Las "uniones registradas" en España como beneficiarias del derecho de la UE a propósito de la Directiva 2004/38/CE y del Reglamento (UE) 2016/1104", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 419-447; MARÍN CONSARNAU, D.: "Las uniones no matrimoniales como familiares reagrupables: Problemática específica en Cataluña", *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería*, núm. 27, 2011, pp. 39-59; CHÉLIZ INGLÉS, M.C. "Las uniones no matrimoniales y el derecho a la vida familiar en el ámbito de la Unión Europea", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 35, enero 2023, pp. 14-33; MILLIOS, G.: *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Comares, Granada, 2021.

⁵ Ya planteó esta posibilidad y advirtió de los peligros DIAGO DIAGO, M. P.: "La reagrupación familiar de descendientes, personas sujetas a representación legal y de la "pareja de hecho" en la enésima modificación de la Ley 4/2000", *Revista de derecho migratorio y extranjería*, núm. 26, 2011, pp. 11-26.

⁶ Sobre este fenómeno véase DIAGO DIAGO, M.P. "Matrimonios por conveniencia", *Actualidad Civil*, núm. 2, 1996, pp. 329-347, donde se proporciona de manera pionera una definición de "matrimonio por conveniencia". Asimismo, DIAGO DIAGO, M.P. "La nulidad de los matrimonios de conveniencia o la historia de los matrimonios que nunca existieron", AAVV *Las migraciones internacionales en el Mediterráneo y Unión Europea*, (Coord. por CHUECA SANCHO, A. G., GUTIÉRREZ CASTILLO, V. L., BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I.), Sevilla, 2009, pp. 282-313. No obstante, en la actualidad los matrimonios de conveniencia en España han disminuido notablemente, a la vez que se han incrementado las parejas de hecho de conveniencia. Ambas circunstancias están estrechamente relacionadas, tal y como se pone de manifiesto en el Informe anual de la Fiscalía de Extranjería, 2014, p. 19.

2. MECANISMOS DE CONTROL

La posibilidad de establecer mecanismos para luchar contra las “uniones registradas de complacencia”, a nivel de la Unión Europea, viene prevista en los mismos instrumentos ya mencionados que incluyen a los miembros de las uniones registradas como beneficiarios potenciales del derecho a la libre circulación y del derecho a la reagrupación familiar, respectivamente: La Directiva 2004/38 y la Directiva 2003/86. Así, tras señalar lo establecido en sendos instrumentos de la UE, se hará hincapié en la adaptación de estas normas al ordenamiento jurídico español.

2.1. Directiva 2004/38

La Directiva 2004/38 prevé que los Estados adopten medidas tendentes a evitar relaciones fraudulentas. Así, su considerando 28 establece que los Estados miembros pueden “*adoptar las medidas necesarias para protegerse contra el abuso de derecho o el fraude de ley, particularmente de los matrimonios de conveniencia o cualquier otra relación contraída con el exclusivo objeto de disfrutar del derecho de libre circulación y residencia*”.

Ello se refleja en el art. 35, cuando se indica que “*los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para denegar, extinguir o retirar cualquier derecho conferido por la presente Directiva en caso de abuso de derecho o fraude, como los matrimonios de conveniencia*”. Ahora bien, estas medidas han de ser proporcionadas y están sometidas a las garantías procesales previstas en los arts. 30 y 31 de este mismo instrumento.

Sendos artículos se encuentran dentro del capítulo VI, que lleva por título “*Limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública*”. En él se establece la posibilidad de los Estados miembros de 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. Por consiguiente, si un Estado miembro detecta la existencia de una unión registrada de complacencia, ello puede provocar la denegación o retirada del derecho de entrada o de residencia en su país, del miembro de la pareja interesado en obtener tales derechos.

En definitiva, la Directiva habilita a los Estados a que adopten las medidas oportunas para penalizar este tipo de conductas fraudulentas. Sin embargo, deja en manos de los Estados la concreción de dichas medidas, y las consecuencias que ha de acarrear la constitución de una pareja de com-

placencia. Además, únicamente se trata de medidas represivas, *a posteriori*, para aquellos supuestos en los que se ha detectado la existencia de una unión registrada de complacencia. Pero se guarda silencio acerca de la posibilidad de establecer controles preventivos, *a priori*, tendentes a evitar su constitución; y/o controles que se puedan llevar a cabo para la detección de estas parejas constituidas en fraude de ley.

2.2. Directiva 2003/86

La Directiva 2003/86 en su art. 16.2.b) dispone que los Estados miembros podrán denegar una solicitud de reagrupación familiar, así como retirar o denegar la renovación del permiso de residencia de los miembros de la familia, si se demuestra que *“el matrimonio, la relación en pareja o la adopción se formalizaron únicamente para que la persona interesada pudiera entrar o residir en un Estado miembro”*. Asimismo, se especifica que *“al llevar a cabo una evaluación sobre este punto, los Estados miembros podrán tener en cuenta, en particular, el hecho de que el matrimonio, la relación en pareja o la adopción se haya formalizado después de que el reagrupante haya obtenido el permiso de residencia”*.

De esta manera, los Estados miembros están habilitados para denegar la solicitud de reagrupación familiar, o retirar o denegar la renovación del permiso de residencia del miembro de la unión no matrimonial cuando dicha unión sea fraudulenta. Así, al igual que ocurría en la Directiva 2004/38, se trata de medidas sancionadoras *a posteriori*, una vez ya creada la unión registrada de complacencia.

Sin embargo, la Directiva 2003/86 da un paso más y, además de prever estas medidas represivas, se ocupa también del establecimiento de medidas tendentes a la detección de las parejas de conveniencia. En este mismo art. 16, en su apartado 4, habilita a los Estados miembros a que realicen controles e inspecciones específicas si tienen sospechas fundadas de fraude en el sentido definido en el apartado 2. Además, también podrán realizar controles específicos en el momento de la renovación del permiso de residencia de miembros de la familia. Este precepto, por tanto, faculta a los Estados miembros a realizar los controles oportunos para comprobar si efectivamente se trata de una relación fraudulenta o no. Controles que se pueden efectuar en cualquier momento desde la constitución de la pareja y, muy especialmente, en el momento previo a la renovación del permiso de residencia.

No obstante, de nuevo, el alcance real de estas disposiciones (tanto de las que su objetivo es penalizar la constitución de una unión registrada de com-

placencia, como de las que persiguen su detección), va a depender de la adaptación de la Directiva al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro.

2.3. Ordenamiento jurídico español

La ausencia de una normativa estatal en el ordenamiento jurídico español aplicable a las parejas de hecho, dificulta el establecimiento de controles tendientes a evitar que se produzcan abusos de derecho en estos supuestos (además de otros problemas de Derecho Internacional Privado e Interregional)⁷.

En el caso concreto de España, los principales mecanismos de control establecidos para evitar los matrimonios de complacencia⁸, no son aplicables para las parejas de hecho. Así, respecto de las uniones no matrimoniales registradas, no existe un control preventivo en el Registro de parejas de hecho, similar al existente durante la tramitación del expediente previo matrimonial⁹. Ello reduce considerablemente la posibilidad de evitar la constitución de parejas de hecho de complacencia. A ello hay que añadir que, como se ha indicado anteriormente, los miembros de las uniones no registradas también pueden ser beneficiarios del derecho a circular y

⁷ Aborda la cuestión de manera monográfica QUINZÁ REDONDO, P. *Uniones registradas en la Unión Europea. El Reglamento (UE) n° 2016/1104 en perspectiva española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022

⁸ En esta misma línea GARCÍA HERRERA, V, *Los matrimonios de conveniencia*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 116 propone como vía para evitar la constitución de parejas de hecho de conveniencia, la instauración de un expediente previo similar al desarrollado en el caso de los matrimonios, orientado a la acreditación de la existencia y realidad de dichas uniones.

⁹ Sobre esta cuestión véase el trabajo de GAGO SIMARRO, C, "Las parejas de hecho de complacencia", *Revista de Derecho Civil*, vol.VII, núm. 4, 2020, pp. 217-263. En la p. 240 señala que "el encargado del Registro de Parejas de Hecho una vez realizada la solicitud de inscripción puede comprobar que ninguno de los miembros de la pareja incurre en alguna prohibición para constituir una unión de hecho conforme a la normativa aplicable en cada caso, pero no puede entrar a analizar si existe verdadero consentimiento de formar una relación de afectividad análoga a la conyugal". Asimismo, ALONSO HERREROS, D, "Funcionamiento y eficacia de los Registros de uniones civiles de hecho en España y en otros países europeos", *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 15, 2002, pp. 93-112, especialmente p. 95, denuncia que los controles de los Registros de parejas de hecho son insuficientes, dando lugar a situaciones que simulan una convivencia de hecho, con el fin de alcanzar beneficios económicos (solicitar nacionalidad española por residencia, regularizar titularidad VPO, aplazar prestación de sostenimiento de cargas familiares...).

residir libremente en el territorio de los Estados miembros, o a la reagrupación familiar. En este supuesto, al no existir registro, la posibilidad de establecer cualquier control previo se ve todavía más limitada, dado que no hay ningún encargado de Registro alguno que pueda ejecutar tal control.

No obstante, sí que pueden resultar de aplicación otros mecanismos tendentes no ya a evitar la constitución de estas parejas, sino a detectarlas *a posteriori* y sancionarlas, en vía administrativa, entre los que destaca la denegación de la solicitud de residencia en España, si se considera que hay indicios suficientes de que se trata de una pareja de conveniencia.

Así, la principal medida de control se efectúa en el momento de solicitud de la tarjeta de residencia de familiar comunitario, o por reagrupación familiar. Cuando se solicita la tarjeta de residencia de familiar comunitario o de reagrupación familiar, junto con el impreso de solicitud es necesario presentar documentación acreditativa, en su caso debidamente traducida y apostillada o legalizada, de la existencia de la unión registrada¹⁰. Además, en el supuesto de la solicitud por reagrupación, una vez autorizada la residencia por reagrupación familiar, para la tramitación del visado es necesario presentar la documentación original que acredite los vínculos familiares o de parentesco o de la existencia de la unión de hecho¹¹.

Al examinar dicha documentación, si las autoridades competentes tienen dudas de la autenticidad de los vínculos familiares y ven indicios para pensar que se trata de una unión registrada de complacencia, pueden solicitar un informe a los servicios policiales, a fin de garantizar la veracidad del vínculo de parentesco¹². Si el informe fuera desfavorable, y se confirmara la existen-

¹⁰ Así lo establece el art. 8.3.b) del Real Decreto 240/2007 respecto de la solicitud de tarjeta de residencia de familiar comunitario, y el art. 56.3 del Real Decreto 557/2011, en cuanto a la autorización de residencia por reagrupación familiar.

¹¹ De conformidad con el art. 57.2 del Real Decreto 557/2011 sobre la tramitación del visado en el procedimiento de reagrupación familiar. En este punto es de destacar que, como se puede observar, en el caso de la reagrupación familiar, la existencia de este doble trámite, supone en la práctica la posibilidad de realizar un doble control de los vínculos familiares entre el reagrupante y su pareja de hecho. Así lo ponen de manifiesto JIMÉNEZ BLANCO, P, “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y derecho internacional privado”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 35, 2018, pp. 37-38; y GAGO SIMARRO, C.: “Las parejas de hecho de complacencia”, *Revista de Derecho Civil*, vol.VII, núm. 4, 2020, pp. 217-263, especialmente pp. 248-249.

¹² Esta posibilidad se fundamenta en el art. 79 de la Ley 9/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que

cia de indicios suficientes para presumir que la unión registrada se ha constituido en fraude, la policía traslada el resultado del mismo a la autoridad competente que, a la luz de las circunstancias, puede denegar la solicitud de residencia de familiar comunitario¹³, o por reagrupación familiar¹⁴.

Además, la simulación de una relación de afectividad análoga a la conyugal con la finalidad de obtener un derecho de residencia en España, está tipificada como una infracción grave en la normativa sancionadora administrativa (art. 53.2.b Ley Orgánica 4/2000), penada con multa de 501 hasta 10.000 euros (art. 55 Ley Orgánica 4/2000). En consecuencia, podría iniciarse un expediente administrativo sancionador contra los miembros de la pareja que han simulado la relación.

Finalmente, y en otro orden de ideas, en aquellos supuestos en los que en la constitución de la unión registrada ha concurrido ánimo de lucro, se puede haber cometido un ilícito penal¹⁵.

En definitiva, los controles previstos en el ordenamiento jurídico español son controles *a posteriori*, tendentes a sancionar la conducta realizada por los miembros de la pareja. La sanción, como se ha indicado, con independencia de las repercusiones penales que esta conducta puede desplegar en ciertos casos, consiste en la denegación de la tarjeta de residencia de familiar comunitario o de reagrupación familiar y la imposición de una

permite solicitar “*aquellos informes que sean preceptivos por las disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, citándose el precepto que los exija o fundamentando, en su caso, la conveniencia de reclamarlos*”. Este informe sirve como control para comprobar el posible fraude, y para su elaboración se suele realizar una entrevista personal y por separado con los miembros de la pareja.

¹³ El art. 15.1.b) permite que se deniegue la expedición o renovación de las tarjetas de residencia previstas en el presente real decreto cuando así lo impongan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública, lo que ocurriría en el caso de que se comprobara que la unión registrada se ha constituido de manera fraudulenta.

¹⁴ Si hubiera indicios suficientes para entender que la unión registrada es una unión de complacencia, ya no se cumplirían los requisitos exigidos por la normativa de extranjería para autorizar la reagrupación, por lo que cabría su denegación en virtud de lo establecido en el art. 56 del Real Decreto 557/2011. En el mismo sentido, aun cuando se hubiera autorizado la reagrupación, si la unión fraudulenta se detecta por la misión diplomática u oficina consular durante la tramitación del visado, éste se denegará, en aplicación del art. 57.3 del Real Decreto 557/2011.

¹⁵ En caso de concurrir ánimo de lucro, el ciudadano reagrupante podría ser condenado por la comisión de un delito de ayuda a la inmigración ilegal tipificado en art. 318.2 bis del Código penal

multa de hasta 10.000 euros. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con la institución matrimonial, no se prevé ningún control *a priori*, tendente a evitar la propia constitución de la unión registrada de complacencia.

Precisamente estos controles más laxos en comparación con las medidas contra los matrimonios por conveniencia, y la igualdad de tratamiento en cuanto a los posibles beneficios en materia de extranjería, han favorecido la proliferación de las uniones no matrimoniales fraudulentas¹⁶.

Por otra parte, es importante resaltar que estos controles en vía administrativa, no tienen una repercusión civil, en el sentido de que una denegación de la residencia por haber simulado la unión registrada no implica la nulidad de la constitución de dicha pareja, que va a seguir siendo válida y desplegando efectos civiles¹⁷. Por consiguiente, se mantiene el registro de la unión fraudulenta, con las consecuencias jurídicas que ello puede desplegar.

3. PROPUESTAS DE MEJORA

Como ya se ha indicado, la lucha contra las parejas de hecho registradas de conveniencia no debería limitarse al establecimiento de controles *a posteriori*, sino que ha de ampliarse a otras medidas tendentes a evitar la propia constitución de la pareja en fraude de ley.

En este sentido, sería conveniente el establecimiento de un mayor número de medidas que traten de evitar la formalización de una pareja de hecho simulada, disminuyendo de esta manera el riesgo de fraude de la normativa de extranjería y garantizando la veracidad de las uniones de he-

¹⁶ En palabras de GAGO SIMARRO, C, "Las parejas de hecho de complacencia", *Revista de Derecho Civil*, vol.VII, núm. 4, 2020, p. 24, "la ausencia de un control preventivo de las parejas de hecho reduce al mínimo el riesgo en la detección del fraude de ley y, por ello, aconseja su práctica: mismos beneficios que el matrimonio en el marco del Derecho de extranjería, pero ningún control que evite su constitución".

¹⁷ Pone de manifiesto esta problemática JIMÉNEZ BLANCO, P. "Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y derecho internacional privado", *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 35, 2018, pp. 35-38. En el caso de los matrimonios de conveniencia sucede lo mismo, en tanto que, de conformidad con el art. 73.1. CC, son matrimonios nulos de pleno derecho por ausencia de verdadero consentimiento matrimonial, pero para que se declare tal nulidad es necesario que se inste la correspondiente acción de nulidad.

cho. Así, sería apropiado instaurar un control similar al existente durante la tramitación del expediente previo matrimonial¹⁸.

No obstante, este control preventivo únicamente se podría realizar respecto a aquellas parejas que pretenden constituirse como unión registrada en territorio español, no siendo posible en parejas ya registradas en el extranjero. En estos casos, únicamente podrían tener lugar controles *a posteriori*, para impedir que esa pareja constituida de manera fraudulenta en el extranjero fuera reconocida y desplegara efectos en España.

Por razones obvias, tampoco sería posible un control *a priori* respecto de las uniones no registradas que, como se ha tenido ocasión de señalar, según la normativa española de extranjería, sus miembros también pueden ser beneficiarios del derecho residir o a la reagrupación familiar.

En estos supuestos, las únicas medidas de control posible serían las ya previstas en nuestro ordenamiento jurídico, *a posteriori*. Sin embargo, sería deseable que estos mecanismos vinieran desarrollados explícitamente en la normativa de extranjería, para evitar tener que acogerse al procedimiento previsto de manera genérica en la actual Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. Igualmente, tendría que haber una mayor coordinación entre la vía administrativa y la vía civil, de tal manera que una vez detectada en vía administrativa que una unión registrada se ha constituido de manera fraudulenta, dicha unión quede anulada y deje de desplegar los correspondientes efectos civiles.

En cualquier caso, a la par que urge la modificación de los controles existentes o a la instauración de otros nuevos, resulta fundamental una legislación estatal en materia de parejas de hecho que sirva de cobertura legal para su adecuada implementación¹⁹.

¹⁸ Sobre este control en relación con los matrimonios de complacencia y las medidas para combatirlos, *vid.* la Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia, y la Instrucción de 9 de enero de 1995, sobre normas relativas al expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero.

¹⁹ Para la instauración de un control *a priori* GAGO SIMARRO, C, "Las parejas de hecho de complacencia", *Revista de Derecho Civil*, vol.VII, núm. 4, 2020, p. 240 destaca dos dificultades existentes que habría que salvar a través de una reforma legislativa a nivel estatal. En primer lugar, el hecho de que "*el encargado del Registro de parejas de hecho, una vez realizada la solicitud de inscripción, puede comprobar que ninguno de los miembros de la pareja incurre en alguna prohibición para constituir una unión de hecho conforme a la normativa aplicable en cada caso, pero no puede entrar a analizar si existe verdadero consentimiento de formar una relación de afectividad análoga a*

4. CONSIDERACIONES FINALES

Como se ha señalado a lo largo del presente trabajo, los miembros de las uniones registradas se encuentran entre los posibles beneficiarios del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, previsto en la Directiva 2004/38, así como del derecho a la reagrupación familiar, contenido en la Directiva 2003/86. Ambos instrumentos dejan un amplio margen de discrecionalidad a los Estados miembros, a la hora de adaptar estas normativas a sus ordenamientos jurídicos. En el caso español, se admite la entrada y residencia legal en nuestro país de un ciudadano de un tercer Estado que conforma una pareja registrada con un ciudadano de la UE, así como el derecho de los ciudadanos extracomunitarios a reagrupar consigo a la persona con la que mantengan una relación de afectividad análoga a la conyugal.

Estas previsiones favorecen la protección del derecho a la vida familiar de los miembros de las uniones no matrimoniales. No obstante, en ocasiones, se ha abusado de ellas, dando lugar a la constitución de uniones registradas de complacencia, con la única finalidad de obtener determinados beneficios en materia de extranjería. Por este motivo, es necesario articular un sistema que permita alcanzar un equilibrio adecuado que garantice a los miembros de las uniones registradas reales el ejercicio de sus derechos, a la vez que proporcione seguridad a los Estados respecto de los que se plantea su libre circulación.

En este contexto, es necesario adoptar determinadas cautelas, con el objetivo de evitar o sancionar la constitución de parejas de hecho simuladas. El ordenamiento jurídico español en la actualidad prevé distintos mecanismos tendentes a detectar estas parejas constituidas en fraude *a posteriori* y sancionarlas, en vía administrativa. Entre ellos, destaca la denegación de la solicitud de residencia en España, si se considera que hay indicios suficientes de que se trata de una pareja de conveniencia. Sin embargo, no se prevé control preventivo alguno en el momento en que la unión se va a

la conyugal, puesto que no se exige un específico consentimiento matrimonial similar al requerido para el matrimonio en el artículo 45 del Código Civil. A ello hay que añadir, en segundo lugar, que “*aun cuando se recogiera en una norma autonómica el requisito del consentimiento marital, tampoco debería poder admitirse un control preventivo del encargo del Registro de Parejas de Hecho autonómico si atendemos a la competencia exclusiva del Estado en ordenación de registros públicos, conforme al artículo 149.1.8 de la Constitución Española*”. De todo ello se observa claramente la necesidad de una regulación a nivel nacional del Registro de Parejas de Hecho.

inscribir en el Registro de parejas de hecho, equivalente al existente durante la tramitación del expediente previo matrimonial. La adopción de un control *a priori* de estas características contribuiría en gran medida a evitar este tipo de prácticas fraudulentas. En todo caso, es urgente la aprobación de una legislación estatal, que permitiría cubrir las lagunas y resolver los problemas que se plantean en materia de extranjería, así como de Derecho Internacional Privado e Interregional.

**ESTADO CIVIL: LAS
NUEVAS SOLUCIONES DE
LA LRC Y LA INCIDENCIA
DEL PRINCIPIO DE
RECONOCIMIENTO MUTUO
EN LA UNIÓN EUROPEA**

PONENCIAS

La filiación en Derecho internacional privado: en la encrucijada entre la protección de los derechos humanos y el reconocimiento mutuo

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

*Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Barcelona*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CRISIS DE LA FILIACIÓN POR NATURALEZA. 3. FILIACIÓN Y GLOBALIZACIÓN. 4. FILIACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES. 4.1. *TEDH y Filiación*. 4.2. *TJUE y Filiación*. 5. LA UNIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE DIPr. 5.1. *La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*. 5.1.1. ¿Un único o varios instrumentos? 5.1.2. Reconocimiento de sentencias o reconocimiento también de documentos públicos. 5.1.3. La gestación por sustitución. 5.2. *La propuesta de Reglamento UE*. 5.2.1. El ámbito de aplicación material. 5.2.2. El ámbito de aplicación en el espacio. 5.2.3. La protección de los derechos fundamentales. 6. A MODO DE CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La filiación se define en Derecho como el vínculo entre una persona y sus padres, distinguiéndose tradicionalmente, según su establecimiento, entre filiación adoptiva y filiación por naturaleza. La primera ha recibido mucha atención por parte del Derecho internacional privado (en adelante DIPr) en las últimas décadas. La adopción transfronteriza se popularizó extraordinariamente a partir de los años 70 del siglo pasado. Se hizo entonces evidente la necesidad de una regulación internacional que conciliara dos objetivos, de una parte, la facilitación de la constitución y posterior continuidad en el espacio de la relación jurídica, y de otra, la protección de los derechos fundamentales de las partes implicadas. El Convenio de La Haya de 1993¹ es explícito al respecto. Dispone en su art. 1 que su objeto es (a) establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar

¹ Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993, BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995.

en consideración al interés superior del niño, (b) instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y (c) asegurar el reconocimiento en los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio.

El presente trabajo pretende demostrar que una regulación de los aspectos de DIPr de la filiación por naturaleza como la que se contempla en la actualidad en la Conferencia de La Haya y la Unión Europea debe igualmente atender a estas dos dimensiones de la cuestión. No se trata únicamente de garantizar la continuidad en el espacio de las relaciones de filiación sino de conciliar este loable objetivo con la protección de los derechos fundamentales de las partes concernidas. De hecho, la continuidad en el espacio de las relaciones de filiación no es un fin en si misma, sino una dimensión de la protección de los derechos fundamentales pues preserva el derecho a la vida privada y familiar. No es, sin embargo, la única dimensión a la que se debe atender.

2. LA CRISIS DE LA FILIACIÓN POR NATURALEZA

Como su propio nombre indica la filiación por naturaleza parte de una realidad biológica; la reproducción humana requiere que un óvulo sea fecundado por un espermatozoide. Hasta fechas recientes las cosas eran relativamente sencillas. El óvulo era necesariamente de la mujer que daba a luz. Hasta que fueron posibles las pruebas de ADN la procedencia del espermatozoide y, por ende, la filiación paterna se establecía mediante la presunción matrimonial o un acto de reconocimiento del varón. Actualmente cabe averiguar la verdad biológica en vía judicial, si bien todos los ordenamientos buscan un equilibrio entre la verdad biológica y la estabilidad familiar, poniendo límites a investigaciones de la paternidad extemporáneas².

Las nuevas técnicas de reproducción asistida ponen en entredicho el significado y función del principio de verdad biológica. Hay quien incluso defiende que la tradicional distinción entre filiación adoptiva y filiación por naturaleza ha quedado obsoleta, postulando una tercera vía de establecimiento de la relación paterno-filial en la que la intención sería título

² Vid. PINTENS, W., "Filiation et verité", en VARIOS, *Festschrift für Ulrich Spellenberg: zum 70. Geburtstag am 29. Mai 2010*, Sellier, Munich, 2010, pp. 642-643.

constitutivo³. La atribución de la maternidad a la cónyuge de la mujer es una regla que obedece a esa nueva lógica. No se basa en ninguna presunción que deduce de un hecho cierto (el nacimiento) un hecho presunto (la fecundación), sino en una ficción legal que se construye sobre la base del consentimiento de la mujer de la madre.

La relación jurídica de filiación tiene tradicionalmente un triple significado. De una parte, el vínculo de filiación refleja el origen de una persona, que según jurisprudencia constante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es parte de su identidad⁴. En este mismo sentido el Convenio de Naciones Unidas sobre los derechos del niño reconoce a éste el derecho a conocer el propio origen⁵.

El vínculo de filiación se configura además como un estado civil del que derivan múltiples otros derechos, tanto en el ámbito del Derecho privado como en el ámbito del Derecho público. La relación de filiación determina los apellidos de una persona, da lugar a obligaciones de alimentos entre ascendientes y descendientes y genera derechos de sucesión *mortis causa* independientes de la voluntad del causante. En muchos ordenamientos, el *ius sanguinis* es criterio de atribución de la nacionalidad y, por consiguiente, elemento constitutivo de la ciudadanía y de los derechos políticos a ella vinculada.

Finalmente, la relación de filiación se asocia con la responsabilidad parental entendida como un conjunto de derechos y deberes en relación a otra persona, el hijo, respecto al cual se asume durante la minoría de edad la crianza. El ordenamiento jurídico atribuye por ministerio de la ley la responsabilidad parental a los progenitores del niño. El modelo de base es, en efecto, que los titulares de la responsabilidad parental son los dos progenitores del niño que ejercen conjuntamente y en condiciones de igualdad

³ Cfr. FARNÓS AMORÓS, E.: “El Derecho de filiación hoy: viejas categorías y modelos familiares contemporáneos” en SERRANO DE NICOLÁS, Á.: *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución española*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 199-203.

⁴ El derecho a la identidad se protege en el art. 8 del Convenio europeo de Derechos Humanos como integrante del derecho a la vida privada de la persona. Cfr. BÜCHLER, A.: “The right to respect for Private and family life. The case-law of the European Court of Human Rights on Parenthood and Family forms”, en BÜCHLER, A. y KELLER, H.: *Family forms and Parenthood. Theory and Practice of article 8 ECHR in Europe*, Intersentia, Cambridge, 2016, pp. 29-39.

⁵ Art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

la responsabilidad parental. Responsabilidad parental y filiación aparecen unidas y a veces se confunden. Cuando se dice que son padres quienes ejercen de padres se está en realidad haciendo referencia a la atribución de la responsabilidad parental a personas que no son necesariamente los progenitores del niño pero que realizan las funciones asociadas a la paternidad.

Lo más habitual es que la triple dimensión de la filiación coincida en las mismas personas. Es, sin embargo, cada vez más frecuente la diversificación de planos, como consecuencia, de una parte, de la proliferación de las técnicas de reproducción asistida y, de otra, de la pluralidad de formas familiares admitidas. En ocasiones una y otra cosa se relacionan. En otras se trata de fenómenos independientes.

Las técnicas de reproducción asistida ayudan a procrear a quien tiene dificultad o imposibilidad para hacerlo. En el caso español, se estima que la reproducción asistida intervino en un 8,8 % de los nacimientos que tuvieron lugar en el año 2015. El 33% de los tratamientos de reproducción asistida implican el uso de ovocitos, esperma o embriones donados⁶. Las técnicas de reproducción asistida tensionan, por tanto, los conceptos básicos de la regulación material de la filiación por naturaleza. Un principio tan básico como el *mater semper certam est* se resquebraja. La mujer que da a luz no es necesariamente la que ha aportado el óvulo. En ordenamientos como el español, quien aporta el óvulo no tiene, de hecho, ningún tipo de *status* jurídico. Si la gestante es quien asume la crianza del niño, es a todos los efectos la madre del niño. En cambio, si es la mujer que ha aportado el óvulo quien desea asumir la crianza del niño que ha gestado otra, el único recurso será la adopción, pues se considera madre únicamente a quien gesta y da a luz.

A esta evolución se añade la creciente pluralidad de las formas familiares. Algunos ordenamientos admiten, como veíamos, que los progenitores del niño puedan ser parejas de mujeres sin que haya mediado adopción, dando así entrada a la voluntad o intención como criterio de establecimiento de la relación. Proliferan asimismo las familias reconstituidas en las que el rol paterno o materno es, de hecho, ejercido por la pareja del ascendiente. Algunos ordenamientos reconocen a ese tercero derechos de responsabilidad parental, que no son necesariamente iguales que los que corresponden a los ascendientes⁷. En otros ordenamientos se da incluso

⁶ Cfr. FARNOS AMOROS, E., *op.cit.*, p. 186.

⁷ Vide § 1687b del Código civil alemán que atribuye el que denomina *kleines Sorgerecht* al cónyuge del progenitor. Respecto a la atribución de la responsabilidad

un paso ulterior, permitiendo que más de dos personas puedan ser padres de un niño, unas en virtud del origen biológico y otras por la intención o por el ejercicio de la función⁸, admitiéndose también la entrada de la autonomía de la voluntad en la materia.

El Derecho material de la filiación está en la actualidad en crisis y ha de repensarse. En ese proceso, que está en fases distintas en los diferentes ordenamientos, no puede desconocerse el impacto de la globalización.

3. FILIACIÓN Y GLOBALIZACIÓN

Uno de los principales retos a la hora de repensar la relación jurídica de filiación es el impacto de la globalización. En materia de reproducción asistida la diversidad en las regulaciones de los distintos Estados es causa principal del turismo reproductivo.⁹ Países que, como España, prohíben¹⁰ la gestación por sustitución, no logran impedir que sus ciudadanos la contraten en el extranjero, en Estados que permiten o, al menos, toleran dicha práctica. A la inversa, nuestro país es muy liberal por lo que respecta a otros tratamientos y a la donación de óvulos y embriones. Recientemente se ha escrito que España, y en particular Barcelona, se ha convertido en lugar de peregrinación para tratamientos de reproducción asistida, calculándose que un 60% de los pacientes son extranjeros¹¹. De hecho, los dos casos de doble maternidad respecto a los cuales se ha pronunciado el TJUE son

parental a terceros puede consultarse BOELE-WOELKI, K., FERRAND, F., GONZALEZ BEILFUSS, C., JÁÑTERAA- JAREBORG, M., LOWE, N., MARTINY, D. y PINTENS, W., *Principles of European Family Law Regarding Parental responsibilities*, Intersentia, Antwerpen, 2007, pp. 66-78.

⁸ SCHWENZER, I., Plurale Elternschaft, en *Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages*, Essen 2016, vol. II, pp. 25- 39

⁹ HACKER, D.: *Legalized families in the era of bordered globalization*, CUP, Cambridge, 2017, pp.118-120.

¹⁰ Es controvertido que España prohíba realmente la gestación por sustitución, pues la Ley de técnicas de reproducción asistida se limita a declarar nulo el contrato y a decir que se aplicaran las reglas generales de atribución de la filiación. Cfr. FARNÓS AMORÓS, E., "Spain" en SCHERPE, J.M., FENTON-GLYNN, C. y KAN, T., *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia, Cambridge, 2019, p. 62.

¹¹ Cfr. "Barcelona, capital del turismo de fertilidad: 'boom' de clínicas y de pacientes extranjeras", El Confidencial 13 de febrero de 2023, https://www.elconfidencial.com/espana/cataluna/2023-02-13/barcelona-turismo-fertilidad-clinicas-extranjeras_3573805/ (Consulta: 13 de febrero de 2023)

relativos a certificados de nacimiento españoles en los que parejas de mujeres extranjeras constaban como progenitoras del niño¹².

Las familias son cada vez más diversas y la vida familiar contemporánea se caracteriza por una movilidad creciente. No son pocas las familias compuestas por personas de diversas nacionalidades que viven a caballo de distintos países. No basta, por tanto, con repensar el Derecho de la filiación a efectos internos, para el Derecho material del foro, pues inevitablemente este ordenamiento jurídico tendrá que afrontar situaciones creadas en el extranjero. Estos casos no son en el momento actual supuestos minoritarios que sea posible ignorar.

Las cuestiones de Derecho internacional privado que se plantean en esta materia no surgen, por otro lado, únicamente en relación con las nuevas formas familiares y las técnicas de reproducción asistida. La diversidad legislativa es muy acusada, incluso en ámbitos más tradicionales. Basten al efecto algunos ejemplos. Hay diferencias fundamentales en cómo se resuelve la atribución de la paternidad en caso de divorcio de la madre durante la gestación. Algunos ordenamientos mantienen la denominada regla de los 300 días y atribuyen la paternidad al hombre del que la madre se ha divorciado¹³, de forma que el padre biológico se ve obligado a impugnar dicha paternidad si desea reconocer al hijo, mientras que otros sistemas desactivan la presunción matrimonial precisamente en virtud del divorcio y permiten al padre biológico reconocer al niño desde el nacimiento o incluso con anterioridad¹⁴. Discrepan asimismo los ordenamientos en los requisitos del reconocimiento de un hijo en vía extrajudicial. En algunos casos ha de producirse necesariamente frente a una autoridad, mientras que en otros puede efectuarse en acto privado. Algunos sistemas subordinan la eficacia del reconocimiento paterno al consentimiento materno con lo cual éste deja de ser un acto unilateral¹⁵.

Hay también importantes diferencias por lo que respecta a la admisibilidad de los denominados reconocimientos de complacencia, en los que el autor del reconocimiento, sabiendo que no es el padre biológico del hijo, declara su voluntad de reconocerlo, con la finalidad jurídica de constituir

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20, *Pancharevo*, ECLI:EU:C:2021:1008 y Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de junio de 2022, Asunto C-2/21, *Rzecznik Praw*, ECLI:EU:C:2022:502.

¹³ Art. 116 Código civil español.

¹⁴ § 1599 II BGB alemán.

¹⁵ § 1594 ff BGB alemán.

una relación de filiación paterna. Estos reconocimientos se diferencian de manera radical de los reconocimientos de conveniencia o reconocimientos simulados no infrecuentes a fin de acceder a los beneficios que puedan derivar del vínculo de filiación en ámbitos tan sensibles como la seguridad social, la extranjería o la nacionalidad. Todos los ordenamientos combaten la simulación atribuyendo, por ejemplo, legitimación activa al Ministerio Fiscal para invalidar los reconocimientos fraudulentos.

La excepción de orden público tiene una incidencia acusada en esta materia pues los valores en juego son fundamentales. No se aplica únicamente en los casos de gestación por sustitución o doble maternidad, sino, por ejemplo, también cuando un ordenamiento extranjero impide al hijo conocer sus orígenes. En materia de filiación es además acusado el protagonismo de la cuestión preliminar como problema de aplicación de la norma de conflicto. La cuestión preliminar se plantea muy frecuentemente en el momento del establecimiento de la relación de filiación, pues la atribución de la filiación a una segunda persona en el momento del nacimiento depende de que la madre esté o no casada y pueda o no aplicarse la presunción matrimonial. En muchas otras controversias es la relación de filiación la que se plantea como cuestión preliminar o incidentalmente. Así ocurre con frecuencia en las reclamaciones de alimentos o en el ámbito del Derecho de sucesiones

Una eventual unificación de las normas de Derecho internacional privado como la que se estudia en la Conferencia de La Haya o la Unión Europea se enfrenta, por consiguiente, a notables retos. En primer lugar, es obvio que es difícil legislar en materia de DIPr cuando el Derecho sustantivo es muy diverso y está en proceso de redefinición. Tampoco se puede legislar únicamente para las situaciones vinculadas a las técnicas de reproducción asistida o a los nuevos modelos familiares. Es necesario abordar la filiación desde un planteamiento general aplicable a todos los supuestos. Finalmente, y ésta será la cuestión que se abordará en el siguiente apartado, se ha de tener en cuenta el impacto en la materia de la jurisprudencia del TEDH y el TJUE.

4. FILIACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Una regulación de DIPr en materia de filiación por naturaleza no puede desconocer la jurisprudencia del TEDDHH y el TJUE. La dificultad a la hora de procesar esa jurisprudencia e integrarla en un planteamiento general de DIPr es doble. De una parte, tanto el TJUE como el TEDDHH

intervienen únicamente en relación a casos concretos, y, de otra, ninguno de estos órganos jurisdiccionales razona en términos de DIPr.

4.1. TEDH y Filiación

El TEDH se ha enfrentado a las cuestiones de DIPr en materia de filiación por naturaleza en su jurisprudencia, ya numerosa, sobre la gestación por sustitución. Los casos analizados hasta la fecha son mayoritariamente¹⁶ supuestos internacionales. Tras haber contratado la gestación por sustitución en el extranjero, los comitentes pretenden que el Estado en el que tienen su residencia habitual¹⁷ y del que muchas veces son nacionales reconozca la relación de filiación establecida en el extranjero, pese a que dicho Estado prohíba la gestación por sustitución. Frente a la negativa de las autoridades alegan la vulneración del derecho a la vida familiar (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

Las decisiones del TEDH dependen en gran medida de las circunstancias del caso concreto y del *iter* procesal¹⁸. Por consiguiente, es siempre aventurado intentar extraer ninguna consecuencia general. Pero, me parece, que sí que puede concluirse que hay dos supuestos en los que se vulnera el derecho a la vida familiar. Un primer supuesto sería aquel en el que se impide el establecimiento de la paternidad respecto a un hombre que es genéticamente el ascendiente del niño. En este caso se lesiona el derecho a la vida privada y a la identidad de ese niño. El segundo caso es aquel en el que ha habido una vida familiar fáctica, en cuyo caso estaría en juego el derecho a la vida familiar de todos los implicados y no únicamente del niño. Mientras que en el primer caso los Estados gozan de un margen de apreciación estrecho pues está en juego el derecho a la identidad del

¹⁶ Son excepcionales los casos internos como el resuelto en la Sentencia del TEDH (Sección 5ª), Caso A.L. c. Francia, 7 de abril de 2022.

¹⁷ EL TEDH declaró inadmisibles dos demandas en los que el comitente era de nacionalidad polaca, pero residía habitualmente en Israel porque no había base fáctica para considerar que se había lesionado el derecho a la vida familiar por parte de Polonia. Vide, Sentencia del TEDH, Casos S.-H. c. Polonia, 16 de noviembre de 2021.

¹⁸ Un aspecto esencial es si el niño es o no parte en el procedimiento. En la sentencia del TEDH (Gran Sala), Caso Paradiso c. Italia, 24 de enero de 2017, en la que el Tribunal entendió que Italia había actuado dentro de su margen de apreciación, no había vínculo genético entre el niño y el comitente y además el niño no era parte en el procedimiento por lo cual el objeto del examen fue únicamente la violación del derecho a la vida familiar de los comitentes.

niño¹⁹, en el segundo, el margen de apreciación es mayor y en determinadas circunstancias se respetaría el derecho a la vida familiar simplemente permitiendo la continuidad de esa relación fáctica²⁰.

El TEDH no razona en términos de DIPr. La vulneración del derecho a la vida familiar puede producirse tanto si se deniega el reconocimiento de una decisión judicial o un documento público extranjero, como si se impide el establecimiento de la filiación en aplicación del Derecho del foro. Y el derecho a la vida familiar puede salvaguardarse aun cuando se deniegue el reconocimiento de una filiación establecida en el extranjero, siempre que se permita su establecimiento o reconstrucción²¹ de conformidad con el Derecho interno. Así ocurre de manera muy significativa en relación a la filiación materna. Es conforme al Convenio Europeo de Derechos humanos considerar que madre es únicamente la mujer que ha dado a luz y negarse a reconocer un vínculo de filiación entre el niño y la comitente, incluso si ésta ha aportado el óvulo²². Pero si hay lesión a la vida familiar es necesario que se permita el establecimiento de la relación de filiación por otro mecanismo jurídico, como podría ser la adopción, y es exigible cierta celeridad, en aras del interés del niño²³.

¿Cuáles serían las consecuencias de esta jurisprudencia del TEDH para una regulación de las cuestiones de DIPr de la filiación por naturaleza? Me parece, que no deriva de esta jurisprudencia ninguna obligación general de reconocimiento de la situación creada en el extranjero, aunque obviamente los legisladores estatales puedan optar por adoptar normas liberales, si así les parece conveniente. La única obligación que deriva, en el momento actual, del Convenio europeo de derechos humanos es la de resolver

¹⁹ Sentencias del TEDH (Sección 5ª), Casos *Mennesson y Labassé c. Francia*, 26 de junio de 2014.

²⁰ Por ejemplo, cuando ya no es posible una adopción conjunta por los comitentes con los que el niño no tiene ningún vínculo genético porque el matrimonio se ha divorciado. Sentencia del TEDH, (sección 3ª) asunto *Valdís Fjölfnisdóttir and Others c. Islandia*,

²¹ La expresión fue acuñada en FULCHIRON, H. y BIDAUD-GARON, Ch., “Reconnaissance ou reconstruction? À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso, de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Revue critique de droit international privé*, 2015, pp. 1-42.

²² Sentencia del TEDH (Sección 5ª), caso *D. c. Francia*, 16 de julio de 2020.

²³ Opinión consultiva del TEDH (Gran Sala), 10 de abril de 2019.

con flexibilidad los casos concretos²⁴. Dicho esto, es, sin embargo, también cierto que en muchos casos los comitentes podrán seguir asumiendo la crianza del niño, lo que acaba significando cierta aceptación de la relación constituida en el extranjero. Este resultado tensiona al legislador interno pues hace difícil el mantenimiento de posiciones cerradas de prohibición de la gestación por sustitución.

4.2. *TJUE y Filiación*

En dos sentencias recientes²⁵, el TJUE se ha pronunciado sobre el reconocimiento de una relación de filiación en relación con el ejercicio de los derechos de libre circulación inherentes a la ciudadanía europea. Los dos casos son muy parecidos y se refieren a certificados de nacimiento emitidos en España en los que dos mujeres extranjeras constaban como progenitoras del niño. El litigio se suscita al solicitarse la emisión de documentación de viaje para el menor en el Estado miembro del que una de las madres es nacional. La petición es denegada porque la emisión del pasaporte presupone, según el derecho interno, la previa emisión de un certificado de nacimiento nacional. Los dos Estados concernidos, Bulgaria y Polonia, se negaron a aceptar la doble maternidad que consta en el certificado español por considerar que es contraria al orden público.

Nuevamente, el internacionalprivatista se enfrenta a una jurisprudencia que no razona en términos de DIPr. El TJUE examina si la negativa a reconocer la situación jurídica creada en otro Estado miembro constituye un obstáculo para el ejercicio de los derechos de libre circulación. Concluye en sentido afirmativo por lo que analiza a continuación si esa vulneración está justificada, es necesaria y proporcional, lo que también niega. El Tribunal dictamina, por tanto, que el niño, debe recibir documentos de viaje. La expedición de tales documentos no puede depender del reconocimiento del certificado de nacimiento extranjero que menciona a dos mujeres como madres del niño. Sin embargo, este certificado de nacimiento extranjero serviría como documento para que las personas en él menciona-

²⁴ Se puede discutir el mayor o menor acierto de los tribunales al hacerlo, sin que ello implique, sin embargo, que infrinjan el margen de apreciación del que tiene el Estado en la materia. Cfr. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022”, *Diario La Ley*, N° 10069, Sección Tribuna, 16 de Mayo de 2022.

²⁵ *Vid.* nota 14.

das puedan acompañar al niño cuando se desplace. Ni Bulgaria ni Polonia estarían, por tanto, obligadas a registrar ni a emitir ningún documento que establezca que las dos mujeres mencionadas en el certificado español son las progenitoras del niño. El Derecho de la Unión obliga únicamente a reconocer la relación de filiación a efectos del ejercicio del derecho de libre circulación y no del Derecho de familia y sucesiones búlgaro o polaco.

Se han hecho distintas lecturas de la jurisprudencia del TJUE. Hay quien considera que estas sentencias abren camino a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, pues el Derecho de la Unión Europea tiene potencialmente un ámbito de aplicación amplio²⁶, mientras que otros autores ponen el énfasis en sus límites y en el hecho de que la Unión carece de competencia en Derecho civil²⁷. Como ya he señalado en otro lugar la situación recuerda a la que se produjo en materia de reconocimiento de sociedades²⁸. Por consiguiente, creo que, de no mediar intervención legislativa, se producirá una situación de incertidumbre análoga a la que se produjo en esa materia. El TJUE intervendrá al hilo de los casos concretos que se puedan suscitar. No cabe descartar que en algún caso el TJUE considere que el obstáculo a la libre circulación esté justificado y sea necesario y proporcional. Así ha ocurrido en alguna de las sentencias dictadas en relación al nombre de las personas físicas, para salvaguardar cuestiones menos trascendentes que las que están en juego en la materia que nos ocupa²⁹.

A efectos de este trabajo la cuestión decisiva es nuevamente si la jurisprudencia del TJUE condiciona las reglas de DIPr que se puedan adop-

²⁶ KOHLER, Ch., “Status und Mobilität in der Europäischen Union”, *IPrax*, 2022, pp. 230-231.

²⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)”, *La Ley Unión Europea*, núm. 102, abril 2022, aptdo. 8.

²⁸ Cfr. GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “Libre circulación de personas y homoparentalidad: Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de diciembre de 2021, Asunto C- 490/20, Pancharevo”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 43, junio de 2022, pp. 8-13.

²⁹ Como por ejemplo la abolición de títulos nobiliarios o la preservación de normas ortográficas. Cfr. STJUE, 22 Diciembre 2010, Asunto C-208/09 *Sayn-Wittgenstein*, ECLI:EU:C:2010:806, STJUE, 2 Junio 2016, Asunto C-438/14 *Bogendorff von Wolffendorff*, ECLI:EU:C:2016:401 y STJUE, 12 Mayo 2011, Asunto C-391/09 *Runevi - Vardyn*, ECLI:EU:C:2011:291. Sobre los límites de la intervención del TJUE vide GONZÁLEZ BEILFUSS, C.: “The contribution of the CJEU to International family law” (en prensa).

tar en materia de filiación. Al igual que ocurre con la jurisprudencia del TEDH me parece que la conclusión es negativa, aunque sí que es cierto que unas reglas liberales de DIPr se acomodan mejor con las exigencias derivadas del Derecho de la Unión.

5. LA UNIFICACIÓN DE LAS NORMAS DE DIPR

La filiación por naturaleza es uno de los pocos ámbitos del derecho de familia en el que no existen normas internacionalmente uniformes. El momento actual se caracteriza porque dos organizaciones internacionales, la UE y la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, han coincidido en iniciar trabajos en relación a esta materia.

Estos trabajos son todavía incipientes. Un análisis exhaustivo de las propuestas que están en estos momentos encima de la mesa excedería los límites de este trabajo. Mi propósito es más modesto. Me limitaré a contextualizar dichas iniciativas y a valorar en qué medida se trata de propuestas equilibradas.

5.1. *La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*

La Conferencia de La Haya empezó a interesarse por la materia en 2010, cuando el Consejo de Asuntos Generales de la organización instruyó a la Oficina Permanente a hacer un seguimiento de las cuestiones de DIPr relativas al reconocimiento de la filiación por naturaleza. En esta primera referencia ya se resaltaba la preocupación de los Estados por la protección del niño en situaciones abusivas relacionadas con la gestación por sustitución³⁰. La maternidad subrogada ha ocupado un lugar central en el Proyecto de la Conferencia desde el momento inicial.

En 2015 el Consejo de Asuntos Generales de la Conferencia aprobó la constitución de un Grupo de expertos a fin de que examinara si era deseable y factible iniciar negociaciones para la conclusión de un Tratado internacional en materia de filiación. Ese Grupo de expertos, del que ha formado parte quien suscribe, desde su constitución, se reunió doce veces hasta que el Consejo de Asuntos Generales de marzo de 2023 decidió su extinción y la constitución de un Grupo de trabajo.

³⁰ Conclusiones y Recomendaciones del Consejo de Asuntos Generales del año 2010, p.3.

El mero hecho de que pese a su limitado mandato el Grupo de expertos se haya prolongado tanto a lo largo del tiempo es revelador. Los Estados miembros de la Conferencia mantuvieron el tema en *stand by* esencialmente porque, a pesar de que hay coincidencia en que sería deseable disponer de un instrumento internacional, persisten las dudas acerca de si es factible su negociación.

El caballo de batalla es la gestación por sustitución y las dificultades son políticas. Como ocurre en muchas ocasiones los extremos se tocan y se oponen de plano a una regulación, tanto quienes consideran que en esta materia se debe dejar actuar al libre mercado, como quienes defienden la prohibición de la gestación por sustitución. Los primeros consideran que un instrumento de Derecho internacional privado sólo es legítimo si no condiciona el reconocimiento de la filiación a ningún requisito o garantía de carácter material, pues no corresponde al Derecho internacional privado regular por la puerta de atrás la gestación por sustitución; los segundos defienden que un instrumento de Derecho internacional privado no puede servir para legitimar una práctica que debería prohibirse a escala mundial. El punto de encuentro se sitúa necesariamente en la zona de grises, lejos de posturas esencialistas que, en definitiva, se quedan ancladas en un *status quo* que tiene como claro beneficiario a la industria³¹.

Durante sus largos años de existencia el Grupo de expertos de la Conferencia de La Haya ha trabajado sobre textos articulados, pese a no estar en puridad en posición de negociar nada. El objetivo de esos textos era testear cuáles podían ser las líneas rojas de unos y otros. En el momento actual no se puede aventurar cuál será la suerte de los trabajos del Grupo de expertos. Dependerá de la composición del Grupo de trabajo, de si éste incluye o no a personas nuevas con ideas y propuestas distintas y de lo que quieran los Estados, que tendrán mayor influencia en este Grupo que en el Grupo anterior³². Por tanto, carece de interés un examen completo de las propuestas del Grupo de expertos. Me parece, en cambio, pertinente centrar la atención en algunos aspectos cardinales del proyecto que, creo, continuarán siendo capitales en la próxima etapa.

³¹ Cfr. GONZALEZ BEILFUSS, C.: "Western-European Approaches to Surrogacy", en prensa.

³² Aunque la "independencia" de algunos en el Grupo de expertos haya sido muy relativa, tratándose de personas que trabajan en los Ministerios en sus países.

5.1.1. ¿Un único o varios instrumentos?

El Grupo de expertos trabajó a partir de 2019 sobre la base de que era más factible negociar dos instrumentos, un Convenio general en materia de filiación y un Protocolo relativo la gestación por sustitución, de manera que los Estados que se opusieran radicalmente a la regulación de la gestación por sustitución pudieran no estar vinculados a las reglas comunes que se negociaran en la materia. Esta aproximación se defendía también en el Informe final del Grupo de expertos.

Con carácter previo al Consejo de Asuntos Generales de este año una de las cuestiones en las que discrepaban los Estados era en si convenía empezar por el Convenio general en materia de filiación o por el contrario debía darse preferencia a la negociación de las normas relativas a la gestación por sustitución³³, pues no parecía que la Oficina Permanente tuviera recursos suficientes para una negociación simultánea. Finalmente, se impuso, inesperadamente, una posición que vuelve sobre el punto de partida. El Consejo de Asuntos Generales recomendó que el nuevo Grupo de trabajo estudiara inicialmente la elaboración de un único instrumento.

Quienes defienden que la filiación se aborde sin distinciones en un único instrumento a menudo sacan a colación el principio de no discriminación. Este no es, desde mi punto de vista, un argumento relevante. Es obvio que el contenido y los efectos de la relación de filiación deben ser los mismos para todos los niños independientemente de la forma y las circunstancias en las que fueron concebidos, pero esta forma y circunstancias pueden exigir reglas especiales³⁴.

Estas reglas especiales tendrían como una de sus funciones restringir la aplicación de la excepción de orden público, que podría ser prescindible en algunos casos, si se hubieran respetado ciertas garantías o condiciones, tal y como se desarrollará más adelante. Contribuirían a hacer efectiva la continuidad en el espacio de la relación de filiación resultante de un con-

³³ La primera postura la defendía por ejemplo la Unión Europea probablemente porque le permitía eludir la discrepancia interna y la segunda Estados como Suiza o el Reino Unido que entienden que la cuestión verdaderamente necesitada de acción es la gestación por sustitución.

³⁴ La distinción entre filiación matrimonial y extramatrimonial se mantiene, pese a que no se hagan distinciones entre los hijos matrimoniales o extramatrimoniales porque el matrimonio de la madre es relevante de cara al método de establecimiento de la filiación paterna. De manera análoga una gestación por sustitución plantea cuestiones específicas que requieren de normas de Derecho internacional privado especiales.

trato de gestación por sustitución. Una aplicación de las normas generales no modificaría el *status quo*, marcado por la aplicación de la citada excepción, pues no cabe esperar que los Estados renuncien a la misma. Aunque la jurisprudencia del TEDH o el TJUE pueda atenuar la excepción, su aplicación *ad casum* genera incertidumbre y falta de previsibilidad.

Si el Grupo de trabajo concluye, como creo es inevitable, que la gestación por sustitución exige reglas especiales, y si, además, se pone de manifiesto que algunos Estados son reticentes y conviene introducir cierta flexibilidad, es de importancia secundaria que se opte por un Protocolo o por un sistema de reservas o declaraciones. Existen precedentes en uno y otro sentido en los instrumentos adoptados por la Conferencia³⁵.

5.1.2. Reconocimiento de sentencias o reconocimiento también de documentos públicos

Otra cuestión que el Grupo de trabajo tendrá que examinar es si el instrumento ha de referirse únicamente al reconocimiento de sentencias o incluir también los casos en los que la filiación se establece en vía extrajudicial. La primera opción plantea menos dificultades, pues existen más precedentes³⁶. Si el foco fuera únicamente la gestación por sustitución podría justificarse en virtud de la mayor confianza que inspira la intervención de un juez de cara a la verificación del cumplimiento de ciertas garantías.

Si se pretende, en cambio, una aproximación general a la materia, un instrumento limitado al reconocimiento de sentencias sería claramente insuficiente pues mayoritariamente la filiación se establece por ministerio de la ley y documenta en el certificado de nacimiento. Sería también preciso incluir a los actos voluntarios de reconocimiento de la filiación que pueden o no exigir la intervención de una autoridad pública, según los ordenamientos, y que constan en muchas ocasiones en documento público.

Los certificados de nacimiento plantean dificultades desde un punto de vista técnico. Para empezar, son de valor muy desigual en los distintos sistemas. En algunos, un certificado de nacimiento únicamente certifica el hecho del nacimiento y nada significa jurídicamente respecto a la filiación

³⁵ En materia de alimentos se optó por un Protocolo que contiene las normas de ley aplicable, mientras que la intervención de agencias de adopción privadas en el Convenio de adopción se somete a un sistema de reservas y adopciones.

³⁶ El último el Convenio de 2019.

del nacido, en otros se presume que las personas que se nombran en el certificado son los padres del niño. Finalmente, se emiten también certificados cuando la filiación se establece en sentencia judicial o a partir de un acto voluntario de reconocimiento. En cualquier caso, es erróneo pensar que el certificado establece la filiación, pues esta deriva de la aplicación de la ley, de la sentencia o del acto.

Como ocurre con todos los documentos públicos, se han de distinguir dos vertientes, el reconocimiento del documento como *instrumentum* o validez extrínseca y el reconocimiento del documento como *negotium* o validez intrínseca. En relación a la primera cuestión existen iniciativas regionales como los Convenios CIEC³⁷ o el Reglamento UE³⁸ que podrían ser útiles para facilitar el uso extraterritorial de estos documentos a escala global. Las dudas respecto a la autenticidad de los certificados de nacimiento no son, en efecto, infrecuentes. Serían útiles también los formularios plurilingües. El uso de las nuevas tecnologías podría ser un elemento a considerar.

El verdadero talón de Aquiles es, sin embargo, la validez intrínseca del contenido del documento. El Grupo de expertos examinó dos aproximaciones, una más tradicional que pasaría por la aplicación de la técnica conflictual y otra más novedosa que adoptaría el método del reconocimiento. Se juzgó útil, en cualquier caso, la adopción de normas de conflicto uniformes, aunque algunos expertos expresaron la dificultad que supondría la aplicación de Derecho extranjero, objeción que no sorprende, pues es recurrente en la Conferencia.

5.1.3. La gestación por sustitución

Como señalaba antes, la gestación por sustitución es el aspecto central del Proyecto de La Haya. Por esta razón me parece de interés presentar brevemente cuales son las principales ideas que se han manejado.

³⁷ Convenio de la Comisión internacional de estado civil número 16. Expedición de certificaciones plurilingües de las actas del Registro Civil (BOE núm. 200, de 22 de agosto de 1983) y Convenio de la Comisión internacional de estado civil número 17. Dispensa de legalización de ciertos documentos (BOE núm. 112, de 11 de mayo de 1981).

³⁸ Reglamento (UE) 2016/1191 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012, DOUE núm. 200, de 26 de julio de 2016.

Inicialmente se pensó en propugnar una regulación inspirada por el Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción. Este modelo, al que se denominó el modelo *a priori*, no se rechazó nunca de manera categórica, aunque pronto se puso de manifiesto que planteaba grandes dificultades, pues implica una cooperación de autoridades con carácter previo a la conclusión del contrato y la concepción del niño. No es imaginable que ello sea aceptable para un Estado que como el nuestro “prohíbe” la gestación por sustitución en su Derecho interno. Ni tampoco parece que los Estados de origen vayan a tener interés en involucrar a sus autoridades públicas en una actividad puramente privada como la que llevan a cabo los centros de reproducción asistida. Aunque la adopción internacional y la gestación por sustitución puedan parecer vías alternativas para acceder a la paternidad, son muy dispares. La adopción se considera mayoritariamente una institución beneficiosa que se incardina en el sistema de protección de menores de los Estados, mientras que la gestación por sustitución es una práctica controvertida que se lleva a cabo en el sector privado.

El modelo que durante buena parte de los trabajos del Grupo de expertos centró los debates fue el que se bautizó como modelo *a posteriori*. La idea básica sería facilitar el reconocimiento de las relaciones de filiación que surjan como consecuencia de una gestación por sustitución que haya tenido lugar en otro Estado contratante, siempre que en la misma se hayan respetado ciertos estándares mínimos de protección. El cumplimiento de esos estándares se verificaría en el caso concreto por una autoridad del Estado requerido que emitiría el correspondiente certificado. Por consiguiente, no se trataría ya de articular una cooperación de autoridades previa al establecimiento de la filiación, sino que nos situaríamos en el plano del reconocimiento de la situación creada en otro Estado contratante. Ese reconocimiento se condicionaría al cumplimiento de ciertas condiciones mínimas.

Fue en la concreción de las garantías a las que se condiciona el reconocimiento donde surgió la controversia. Posiblemente como consecuencia del peso del Convenio de La Haya de adopción algunos pretendieron introducir una lista muy amplia de requisitos, que hubiera obligado a los Estados de origen a introducir muchos cambios en sus regulaciones sobre la práctica de la gestación, si querían asegurar el reconocimiento de la relación de filiación resultante. Pronto fue evidente que esto no era factible. En un segundo momento se intentó, por tanto, reducir las garantías hasta el límite mínimo de la decencia a fin de reequilibrar la balanza entre reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, pero la determinación de cuáles serían esos requisitos mínimos continuó siendo controvertida.

En ese momento se puso encima de la mesa una nueva propuesta, el que pasó a llamarse modelo alternativo, que prescinde de la negociación de condiciones uniformes a las que se subordina el reconocimiento. La idea que propugnaron sus partidarios es que los Estados de origen elaboraran un *Country report* con información sobre la regulación y práctica de la gestación por sustitución en ese país y los demás Estados contratantes aceptaran entrar en relaciones bilaterales sobre la base de dicha información.

El modelo alternativo prescinde de la verificación del cumplimiento de las garantías en el caso concreto. Esto podría ser aceptable únicamente si en la constitución de la filiación interviene un juez, en cuyo caso tampoco sería demasiado difícil que fuera la autoridad de emisión del certificado previsto en el modelo a posteriori. La verdadera diferencia entre uno y otro modelo es que el modelo alternativo prescinde de la negociación de garantías uniformes. Se trata, en definitiva, de una especie de contrato de adhesión que los Estados de origen ofrecen a los Estados de recepción. Por consiguiente, la protección de los derechos fundamentales no se integraría en las normas de DIPr, sino que se vehicularía a través de las normas del derecho material del Estado de origen.

Es en estos momentos es difícil saber cuál será la suerte de estas propuestas. Pero, en cualquier caso, creo que la introducción de garantías mínimas es la principal cuestión controvertida. Sus adversarios argumentan que no corresponde al DIPr introducir estándares mínimos de protección de los derechos fundamentales relativos al momento inicial de establecimiento de la relación de filiación, pues la misión de nuestra disciplina es asegurar la continuidad en el espacio de la relación jurídica ya creada. Curiosamente este posicionamiento, que tiene como claro beneficiario a la industria, coincide con el de la UE.

5.2. La propuesta de Reglamento UE

La propuesta de Reglamento en materia de filiación presentada por la UE surgió de manera sorpresiva, a raíz de una intervención de la presidenta de la Comisión, *Ursula von der Leyen*, en su discurso del estado de la Unión del año 2020. Mientras que el proyecto de La Haya se inicia por una preocupación respecto a las condiciones en las que se constituye la relación de filiación en supuestos de gestación por sustitución, el proyecto europeo tiene su razón de ser en la falta de continuidad de las relaciones de filiación en el espacio.

La iniciativa europea surge, en efecto, como detalla el memorando que acompaña a la propuesta, porque los ciudadanos europeos encuentran

dificultades en el ejercicio de la libre circulación. La propuesta de Reglamento pretende asegurar el reconocimiento de la filiación no únicamente a los efectos del ejercicio de la libre circulación que ya garantiza la jurisprudencia del TJUE antes comentada, sino a todos los efectos. Se entiende que la falta de continuidad en el espacio de la relación de filiación lesiona los derechos de los niños, pues puede resultar en una denegación de derechos que derivan de la filiación en ámbitos como el sucesorio, el derecho de alimentos y la responsabilidad parental. La solución que se persigue es aparentemente muy sencilla, “si eres padre en un país debes ser padre en los demás países”. Se privilegia, por tanto, el reconocimiento mutuo que se entiende como una forma de salvaguardar el derecho del niño a una vida familiar. No se tiene en cuenta nada más.

La Propuesta de Reglamento fue elaborada en tiempo ‘record’ por la Comisión Europea. Tras el discurso de la presidenta de la Comisión el 20 de septiembre de 2020, la cuestión se incluyó en la estrategia para la Igualdad de las Personas LGBTIQ 2020- 2025 que se adoptó el 12 de noviembre del mismo año³⁹ y en la estrategia de la UE sobre los derechos del niño adoptada el 24 de marzo de 2021⁴⁰. Allí ya se preveía que la Comisión propusiera en 2022 una iniciativa legislativa horizontal para apoyar el reconocimiento mutuo de la *parentalidad* entre los Estados miembros. Afortunadamente este término se corrigió⁴¹ adoptándose el 7 de diciembre de 2022 la *Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo*⁴².

Nuevamente no es este el momento ni el lugar para efectuar un análisis exhaustivo de un texto que está en el momento inicial de la negociación. Me limitaré a hacer algunas consideraciones acerca de algunos de los aspectos que me parecen más problemáticos. En muchos casos no iré mucho más allá de identificar el problema, pues a pesar de haber participado en el Grupo de expertos de la Comisión, ese Grupo de expertos intervino de manera limitada y con anterioridad a la redacción de las normas propuestas.

³⁹ COM (2020) 698 final.

⁴⁰ COM/2021/142 final

⁴¹ En español jurídico la parentalidad es un neologismo que asocia al plan de parentalidad y, por tanto, al ejercicio de la responsabilidad parental.

⁴² COM/2022/695 final.

5.2.1. El ámbito de aplicación material

La Propuesta de Reglamento se presenta como una Propuesta general que regula tanto el establecimiento como la impugnación de la filiación. Sin embargo, es bastante evidente que no se han tenido en cuenta todos los supuestos, posiblemente, porque se piensa que los casos problemáticos a los que se ha de atender son los que dan pie a quejas al Parlamento o a la Comisión europea y han sido objeto de intervención judicial por el TJUE.

En general, cabe decir que el texto descuida la regulación de la impugnación de la filiación, proponiendo, por ejemplo, como regla general en materia de ley aplicable, que rija la ley de la residencia habitual de la persona que da a luz en el momento del nacimiento (art. 17), cuando este ordenamiento puede carecer de relación con la cuestión en un momento posterior. Es más, el art. 19 de la Propuesta establece que si se produce un cambio en la ley aplicable ha de subsistir la relación de filiación determinada conforme a la ley anterior. No acaba de verse cuando se puede producir tal cambio salvo en caso de error en la determinación de la residencia habitual. En cualquier caso, esta regla, que parece inspirarse en el art. 16.3 del Convenio de La Haya de 1996 en materia de protección de menores⁴³, carece de sentido en materia de filiación por naturaleza, pues una de las finalidades de las acciones de filiación es impugnar la filiación legalmente establecida cuando no corresponde con la verdad biológica.

La Propuesta de Reglamento es además poco clara respecto a la adopción. Conforme a la letra a) del art. 3 se excluye del ámbito de aplicación material del Reglamento a las adopciones internacionales en el texto español y a las “*intercountry adoptions*” en el texto inglés. Si atendemos al Considerando (27) del Preámbulo, que hace referencia al Convenio de La Haya de 1993, la versión inglesa parece más exacta. Por tanto, se excluirían únicamente las adopciones que impliquen un traslado del niño desde su Estado de residencia habitual al Estado de residencia habitual de los adoptantes y ello tanto si rige respecto a las mismas el Convenio como si no. Ello quedaría corroborado por el hecho de que el Considerando (26) define a las adopciones domésticas, nacionales en la versión española, como aquellas en las que el hijo o la hija y el progenitor o los progenitores adoptivos tienen su residencia habitual en el mismo Estado miembro.

⁴³ Convenio 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, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.

El equívoco surge luego, cuando se dice que estas adopciones domésticas no presentan elementos transfronterizos, lo que no es necesariamente cierto. El hecho de que adoptante y adoptado tengan su residencia habitual en un Estado miembro en el momento de la adopción no excluye la concurrencia de otros elementos internacionales, como la nacionalidad extranjera de unos y otros. Ni tampoco que el niño hubiera tenido en el pasado su residencia habitual en el extranjero o hubiera nacido allí. Por tanto, estas adopciones domésticas no serían necesariamente adopciones internas y precisarían de normas de DIPr. Al no haberse excluido del ámbito material de aplicación del Reglamento, serían aplicables las reglas de éste, obviamente inadaptadas a la adopción.

Se podría haber optado por excluir totalmente a la filiación adoptiva que, por su relación con el sistema de protección de menores, plantea dificultades específicas. Sin embargo, como se legisla *ad casum*, se opta por incluir a las adopciones domésticas a fin de que se apliquen las reglas del Reglamento al reconocimiento de estas adopciones, tal y como explicita el Considerando (25). Inevitablemente viene a la mente que la adopción es una de las vías a través de las cuales acaba estableciéndose la filiación en los casos de gestación por sustitución. No se tiene en cambio en cuenta que en otros muchos supuestos hay una relación evidente entre estas mal llamadas adopciones domésticas y la protección de menores, habiéndose incluso producido fricciones entre los Estados miembros en casos en los que los servicios sociales privilegiaron la constitución de adopciones de niños nacionales de otro Estado miembro sin agotar las posibilidades de colocación de esos niños con su familia residente en el Estado del que el niño es nacional⁴⁴.

5.2.2. El ámbito de aplicación en el espacio

A lo largo de la Propuesta se hace referencia al establecimiento de la filiación en un Estado miembro y a su reconocimiento en los demás. La idea implícita es que el Reglamento no se aplica, si la filiación se establece en un Estado tercero. Pero esa delimitación del ámbito de aplicación en el espacio descansa sobre un equívoco. Cuando la filiación se establece por ministerio de la ley, no se establece en realidad en ningún lugar.

⁴⁴ Vide el estudio de FENTON- GLYNN, C., “Adoption without consent”, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556940/IPOL_STU\(2016\)556940_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/556940/IPOL_STU(2016)556940_EN.pdf) (consulta: 19 de marzo de 2023)

El certificado de nacimiento no establece la filiación, sino que simplemente documenta lo que resulta de la aplicación de la ley. No es, por consiguiente, imposible que una persona pueda tener varios certificados de nacimiento, emitidos por el o los Estados de los que sea nacional y el Estado en el que haya tenido lugar el nacimiento, por ejemplo.

Siendo esto así, el principio de reconocimiento mutuo se enfrentaría a dificultades específicas, pues no sería evidente cuál de esos certificados de nacimiento debería prevalecer. No parece adecuado que dar prioridad al emitido en primer lugar, pues corresponderá la mayoría de las veces al lugar de nacimiento, que puede ser aleatorio. Una regla de *prior temporis* se prestaría a comportamientos estratégicos, que no son infrecuentes para la adquisición de la nacionalidad en Estados que la atribuyen por el *ius soli*.⁴⁵ Con anterioridad a la invasión rusa de Ucrania ya se documentaron casos de nacimientos en Polonia de niños gestados por mujeres ucranianas para facilitar que los comitentes pudieran sortear la normativa de extranjería. Deberían evitarse semejantes movimientos de cara al establecimiento de la filiación.

La unificación de las normas de conflicto podría evitar la concurrencia de certificados de nacimiento con distinto contenido solo si efectivamente se aplicara el Derecho por ellas designado y se consiguiera limitar la aplicación de la cláusula de orden público. Como se ha puesto de manifiesto en la primera parte de este trabajo las diferencias en el Derecho material son muy acusadas. La referencia al principio de no discriminación del art. 21 de la Carta Europea de Derechos fundamentales contenida en el art. 22 de la propuesta podría restringir la aplicación de la cláusula de orden público en algunos casos, pero es irrelevante en otros.

5.2.3. La protección de los derechos fundamentales

La Propuesta de la Comisión tiene, en mi opinión, una visión muy reduccionista de los derechos fundamentales en juego. La iniciativa legislativa se justifica con el argumento de que la denegación del reconocimiento de una relación familiar existente en un Estado miembro puede lesionar los derechos del niño. Se ignora, sin embargo, que un reconocimiento acrítico también puede contribuir a la vulneración de los derechos del niño y que estos no son los únicos derechos a tener en cuenta.

⁴⁵ La prensa ha reportado en los últimos días desplazamientos de ciudadanas rusas embarazadas a la Argentina con el objetivo de dar a luz allí y adquirir la nacionalidad argentina, por ejemplo.

La Propuesta de Reglamento contiene un precepto, el art. 15, calcado del Reglamento 2019/1111 en el que se recoge el derecho del niño a ser oído en los procedimientos judiciales de filiación. Ese derecho tiene, en mi opinión, escaso sentido en muchos de estos procedimientos. Si el objeto del litigio es determinar la verdad biológica, la opinión del niño o la de ninguna otra persona carece de relevancia. En cambio, una cuestión fundamental, a la que sí que se ha prestado atención en los trabajos de La Haya es el derecho del niño a conocer sus orígenes.

En 2019 la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa adoptó la Recomendación 2156 (2019) sobre la donación anónima de esperma y óvulos que recomienda que, en la búsqueda de un equilibrio entre los intereses de donantes, padres e hijos, se preste especial atención a los derechos de la persona concebida con la ayuda de un donante, pues es quien está en una posición más vulnerable. Se recomienda que esta persona pueda acceder a información sobre las circunstancias de su concepción cuando cumpla los dieciséis o dieciocho años. Los Estados miembros del Consejo de Europa que permiten la donación de óvulos y esperma deberían crear un Registro de los donantes a fin de facilitar dicha información y también para establecer un límite máximo de donaciones. Se propugna además la necesidad de establecer cauces de cooperación internacional entre los Registros. No puede, me parece, abordarse en el momento actual la regulación de la filiación prescindiendo de esta dimensión de la cuestión.

El Derecho de la Unión no puede favorecer el reconocimiento de las relaciones de filiación creadas en el extranjero de manera indiscriminada y obviando las circunstancias en las que dichas relaciones se constituyeron. La dificultad radica en que los Estados tienen posiciones distintas. No se trata de una cuestión menor. En una reciente toma de posición muy crítica del Senado francés respecto a la propuesta del Reglamento, publicada el 22 de marzo de 2023, además de cuestionarse que ésta respete el principio de subsidiariedad, se pone de manifiesto el rechazo frontal al reconocimiento automático de un vínculo de filiación establecido en otro Estado miembro si éste deriva de una gestación por sustitución⁴⁶. Esta posición tan extrema resulta rechazable pues impide toda negociación. Tiene, sin embargo, la virtud de poner sobre la mesa la simpleza del eslogan que está en el origen de la iniciativa de la Unión.

⁴⁶ <https://www.senat.fr/leg/tas22-084.html>.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Que la Conferencia de La Haya y la Unión Europea hayan coincidido en abordar el mismo tema revela el interés y actualidad del mismo. Las cuestiones de Derecho internacional privado relativas a la filiación por naturaleza son el momento actual un problema acuciante y una intervención legislativa resulta aconsejable, pues no cabe esperar del TEDH o del TJUE más que respuestas parciales ceñidas al caso concreto. Desde un punto de vista político no es además probablemente aconsejable dejar a estos órganos jurisdiccionales la delicada tarea de resolver conflictos valorativos muy delicados y polémicos como son todas las cuestiones bioéticas que se plantean en torno a la reproducción humana.

Los puntos de partida de la Conferencia y de la UE son, como se ha visto, muy distintos, pero en ambos trabajos el reto es encontrar el equilibrio entre la continuidad en el espacio de la relación ya existente y la legitimidad en su constitución. Curiosamente el énfasis de los trabajos de la Conferencia ha estado en el establecimiento de garantías en torno al momento inicial de establecimiento de la relación jurídica, mientras que la propuesta de la Comisión se decanta en exceso por el favorecimiento de la continuidad en el espacio de la relación ya existente.

En ambos casos ha sido probablemente excesiva la atención a una cuestión muy concreta, la gestación por sustitución en la Conferencia y la homoparentalidad en el caso de la Unión. Ha faltado, más en la Unión que en la Conferencia, un planteamiento más general de cuáles son los intereses en juego, que me parece esencial, para que las nuevas reglas puedan abordar no únicamente los casos difíciles que tenemos encima de la mesa en la actualidad sino también el futuro que se avizora. Un futuro en que surgirán nuevas tecnologías y seguirá existiendo una industria global que buscará atraer a la demanda de otros países. El interés de los niños y me atrevería a decir de la humanidad necesita de una regulación equilibrada.

La Ley 20/2011: el Registro de las personas

JOSÉ ANTONIO RUIZ DE LA HERMOSA GUTIÉRREZ

Letrado de la Administración de Justicia

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PUNTO DE PARTIDA. 2.1. *Ley de Registro Civil de 17 de junio de 1870.* 2.2. *Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1.957.* 2.3. *Análisis de Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1.957 y comienzos de la digitalización del Registro Civil, aplicación INFOREG.* 3. CAMBIO DE MODELO. ¿POR QUÉ DEL CAMBIO? 4. LA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO. 4.1. *La vacatio legis y las sucesivas reformas antes de su entrada en vigor.* 4.2. *La Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.* 4.3. *Naturaleza jurídica del Registro Civil.* 4.4. *Características principales del nuevo modelo.* 4.4.1. Único. 4.4.2. Electrónico. 4.4.3. Seguro. 4.5. *Novedades y nuevos conceptos.* 4.5.1. El Registro individual. 4.5.2. El código personal. 4.5.3. Los sujetos relacionados. 5. MODELO ORGANIZATIVO. 5.1. *Estructura.* 5.2. *Novedades en las competencias de las diferentes oficinas.* 5.2.1. Oficina Central. 5.2.2. Oficinas Generales. 5.2.3. Oficinas colaboradoras. 5.2.4. Oficinas Consulares. 5.3. *Normativa de derecho internacional privado.*

1. INTRODUCCIÓN

Las relaciones humanas y sociales han estado siempre presente y siendo consecuencia misma del carácter social del ser humano. Con el desarrollo y evolución humana la civilización y el estableciendo de consecuencias jurídicas a las relaciones personales y sociales desde el punto de vista administrativo y jurídico ha supuesto la necesidad de categorizar y registrar las mismas desde diferentes aspectos del derecho y por el Estado. La necesidad del registro de las personas en relación con los hechos y actos de estado civil; ha sido una constante histórica. Empezando con los primeros censos romanos, recogiendo al *pater familias* y sus descendientes entre otros aspectos, lo que posibilita la distribución de las obligaciones publicas entre los ciudadanos.

Es estableciendo una adecuada constatación de las circunstancias, relaciones familiares entre las personas, sus actos y hechos que por las consecuencias jurídicas deben ser conocidos por terceros por la trascendencia personal o en el ámbito mercantil, establece la necesidad de la existencia de registro que puede acoger esta información y puede dar publicidad de las mismas, de conformidad con los principios y requisitos que las legislaciones que regule este registro establezca. Así el Diccionario panhispánico del español jurídico define el estado civil “Condición de una persona en relación con su nacimiento, nacionalidad, filiación o matrimonio, que se

hacen constar en el Registro Civil y que delimitan el ámbito propio de poder y responsabilidad que el derecho reconoce a las personas naturales”

Desde esta perspectiva se podría pensar que el Registro Civil que debe ser un Registro centrado en las personas por ser el núcleo de dichas relaciones y en base a las cuales se derivan las diferentes consecuencias jurídicas. Pero como analizaremos en esta exposición no es hasta la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, cuando se puede hablar plenamente del Registro Civil de las personas.

Han pasado 150 años del Registro Civil, momento en el que hay que recordar que lo que fue concebido como instrumento para la constancia oficial de la existencia, estado civil y condición de las personas pase a ser un nuevo modelo de registro adaptado a un presente digitalizado y accesible acorde con el siglo XXI.

2. PUNTO DE PARTIDA

2.1. Ley de Registro Civil de 17 de junio de 1870

Promulgada durante, la regencia del General Serrano, comenzaba la “Ley mandando establecer desde luego, con carácter provisional, el Registro Civil en la Península e islas adyacentes, conforme al adjunto proyecto de ley”.

Debemos de partir con que la innovación que supuso la citada Ley, como el Reglamento publicado el 13 de diciembre de 1870, junto con la Ley de matrimonio civil de 18 de junio de 1870, la atribución en exclusiva de las competencia en materia del estado civil de las personas al Estado, con especial importancia que la Iglesia y el sentimiento religioso de los españoles que la regulación de la misma con importantes componente de conexión con el derecho eclesiástico y ámbito religioso se estableciera esta preponderancia del ámbito estatal. El estado liberal español articula los medios para contar con una relación fiable de sus ciudadanos:

Se establece con esta Ley, nacimiento de la legislación registral civil española, la competencia en la materia del registro del estado civil a la justicia municipal, lo que conlleva que sean funcionarios conocimiento técnico jurídicos y conocedores de las de las garantías de legalidad. Y es novedosos en relación con los sistemas similares instaurados en países de nuestro entorno, como Francia, basado en el Registro competencia de los ayuntamientos.

Se establece que el Registro estaría dividido en cuatro secciones: nacimientos, matrimonios, defunciones y ciudadanía, cada una de ellas en distinto libro. Señalando para el caso de los que se llevarían por los agentes diplomáticos que podían ser comunes los libros.

Los libros se llevarían por duplicado y orden alfabético y para evitar falsificaciones se formaban bajo la inspección de la Dirección General, que determinaría los requisitos y diligencias con las que se debía encabezar y cerrar los libros y resúmenes anuales.

2.2. Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1.957

Es obvio señalar que la Ley provisional de 1870 se mantuvo vigente durante 80 años hasta la Ley 1957, es por ello que la nueva Ley 1957 tiene como punto de partida el mantenimiento de los principios fundamentales del sistema vigente y en el que se acogieran sólo aquellas novedades aconsejadas por su evidente conveniencia y encaminada a conseguir un registro más completo y flexible, sin perjuicio de conservar e incluso aumentar las garantías ya existentes.

La estructura es similar a la regulada en la Ley 1870, con tres tipos de Registro: municipal, consular y central. Pero, se suprimen los antiguos Registros ocasionales, que, de hecho, no siempre funcionaban con arreglo a las prescripciones legales y eran extraños a la técnica de los funcionarios encargados de ellos; regulando los medios especiales, con garantías suficientes para que se inscriban en el Registro ordinario los hechos que constituían el contenido de aquellos Registros excepcionales.

Se continua la llevanza de los mismos por la justicia municipal o comarcal, así como los cónsules de España en el extranjero

La Ley de 1957 configura un Registro Civil basado en hechos y lugares con constatación territorial de los hechos, como recoge el artículo dieciséis “Los nacimientos, matrimonios y defunciones se inscribirán en el Registro Municipal o Consular del lugar en que acaecen” con la agrupación de hechos en diferentes libros según las cuatro secciones clásicas, nacimientos, matrimonios, defunciones y tutelas en las que se divide el registro civil.

La conexión entre las diferentes libros y Registro Civiles donde se tuviera la constancia de actos y hechos de estado civil de la persona se articulaba de conformidad con el artículo treinta y nueve con las notas de referencia a la inscripción principal de nacimiento enlazando las posibles inscripciones que pudieran existir a las de matrimonio, tutela, representación y defun-

ción del nacido. También en estas inscripciones se hará constar, a su vez, referencia a la de nacimiento.

2.3. Análisis de Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1.957 y comienzos de la digitalización del Registro Civil, aplicación INFOREG.

Las legislaciones son fruto de las realidades sociales, económicas y humanas del momento en que se alumbran las mismas, y de las tradiciones legislativas que recogen, estamos en presencia de una Ley del Registro Civil sucesora de la Ley provisional de 1.870 donde se mantienen los principios de la misma, basado y centrado en dar importancia a los hechos y actos de estado civil y donde se producen, y en un segundo plano la persona o personas que son los principales actores de los mismos, siendo que si bien inicialmente se podría pensar una población más sedentaria y arraigada a su lugar de nacimiento, esta configuración no perdía coherencia y conocimiento de los mismos en relación con la persona. Posteriormente y con el desarrollo las migraciones internas, del campo a la ciudad, una mayor industrialización, movilidad geográfica como norma no infrecuente de la sociedad, hace que se supere el concepto competencia y que la persona tenga dispersos los hechos y actos de estado civil en función de donde haya vivido y que su historia registral este compuesto por diferentes hitos a lo largo de todo el territorio de España o el extranjero.

La Ley 1957, mantiene lo ya establecido por su predecesora de la dependencia del Ministerio de Justicia, siendo su centro directivo la Dirección General de los Registros y del Notariado, actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Y un sistema de oficinas compuesto por más de ocho mil cien oficinas en España y ciento ochenta en las demarcaciones consulares. A su vez estos Registros con sus correspondientes libros, y los mecanismos de relación y de poder obtener una foto completa del estado civil de una persona era a través de las mencionadas notas de referencia para poder obtener este historial completo de tomos, páginas y secciones donde encontrarlo.

Las evoluciones tecnológicas supusieron la aplicación de métodos informáticos y el comienzo de la superación de los libros manuscritos, el primer hito en este camino hacia la informatización y digitalización es la aplicación INFOREG.

El proceso de informatización de los Registros Civiles fue un proceso gradual, lento y no exento de dificultades. El art. 105 del Reglamento del Registro Civil, redactado por el Real Decreto 1917/1986, de 29 de agosto, habilitó al Ministerio de Justicia para decidir, sin perjuicio de la conser-

vación de los Libros, la informatización de los Registros y la expedición informatizada de certificaciones.

Con la aprobación de la Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1.999 sobre Informatización de los Registros Civiles dictada al amparo de la disposición final tercera de la Ley del Registro Civil de 1957 y siguiendo la Recomendación número 8 de la Comisión Internacional de Estado Civil aprobada por la Asamblea General de Estrasburgo de 21 de marzo de 1991 reconoció la necesidad del tratamiento informatizado de los Registros Civiles, se puso los pilares de la normativos de la aplicación INFOREG.

Recogiéndose como finalidad de esta informatización y de la aplicación INFOREG.

- Permitir la utilización de tratamientos de textos en la redacción de los asientos registrales, facilitando la legibilidad de los mismos. Esta cuestión no es baladí toda vez que actualmente no existe una digitalización plena del Registro Civil, y los diferentes tipos de caligrafías de los funcionarios que a lo largo de los años han llevado los mismos hace que el encontrar o analizar información sea una labor ardua, a veces infructuosa e ineficiente.
- Permitir el almacenamiento de los datos, con objeto de hacer viable en la práctica la emisión de publicidad formal relativa a tales datos de forma ágil.
- Permitir la conexión de los datos sobre hechos relativos a una misma persona inscritos en Secciones diferentes de diversos Registros civiles, para un conocimiento real y efectivo de los mismos.
- Facilitar la transmisión masiva de datos de utilidad pública a los organismos públicos que tengan interés en ellos.
- Y por último una finalidad más de carácter interno, la mejorar la gestión y llevanza ordinaria de las labores y funciones propias de los Registros civiles

En el año 2007, se inició programa 'Registro Civil en Línea', a través de empresa pública red.es, y el Ministerio de Justicia, y cofinanciado con fondos FEDER, ha digitalizado todos los Registros Civiles Municipales Principales del país, los 431 con un volumen de 110.210 tomos manuscritos y 68.197.976 páginas la digitalización de los libros manuscritos desde 1950 consigue agilizar y mejorar la calidad y eficiencia del servicio prestado por los Registros Civiles y Juzgados de Paz.

A día de hoy la extensión de la aplicación INFOREG o de la digitalización de los libros manuscritos no es completa en todos los Registro Civiles coexistiendo Registro Civiles con INFOREG, libros digitalizados y Registro Civiles que únicamente disponen de libros manuscritos, ejemplo de estos últimos son los municipios de la Comunidad de Madrid de Boadilla del Monte (52.626 habitantes en 2018 según el INE) y Rivas-Vaciamadrid (85.893 habitantes en 2018 según el INE).

Esto supone que no se puede tener visión global y completa de los datos del Registro Civil y con ello todo lo que este Registro Civil supone para el resto de Administraciones Públicas y operadores jurídicos a los cuales la publicidad y los hechos y actos de estado civil tiene trascendencia en la realización de su actividad diaria, así como la no menos importante perspectiva de la ciudadanía y de acceso a sus datos o eliminación de las cargas burocráticas de tener que ser la misma quien facilite la documentación o certificaciones en vez que sea la propias Administraciones accedan a los datos o documentos dando cumplimiento a lo preceptuado en el art. 28.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

3. CAMBIO DE MODELO. ¿POR QUÉ DEL CAMBIO?

La legislación registral española en los ciento cincuenta años de historia de la misma ha sido regida por dos leyes, la Ley provisional de 18 de junio de 1870 y la Ley de 8 de junio de 1957, siendo una materia íntimamente ligada a la persona, la institución familiar y sus características, es necesario evolucionar y adaptarse a las nuevas realidades familiares y sociales que tienen su reflejo en los hechos y actos de estado civil.

La legislación registral es previa a la Constitución y por tanto no tiene en cuenta sus principios como el situar a las personas y a sus derechos en el centro de la acción pública. Y ese inequívoco reconocimiento de la dignidad y la igualdad ha supuesto el progresivo abandono de construcciones jurídicas de épocas pasadas que configuraban el estado civil a partir del estado social, la religión, el sexo, la filiación o el matrimonio.

Un Registro Civil coherente con la Constitución ha de asumir que las personas –iguales en dignidad y derechos- son su única razón de ser, no sólo desde una perspectiva individual y subjetiva sino también en su dimensión objetiva, como miembros de una comunidad políticamente organizada.

La necesidad del cambio se enmarca en la irrupción de las denominadas inicialmente nuevas tecnologías y actualmente las tecnológicas de la información y la comunicación y su aplicación a la esfera pública, de la mano de la administración electrónica.

En primer término, con la derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, consagra la relación con las Administraciones Públicas por medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos y como una obligación correlativa para tales Administraciones. El reconocimiento de tal derecho y su correspondiente obligación se erigen así en el eje central del proyecto de Ley. Una de las principales novedades de la Ley: pasar de la declaración de impulso de los medios electrónicos e informáticos –que se concretan en la práctica en la simple posibilidad de que algunas Administraciones, o algunos de sus órganos, permitan las comunicaciones por medios electrónicos– a que estén obligadas a hacerlo porque la Ley reconoce el derecho de los ciudadanos a establecer relaciones electrónicas.

Coetánea de la Ley 20/2011, de 21 de julio es Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, que engarza la modernización de la justicia con la consolidación del estado de derecho y el derecho a la tutela judicial efectiva recogido art. 24.1 de la Constitución y en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Recogía como finalidad de la Ley, y es necesario hacer especial mención toda vez que el ámbito de Administración de Justicia y del Registro Civil siempre han estado ligados y así siguen estándolo en mayor o menor medida:

- Actualizar el contenido del derecho fundamental a un proceso público sin dilaciones indebidas, gracias a la agilización que permite el uso de las tecnologías en las comunicaciones;
- Establecer la norma general del uso de las tecnologías por los profesionales de la justicia;
- Establecer legalmente el conjunto de requisitos técnicos mínimos de interconexión, interoperabilidad y seguridad necesarios en el desarrollo de los diferentes aplicativos utilizados por los actores del mundo judicial, a fin de garantizar la seguridad en la transmisión de los datos y cuantas otras exigencias se contengan en las leyes procesales. Compaginar la normativa técnica informática con los requerimientos procesales.

Otros de los factores del cambio y que posteriormente analizaremos en profundidad, si bien la llevanza del Registro Civil ha estado encomendado

a la justicia, inicialmente a la justicia municipal, no es una de las potestades jurisdiccionales y no es una actividad propiamente judicial, es por ello que era necesario, si bien mantenerlo en el ámbito de la Administración de Justicia, pero desjudicializado.

Todos estos factores hacían necesario el dictado de una norma que recogiera estos principios y tradición histórica y que pusiera el Registro Civil en el ámbito constitucional y tecnológico del siglo XXI.

4. LA LEY 20/2011, DE 21 DE JULIO.

El proyecto de la nueva Ley de Registro Civil nace impulsado por el Ministro de Justicia Francisco Caamaño, aprobado como anteproyecto de Ley por el Gobierno el 8 de enero de 2010. Y tras el trámite parlamentario fue aprobado por amplia mayoría por ambas cámaras, el día 14 de julio de 2011.

La Ley se compone de cien artículos. Y se estructura por 10 Títulos, 9 Disposiciones adicionales, 10 Disposiciones transitorias, una Disposición derogatoria y 10 Disposiciones finales

4.1. La *vacatio legis* y las sucesivas reformas antes de su entrada en vigor

Al ser promulgada, la Ley 20/2011 previó una *vacatio legis* de tres años, la fecha inicial de entrada en vigor sería el 22 de julio de 2014.

La primera de las prórrogas se recoge Disposición adicional vigésima de Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y eficiencia de forma criptica señala que “La Ley 20/2011, de 21 de julio, en la parte que al día de la publicación del Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, no hubiera entrado en vigor, lo hará el día 15 de julio de 2015”.

Ley 19/2015 de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en ámbito de la Administración de Justicia y el Registro Civil, prorrogaba por segunda vez la entrada en vigor, hasta 30 de junio de 2017 y reformaba la Ley 20/2011, en el sentido señalado en Disposición adicional 10ª. Disponiendo también la entrada en vigor en ese momento de determinados artículos de la Ley 20/2011, relativos a las comunicaciones de nacimientos y defunciones de forma electrónica.

Llegada dicha fecha, se pospuso su entrada en vigor hasta el día 5 de julio de 2015. Luego, la Ley 20/2011 fue modificada por el artículo 2 apar-

tado 10^a de la Ley 19/2015, pasando a disponer su entrada en vigor el 30 de junio de 2017.

La tercera de las prorrogas, la realiza Ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la Ley 15/2015, de 20 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, entrará en vigor el 30 de junio de 2018, excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el “Boletín Oficial del Estado”, y los arts. 49.2 y 53 del mismo texto legal, que entrarán en vigor el día 30 de junio de 2017. También como la anterior que prorroga la entrada en vigor contiene reforma de la todavía ley *non nata*, Ley 20/2011.

La Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la ley 1/2000, de 7 enero, de Enjuiciamiento Civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas que dispone la nueva fecha de entrada en vigor el 20 de junio de 2020.

La quinta de las prórrogas es una cuestión de necesidad por las circunstancias de la pandemia de la Covid 19, Real Decreto 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia en su Disposición final segunda marca como fecha de entrada en vigor el 30 de abril de 2021.

4.2. La Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

Es necesario un análisis especial de la Ley 6/2021, de 28 de abril y la Ley de acompañamiento, Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril, complementaria de la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, dado que marchan la foto final de la Ley 20/2011, después de las sucesivas prórrogas y reformas efectuadas con carácter previo a su entrada en vigor.

El primero de los análisis debe ser en aspecto fundamental que es la llevanza del Registro Civil, históricamente encomendado a la justicia municipal, con las anteriores leyes. La redacción original aprobada de la Ley no establecía claramente de quien sería los responsables de los medios humanos y materiales del Registro Civil, de la lectura de la original Disposición adicional primera “El Ministerio de Justicia y las Comunidades Autónomas con competencias ejecutivas en la materia fijarán, en sus respectivos ámbitos territoriales, el emplazamiento de las Oficinas Generales del Regis-

tro Civil y determinarán, mediante las Relaciones de Puestos de Trabajo, las dotaciones de personal necesario” no puede colegirse quien sería este personal de que Administración, esto suponía la creación de unos nuevos funcionarios para ser destinados en el Registro Civil.

Otro hito importante en esta cuestión es el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, la competencia para la llevanza del Registro Civil se atribuye a los Registradores que tengan a su cargo las oficinas del Registro Mercantil. Justificando esta atribución en ejecución de la efectiva desjudicialización del Registro Civil ya consagrada en la ley actual, con el fin de lograr un incremento de las economías organizativas, de gestión y de escala, así como una mayor eficacia y celeridad en el funcionamiento del sistema registral civil.

Pues bien es la Ley 6/2021, la que devuelve esta llevanza a los tradicionales servidores públicos que han venido desempeñando esta función, que son los cuerpos generales de funcionarios de la Administración de Justicia, un Registro Civil desjudicializado, pero incardinado organizativamente dentro de la Administración de Justicia. La desjudicialización encuentra también su reflejo en la figura de la persona Encargada del Registro Civil que pasan de ser los jueces o magistrados, a los Letrados de la Administración de Justicia, cuerpo superior jurídico presente en todos los órganos judiciales.

Como se ha mencionado anteriormente se incardina dentro de la Administración de Justicia esto también supone que la reforma operada por la Ley 6/2011, mantiene la capilaridad de oficinas existentes del Registro Civil de conformidad con la Ley de 18 de junio de 1957.

El mantenimiento de la actual red de oficinas de Registro Civil, supone que la puesta en funcionamiento de forma simultánea de todas las nuevas oficinas del Registro Civil constituiría una forma de organización enormemente ineficiente que, ante la escasez de recursos públicos y a la luz de los principios sobre el funcionamiento de las administraciones públicas y los órganos del sector público, por lo que se opta por una entrada progresiva de las oficinas en el nuevo modelo de Registro Civil.

Esta implantación progresiva se articula en base a las disposiciones transitorias cuarta, octava y décima, más la adicional segunda, permita la implantación progresiva aludida, con tres escenarios:

- el previo a la transformación;
- el dictado de la resolución por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y la implantación del sistema informático con la aplicación de la Ley 20/2011;
- y, finalmente, la aprobación de las relaciones de puestos de trabajo en cada oficina o grupo de oficinas completando la transformación.

En base a estas premisas legales, se ha producido la efectiva entrada en vigor 30 de abril de 2021, y la progresiva implantación del nuevo modelo de Registro Civil.

4.3. Naturaleza jurídica del Registro Civil

La naturaleza jurídica del Registro Civil ha sido una cuestión conflictiva a lo largo de las anteriores normas del Registro Civil toda vez que la llevanza por la justicia y la confusión del personal y funciones entre los órganos jurisdiccionales y los Registros Civiles marcaban límites difusos entre ambos.

La cuestión era deslindar, si estábamos en presencia de un órgano administrativo llevado por jueces o dentro sus funciones jurisdiccionales de los jueces destinados en juzgados con funciones compartidas con Registro Civil también suponía una de las mismas englobadas dentro de las funciones jurisdiccionales, pero en el ámbito de estado civil.

El pronunciamiento más claro se produce por el Tribunal Constitucional en su Auto 505/2005 de 13 diciembre de 2005 que trae causa en cuestión de inconstitucionalidad, promovida por el juez encargado del Registro Civil con ocasión de un expediente matrimonial sobre el art. 44.2 Código Civil, respecto al matrimonio homosexual, en la redacción dada por Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, señalado que “la posición institucional del Juez encargado del Registro Civil ha de comenzar por señalarse que el Registro Civil depende del Ministerio de Justicia, estando encomendadas a la Dirección General de los Registros y del Notariado, órgano directivo dependiente de la Secretaría de Estado de Justicia, todas las cuestiones referentes al art. 9 de la LRC y arts. 2.2 y 4 del Real Decreto 1475/2004, de 18 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica del Ministerio de Justicia. Tal dependencia supone, entre otros extremos, que “Los encargados del Registro, cualesquiera que sean los cargos o empleos que desempeñen, deben cumplir, para todo cuanto se refiere al Registro Civil, las órdenes e instrucciones del Ministerio de Justicia y de la Dirección General

del ramo, aun cuando les fueran comunicadas directamente (art. 9 LRC)”. Concluyendo que el Juez encargado del Registro Civil, en esta específica condición de encargado del Registro Civil y en el ejercicio de las funciones que como tal le corresponden, se integra en una estructura administrativa, la del Registro Civil, bajo la dependencia funcional del Ministerio de Justicia, a través de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

La Ley Orgánica 6/2021, de 28 de abril, complementaria de la Ley 6/2021, de 28 de abril, introduce un nuevo artículo, el 439 bis, en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial clarificando la naturaleza administrativa del Registro Civil pero incardinado en la Administración de Justicia, “se entiende por oficina del Registro Civil aquella unidad que, sin estar integrada en la oficina judicial, se constituye en el ámbito de la organización de la Administración de Justicia para encargarse de la llevanza del referido servicio público según lo establecido por la Ley y el Reglamento del Registro Civil, vinculándose funcionalmente para el desarrollo de dicho cometido al Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública”.

4.4. Características principales del nuevo modelo.

4.4.1. Único

Actual modelo Registro Civil “único” pero cada Registro Civil modelo fragmentado y no conectado, cada oficina del Registro Civil una pequeña isla, dividida en secciones no interconectadas, la aplicación existente INFOREG, más allá de la certificación deslocalizada no permite estas interconexiones entre oficinas.

El nuevo modelo es principalmente un solo Registro Civil, con múltiples vías de entradas que son la red de oficinas, sede electrónica, y operadores jurídicos que se relación con el Registro Civil, la información y comunicación en tiempo real entre las diversas oficinas, la misma aplicación DICIREG y el mismo Registro Civil Electrónico. El ejemplo actual es que una inscripción hecha en A Coruña se puede ver en el mismo momento de producirse en Tarragona.

Facilitando el acceso, al mismo desde cualquier vía, ya sea presencia ya sea distancia, al ser el mismo Registro Civil teniendo la información exacta del mismo en cualquier punto y con indiferencia de donde se solicite.

La norma general, cambiando el paradigma anterior es que la solicitud y tramitación de los procedimientos se puede realizar en cualquiera de las oficinas con independencia del lugar dónde se producen los hechos o actos.

Único también supone una única aplicación informática para toda la actividad de Registro Civil, registro y certificaciones, tramitación de expedientes, realización de inscripciones y archivo.

4.4.2. Electrónico

En el mundo de las Tics (Tecnologías de la información y la comunicación) es Registro Civil electrónico entendido esto no como medio o herramienta al servicio de la actividad del Registro Civil, sino como centro del Registro Civil, y como suma del mismo a la Administración Electrónica del siglo XXI.

El carácter electrónico, simplifica y agiliza la tramitación, y los tiempos de respuesta al ciudadano, facilitando la labor de los funcionarios que día a día están trabajando en él, al establecer una herramienta ágil y dinámica que ayuda en su trabajo, así como el establecimiento de automatización de procesos donde sea posible bajo la supervisión en su caso del personal del mismo.

También supone ahorro en trámites y burocracia al ciudadano y carga de trabajo a las oficinas del Registro Civil, la interconexión e intercambio de datos entre administraciones públicas. Dado que no va a ser necesario requerir o pedir al mismo documentación o certificaciones que pueden accederse por estas interconexiones de datos, lo que redundará en beneficio para el ciudadano y para una menor carga de trabajo para el Registro Civil, se recoge expresamente la posibilidad de acceso a los datos del Registro Civil en el ámbito de sus competencias por las Administraciones Públicas.

4.4.3. Seguro

El mundo electrónico y unido a la materia que versan el Registro Civil que van unida a las esferas más personales de los ciudadanos deben ser en el seno de un sistema seguro y robusto para garantizar en todo momento la confidencialidad y seguridad del sistema.

También es seguro en cuanto a los accesos a los datos en el Registro Civil facilitando el acceso con la debida acreditación e identificación de los interesados, especialmente cuando el acceso se produzca por medios electrónicos.

Se recoge expresamente los sistemas de firma electrónica a emplear para recoger los estándares de seguridad, como la identificación y firma de

los ciudadanos en su relación con el Registro Civil asumiendo la recogida en el art. 9 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ajustándose a los estándares establecidos en el Esquema Nacional de Seguridad y el Esquema Nacional de Interoperabilidad

4.5. Novedades y nuevos conceptos

4.5.1. El Registro individual

Cada persona tiene un registro individual que se abre con la inscripción de nacimiento o con el primer asiento que se practica y en el que se inscriben o anotan, continuada, sucesiva y cronológicamente, todos los hechos y actos. A cada registro individual abierto se le asigna un código personal.

El registro individual se forma, por tanto, por la concatenación ordenada cronológicamente de los asientos electrónicos relativos al mismo código personal. Se incluyen también en el registro individual las notas de relación. Tanto los asientos, como las notas de relación, estarán asociados a una de las materias principales: nacimiento, matrimonio o defunción.

El sistema informático asegurará la integridad y la secuencialidad de los asientos en cada registro individual. Si el hecho inscribible afectase a varias personas (sujetos relacionados), el sistema generará los asientos pertinentes o relaciones (incluyendo las notas de relación) necesarias en los registros individuales de cada una.

Por ejemplo: el matrimonio se inscribe en los registros individuales de ambos contrayentes y cuando se inscribe un nacimiento, el sistema establece la relación con sus progenitores.

4.5.2. El código personal

El código personal es una secuencia alfanumérica inalterable asignada por el Registro Civil a cada persona para la que se crea su registro individual. Será generado por el Registro Civil, en colaboración con la Dirección General de Policía del Ministerio del Interior. Este código está asociado inequívocamente a la identidad física de una persona por lo que su identificación en el Registro Civil es indubitada, con independencia de los documentos personales identificadores que dicha persona pueda obtener a lo largo de su vida.

El código personal es único e intransferible para cada persona, por lo que no puede volverse a utilizar.

Por tanto, existe una relación necesaria entre acreditación de la identidad y código personal, para que este último cumpla su función. De tal forma que cuando se genera el código personal por primera vez quedará asociado al documento de identidad con el que se ha identificado. Esto tiene una excepción en el caso de inscripciones de nacimiento en plazo, donde al no existir documento acreditativo de identidad, el código personal se genera a partir de los datos de filiación declarados en el procedimiento.

Si en sucesivos procedimientos se aportan nuevos documentos acreditativos, estos quedan incorporados a la ficha personal y asociados al código personal.

Por ejemplo, en el supuesto en que un extranjero accediera al Registro Civil inicialmente con su pasaporte y luego adquiriera la nacionalidad española y, por tanto, el DNI

4.5.3. Los sujetos relacionados

Conviene tener en consideración que un hecho jurídico inscribible que afecta a un sujeto principal puede tener efecto en otros sujetos relacionados, además de sobre sí mismo.

Por un lado, las menciones al sujeto principal que se recogen en los asientos del sujeto relacionado pueden verse afectadas por los cambios que se produzcan en el sujeto principal. Esto aplica a los sujetos relacionados de tipo descendiente y cónyuge, actual, separado o divorciado. Por ejemplo, el cambio de nombre y apellidos de un sujeto principal que está casado afecta a la mención de su identidad como cónyuge.

Por otro lado, independientemente del tratamiento de las menciones a un sujeto principal indicadas en el párrafo anterior, un hecho jurídico que afecta a un sujeto principal puede provocar hechos inscribibles en el RI de un sujeto relacionado. Por ejemplo, el cambio de nombre y apellidos de un sujeto principal que tiene hijos menores de edad, no sólo afecta a la mención de identidad como progenitor, sino que también puede provocar un hecho inscribible en sus descendientes menores de edad, ya que su propio apellido puede tener que cambiar para adaptarse al de su progenitor. En estos supuestos, se han de seguir los procedimientos habituales, que se iniciarán si el tramitador lo considera, para los sujetos relacionados. Además, hay que tener en cuenta que las cancelaciones de asientos de un sujeto principal también pueden afectar a los sujetos relacionados tanto en las menciones al

sujeto principal como a los hechos inscribibles que se producen sobre el RI del sujeto relacionado. Por ejemplo, la cancelación de un cambio de nombre y apellidos de un sujeto principal que está casado y tiene hijos, afecta a la mención a su identidad como cónyuge y como progenitor. Además, también se debe considerar la cancelación del cambio de apellido de los descendientes para que vuelva a coincidir con el de su progenitor, siguiendo el procedimiento de cancelación, si el tramitador lo considera.

Esta interacción entre sujetos relacionados y cómo afectan los cambios, tiene reflejo en las certificaciones. Las certificaciones en extracto del sujeto relacionado deben mostrar los datos actualizados de los sujetos principales en el momento de su emisión, con los cambios que deben haber quedado plasmados en su ficha personal. Además, las certificaciones literales deben ser coherentes con las certificaciones en extracto. DICIREG hace uso de las llamadas notas de relación, que no son asientos sino textos de carácter informativo aclaratorios del motivo del cambio que se ha producido sobre el sujeto relacionado. Las notas de relación en el registro individual irán asociadas a una materia principal.

5. MODELO ORGANIZATIVO

5.1. Estructura

El Registro Civil, tras la redacción dada de la Ley 20/2011, por la Ley 6/2021, se organiza con la siguiente estructura:

- Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública
- Oficinas del Registro Civil:
 - 1 Oficina Central
 - 431 Oficinas Generales
 - 180 Oficinas Consulares
 - 7.700 Oficinas colaboradoras. En todos los municipios en los que no se ubique una Oficina General. Y, por tanto, se contará con instalaciones y materiales para ello.
- Punto de acceso en Ayuntamientos. En los municipios donde no se ubique una Oficina General, además de existir una oficina colaboradora, podrá existir un punto de acceso de Registro Civil en el Ayuntamiento.

5.2. Novedades en las competencias de las diferentes oficinas

5.2.1. Oficina Central

Pierde su carácter de “Registro supletorio”, supresión de la necesidad de recibir y archivar los duplicados consulares.

Aglutinan las cuestiones de reconocimiento y ejecución en España de los documentos públicos auténticos extranjeros.

Practicar la inscripción de fallecimiento de las personas de nacionalidad extranjera al servicio de las Fuerzas Armadas y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siempre que dicho fallecimiento hubiera ocurrido durante una misión u operación fuera de España.

La Oficina Central es la autoridad encargada en materia de cooperación internacional sobre Registro Civil en los términos previstos por los instrumentos internacionales aplicables en España y la presente Ley, con lo que se refuerza su papel en el ámbito del derecho internacional privado y público en relación con el resto de los organismos en esta materia, especialmente a Dirección General de Cooperación Jurídica Internacional y Derechos Humanos, también dependiente del Ministerio de Justicia.

5.2.2. Oficinas Generales

Son las sucesoras de los Registro Civiles Exclusivos y los Registro Civiles Municipales Principales.

Una Oficina General en cada población que sea sede de la capital de un partido judicial.

La tramitación se realizará en cualquier, salvo excepciones muy concretas, en materia de nacionalidad, autorización matrimonial y rectificación de errores.

Al frente de las mismas estarán como Encargados los Letrados de la Administración de Justicia.

5.2.3. Oficinas colaboradoras

Su regulación se encuentra en la Disposición adicional quinta, junto con el punto de acceso en Ayuntamientos, y no en el art. 20 de la Ley 20/2011, que lleva por título la estructura del Registro Civil, si bien aparece su mención el apartado segundo del precitado artículo.

No dictan resoluciones ni practican asientos, toda vez que no disponen de Encargado propio, perdiendo esta función el actual Encargado del Registro Civil Municipal Delegado, el Juez de Paz. El únicamente podría puede celebrar el matrimonio civil, de conformidad con lo previsto en el art. 51 del Código Civil, pero no resolver el procedimiento de autorización previo.

El personal al servicio en estas oficinas colaboradora puede depender orgánicamente de la Administración de Justicia o Ayuntamiento.

Novedad de esta Ley 20/2011, son los denominados punto de acceso en ayuntamientos, donde complementando la labor de las oficinas colaboradoras y para acercar a la ciudadanía y evitar la brecha digital de un registro electrónico, los ayuntamientos pueden solicitar la habilitación de los mismos para recibir por vía presencial y registran electrónicamente solicitudes y otra documentación necesaria para la tramitación de los procedimientos de Registro Civil.

5.2.4. Oficinas Consulares

Se encuentra en las ciento ochenta legaciones diplomáticas repartidas por todo el mundo, estarán a cargo de los Cónsules de España o, en su caso, de los funcionarios diplomáticos encargados de las Secciones consulares de la Misión Diplomática.

Siendo sus funciones:

- Inscribir los hechos y actos relativos a españoles acaecidos en su circunscripción consular, así como los documentos extranjeros judiciales y no judiciales y certificaciones de Registros Civiles extranjeros que sirvan de título para practicar la inscripción.
- Expedir certificaciones de los asientos registrales.
- Recibir y documentar declaraciones de conocimiento y de voluntad en materias propias de su competencia.
- Instruir el expediente previo de matrimonio, así como expedir los certificados de capacidad necesarios para su celebración en el extranjero.
- Comunicar a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública la legislación extranjera vigente en materia vinculada al estado civil de las personas

5.3. Normativa de derecho internacional privado

Con la Ley 20/2011 se recoge por primera vez la normativa de derecho internacional privado en el ámbito del estado civil y del Registro Civil.

En primer lugar, como marco para el análisis de esta materia normativa, el art. 94 de la Ley 20/2011 primacía del Derecho convencional y de la Unión Europea.

En segundo término y siendo que la norma general respecto al reconocimiento de las resoluciones extranjeras, es el exequatur y la aplicación Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, salvo aquellas materias que el derecho convencional o comunitario establezcan eficacia directa.

La Ley 20/2011, establece el mecanismo de reconocimiento incidental de las resoluciones, certificaciones y documentación extranjera en el seno de los procedimientos de Registro Civil, en los artículos

Ante el Encargado de Registro Civil, y cumpliendo los siguientes requisitos:

- Que el documento ha sido otorgado por autoridad extranjera competente conforme a la legislación de su Estado.
- Que la autoridad extranjera haya intervenido en la confección del documento desarrollando funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas en la materia de que se trate.
- Que el hecho o acto contenido en el documento sea válido conforme al ordenamiento designado por las normas españolas de Derecho internacional privado.
- Que la inscripción del documento extranjero no resulte manifiestamente incompatible con el orden público español.

Lo que supone, que, manteniendo las garantías y recursos para un reconocimiento formal del mismo, se posibilita y agiliza la realización del acto o hecho de estado civil que trae base en dicho documento o resolución extranjera, siendo que en la actualidad la existencia de un elemento extranjero es usual y frecuente en la práctica diaria de los Registros Civiles.

COMUNICACIONES

El necesario reconocimiento de la filiación legal transfronteriza para el respeto de la vida familiar

LORENA SALES PALLARÉS¹

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Castilla-La Mancha*

SUMARIO: 1. UN CONCEPTO EN PERPETUA CONSTRUCCIÓN. 2. LAS LIMITACIONES DEL MARGEN DE APRECIACIÓN Y EL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO. 3. LA FILIACIÓN Y SU RECONOCIMIENTO A EXAMEN. 4. PRIMERAS REFLEXIONES SOBRE LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS DE FILIACIÓN.

1. UN CONCEPTO EN PERPETUA CONSTRUCCIÓN

Enmarcando el debate de fondo del presente trabajo sobre el (para nosotros) necesario reconocimiento de la filiación legal transfronteriza, es incuestionable que ahora mismo no es posible hablar ya de un solo modelo de familia; ni en la realidad social europea ni en la realidad de la comunidad internacional en la que vivimos².

¹ Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i “El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica” - PID2020-113061GB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033. IP: M.^a Victoria Cuartero Rubio.

² Algunos estudios recientes sobre la propia manera de definir familia o los nuevos modelos de familia que emergen son VELOZA-MORALES, M. C., FORERO, E., RODRÍGUEZ-GONZÁLEZ, J. C., “Significados de familia para familias contemporáneas”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, Vol. 21, núm.1, 2023, pp. 1-19; CRUZ ÁNGELES, J., “La (de)construcción de las relaciones de filiación y paternidad a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, N.º Extra 17, Fascículo 2, 2022, pp. 550-575; CHÉLIZ INGLÉS, M.^a C., “Las uniones no matrimoniales y el derecho a la vida familiar en el ámbito de la Unión Europea”, *Revista Boliviana de Derecho*, N.º 35, 2023, pp. 14-33; CUARTERO RUBIO, M.^a V., VELASCO RETAMO-

La evolución social en la que estamos inmersos empuja hacia los límites al derecho y a los tribunales demandando una adecuación de las normas a la realidad que queremos vivir, y que no pueden ser más divergentes en el ámbito del derecho de familia. En parte puede explicar esto el hecho de que vivimos inmersos en una *sociedad líquida*³ en la que las referencias o las instituciones que nos han servido para anclarnos (la familia en nuestro caso) se diluyen sin que todavía hayamos acertado a diseñar otras que puedan ser consideradas equivalentes, lo que justifica la discrecionalidad y el margen de apreciación de los tribunales al que nos referiremos más adelante.

No solo hemos de revisar cómo hemos de responder a estos retos sociales, sino que debemos partir de un (re)planteamiento del propio término de familia⁴. ¿Qué alcance tiene hoy la noción de la familia desde un plano jurídico? ¿Cómo ponderar intereses en juego cuando no existe un con-

SA, J.M. (coords.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; ANDRADE SANTANA, M.^a J., “La protección de las familias monoparentales: ¿es la acumulación judicial de permisos una solución en derecho?: A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Social número 1 de Las Palmas de Gran Canaria 399/2022, de 29 de julio”, *CEFGestión: Revista de actualización empresarial*, N.º 294, 2023, pp. 49-56; SOLÉ RESINA, J., “El derecho a la familia que viene”, en SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Persona, familia y género: Liber Amicorum a M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 265-278; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La UE, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho de familia: ¿estribo, espuela o meros observadores?”, en SOLÉ RESINA, J. (coord.), *Persona, familia y género: Liber Amicorum a M.^a del Carmen Gete-Alonso y Calera*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 169-182; CRUZ ÁNGELES, J., *Derechos humanos y nuevos modelos de familia. Estudio en el marco de los sistemas europeo e interamericano de protección de derechos humanos*, Thomson Reuters Aranzadi, 2018.

³ Término este acuñado por ZYGMUNT BAUMAN en *Modernidad líquida*, México, Editorial Fondo de Cultura Económica, 2004, y que definió como aquella sociedad donde las condiciones de actuación de sus miembros cambian antes de que las formas puedan consolidarse en unos hábitos y en una rutina determinada. Sobre este tema me remito a SALES PALLARÉS, L., “Familia y autonomía de la voluntad: reflexiones desde una Europa cada vez más líquida”, en LORENTE MARTÍNEZ, I., HEREDIA SÁNCHEZ, L. (Coords.), ORTEGA GIMÉNEZ, A. (Dir.), *Europa en un mundo cambiante: estrategia Europa 2020 y sus retos sociales: una perspectiva desde el derecho internacional privado*, Pamplona, Aranzadi-Thomson-Reuters, 2021, pp. 159-168.

⁴ Un planteamiento centrado en los trabajos de TOFFLER sobre los valores que la “Tercera Ola” de la posmodernidad ofrecen sobre el concepto de familia puede consultarse en DAROS, W., “Familia y educación: una visión hacia el futuro desde la perspectiva de Alvin Toffler”, *Revista Tesis Psicológica*, Vol.10, N.º 1, 2015, pp. 86-101 así como en toda la obra del propio TOFFLER.

senso sobre el contenido común y homogéneo del derecho de familia? La respuesta a cualquiera de estas preguntas ha de partir necesariamente del hecho cierto de que no es posible dejar de evolucionar⁵ ni como individuos ni como sociedad. Pero al mismo tiempo resulta muy complejo que las normas que nos hemos establecido para regularnos evolucionen en los mismos términos o a la misma velocidad y que se adecuen a las necesidades y realidades del mundo actual.

Si pensamos en el derecho de familia, esta división entre lo legislado y lo vivido se nos aparece más divergente con mayor frecuencia, lo que ha implicado indefectiblemente en la creación *fáctica* de nuevas formas de vida familiar no siempre amparadas por la legislación, que constituyen para el derecho en general y para el derecho internacional privado en particular un reto constante.

Estamos abocados a una nueva realidad que fuerza las costuras entre el respeto a la vida familiar y la libertad de los Estados para preservar su

⁵ Cosa distinta será determinar la dirección y el sentido de esta evolución.

identidad nacional⁶ como muestran los asuntos *Pancharevo*⁷ o *Coman*⁸. Los

-
- ⁶ Como muestran los trabajos de MARISCAL GONZÁLEZ, A.L., PÉREZ MARTÍN, L.A., “Capítulo I. El TJUE, la libertad de circulación y la evolución del reconocimiento de la filiación en los Estados miembros”, en CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.), *El derecho de familia internacional del siglo XXI en la práctica judicial*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022; GOÑI URRIZA, N., “El ámbito de aplicación de las libertades europeas que afectan al derecho de familia y las relaciones entre el orden público de la UE y el de los Estados miembros”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 13, N.º 2, 2021, pp. 233-255; ROMBOLI, S., “El derecho a la identidad sexual en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre margen de apreciación nacional y creación de normas comunes”, *Revista catalana de dret públic*, N.º 63, 2021, pp. 232-249; REDONDO SACEDA, L., “El papel del artículo 8 CEDH en la construcción del margen de apreciación nacional y la doctrina de las obligaciones positivas del Estado”, *Anales de derecho*, N.º Extra 1, 2020, pp. 1-27; o en plano más general y planteando incluso el concepto de identidad europea para contrarrestar algunas dificultades que plantea esta identidad nacional, BON, P., “La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica”, *Revista española de derecho constitucional*, Año n.º 34, N.º 100, 2014, pp. 167-188; GARCÍA ROCA, F.J., BUSTOS GISBERT, R. (coords.), *Identidades europeas, Subsidiariedad e Integración*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022; CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, P., “La identidad constitucional de la Unión Europea: Una categoría jurídica en construcción”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Vol. 70, N.º 2, 2022, pp. 153-190; o STEIBLÉ, B., “Tribunal de justicia de la unión, tribunales nacionales y salvaguardia del estado de derecho en la UE”, *Revista de derecho constitucional europeo*, N.º 35, 2021.
- ⁷ STJUE de 14 de diciembre 2021, asunto C-490/20, *V.M.A. contra Stolichna Obshtina*, Rayon “Pancharevo”, ECLI:EU:2021:1008. Sobre el asunto remitimos a los recientes trabajos de SÁNCHEZ CANO, M.ª J., “La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia Pancharevo”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 14, N.º 2, 2022, pp. 1223-1233; ILESIC, M., “Negativa del Estado miembro de origen de una de las dos madres a expedir un certificado de nacimiento de una menor por falta de información sobre la identidad de la madre biológica: TJ, Gran Sala, S 14 Dic. 2021. Asunto C-490/20: V. . . y Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»”, *La Ley Unión Europea*, número 102, 2022; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad) (1): Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de diciembre de 2021, as. C- 490/ Pancharevo”, *La Ley Unión Europea*, número 102, 2022.
- ⁸ STJUE (Gran Sala) de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16, *Coman y otros*, ECLI:EU:C:2018:385. Sobre este asunto nos remitimos a los trabajos de JIMÉNEZ BLANCO, P., “La movilidad transfronteriza de matrimonios entre personas del mismo sexo: la UE da un paso (1): Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de junio de 2018, asunto C- 673/18: Coman”, *La Ley Unión Europea*, número 61, 2018; ÁL-

conceptos de vida privada y vida familiar o la noción de familia⁹ han sido perfilados en pronunciamientos poco discutibles del TEDH. Sin embargo, el tema del margen de apreciación de los Estados en relación con la extensión y concepto de vida familiar¹⁰ sigue dejando ángulos muertos en la protección de determinadas familias o en el ejercicio de la propia vida privada y familiar, particularmente con los problemas que entrañan los matrimonios entre personas del mismo sexo o las filiaciones derivadas de la gestación subrogada¹¹.

VAREZ GONZÁLEZ, S., “¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE?: A propósito de las conclusiones del Abogado General en el Asunto Coman”, *La Ley Unión Europea*, número 56, 2018; ROMBOLI, S., “El conflicto entre identidad nacional y derecho de la Unión Europea en el caso Coman: El tribunal de justicia añade otra pieza fundamental para la protección de las parejas homosexuales frente a la discriminación”, *Revista de derecho constitucional europeo*, N.º 33, 2020; REQUENA CASANOVA, M., “Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto Coman y otros”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año N.º 23, N.º 62, 2019, pp. 41-79; ILESIC, M., “Concepto de “cónyuge” en un matrimonio entre personas del mismo sexo a los efectos del derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros: TJ, Gran Sala, S 5 Jun. 2018. Asunto C-673: Coman y otros”, *La Ley Unión Europea*, número 61, 2018.

⁹ Me remito para un análisis jurisprudencial sobre la extensión y límites de estos conceptos mucho más amplia de la que aquí vamos a utilizar a la *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights. Right to respect for private and family life, home and correspondence*, elaborada por el Conseil de l’Europe/Cour européenne des droits de l’homme, 2023, cuya última actualización es de 28 de febrero de 2023.

¹⁰ Sobre las primeras manifestaciones de este principio nos remitimos a PASCUAL VIVES, F.J., “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”, *Anuario español de derecho internacional*, Vol. XXIX, 2013, pp. 220 y ss.

¹¹ Además de los trabajos citados anteriormente remitimos a los recientes trabajos sobre esta temática de: ORTIZ VIDAL, M.^a D., “El derecho de residencia en la Unión Europea de matrimonios entre personas del mismo sexo”, *Cuadernos europeos de Deusto*, N.º 62, 2020, pp. 127-154; OCHOA RUIZ, N., “Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto c. Fjölnisdóttir y otros c. Islandia, demanda N.º 71552/17, sentencia de 18 de mayo de 2021”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, N.º 9, 2021; GÖSSL, S.L., MELCHER, M., “Recognition of a status acquired abroad in the EU. – A challenge for national laws from evolving traditional methods to new forms of acceptance and bypassing alternatives”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 14, N.º 1, 2022, pp. 1012-1043; LÁZARO GONZÁLEZ, I.E., “El interés superior del niño en la jurisprudencia sobre la maternidad subrogada: una visión desde el derecho internacional privado”, en DUPLA MARÍN, M.^a T. (coord.), *Cuestiones actuales del derecho de familia: una visión inclusiva e interdisciplinar*, Tirant

2. LAS LIMITACIONES DEL MARGEN DE APRECIACIÓN Y EL ESTADO ACTUAL DEL DERECHO

El margen de apreciación nacional desarrollada por la jurisprudencia del TEDH¹² permite, si se dan determinadas condiciones, exceptuar y adoptar medidas restrictivas de derechos, *si están previstas por la ley y constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática*¹³. Entendió el TEDH en la elaboración de esta doctrina, que los Estados, como mejores conocedores del contexto y de la propia realidad nacional, debían tener cierta libertad para actuar sin que esta actuación mereciera un pronunciamiento condenatorio por atentar a derechos fundamentales¹⁴.

Entendiendo este equilibrio jurídico, ¿no podríamos plantearnos poder exigir justo lo contrario, es decir, no podrían ser los tribunales quienes im-

lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 363-382; RUIZ-RICO RUIZ, G.J., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) sobre maternidad subrogada y su aplicación al ordenamiento jurídico español”, en RUIZ-RICO RUIZ, G.J., RODRÍGUEZ RUIZ, B. (Coords.), *Género, derecho y tutela jurisdiccional: Visiones desde España y América Latina*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp.481-501.

¹² Sobre este concepto y su alcance *vid.* BARBOSA DELGADO, F.R., “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”, en FERRER MAC GREGOR, E., HERRERA GARCÍA, A. (Coords.), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre tribunales constitucionales y cortes internacionales: in memoriam Jorge Carpizo, generador incansable de diálogos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 1089-1118; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “El difícil equilibrio entre la globalización de los derechos y su contextualización desde la perspectiva de la doctrina del margen de apreciación nacional”, *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, Vol. 60, N.º 2, 2012, pp. 133-154; GARCÍA ROCA, F.J., *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Cívitas, 2010; GARCÍA ROCA, F.J., “La subsidiariedad y el margen de apreciación nacional como responsabilidades de los Estados y contrapesos a la armonización de los derechos por el TEDH”, en GARCÍA ROCA, F.J., BUSTOS GISBERT, R. (Coords.), *Identidades europeas, Subsidiariedad e Integración*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 29-62; REDONDO SACEDA, L., “El papel del artículo 8 CEDH...”, *op.cit.*; DOTHAN, S., TELLO MENDOZA, J.A., “La deferencia judicial permite que emerja el consenso europeo”, *Revista Derecho del Estado*, N.º 52, 2022, pp. 5-36.

¹³ Nos referimos en todo caso y por lo que aquí nos interesa al art.8 CEDH.

¹⁴ Se justificaba además en el hecho de que en una gran mayoría de los supuestos se trata de asuntos con un dilema moral, que afectan a un interés público relevante o a un asunto de política general o que suponen el ejercicio de una opción que se sitúa en el ámbito de las políticas sociales o económicas.

pusieran unos estándares de protección más altos de algunos derechos, de manera que se disminuyera el margen de apreciación y con ello ayudar a obtener un mayor nivel de aceptación social de algunos fenómenos como los que hemos enunciado¹⁵? Si el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, por ejemplo, sigue dependiendo de la voluntad del Estado, en la medida que no se le reconduzca a reconocer de manera gradual esta realidad la justiciabilidad de la protección a la vida privada y familiar quedará sesgada en el seno comunitario ya que atenderá a la voluntad del legislador nacional. Pero, es más, ¿dónde establecemos en casos como estos el umbral del consenso? En la Unión Europea se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo en quince de los veintisiete Estados miembros¹⁶, ¿significa por tanto que hay un consenso y que el margen de apreciación debería ser mucho más restringido? La realidad no confirma esta afirmación por lo que igual toca reequilibrar este margen de apreciación con el *consenso emergente*¹⁷. Esta doctrina es utilizada por el TEDH para dibujar los estándares mínimos de derechos humanos que son respetados por al menos *la mayoría* de los países europeos, de modo que al fijar o encontrar este “mínimo común múltiplo” si se me permite la analogía matemática, se exigirá a todos los Estados este mismo mínimo.

Asuntos como el ya mencionado *Pancharevo*, pero también otros como *Orlandi*¹⁸, *Menesson*¹⁹ o *Paradiso y Campanelli*²⁰ nos ofrecen un excelente ejemplo de cómo, cuando los casos presentan cuestiones morales o éticas, el margen de apreciación del que gozan los Estados es más amplio; y al mismo tiempo, por ello mismo, por basarse en consideraciones morales que no siempre están consensuadas en las sociedades en las que surgen,

¹⁵ Si bien referido al tema de la transexualidad, la misma opinión apunta ROMBOLLI, S., “El derecho a la identidad sexual...”, *op.cit.*

¹⁶ Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Suecia. Estonia lo ha aprobado en junio de 2023 y entrará en vigor en 2024. Frente a estos Estados encontramos otros 12 (Bulgaria, Chequia, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Polonia y Rumanía) que afrontan el tema de manera diversa: desde Italia o Grecia que permiten estas relaciones, pero a través de uniones civiles, hasta Letonia donde está prohibido constitucionalmente el matrimonio homosexual.

¹⁷ Vid. DOTHAN, S., TELLO MENDOZA, J.A., “La deferencia judicial permite que...”, *op.cit.*

¹⁸ STEDH *Orlandi y otros c. Italia*, n.º 26431/12; 26742/12; 44057/12 y 60088/12, de 14 de marzo de 2018.

¹⁹ STEDH *Menesson c. Francia*, n.º 65192/11, de 26 de junio de 2014.

²⁰ STEDH *Paradiso y Campanelli c. Italia*, n.º 25358/12, de 24 de enero de 2017.

son insuficientes por sí mismas para justificar la excepcionalidad a la no observancia del respeto del art.8 CEDH. En el seno de la Unión Europea, la falta de reconocimiento de la filiación de los menores nacidos por gestación subrogada hacia sus padres comitentes o del matrimonio entre personas del mismo sexo impiden de facto el ejercicio de la vida privada y familiar y las filiaciones derivadas de estas relaciones. Y es justamente esta falta de consenso lo que justifica el amplio margen de apreciación de los Estados²¹. La decisión prejudicial del TJUE al asunto *Pancharevo* buscaba una respuesta que reflejara cómo debía enfrentar Bulgaria esta situación, ya que de acuerdo con su derecho ni está permitido el matrimonio entre personas del mismo sexo ni la doble filiación materna.

Matrimonio y filiación de nuevo como reflejo de la puesta en práctica del derecho a la vida privada y familiar y su colisión con los márgenes de apreciación de los Estados, *el estado actual del derecho*²² y la realidad de los nuevos modelos de familia. Y todo ello teniendo en cuenta que si bien es cierto que es un buen asidero acudir a la legislación vigente del Estado desde el que nos encontremos revisando el asunto, lo es también que en la actualidad el Derecho es *gaseoso*²³, y el derecho de familia es especialmente *líquido*, así que el hablar del estado actual del derecho es poco menos que decir nada. Un simple pronunciamiento judicial podría provocar un punto de inflexión que tornara *sólido* el estado actual del derecho y todos los planteamientos hasta ese momento se tornarían inservibles.

Sin embargo, no parece que los tribunales, ni el TJUE ni el TEDH anden por esta labor y de la reciente jurisprudencia emanada de ambos

²¹ El TEDH mantuvo en *Evans c. Reino Unido*, n.º 6339/05 de 10 de abril de 2007, que, si no existe un consenso europeo sobre la protección de un determinado derecho humano, el margen de apreciación concedido a los países será más amplio que si existiera dicho consenso europeo.

²² Tanto el TJUE como el Tribunal Supremo español han condicionado las respuestas a situaciones como las que aquí describimos hablando de que, en el *estado actual del derecho* de los ordenamientos jurídicos en vigor, no es posible alcanzar otra solución que la denegación de la filiación o el no reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo. Así ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Gestación por sustitución y Tribunal Supremo español. Nota breve a la STS de 31 de marzo de 2022”, *Diario La Ley*, N.º 10069, Sección Tribuna, 16 de mayo de 2022, p.7.

²³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La Justicia europea no reconoce...”, *op.cit.*, p.3.

órganos se desprenden optimismos infundados y posteriores desengaños y expectativas frustradas²⁴.

3. LA FILIACIÓN Y SU RECONOCIMIENTO A EXAMEN

Con todo lo dicho hasta ahora, ¿es posible hablar hoy de respeto a la vida familiar transfronteriza? ÚRSULA VON DER LEYDEN²⁵ ha afirmado que, *si se es padre en un país, se es padre en todos los países*, aunque la propia Unión Europea reconoce que cerca de 2 millones de niños tienen en la actualidad problemas transfronterizos en el reconocimiento de su filiación²⁶. Esto implica que hoy entre nosotros viven menores que son *descendientes*, pero no *hijos*, de unos *progenitores* a quienes no se les tiene por sus *padres* o *madres*.

No es solo una cuestión lingüística: ser progenitora no es lo mismo que ser reconocida como madre. Porque las palabras no son inocentes y sí implican una ideología, una mentalidad... Como bien reflexionan HALIMI y COJEAN [*D]ejar pasar una palabra es tolerarla. Y de la tolerancia a la complicidad sólo hay un paso*²⁷. Y si dentro de la Unión Europea se permiten estas sutilezas estamos construyendo el respeto a la vida familiar y se resquebrajan algunas libertades que debían ser firmes pilares sobre los que edificar garantías y derechos de los ciudadanos europeos. Cuando nos acercamos al tema de la filiación surgen muchas salvaguardas, algunas lingüísticas, otras éticas. No querer que sean *hijos*, o no reconocer a un progenitor como *padre* o *madre* no es solo un modo de hablar, es imponer un único modo de entender la familia.

Aunque hasta ahora hemos hablado de los problemas derivados de nacimientos de hijos a través de la maternidad subrogada o sobre la falta de

²⁴ Desde planteamientos diferentes llegan a la similar conclusión ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La Justicia europea no reconoce...”, *op.cit.*, p.4 y POHL, J., “Sobre la exigibilidad judicial débil de los derechos sociales: escuchar al TEDH, o hacerlo decir”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45, n.º 3, 2018, p.711.

²⁵ En su discurso sobre el estado de la Unión Europea en septiembre de 2020, que puede consultarse aquí.

²⁶ Así se afirma en la Exposición de Motivos de la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, al derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo, COM (2022) 695 final de 7 de diciembre de 2022, p. 2.

²⁷ La cita está extraída del libro HALIMI, G., COJEAN, A., *Une farouche liberté*, Ed. Grasset, París, 2020.

reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo, lo cierto es que es la falta de reconocimiento de la filiación legal transfronteriza lo que subyace en mayoría de los asuntos jurisprudenciales aludidos. La filiación es un reto ineludible a día de hoy al que el derecho debe enfrentarse por variados motivos.

Si bien la regulación de la filiación no provoca dudas a nivel interno en la mayoría de los Estados miembros, los últimos años han puesto en primer línea pequeñas fisuras que sacan a la luz incertidumbres como resultado de una combinación de cambios en los modelos familiares y avances en la ciencia médica. Las diferentes velocidades de la sociedad y de los textos legislativos en los Estados miembros han provocado desajustes y dificultades al no desarrollarse todos los enfoques ni en la misma línea ni en la misma línea de tiempo. La uniformidad en un tema tan crucial como este no es algo de lo que podamos presumir.

Los enfoques de los Estados miembros sobre cuestiones como el establecimiento de la paternidad, las tecnologías y efectos de la reproducción asistida o los efectos de los contratos de maternidad subrogada sobre la filiación del menor así nacido han variado enormemente, dependiendo del entorno cultural, político y social del Estado al que nos estemos refiriendo. En 2021 el TEDH tuvo la oportunidad de conocer el caso *Valdís c. Islandia*²⁸ y consideró que la negativa a reconocer esta filiación suponía una interferencia al derecho a la vida familiar para las madres y el hijo *pero* que la misma era conforme a ley, en tanto que perseguía un fin legítimo (el no reconocimiento por parte de Islandia del contrato de gestación subrogada realizado en Estados Unidos). Es decir, la falta de reconocimiento de una relación familiar formal por parte de los tribunales islandeses había logrado un justo equilibrio entre el derecho de las demandantes al respeto de su vida familiar, por un lado, y los intereses generales que el Estado había tratado de proteger al prohibir el uso de la maternidad subrogada por otro. Por tanto, el Estado islandés había actuado dentro de los límites de su margen de apreciación en este ámbito no produciéndose una violación del art. 8 respecto al derecho de las demandantes al respeto de su vida privada y familiar, ya que en ningún momento vieron interrumpida su vida familiar de facto al disfrutar del menor en régimen de acogida. He de reconocer que tengo grandes dudas sobre si el permitir que ambas mujeres siguieran conviviendo con el menor a través de un acogimiento, situación que no garantizaba ni respaldaba la filiación fijada y reconocida en Estados Unidos,

²⁸ STEDH, *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*, n.º 71552/17, de 18 de mayo de 2021.

pueda entenderse como una realización (plena) de sus derechos a una vida familiar y privada. *Las palabras no son inocentes*, y no es lo mismo tener a un menor en acogimiento que ser la madre de ese menor por filiación legal determinada. Pivota toda la decisión sobre si se produjo violación o no del respeto a la vida familiar, pero no se valoró el caso desde la perspectiva de si se había vulnerado la vida privada *del menor* por falta de reconocimiento de la filiación por producirse esta por gestación subrogada, lo que hubiera arrojado un resultado distinto²⁹.

Poco a poco cristaliza la idea de que es imprescindible dejar de evitar el problema: hay que hallar el modo de que el reconocimiento, sobre todo de la filiación legal de los menores involucrados, se facilite en todos los Estados y a todos los efectos.

4. PRIMERAS REFLEXIONES SOBRE LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS DE FILIACIÓN

Aunque despacio, los hilos quieren empezar a tejerse esbozando un dibujo más cercano a la protección integral de la vida familiar, entendida y ajustada a los tiempos en los que estamos. Muestra de ellos son los pasos de la Conferencia de La Haya³⁰ y de la propia Unión Europea. El Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya³¹ ha centrado su propuesta en un instrumento general de derecho internacional privado sobre filiación jurídica, y un protocolo separado sobre la filiación legal establecida como resultado

²⁹ En el mismo sentido FARNÓS AMORÓS, E., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza”, *Revista de Bioética y Derecho*, Núm. 56, 2022, pp. 29-54; SALES PALLARÉS, L., “La pérdida del interés (superior del menor) ...”, *op.cit.*

³⁰ Vid. <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> y los trabajos sobre el instrumento que desde 2011 se vienen proponiendo.

³¹ En 2015, el Consejo de Asuntos Generales y Política (CGAP) de la Conferencia de La Haya decidió que se debía convocar un Grupo de Expertos para explorar la viabilidad de avanzar en el trabajo en esta área. Hasta ahora, las reuniones del Grupo de Expertos han tenido lugar en febrero de 2016, enero/febrero de 2017, febrero de 2018, septiembre de 2018, enero/febrero de 2019, octubre/noviembre de 2019, octubre de 2020 y febrero de 2021. En marzo de este mismo año el CGAP prorrogó el mandato del Grupo de Expertos por un año, para permitir la presentación de su informe final al CGAP en su reunión de 2023.

de acuerdos internacionales de subrogación³². La segunda ha publicado ya una propuesta de Reglamento sobre el reconocimiento de la paternidad entre los Estados miembros³³.

Si bien la primera reacción al conocer ambas propuestas fue enormemente esperanzadora por lo que significaban de avances en la obtención de una respuesta jurídica para todos los afectados por la falta de reconocimientos de filiaciones transfronterizas, el transcurso de las semanas ha provocado cierto desencanto³⁴.

A la espera de que conozcamos la propuesta de la Conferencia de La Haya, de la lectura del Informe Final podemos extraer algunas reflexiones. La primera de ellas es la constatación de que es imprescindible dotar de previsibilidad, certeza y continuidad a las filiaciones transfronterizas, ya que no hacerlo genera un *limping legal parentage*³⁵ que vulnera el derecho a la identidad para el menor fundamentalmente. Sin embargo, son conscientes de que estas filiaciones derivan de dos realidades a las que hay que hacer frente de manera separada, de tal manera que contemplan la elabo-

³² En octubre de 2023 aún no hay publicado Proyecto alguno, aunque el calendario de la Conferencia prevé una reunión del Grupo de Trabajo para los días 13 a 17 de noviembre de 2023. Sin embargo de momento puede consultarse el Final Report of the Experts' Group on the Parentage / Surrogacy Project: Parentage / Surrogacy Experts' Group: Final Report "The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage" <<https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>>.

³³ Doc. COM (2022) 695 final, Propuesta de Reglamento del Consejo, relativo a la competencia, al derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo, de 7 de diciembre de 2022 <https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:01d08890-76e7-11ed-9887-01aa75ed71a1.0019.02/DOC_1&format=PDF>. Sobre esta propuesta vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "La propuesta de reglamento europeo sobre filiación. Una presentación crítica", *Revista de Derecho Civil*, vol. X, núm.3, 2023, pp.171-200.

³⁴ Casi inmediatamente después de publicarse la propuesta de Reglamento Polonia avisaba del veto que plantearía a la propuesta en la medida que supusiera reconocer la filiación legal de hijos de parejas LGTBI obtenida en otro Estado miembro. Vid. Europapress/Internacional, *Polonia avisa que vetará la propuesta de la UE para reconocer la filiación de hijos de parejas LGTBI*, 9 de diciembre 2022 <<https://www.europapress.es/internacional/noticia-polonia-avisa-vetara-propuesta-ue-reconocer-filiacion-hijos-parejas-lgtbi-20221209185601.html>>.

³⁵ Esto es, la generación de una filiación establecida en un Estado pero no reconocida en otro país con el que la situación presenta conexión, de tal suerte que se genera una situación claudicante sobre la filiación.

ración de una Convención en materia de filiación y por otro lado abordar el tema de la gestación subrogada con Protocolo específico. Es este tema el que al menos inicialmente plantea más discusiones ya que si bien hay acuerdo sobre la exigencia de garantías a exigir para su reconocimiento, no la hay en cuanto al mecanismo técnico de Derecho internacional privado para implementarlas. Conviene ser prudente y esperar a ver la propuesta que presentan finalmente para poder valorar con verdaderos elementos concretos el resultado del Protocolo.

Por lo que respecta a la propuesta de Reglamento, tiene como aspecto clave que la filiación establecida en un Estado miembro de la UE deba ser reconocida en todos los demás Estados miembros sin ningún procedimiento especial. La dificultad (y el escepticismo) viene por ver cómo se articula en la práctica este reconocimiento. Y ello porque actualmente la jurisprudencia del TJUE en materia de libre circulación, ya establece que la filiación establecida en un Estado miembro debe reconocerse en todos los demás Estados miembros *a determinados efectos*: acceso al territorio, derecho de residencia, no discriminación con los nacionales... Sin embargo, no ocurre lo mismo con los derechos derivados del Derecho nacional, y esto es lo que se quiere corregir garantizando que la paternidad establecida en un Estado miembro sea reconocida en todos los demás Estados miembros *a todos los efectos*.

La propuesta de Reglamento determinará tanto la competencia judicial internacional³⁶, la ley aplicable³⁷, como el reconocimiento y la ejecución³⁸, a los que acompañará un Certificado Europeo de Filiación³⁹ facultativo que aspira a convertirse en un formulario normalizado uniforme con un contenido y efectos comunes en toda la Unión Europea.

La idea no solo es buena, es que es imprescindible para proteger a los 2 millones de menores que tienen “comprometida” su filiación actualmente y por ello debe avanzarse una valoración positiva. Pero va a ser muy difícil de articular un Reglamento (que ya nace con vetos antes de incluso leerse la propuesta) teniendo en cuenta los diferentes conceptos de familia que existen entre los Estados miembros, así como el margen del que siguen disponiendo los Estados en su normativa interna y el estado actual del derecho.

³⁶ Arts. 6 a 15 propuesta Reglamento.

³⁷ Arts. 16 a 23 propuesta Reglamento.

³⁸ Arts. 24 a 43 propuesta Reglamento.

³⁹ Arts. 46 a 57 propuesta Reglamento.

A pesar de ser consciente del optimismo infundado que nos produjo el paso adelante de la Propuesta de Reglamento del Consejo así como el Informe de la Conferencia de La Haya y que posiblemente ello nos conduzca a desengaños y expectativas frustradas, vale la pena seguir trabajando en un texto, comunitario o convencional, que proteja el derecho a la vida privada y familiar de los más de 2 millones de menores reconociendo, necesariamente, su filiación legal transfronteriza, ya *que en el Derecho internacional, el Derecho de la Unión y las legislaciones de los Estados miembros, todos los hijos tienen los mismos derechos sin discriminación*, por lo que la propuesta abarca el reconocimiento *de la filiación del hijo o de la hija con independencia de cómo se concibió o nació y del tipo de familia*⁴⁰.

⁴⁰ Considerando 21 Propuesta Reglamento.

Notarías, juras y promesas de nacionalidad: la incidencia de la libre circulación de documentos públicos en la Unión Europea

MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional y
Relaciones Internacionales
Universidad de Murcia*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DETERMINACIÓN DEL NOTARIO COMPETENTE PARA PRACTICAR LA JURA Y PROMESA DE NACIONALIDAD. 3. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DOCUMENTO EN EL QUE DEBE CONSTAR LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD RELATIVA A LA CONCESIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA. 4. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL. 5. PROYECCIÓN DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN MATERIA DE JURAS Y PROMESAS DE NACIONALIDAD. 6. CONSIDERACIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil ha supuesto la implantación de un nuevo modelo de Registro Civil único para toda España, informatizado y accesible electrónicamente¹. La entrada en vigor de la norma y de su novedoso sistema estuvo prevista, inicialmente, el 22 de julio de 2014. Sin embargo, como es sabido, la ley sufrió sucesivos aplazamientos y su *vacatio legis* se extendió hasta el 30 de abril de 2021.

En concreto, su Disposición final décima establecía que, hasta su completa entrada en vigor, el Gobierno se reservaba la posibilidad de adoptar las medidas y los cambios normativos que estimara necesarios en los ámbitos relativos a la organización y al funcionamiento de los Registros Civiles. Esta situación trajo como consecuencia la aprobación de la Ley 6/2021, de 28 de abril, por la que se modifica la Ley del Registro Civil².

¹ BOE núm. 175, de 22 de julio de 2011.

² BOE núm. 102, de 29 de abril de 2021.

En lo que interesa al presente trabajo, la norma introdujo un nuevo apartado tercero, en el art. 68, que posibilita que las declaraciones de voluntad relativas a la adquisición de la nacionalidad española por residencia, carta de naturaleza y opción, así como su recuperación, conservación o pérdida; y las declaraciones de voluntad relativas a la vecindad civil puedan realizarse, no sólo ante el Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil³, sino también ante Notario.

Esta decisión debe valorarse positivamente puesto que la acumulación de expedientes, debida en gran medida a la falta de medios materiales y personales de la que adolecen los Registros Civiles, podía demorar durante meses que el ciudadano extranjero fuera considerado, a todos los efectos, ciudadano español. La excesiva tardanza en la inscripción vulnera el legítimo derecho a acceder a la ciudadanía española de aquellos emigrantes que ya habían acreditado cumplir todos los requisitos para ello. Sirva como ejemplo, la no posibilidad de obtener una partida de nacimiento lo que implica la no expedición del DNI ni del pasaporte español.

Por el contrario, la formalización – mediante el acta correspondiente – de la jura y promesa de nacionalidad ante Notario es más ágil y rápida. Ahora bien, a este respecto, surgen dudas relativas a la práctica del procedimiento. Por esta razón, el presente trabajo reflexionará sobre qué Notario debe declararse competente para practicar la jura y promesa de nacionalidad; en qué tipo de documento tiene que constar tal información; si procede la inscripción en el Registro Civil y en qué términos; y, finalmente, sobre la incidencia de la libre circulación de documentos públicos en este escenario.

2. DETERMINACIÓN DEL NOTARIO COMPETENTE PARA PRACTICAR LA JURA Y PROMESA DE NACIONALIDAD

En primer lugar, cabe preguntarse qué Notario, en concreto, resultará competente para practicar la declaración de voluntad relativa a la concesión de la nacionalidad española por residencia. En principio, parecería que el interesado podría elegir a cualquier Notario, a su conveniencia, de los que ejercen la función pública notarial en nuestro país⁴.

³ CAZORLA GONZÁLEZ, M.J., *Adquisición de la nacionalidad por descendientes españoles*, Ed. Reus, Madrid, 2011, p. 141.

⁴ Arts 3 y 126 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado (BOE núm. 189, de 7 de julio de 1944).

No obstante, la Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 22 de diciembre de 2021⁵, ha determinado que estas declaraciones de voluntad únicamente pueden realizarse ante el Notario competente del lugar del domicilio en España del solicitante que figure en la resolución de concesión. Por tanto, si el interesado reside por ejemplo en la calle Betis de Sevilla y así lo hizo constar en su solicitud de concesión de nacionalidad, sólo podrá firmar su escritura ante un Notario de Sevilla.

Al hilo de esta afirmación, en el caso de que el interesado hubiere cambiado de domicilio durante el proceso y el actual no coincida con el que figura en la resolución de concesión de la nacionalidad española, deberá acreditar dicho cambio para poder justificar la competencia del Notario del lugar en el que reside. En concreto, la Instrucción mencionada señala que la aportación de un certificado de empadronamiento (en el que se indique la antigüedad) será prueba suficiente porque le permitirá demostrar que el cambio de domicilio es anterior a la fecha de resolución positiva de concesión de la nacionalidad.

3. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DOCUMENTO EN EL QUE DEBE CONSTAR LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD RELATIVA A LA CONCESIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA

La Instrucción exige que la declaración de voluntad relativa a la nacionalidad española por residencia se recoja en escritura pública. En particular, dicha escritura pública debe contener: la jura o promesa por el interesado de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución y a las Leyes y, sólo en los casos en los que proceda, la renuncia a la nacionalidad anterior⁶; la solicitud de determinación de nombre y apellidos, de acuerdo

⁵ Instrucción de 22 de diciembre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por la que se establecen criterios para la aplicación en las Notarías, de las previsiones contenidas en el artículo 68.3 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, en relación con las declaraciones derivadas de las concesiones de nacionalidad por residencia <<https://www.mjusticia.gob.es/es/Ciudadano/Nacionalidad/Documents/Instruccion%20DGSJFP%20Notarias%20declaraciones%20nacionalidad%20residencia.pdf>>. [Consulta: 14/02/2023]

⁶ Los ciudadanos extranjeros que sean naturales de Andorra, Filipinas, Francia, Guinea Ecuatorial, Portugal, los países iberoamericanos (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Ecuador, Guate-

con el modelo previsto en el Anexo I de la referenciada Instrucción⁷; y la manifestación de por qué vecindad civil opta, según con lo establecido en el art. 15.1 del Código Civil. En relación con este último elemento, la elección del interesado es importante porque, como es sabido, su decisión condicionará la aplicación de la normativa civil (común o autonómica) a otros ámbitos de su vida, tal y como podría ser la sucesión hereditaria o su régimen económico matrimonial.

Además, la escritura pública podrá verse acompañada de otra documentación, en función de las circunstancias personales y específicas del interesado⁸. Valga como ejemplo, que éste sea menor de edad o una persona con discapacidad. Dicha documentación se incorporará a la escritura pública mediante testimonio, con la salvedad de que baste con su reseña y juicio de suficiencia por parte del Notario.

En otro orden de cosas, pero relacionado con lo anterior, cabe recordar que la concesión de la nacionalidad española por residencia caduca a los 180 días siguientes a su notificación (art. 21.4 Código Civil). Por este motivo, el interesado está obligado a presentarse en la Notaría antes de su vencimiento⁹. Ahora bien, si no lo hiciera, cabe preguntarse qué consecuencias jurídicas derivarían de su no comparecencia.

En principio, superado cualquier plazo de caducidad, no resulta posible el ejercicio del derecho por parte de su titular. La caducidad extingue el

mala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, El Salvador, Uruguay y Venezuela) y los sefardíes originarios de España quedarán exentos de la renuncia a su nacionalidad de origen en virtud de los Convenios de doble nacionalidad firmados entre estos países y España.

⁷ En este sentido, véase también la Instrucción de 23 de mayo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007).

⁸ Se detalla la documentación necesaria que debe acompañar a dicha escritura pública en el Anexo II de la Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 22 de diciembre de 2021; en la Circular de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública sobre los trámites de jura e inscripción de la nacionalidad española por residencia (5 de marzo de 2021) y en la Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia (BOE núm. 246, de 11 de octubre de 2016).

⁹ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Leyes Civiles de España*, Ed. Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2018, p. 445.

derecho y la acción. Por consiguiente, el Notario tendría que comunicar este hecho al interesado y a la Oficina del Registro Civil que corresponda, con la finalidad de que ésta dictara, en su caso, una resolución de caducidad de la concesión.

Sin embargo, la Instrucción citada al inicio del presente trabajo establece que existe la posibilidad de acompañar a la resolución de concesión de la nacionalidad un justificante de notificación que acredite su realización en un plazo mayor al indicado, aunque no determina en qué supuestos. En este caso, el cómputo del plazo de los 180 días empezaría a contar a partir del siguiente a la fecha que conste en el propio justificante de notificación.

A ello hay que añadir que, aun cuando, como regla general, un plazo de caducidad no podrá ser interrumpido por ninguna acción del titular, la Instrucción sí permite que la solicitud de jura o promesa formulada ante Notario suspenda el mencionado plazo de caducidad mientras se resuelve sobre la misma.

4. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

La Ley 20/2011 del Registro Civil establece que, una vez firmada la escritura pública en la que se haya formalizado el juramento o promesa de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución Española, el Notario otorgante remitirá una copia auténtica de ésta a la Oficina General del Registro Civil, a los efectos de que el Encargado del Registro Civil practique su inscripción (arts. 22 y 35 LRC 2011).

El Encargado del Registro Civil procederá a la inscripción, previa calificación de la competencia del Notario, la legalidad de las formas extrínsecas – lo que incluye el testimonio de los documentos que éste debe validar – y la congruencia con los asientos del Registro Civil, tal y como podría ser la correcta expresión del nombre y apellidos.

Ahora bien, hasta que el Ministerio de Justicia apruebe, mediante resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, la entrada en servicio efectiva de las aplicaciones informáticas que permitan el funcionamiento del Registro Civil de forma íntegramente electrónica, el Notario debe *sobrevivir* a esta fase transitoria de implantación progresiva¹⁰.

¹⁰ Véase la disposición transitoria cuarta y, en coherencia con ésta, las disposiciones transitorias octava y décima de la Ley 20/2011 del Registro Civil.

En concreto, el Notario tiene que *convivir* con dos leyes distintas (la Ley del Registro Civil de 1957 (basada en Hechos-Secciones) y la Ley del Registro Civil de 2011 (fundamentada en la creación de un registro individual)) y dos sistemas informáticos (INFOREG – DICIREG), además de Libros manuscritos. Ello se debe a que la incorporación de datos al nuevo sistema informático – DIRIREG – se realizará paulatinamente, conforme se practiquen nuevos asientos y/o a través de la suma de los antecedentes.

Ante esta situación, a pesar de que la Ley del Registro Civil de 2011 ha entrado completamente en vigor, ésta no se aplicará en las Oficinas hasta que existan condiciones de funcionamiento adecuadas y se dicte una resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública para ordenar su puesta en marcha. A lo anterior hay que añadir que, mientras no se apruebe el nuevo Reglamento de desarrollo de la Ley del Registro Civil, se estará a lo dispuesto en la propia Ley del Registro Civil y, supletoriamente, a lo establecido en la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas¹¹ y en el Reglamento del Registro Civil de 1958¹².

En consecuencia, en lo que atañe a las juras y promesas de nacionalidad realizadas ante Notario, se produce un doble tratamiento de la operativa práctica¹³. La Instrucción de la Dirección General, de 16 de septiembre de 2021, así lo evidencia¹⁴. En las Oficinas que tengan implantado DICIREG

¹¹ BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015. El art. 88.2 de la Ley 20/2011 afirma que la tramitación de los procedimientos registrales se ajustará a las reglas previstas en la Ley 39/2015, en los términos que reglamentariamente se dispongan.

¹² BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 1958. Las normas procedimentales recogidas en este Reglamento – que no afecten a la estructura y organización del Registro Civil – resultarán aplicables porque dicho Reglamento no fue expresamente derogado por la Disposición derogatoria de la Ley 20/2011.

¹³ BARRIO DEL OLMO, C.P., “Incidencias tras la completa entrada en vigor de la Ley del Registro Civil”, *Revista El Notario del Siglo XXI*, núm. 100, noviembre-diciembre 2021.

¹⁴ Instrucción de 16 de septiembre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por la que se acuerdan las pautas y criterios para apoyar la entrada en servicio efectiva de la aplicación informática DICIREG, a partir de la entrada en funcionamiento de la primera oficina conforme a las previsiones contenidas en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2021).

– tal y como sucede en Madrid¹⁵, Barcelona¹⁶ y Murcia¹⁷ – el Notario remitirá el documento al sistema de tramitación de los expedientes y, desde ahí, se trasladará a la Oficina del Registro Civil para su inscripción, sin que sea necesario que el interesado comparezca ni se preocupe por ninguna otra gestión. Prueba de ello es que se le avisará de la disponibilidad de la certificación de nacimiento y de la certificación de nacionalidad mediante correo electrónico y podrá acceder a ellas a través de la página web del Ministerio de Justicia. Posteriormente, el interesado podrá pedir cita, como cualquier otro ciudadano español, a la Dirección General de la Policía para solicitar su DNI o su pasaporte.

Por el contrario, en las Oficinas del resto del territorio nacional – que todavía no tienen implantado el sistema informático DICIREG –, el Notario enviará dicha documentación por correo postal certificado con acuse de recibo y en la Oficina calificarán la escritura otorgada ante Notario y, si procede, se extenderá el asiento o asientos.

5. PROYECCIÓN DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EN MATERIA DE JURAS Y PROMESAS DE NACIONALIDAD

Finalmente, cabe analizar si las certificaciones de nacimiento y de nacionalidad, expedidas por el Encargado del Registro Civil español, pueden ser reconocidas, como tales, en los demás Estados miembros de la Unión Europea.

¹⁵ Resolución de 29 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por la que se acuerda la entrada en servicio efectiva de la aplicación informática *Dicireg* en la Oficina General de Madrid, para el funcionamiento de la misma, conforme a las previsiones contenidas en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 189, de 9 de agosto de 2021).

¹⁶ Resolución de 18 de noviembre de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por la que se acuerda la entrada en servicio efectiva de la aplicación informática *Dicireg* en la Oficina General de Barcelona, para el funcionamiento de la misma, conforme a las previsiones contenidas en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 2021).

¹⁷ Resolución de 13 de junio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, por la que se acuerda la entrada en servicio efectiva de la aplicación informática *Dicireg* en las Oficinas del Registro Civil del partido judicial de Murcia, para el funcionamiento de las mismas conforme a las previsiones contenidas en la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (BOE núm. 144, de 17 de junio de 2022).

El Reglamento 2016/1191 establece que los documentos públicos expedidos por las autoridades de un Estado miembro – de conformidad con su Derecho nacional y cuyo principal objetivo sea establecer el nacimiento y la nacionalidad – quedarán exentos de toda forma de legalización o trámite similar (Considerando 6 y artículos 2.1.a) y l) y 4 Reglamento 2016/1191)¹⁸.

Por tanto, el Reglamento 2016/1191 garantiza la libre circulación de la certificación de nacimiento y de la certificación de nacionalidad, ambas expedidas por el Encargado del Registro Civil español, en los casos en los que el ciudadano español quisiera presentarlas y hacerlas valer ante la autoridad de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea. A este respecto, las certificaciones de los asientos practicadas por el Encargado del Registro Civil español no serán tratadas en otros Estados miembros como decisiones procedentes de un país tercero.

Esta situación es aceptada por todos los Estados miembros de la Unión Europea y debe valorarse positivamente porque respeta los principios de libre circulación de la ciudadanía de la Unión¹⁹ y el de confianza mutua que, en este escenario, se erige sobre dos pilares²⁰: la presunción general de

¹⁸ Reglamento (UE) 2016/1191, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento (UE) N.º 1024/2012 (DOUE Núm. L 200/1, de 26 de julio de 2016). En relación con la posible aplicación preferente y compatibilidad con otros instrumentos normativos aplicables en este ámbito, puede verse el trabajo de FONT I MÁS, M., “El Reglamento (UE) 2016/1191: hasta dónde (no) alcanza la libre circulación de documentos públicos en la UE y en España”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo XXII, 2022, pp. 125-129.

¹⁹ Véase en este sentido, la STJUE (Gran Sala), de 14 de diciembre de 2021, as. C-490/20, *Pancharevo*: “...en el caso de un menor ciudadano de la Unión cuyo certificado de nacimiento expedido por las autoridades competentes del Estado miembro de acogida designa como progenitores a dos personas del mismo sexo, el Estado miembro del que el menor es nacional está obligado, por una parte, a expedirle un documento de identidad o un pasaporte sin exigir la expedición previa de un certificado de nacimiento por sus autoridades nacionales y, por otra parte, a reconocer, al igual que cualquier otro Estado miembro, el documento procedente del Estado miembro de acogida que permita al menor ejercer con cada una de esas dos personas su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”.

²⁰ GUZMÁN ZAPATER, M., “La libre circulación de documentos públicos en materia de estado civil en la UE: el Reglamento UE 2016/1191 del PE y del Consejo”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 41, 2017, pp. 167-168.

autenticidad de algunos documentos públicos y el sistema de cooperación entre autoridades para aquellos supuestos en los que surjan dudas sobre la autenticidad del documento²¹.

Ahora bien, a estos efectos, el Reglamento 2016/1191 define qué debe entenderse por “documento público” y por “autoridad pública” (arts. 3.1 y 3.2 Reglamento 2016/1191, respectivamente). En lo que aquí interesa, las certificaciones relativas al nacimiento y a la nacionalidad, expedidas por las autoridades registrales españolas, a partir de los asientos que constan en el Registro Civil español, pueden enmarcarse en los anteriores conceptos autónomos²².

En consecuencia, tales certificaciones tendrán la misma autenticidad que los documentos públicos nacionales equivalentes²³: se aceptará como verdadera la autenticidad de la firma, la calidad en la que ha actuado el signatario del documento y la identidad del sello o timbre que figure en el mismo.

Al hilo de esta afirmación y de acuerdo con lo establecido en el Reglamento 2016/1191, la norma no obligará a las autoridades de un Estado miembro a expedir documentos públicos que no existan en virtud de su Derecho nacional y no afectará al reconocimiento en un Estado miembro de los efectos jurídicos relacionados con el contenido de un documento público expedido en otro Estado miembro (Considerando 7 y Considerando 18 *in fine* y art. 2.4 Reglamento 2016/1191, respectivamente).

²¹ Véase el Capítulo IV “Solicitudes de información y cooperación administrativa” del Reglamento UE 2016/1191. En un sentido similar se expresó la STJUE de 2 de diciembre de 1997, as. C-336/94, *Dafeki*, FD. 19: “...las autoridades administrativas y judiciales de un Estado miembro están obligadas a respetar las certificaciones y documentos análogos relativos al estado civil de las personas que emanen de las autoridades competentes de los demás Estados miembros, a menos que existan indicios concretos, referidos al caso de que se trate, que hagan dudar seriamente de su exactitud”.

²² DIAGO DIAGO, M.P., “La circulación de documentos públicos en situaciones transfronterizas: la tensión entre la seguridad jurídica y la reducción de las cargas para el ciudadano”, *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales Vitoria-Gasteiz*, núm. 1, 2019, p. 109. Muy interesante la observación de la autora sobre las actas notariales y el posible conflicto de calificaciones si el operador jurídico se atiene al diferente significado que el acta notarial recibe en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros y que no aparece definido en el texto del Reglamento 2016/1191.

²³ *Vid.* DIAGO DIAGO, M.P., “La circulación de documentos públicos en situaciones transfronterizas: la tensión entre la seguridad jurídica y la reducción de las cargas para el ciudadano”, *op. cit.*, p. 112.

Por consiguiente, el Reglamento 2016/1191 diferencia, respecto de un mismo documento público, la producción de efectos jurídicos relativos a su contenido y la generación de aquellos vinculados a su autenticidad, operando sobre este último extremo. De esta manera se garantiza la libre circulación de documentos públicos auténticos que son exigibles para poder acceder a un derecho, tal y como podría ser la solicitud de una prestación social, la recepción de un servicio, la cumplimentación de un trámite de extranjería o nacionalidad y, si procede, el ejercicio del derecho de voto²⁴.

En este contexto y, en particular, en lo que interesa al presente trabajo, una vez practicada la jura o promesa de nacionalidad ante Notario, el ciudadano podrá acceder a su certificación de nacionalidad y de nacimiento – previa inscripción del asiento por parte del Encargado del Registro Civil español – y solicitar, respecto de esta última, el impreso estándar multilingüe sobre nacimiento (art. 7 y Anexo I Reg. 2016/1191).

El ciudadano podrá presentar su certificado de nacimiento expedido por el Encargado del Registro Civil español y el impreso multilingüe que lo acompaña ante las autoridades de cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea, sin necesidad de superar el trámite de la legalización o similar. Incluso queda eximido de soportar la traducción del documento, a menos que la autoridad del Estado miembro ante la que se presente el documento público estime que la información recogida en el impreso no es suficiente para tramitar el certificado de nacimiento (art. 6.1.b) Reglamento 2016/1191).

Ahora bien, la aceptación o admisibilidad de los certificados de nacionalidad y de nacimiento por parte de las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea no los obliga a reconocer los efectos jurídicos que derivan del contenido del documento público, tal y como se indicó con anterioridad. Por tanto, la autoridad competente del Estado miembro de recepción podrá rehusar los efectos que se pretenden conseguir con el documento, si éste no satisface los requisitos de Derecho internacional privado previstos en su ordenamiento jurídico interno²⁵.

²⁴ Vid. DIAGO DIAGO, M.P., “La circulación de documentos públicos en situaciones transfronterizas: la tensión entre la seguridad jurídica y la reducción de las cargas para el ciudadano”, *op. cit.*, p. 86.

²⁵ Vid. FONT I MÁS, M., “El Reglamento (UE) 2016/1191: hasta dónde (no) alcanza la libre circulación de documentos públicos en la UE y en España”, *op. cit.*, p. 113.

Sin embargo, ello no es óbice para poder afirmar que la creación de una norma de Derecho de la Unión Europea que asegure la libre circulación de los documentos públicos que acreditan la nacionalidad y el nacimiento – produciendo los efectos jurídicos que le conceda la autoridad del Estado miembro de recepción – responde al proceso de integración perseguido como objetivo por la Unión Europea y al respeto del principio de la seguridad jurídica internacional en las situaciones transfronterizas; Amén de las ventajas que supone para el ciudadano en cuanto a la tramitación y los costes a ella anejos.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La introducción del nuevo apartado tercero del art. 68 en la Ley 20/2011, del Registro Civil, debe valorarse positivamente (art. único.14 de la Ley 6/2021). Ello se debe a que la práctica de jura y promesa de nacionalidad ante Notario agiliza el procedimiento, lo que sin duda beneficia al solicitante que ya ha acreditado todos los requisitos para poder acceder a la ciudadanía española.

Ahora bien, se han planteado interrogantes sobre la práctica del procedimiento. A este respecto, el presente trabajo concluye que, en este marco, sólo es competente el Notario del lugar del domicilio en España del solicitante que figure en la resolución de concesión de la nacionalidad española por residencia y que la jura y promesa de nacionalidad debe constar en escritura pública, debiendo el Notario otorgante remitir copia auténtica de ésta a la Oficina General del Registro Civil, a los efectos de que el Encargado del Registro Civil practique su inscripción.

Al hilo de esta afirmación cabe señalar que la mayoría de los Notarios de nuestro país están obligados a soportar un doble tratamiento de la operativa práctica porque el nuevo sistema informático DICIREG – que permite el funcionamiento del Registro Civil de manera íntegramente electrónica – sólo se ha implantado en Barcelona, Madrid y Murcia. Esta situación conduce a que sean muchos los Notarios que tienen que operar, en el ejercicio de su actividad profesional, con libros manuscritos, dos sistemas informáticos y dos leyes distintas de Registro Civil (1957 y 2011).

Por otro lado, cabe destacar que, en virtud de lo establecido en el Reglamento 2016/1191, el ciudadano podrá presentar y hacer valer su certificado de nacimiento expedido por el Encargado del Registro Civil español y el impreso multilingüe que lo acompaña ante las autoridades de otro Estado miembro de la Unión Europea, sin necesidad de superar el trámite de la legalización ni, como regla general, la traducción del documento. En particu-

lar, dicha certificación de nacimiento tendrá en los demás Estados miembros la misma autenticidad que el documento público nacional equivalente.

Los beneficios de la libre circulación de documentos públicos en la Unión Europea en el ámbito de este estudio son evidentes. Entre ellos cabe señalar dos: el refuerzo que entraña para los principios europeos de confianza mutua y de seguridad jurídica internacional y las ventajas que otorga a los ciudadanos. En concreto, la reducción y la simplificación de los costosos trámites administrativos que se generan en este ámbito, especialmente los de carácter temporal y económico. Ello contribuye a la simplificación de la tramitación que se ha agilizado con la función otorgada a los Notarios en el procedimiento y que, desde esta perspectiva, es bienvenida.

¿Y si el TJUE hubiese reconocido la homoparentalidad? Hipótesis, retos, problemas y oportunidades

LUCAS ANDRÉS PÉREZ MARTÍN*

Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: 1. ¿SERÍA POSIBLE RECONOCER LA FILIACIÓN HOMOPARENTAL? 2. HIPÓTESIS. 3. RETOS. 4. PROBLEMAS. 5. OPORTUNIDADES. 6. CONCLUSIÓN.

1. ¿SERÍA POSIBLE RECONOCER LA FILIACIÓN HOMOPARENTAL?

La doctrina del TJUE en el fallo de los casos *Pancharevo* y *Rzeczchnik*¹ es clara. Si bien consideramos que en algunos apartados de su texto va más allá y reconoce una relación filial entre las niñas y las madres², en los fallos solo obliga a los Estados que no admiten la homoparentalidad a reconocer el ejercicio de la libertad de circulación de las niñas con las dos mujeres con las que tienen relación familiar en España, pero sin reconocer el resto de los efectos y derechos de esta relación familiar³. Ya hemos expuesto

* lucas.perez@ulpgc.es. Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i PID2021-123452OB-I00 (GENDERMOB) del Programa estatal de Generación del Conocimiento, financiado por el Ministerio de Economía e Innovación.

¹ Auto TJUE 24 junio 2022, asunto C-2/21, Caso *Rzeczchnik*, ECLI:EU:C:2022:502. STJUE 14 diciembre 2021, asunto C-490/20, Caso *Pancharevo*, ECLI:EU:C:2021:1008.

² Sobre la contradicción entre el texto y el fallo hemos expuesto nuestra opinión en PÉREZ MARTÍN, L. A., “Doctrina del TJUE en *Pancharevo* y *Rzeczchnik*: un paso atrás en el ejercicio de los derechos europeos”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2022, pp. 501-505.

³ Apartados 57 de la sentencia y 45 del auto: “En efecto, tal obligación no supone que el Estado miembro del que es nacional la menor contemple en su Derecho nacional la parentalidad de personas del mismo sexo ni que reconozca, con fines

nuestra posición crítica de fondo respecto a dicha posición del Tribunal en el trabajo citado en la nota tercera, pero en este volumen que analiza los retos y oportunidades del Derecho de familia actual nos atrevemos a dar un paso más allá y plantear la hipótesis de si hubiese sido posible que el TJUE hubiese reconocido la homoparentalidad en ambas resoluciones.

El trabajo profundiza en el análisis de un futurible que aún no ha ocurrido. Planteo una hipótesis de pasado-futuro sobre la resolución de un próximo caso de homoparentalidad. Pasado porque propongo emplear de conejillo de indias un supuesto muy similar a un caso ya resuelto, *Rzeckhnik*, pero en otro Estado miembro, Rumanía. Futuro porque lo traslado a otro escenario del actual en el que se pudiesen defender tesis distintas a las hasta ahora sostenidas por el TJUE. Para ello seguiré el orden del título que propongo, que como se aprecia juega con el tema del actual volumen sobre la actualidad del Derecho de familia, reflexionando sobre hipótesis, retos, problemas y oportunidades de esta propuesta.

2. HIPÓTESIS

La hipótesis de la que se parte es que el caso *Rzeckhnik*, que aquí llamaremos EAB, se plantea, de nuevo, ante el TJUE. La filiación homoparental no cesará de tener actualidad por múltiples motivos⁴, y por ello volvemos a plantearlo con unos hechos que probablemente podrán ser similares a los que ha estudiado hasta ahora el Tribunal. Un matrimonio formado por una mujer, en este caso rumana (AA) y una belga (BB) inscribieron una niña (EAB) como hija de ambas en el registro civil español⁵. En el orden

distintos del ejercicio de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a la menor, el vínculo de filiación entre ella y las personas mencionadas como progenitoras en el certificado de nacimiento emitido por las autoridades del Estado miembro de acogida”.

⁴ Como veremos en el presente trabajo será un tema de absoluta actualidad en la UE en los próximos años tanto en el ámbito legislativo de la Unión y de los Estados miembros, en el que ya lo es, como en el político o en el social, y estas circunstancias abocarán a que, en el jurisprudencial quizás también. Por ello creemos que el TJUE podrá volver a tener que plantearse en el futuro, posiblemente con otros planteamientos como el que aquí traemos.

⁵ Rumanía no admite ni el matrimonio ni la filiación de personas del mismo sexo. Al respecto de esta regulación en el derecho de los Estados miembro, *vid.* apartado 75 de las conclusiones de la Abogada General Kokott en el caso *Pancharevo* de 15 de abril de 2021, ECLI:UE:C:2021:296.

de los apellidos deciden que como primer apellido tendrá el de su madre rumana y como segundo el de su madre belga. Tras esto solicitan la inscripción de la certificación de nacimiento expedida por las autoridades españolas de EAB en el registro civil rumano. El Estado rumano se niega a inscribir a la menor y finalmente, tras una serie de recursos y dado el debate que se estará produciendo por el tema cuando surja el caso, se inicia una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE.

Pero este caso EAB, en lugar de ser resuelto, en aplicación del art. 99 de su Reglamento de procedimiento del TJUE⁶, sin nuevo informe de Abogada General y con la misma argumentación que el caso *Pancharevo*, sí que provoca un inicio del procedimiento ordinario, con nuevas conclusiones y una sentencia quizás en otro sentido, que no divida, y para nosotros desnaturalice, las obligaciones que el TJUE le impone al Estado miembro de la nacionalidad de la menor. Recordemos brevemente que el Tribunal en su doctrina actual impone a los Estados que no reconocen la homoparentalidad dos obligaciones diferentes y separadas entre ellas que se reconocen y deben ejecutar de forma independiente⁷. Estas son las de, en primer lugar, que el Estado miembro del que la menor es nacional está obligado a expedirle un documento de identidad o un pasaporte sin exigir la expedición previa de un certificado de nacimiento por sus autoridades nacionales, aunque su derecho así lo obligase. En segundo lugar, por otro lado, y desligada de la primera obligación, el Estado de su nacionalidad debe reconocer, al igual que cualquier otro Estado miembro, el documento procedente del Estado miembro de acogida que permita a la menor ejercer su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros “con cada una de esas dos personas”, aunque no se les reconozca como madres⁸.

⁶ Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. DOUE Núm L 265 de 29 de septiembre de 2012, p. 1.

⁷ Sobre las consecuencias de esta forma de reconocimiento de la filiación, *vid.* ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “La Justicia europea no reconoce el derecho de los hijos de parejas LGTBI en toda la UE (o la Justicia europea no obliga a los Estados miembros a reconocer la homoparentalidad)”, *La Ley Unión Europea* n° 102, abril 2022, N° 102, pp. 1-18.

⁸ Y por ello para nosotros en la actualidad el Derecho de la UE no reconoce plenamente la filiación homoparental. Algunas voces han expresado que sí lo hace, y en este trabajo resumiremos las posturas de la doctrina al respecto, pero en nuestra opinión este reconocimiento no se ha dado. De la misma opinión es la propia Comisión en su planteamiento de nuevo Reglamento sobre homoparentalidad cuando refleja en su apartado primero que: “El Derecho de la Unión ya exige a los Estados miembros que reconozcan la filiación del hijo o de la hija determina-

Como recogimos anteriormente, toda vez que ya hemos analizado las contradicciones intrínsecas que supone separar estas obligaciones, en el presente trabajo estudiamos si en el futuro se podría lograr la argumentación de una resolución que sí reconozca la filiación homoparental en una Unión Europea con muy diferentes derechos de familia, sin que este reconocimiento en nuestra hipotético supuesto suponga una vulneración la identidad nacional rumana⁹. Esta propuesta provoca varios retos que ahora especificaremos, nos obliga en esencia a solventar tres problemas básicos sobre la argumentación de las resoluciones previas, y presenta interesantes oportunidades para la aplicación del Derecho europeo en el futuro.

3. RETOS

Los retos que plantea esta propuesta de cambio jurisprudencial son básicamente cuatro. El primero de ellos es cómo lograr una argumentación que sí reconozca la homoparentalidad en toda la Unión que salve la distancia que presenta con las actuales posiciones del TJUE y de la abogada Kokott. Ambos afirman en *Pancharevo* que el reconocimiento de la homoparentalidad para fines vinculados al disfrute del derecho europeo a la libertad de circulación no supone un atentado contra la identidad nacional de los países del Este. Y tras esta argumentación separan este cumplimiento del ejercicio del resto de efectos de la filiación, que sí suponen para esta posición un ataque a la identidad nacional, búlgara en *Pancharevo*, y polaca en *Rzechhnik*. Como vemos, deslindan muy claramente ambos derechos, pero para nosotros la complejidad del ejercicio de los derechos vinculados al derecho de familia y su relación con la identidad personal no permiten separar la libertad de circulación por un lado de los derechos vinculados

da en otro Estado miembro a efectos de los derechos que le confiere el Derecho de la Unión, en particular en virtud del Derecho de la Unión en materia de libre circulación (...). Sin embargo, el Derecho de la Unión aún no exige a los Estados miembros que reconozcan la filiación del hijo o de la hija determinada en otro Estado miembro con otros fines”.

⁹ No parece razonable esperar que en los próximos años el Derecho de familia de los Estados miembros vaya a ir evolucionando hasta ser similar, por lo que debemos analizar su convivencia desde regulaciones claramente diferenciadas. Al respecto de la dificultad de una futura asimilación de los derechos de familia de los Estados miembros ya analizada desde hace años, *vid.* GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., “La unificación del Derecho de Familia europeo: ¿quimera o realidad?”, *Estudios de Deusto*, núm. 62, 2014, vol. 2, pp. 235-286.

a la filiación por otro, sin que se vean también afectados otros derechos europeos como el del disfrute a la intimidad familiar y a unos mismos apellidos en toda la Unión¹⁰. Por esta dificultad de diferenciarlos, y por la imperiosa obligación de aplicar los derechos vinculados al estatuto de ciudadano europeo¹¹, consideramos que el ejercicio de ambos derechos se debe unir valorándolos globalmente en su conflicto con la identidad nacional, y por ello esta debe ceder ante el disfrute de la filiación homoparental en los puntuales supuestos en los que los ciudadanos europeos quieran ver reconocida su misma paternidad/maternidad y filiación en toda la UE¹².

El segundo de los retos de esta hipótesis es conocer cómo se van a poder conjugar en el futuro las visiones y los intereses de las Instituciones europeas, en especial de la Comisión, con los de los Estados miembros que no reconocen la homoparentalidad, sin provocar un conflicto jurídico de imposible solución. Los juristas debemos valorar, con argumentos basados en el Estado de Derecho, cómo conjugar legislaciones y valores que en la actualidad parecen antagónicos, sin perder la esencia del lema de la Unión Europea, unidos en la diversidad. Diversos, sí, pero unidos, lo que parece que hoy en día es ciertamente complicado en la relación entre algunos países del Este y la Comisión Europea. Y señalamos esto porque la Comisión ha publicado en esta legislatura su estrategia europea por la igualdad LGTBI en la UE¹³, y en abril de 2022 su guía de actuación para lograr la

¹⁰ Defendemos que la vida familiar en la sociedad actual provoca que debamos replantear la interrelación entre el disfrute de los derechos que se relacionan con ella y el derecho europeo. Al respecto, *vid.* CUARTEO RUBIO, M. V. y VELASCO RETAMOSOSA, J. M., *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

¹¹ *Vid.* STJUE 2 octubre 2003, asunto C-148/02, caso García Avello, ECLI:EU:C:2003:539, apartado 22: “la vocación del estatuto de ciudadano de la Unión es convertirse en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”.

¹² Este es un debate especialmente rico y complejo que no podemos abarcar en su totalidad. Al respecto del test de legitimidad y objetividad de la aplicación del orden público estatal para limitar la aplicación del derecho europeo, *vid.* GOÑI URRIZA, N., “El ámbito de aplicación de las libertades europeas que afectan al Derecho de familia y las relaciones entre el orden público de la UE y en los Estados miembros”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, Vol. 13, núm. 2, pp. 251 a 254.

¹³ Publicado en: <https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/lesbian-gay-bi-trans-and-intersex-equality/lgbtiq-equality-strategy-2020-2025_es>.

igualdad LGTBI¹⁴. Uno de los objetivos de este plan, no solo dirigido por Elena Dalli, Comisaria Europea de Igualdad, sino también muy impulsado por la propia presidenta de la Comisión, Ursula Von der Leyen¹⁵, es el reconocimiento de la filiación homoparental en toda la Unión. Y este objetivo choca frontalmente con la actual posición de los países del Este, con una concepción de familia más tradicional por la que se niegan en rotundo y de forma muy vehemente a aceptar este reconocimiento¹⁶. Este es un reto jurídico – político mayúsculo.

El tercero de estos retos surgió precisamente en diciembre del año 2022 y nos traerá encendidos debates en el futuro. Siguiendo esta línea de actuación la Comisión presentó la Propuesta de Reglamento relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo¹⁷. Este instrumento, acogido como una gran novedad por la doctrina¹⁸, es un completo texto destinado a armonizar a nivel de la UE las normas de Derecho internacional privado relativas al reconocimiento de la paternidad en toda la Unión. Un reglamento con 99 considerandos y 72 artículos que para ser efectivo debería ser aprobado por unanimidad y que ya ha visto afirmado el veto polaco desde antes casi de su publicación¹⁹. El aspecto esencial del Reglamento para nuestro análisis es la intención de que la paternidad estable-

¹⁴ *Cfr.* el texto de la guía que contiene una completa hoja de ruta con esta finalidad en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglefindmkaj/https://commission.europa.eu/system/files/2022-09/guidelines_for_strategies_and_action_plans_to_enhance_lgbtiq_equality_2022final16_05.pdf>.

¹⁵ Recordemos su frase en el discurso del Estado de la Unión de 2020 en la que se ponía como meta de la UE que quien fuese padre o madre en un Estado lo fuese igualmente en toda la Unión. *Vid.*, al final del discurso en: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/speech_20_1655>.

¹⁶ *Vid.* <<https://www.rtve.es/noticias/20211027/portada-hungria-orban-homofobia-estado/2199562.shtml>>.

¹⁷ COM (2022) 695 final. 2022/0402 (CNS).

¹⁸ *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., “La Comisión Europea ha adoptado una propuesta de Reglamento destinado a armonizar a nivel de la UE las normas de derecho internacional privado relativas a la paternidad (7 diciembre 2022)”, en <<https://fernandezrozas.com/2022/12/30/la-comision-europea-ha-adoptado-una-propuesta-de-reglamento-destinado-a-armonizar-a-nivel-de-la-ue-las-normas-de-derecho-internacional-privado-relativas-a-la-paternidad-7-diciembre-2022/>>.

¹⁹ *Vid.* <<https://www.europapress.es/internacional/noticia-polonia-avisa-vetara-propuesta-ue-reconocer-filiacion-hijos-parejas-lgtbi-20221209185601.html>>.

cida en un Estado miembro de la UE sea reconocida en todos los demás Estados miembros de forma prácticamente automática. Para ello establece diversas líneas básicas de búsqueda de los foros competentes y de la ley aplicable más favorable al reconocimiento de la filiación, tanto en su articulado sobre la competencia judicial internacional (art 6 a 15)²⁰, como en ley aplicable (art 16 a 23)²¹. En cuanto al reconocimiento de documentos entre Estados, auténtica clave de bóveda del Reglamento, lo que se observa en su extenso tratamiento en los arts. 24 a 43, prevé el reconocimiento de las sentencias judiciales y de los instrumentos auténticos que establezcan o den prueba del establecimiento de la paternidad sin otra limitación ni procedimiento especial, estableciendo un procedimiento sumario para los supuestos de no reconocimiento. Aparte de otras disposiciones finales, crea en el capítulo VI, arts. 46 a 57, un Certificado Europeo de Paternidad que acredite la filiación en toda la Unión que recuerda mucho al Certificado Sucesorio Europeo. Dadas las posiciones previas en el Consejo, desde luego que este será un Reglamento que deberá pasar por dificultades en su negociación, pero que a buen seguro podrá marcar el éxito o el fracaso del reconocimiento de la filiación homoparental en toda la Unión, al menos en la próxima década, y de que pueda darse en el futuro la hipotética resolución que aquí proponemos²².

²⁰ En los que se fijan foros alternativos entre la residencia habitual y la nacionalidad del menor para poder facilitar el acceso a una jurisdicción que determine la filiación.

²¹ Que se establece en el Estado de residencia habitual de la persona que da a luz, buscando alternativamente la ley de la nacionalidad de cualquiera de los progenitores o la del lugar de nacimiento que permita al “progenitor 2” ser reconocido como tal si la legislación de la residencia habitual de quien da a luz no lo permite.

²² A pesar de no ser el contenido concreto de este trabajo, sí que debemos citar que para el Reglamento la concreción del lugar de la residencia habitual de los menores afectados es esencial. Por ello, contrariamente a lo que el legislador europeo decidió no hacer en el Reglamento Bruselas II ter, y siguiendo la línea de los considerando 23 y 24 del reglamento de sucesiones, el considerando 40 de la propuesta sí que define los criterios para establecer la residencia habitual de los menores. Lo dejamos reflejado por ser la línea que hemos defendido en diversos trabajos anteriores, hasta ahora sin la “suerte” de que el legislador europeo lo hubiese valorado. Por todos, PÉREZ MARTÍN, L. A., “El interés superior de los niños y las niñas, de nuevo sobre la necesidad de la creación del concepto autónomo de residencia habitual”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, Vol. 12, Nº 2, pp. 1119-1127. El considerando incluso va más allá de los criterios que ha establecido hasta ahora la jurisprudencia del TJUE, en un recorrido que también consideramos de mucho interés para el futuro.

El último de los retos es el de la serena valoración de las distintas posiciones doctrinales que la posición del TJUE ha provocado hasta ahora, y analizar si las mismas pueden ser compatibles o evolucionar hacia nuestra propuesta. Sobre los autores que centran el problema en el ámbito de la filiación²³, y si bien lo normal es encontrar posiciones que suelen tener varias miradas, inicialmente un grupo de autores han afirmado con claridad que estamos ante una resolución muy positiva que, aportando una definición amplia de la descendencia directa, asegura la efectividad del derecho de circulación de los ciudadanos europeos con filiación homoparental²⁴, estando ante un primer paso muy elogiado en el reconocimiento de las familias arcoíris en la Unión²⁵. Una segunda posición de la doctrina, quizás intermedia entre los más y menos favorables a esta doctrina, destaca que el Tribunal hizo lo que debía hacer y que no podía hacer más que este reconocimiento funcional de la movilidad de esas parejas²⁶, ya que dado el estado actual de la cuestión no quiso ir más allá, aunque quizás podía haberlo

²³ Groot opina que estamos más ante un problema administrativo que de DIPr. *Vid.* GROOT, D., “EU and the mutual recognition of parenthood between Member States: the case of V.M.A. v Stolichna Obsthina” (Special Report, enero 2021), pp. 8-9, disponible en: <cadmus.eui.eu; file:///C:/Users/usuario/Downloads/RSCAS_GLOBALCIT_SR_2021_1.pdf>.

²⁴ *Vid.* MEEUSEN, J., “Functional Recognition of Same-sex Parenthood for the Benefit of Mobile Unión Citizens —Brief Comments on the CJEU’s Pancharevo Judgment”, disponible en *eapil.org*, post de 3 de febrero de 2022: <<https://eapil.org/2022/02/03/functional-recognition-of-same-sex-parenthood-for-the-benefit-of-mobile-union-citizens-brief-comments-on-the-cjeu-pancharevo-judgment/>>. También podemos ver una valoración positiva de la resolución en CARRASCO-SA GONZÁLEZ, J., “Libre circulación de certificados de nacimiento en la Unión Europea. El caso de la STJUE 14 diciembre 2021, C-490/20, Pancharevo”, *vid.* <<http://accursio.com/blog/?p=1450>>.

²⁵ *Vid.* TRYFONIDOU, A., “The Cross-Border Recognition of the Parent-Child Relationship in Rainbow Families under EU Law: A Critical View of the ECJ’s V.M.A. ruling”, en *europeanlawblog.eu*, entrada de 21 de diciembre de 2021, <<https://europeanlawblog.eu/2021/12/21/the-cross-border-recognition-of-the-parent-child-relationship-in-rainbow-families-under-eu-law-a-critical-view-of-the-ecjs-v-m-a-ruling/>>.

²⁶ *Vid.* MEEUSEN, J., “Functional Recognition of Same-sex Parenthood for the Benefit of Mobile Unión Citizens —Brief Comments on the CJEU’s Pancharevo Judgment”, disponible en *eapil.org*, post de 3 de febrero de 2022, <<https://eapil.org/2022/02/03/functional-recognition-of-same-sex-parenthood-for-the-benefit-of-mobile-union-citizens-brief-comments-on-the-cjeu-pancharevo-judgment/>>.

hecho²⁷. La última posición, con la que coincidimos y por esto proponemos esta hipótesis de resolución diferente es muy crítica con la sentencia toda vez que considera que la negativa a inscribir a las dos madres como tales violaría el disfrute del derecho al respeto a la vida familiar no solo de ambas madres, sino principalmente de la hija²⁸. Por último, debemos destacar que algunos autores que afirman con claridad que la posición del TJUE, en sus actuales parámetros, es un paso adelante para el disfrute de los derechos de estas parejas y sus hijos o hijas, pero también creen que es muy cuestionable la falta de reconocimiento del resto de derechos de paternidad y filiación por la posible vulneración de otros derechos europeos, posición sobre la que incidiremos a continuación²⁹.

4. PROBLEMAS

Ya hemos visto que estamos ante una propuesta que no será pacífica, precisamente por los retos ya citados, y también porque debe salvar tres problemas esenciales respecto a la actual posición del TJUE y por ello del Derecho europeo. Los analizamos y proponemos las posibles formas de solventarlos. El primero es el de que, en aplicación de la Directiva 2004/38 en relación al contenido artículo 2.4 del Reglamento 2016/1191, las autoridades, rumanas en nuestro caso, únicamente deben emitir un documento de identidad o un pasaporte sin exigir la expedición previa de un certificado de nacimiento, y, lo que es más importante, sin reconocer a las dos ma-

²⁷ Vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “La Justicia europea no reconoce...”, *op. cit.*, p. 10; y a SÁNCHEZ CANO, M. J. “La libertad de circulación de personas a la luz de los nuevos modelos de familia. Una visión desde la sentencia Pancharevo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022 Vol. 14, N° 2, pp. 1223-1233.

²⁸ Vid. RUSINOVA, N., “Recognition and Registration of Same-sex Parentage Established Abroad as Mission Impossible for the Bulgarian Authorities”, en *eapil.org.blog*, entrada de 14 de abril de 2021 <<https://eapil.org/2021/04/14/recognition-and-registration-of-same-sex-parentage-established-abroad-as-mission-impossible-for-the-bulgarian-authorities/>>.

²⁹ Como se puede apreciar en el muy reciente trabajo de GOÑI URRIZA, N., “El reconocimiento de las relaciones de filiación en la Unión Europea: la libre circulación de certificados de Nacimiento expedidos en un Estado miembro. En torno a la STJUE Pancharevo y al ATJUE K.S.-S.V.D.”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, Vol. 15, N° 1, p. 978. También CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. en su trabajo citado en la nota 25 señala que: “Ello plantea problemas, pues dicho reconocimiento funcional podría no sintonizar correctamente con los derechos del niño, garantizados en el art. 24 de la Carta de Derechos fundamentales ni con el principio del interés superior del menor”.

dres como tales. Contra este estado actual del Derecho europeo debemos argumentar que en el documento sí que deben constar las dos madres en la misma condición en la que las recoge el documento español, toda vez que debemos destacar que el valor superior que se pretende proteger por el TJUE es la continuidad en el Estado de destino de la relación jurídica familiar que se ha establecido válidamente en el Estado de origen³⁰, y sin esta identidad entre el documento español y el rumano no se lograría. En cuanto al interés nacional rumano, y desde la perspectiva de la forma del documento de identidad de la menor, si para el TJUE otorgarle la nacionalidad sin la inscripción registral no vulnera el interés nacional, tampoco lo debe hacer la modificación para ello del documento de inscripción para recoger a las dos mujeres como madres. En el siguiente apartado y problema analizaremos el aspecto de fondo de este reconocimiento y su relación con el interés nacional rumano. Esta modificación solo se aplicará a los específicos casos en los que se haya reconocido esta filiación en otro Estado miembro a los efectos de darle continuidad a esa relación familiar y respetar también el Derecho europeo a tener unos mismos apellidos en toda la Unión³¹. Esta es la única manera de disfrutar este derecho europeo sin que lo limite el derecho interno rumano y sin que suponga una vulneración de su interés nacional, toda vez que este reconocimiento puntual en un caso concreto, motivado porque ya está reconocido este estatuto familiar en otro Estado de la Unión, no es en absoluto una amenaza real y suficientemente grave al interés fundamental de la sociedad rumana considerada en su conjunto³².

³⁰ Vid. SÁNCHEZ CANO, M. J. “La libertad de circulación de personas...”, *op. cit.*, p. 1233.

³¹ Al respecto de este derecho a unos mismos apellidos, *vid.* DURÁN AYAGO, A., “El TJUE y el nombre de las personas físicas: principio de reconocimiento mutuo, derecho a la identidad y libre circulación de personas”, en CALVO CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Tribunal de Justicia de la Unión europea y el Derecho internacional privado*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, 2021, pp. 515-543; o también a ORTIZ VIDAL, M. D., “El caso Grunkin-Paul: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, Vol. 1, Núm. 1, pp. 143-151.

³² Que es el requisito que la propia doctrina del TJUE exige para que el interés nacional pueda justificar y suponer la falta de aplicación del Derecho europeo. El derecho rumano no se modificará para dicho reconocimiento de la filiación homoparental en ningún otro supuesto que no sea ya admitido en otro Estado miembro. Por ello, la identidad nacional no se verá afectada, y esta será la única manera de lograr que se cumpla la jurisprudencia del TJUE que prohíbe que el derecho nacional obstaculice el ejercicio de los derechos europeos que citaremos en nuestro último párrafo del análisis de los problemas que plantea nuestra posición.

El segundo de los problemas se centra en que para el TJUE el documento procedente del Estado miembro de acogida debe ser reconocido para permitir a la menor a ejercer la libertad de circulación “con cada una de esas dos personas”, sin que sean consideradas madres. Para salvar el problema debemos citar que, lograda la primera inscripción con las dos madres ya reconocidas en otro Estado miembro como tales, es absolutamente obligado admitir la existencia de la misma relación familiar entre las tres personas en el Estado de la nacionalidad de la menor. Esto es así porque esa relación ya consta en el documento español que se debe admitir en Rumanía a los efectos de la libertad de circulación, y es exigencia del Derecho europeo que no se produzcan alteraciones o dificultades artificiales al ejercicio de esta libertad. Si el documento con el que circulan por la Unión es diferente que el que acredita la identidad de la hija, se produce una dificultad en el ejercicio de la libertad de circulación absolutamente injustificada. Esta situación se debe plasmar así en la práctica porque la alegación del interés nacional para no reconocer la relación de filiación constituida por las autoridades de otro Estado miembro debe cumplir con dos requisitos que no se dan en este supuesto. El primero es el de que la determinación del alcance del orden público está sometido al control de las Instituciones europeas. El segundo, que cualquier límite al ejercicio del derecho a la ciudadanía de la UE debe ser aplicado de manera restrictiva³³. Limitar la relación de esta familia concreta que ya ha sido reconocida en otro Estado, y pasar de considerar a quienes en un Estado miembro son las dos madres de la menor, a ser en otro Estado miembro una madre y “otra persona con derecho a circular con ella” pero sin relación maternal con la niña, es una interpretación extensiva del orden público rumano prohibida por la jurisprudencia del TJUE³⁴.

El tercer y último gran problema que debemos resolver para nuestra propuesta de resolución es consecuencia de los dos anteriores y es el de ampliar

³³ Vid. GOÑI URRIZA, N., “El reconocimiento de las relaciones de filiación...”, *op. cit.*, p. 976.

³⁴ Porque el orden público no abarca a “todas las normas imperativas del Derecho interno que los particulares deben cumplir sin excepciones”. Vid. apartado 88 STJUE 5 junio 2018, Coman, C-672/16, apdo. 44, EU:C:2018:134. Sobre la Sentencia Coman, *vid.* REQUENA CASANOVA, M., “Libre circulación de los matrimonios del mismo sexo celebrados en el territorio de la Unión Europea: consecuencias del asunto Coman y otros”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, 2019, 41-79; o también RIVAS VAÑO, A., “Matrimonio y orientación sexual: la fuerza expansiva del derecho a la no discriminación”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Vol. 9 1/2019, pp. 136-161.

expresamente el reconocimiento de la filiación únicamente para el ejercicio de la libertad de circulación, como hace el TJUE, a los demás derechos relacionados con la relación paterno-filial, como los de la responsabilidad parental, la sucesión o el derecho a acceder a prestaciones públicas. El argumento que debemos contraponer es el de que, tal y como la doctrina ha cuestionado y hemos citado anteriormente³⁵, no hay manera de respetar el derecho a la identidad de la niña, a su vida e intimidad familiar con sus madres y a su interés superior³⁶, derechos todos ellos protegidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, sin reconocerle a EAB la filiación con sus dos madres también en Rumanía, de igual manera de la que está reconocida en España. La identidad nacional deberá interpretarse restrictivamente y adaptarse a los derechos ya reconocidos en la UE y a la vida familiar en una sociedad moderna y compleja³⁷ en la que no se pueden imponer dificultades a la libertad de circulación prohibidas por la jurisprudencia del TJUE³⁸. Y desde luego, que sus dos madres en España no lo sean en Rumanía es una interpretación para nosotros excesiva del interés nacional que pone en riesgo el ejercicio y disfrute de los Derechos europeos citados.

³⁵ Vid. GOÑI URRIZA, N., y a CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., citados en la nota 30.

³⁶ Sobre el interés superior de los menores y su relación con el resto de los derechos, *vid.* FERNÁNDEZ PÉREZ, A., “Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español, (Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de noviembre 2020, Asunto C-454/19)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 51, N°. 151, 2018, pp. 107-134; o a MERCHÁN MURILLO, A., “El interés superior del menor como cuestión de fondo”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, Vol. 12, núm. 1, pp. 635-644.

³⁷ Sobre las dificultades del reconocimiento entre Estados de una vida familiar diferente en cada ordenamiento jurídico en una sociedad que fomenta la movilidad de los ciudadanos europeos, *vid.* ARENAS GARCÍA, R., “El reconocimiento de las situaciones familiares en la Unión Europea” en CUARTERO RUBIO M. V., VELASCO RETAMOSA, J. M., *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 47-78; o a PALAO MORENO, G., “Los Reglamentos europeos en materia de familia: cuestiones abiertas y problemas prácticos”, en CUARTERO RUBIO M. V., VELASCO RETAMOSA, J. M., *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 23-46.

³⁸ Al respecto de estas dificultades, *vid.* JIMÉNEZ BLANCO, P., “Movilidad transfronteriza de personal, vida familiar y Derecho internacional privado”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, 2018, N° 35, pp. 1 a 49.

5. OPORTUNIDADES

Una vez que hemos expuesto los retos a los que se enfrenta nuestra hipótesis, los problemas que debe salvar y cómo podrá hacerlo, debemos destacar que estimamos que la resolución que proponemos ofrece unas oportunidades que deben ser destacadas. En primer lugar, es una propuesta que permitirá disfrutar de la misma libertad de circulación en toda la Unión, no una libertad de circulación más cualificada entre los Estados que reconocen la homoparentalidad y otra más limitada en los que no lo hacen. En segundo lugar, con ella, las tres mujeres disfrutarán de una intimidad familiar similar en todos los Estados de la Unión en su plenitud³⁹. Por último, permitiría salvar la identidad nacional rumana ya que solo se reconocerían en los casos puntuales en los que ya disfrutaban de ese derecho en otro Estado miembro, sin que por ello sea una amenaza real y suficientemente grave al interés fundamental de la sociedad rumana considerada en su conjunto, ya que la homoparentalidad no se reconocerá en ningún supuesto más, respetando así su derecho interno.

6. CONCLUSIÓN

Nos esperan tiempos apasionantes en el reconocimiento de la filiación homoparental en toda la Unión Europea. Políticos, por el choque entre las claras y distantes voluntades de la Comisión Europea y de varios países del Este. Legislativos, por los intensos trabajos que la propuesta de Reglamento promete. Jurisprudenciales, porque tal vez el TJUE se replantee en un supuesto futuro su actual posición y, quizás, lo haga en la línea aquí expuesta, optando por resolver de forma similar a la hipótesis que presentamos. Y, por último, doctrinales, porque en el fondo nosotros podremos seguir proponiendo estos debates argumentales sobre hipótesis, retos, problemas y oportunidades.

³⁹ Y la única manera de lograrlo es la de que la menor tenga el mismo documento de identidad en el país de su residencia y en el de su nacionalidad, en el que se reconozca la relación con sus dos madres.

**LAS OPORTUNIDADES QUE
OFRECE EL DERECHO DE
FAMILIA Y SUCESIONES
INTERNACIONAL EN UNA
SOCIEDAD TRANSNACIONAL**

PONENCIAS

Las situaciones de violencia doméstica en los supuestos de la sustracción internacional de menores en el marco de la Unión Europea

M^a DOLORES ADAM MUÑOZ^{1*}

*Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad de Córdoba*

SUMARIO: 1. CONCEPTO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES. 2. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE AUTORIDADES COMO INSTRUMENTO PARA LA CONSECUCCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. 3. CAUSAS DE DENEGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN DEL MENOR. 4. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO CAUSA DE DENEGACIÓN DE RESTITUCIÓN DEL MENOR. 5. MECANISMOS INSTITUIDOS POR EL REGLAMENTO BRUSELAS II TER PARA PROCEDER AL RETORNO SEGURO DEL MENOR. 6. POSIBLES MECANISMOS A ADOPTAR POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA PARA DAR SOLUCIÓN AL TRASLADO ILÍCITO DE MENORES CUANDO EL MISMO TIENE SU CAUSA EN LA VIOLENCIA DOMÉSTICA SUFRIDA POR LA SUSTRACTORA.

1. CONCEPTO DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

El reciente Reglamento 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores² (a partir de ahora Reglamento Bruselas II ter) , el cual es de aplicación desde el 1 de agosto de 2022, añade esta última materia, "la sustracción internacional de menores", en relación a su predecesor³, dedicándole un capítulo completo (Capítulo III) iniciativa de

¹ * El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto I+D+i PID2020-113444RB-I00, "Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración", financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

² *DOUE* núm. L 178 de 2 de julio de 2019

³ Reglamento 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia

la cual se puede deducir la importancia que esta situación está tomando en la actualidad en la Unión Europea, la cual necesita de una regulación específica que la diferencie de la responsabilidad parental⁴. El presente trabajo tiene como objeto analizar las novedades que este Reglamento introduce en este ámbito en las relaciones *intra* comunitarias, y fundamentalmente si contempla la perspectiva de género⁵ como principio fundamental que debe regir la actividad judicial y que ha de informar la actividad normativa, tanto en el ámbito nacional, como internacional, así como en la Unión Europea; es decir, se trata de analizar si los nuevos preceptos del Reglamento Bruselas II ter se inspiran en medidas que eliminen la discriminación entre el hombre y la mujer y establezcan los mecanismos necesarios para alcanzar la plena igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales, en concreto en el desarrollo de las relaciones paterno-filiales.

El art.2.11 del Reglamento Bruselas II ter nos indica cuando estamos ante "un traslado o retención ilícitos" de un menor, señalando a tal efecto que tal situación tendrá lugar cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos de conformidad con la legislación del Estado Miembro donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención, requiriendo además que en el momento del traslado la persona que tenía el derecho de custodia lo ejerciera de forma efectiva, ya sea de forma separada o conjunta. Este Reglamento, al igual que su predecesor complementa al Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores⁶ (a partir de ahora CH1980), el cual nos ofrece un concepto más

matrimonial y de responsabilidad parental (*DOCE* núm. L 338 de 23 de diciembre de 2003)

⁴ ADAM MUÑOZ, M.D. "La nueva regulación de la filiación natural en el Derecho internacional privado español". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2016, Vol. 2, núm. 2, pp. 34-54. DURÁN AYAGO, A. "Responsabilidad parental, relaciones paternofiliales y protección de menores: ¿tres denominaciones para tres realidades diferentes?", en GUZMÁN ZAPATER, M. y ESPLUGUES MOTA, C. (Dir) *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, p. 358.

⁵ El "gender mainstreaming" sitúa la perspectiva de género en un ámbito global, como principio vinculante al que han de dirigirse todas las medidas legislativas y de acción política. *Vid.* GIL RUIZ, J.M. "Crisis del estado del Bienestar y desafíos del siglo XXI: dualismo vital y brecha ciudadana", *Revista Vasca de la Administración Pública*, núm. 109/1 septiembre-diciembre de 2017, pp. 133-161

⁶ *BOE* núm. 202 de 24 de agosto de 1987

amplio de esta situación indicando que el derecho de custodia puede ser ejercido de forma separada o conjunta, tanto por una persona, institución o cualquier otro organismo con arreglo al derecho vigente en el Estado de la residencia habitual del menor inmediatamente antes de su traslado. De esta forma, tanto el Reglamento Bruselas II ter como el CH1980 nos indican que no puede haber traslado o retención ilícitos del menor, cuando la persona que tiene el derecho de visita es quien efectúa dicho traslado del menor del lugar donde éste tenía su residencia habitual, sino que ha de ser la persona que goza de la guarda y custodia, ya que, aunque el derecho de custodia incluye los derechos y obligaciones relativos al cuidado de un menor y, en particular, el derecho de decidir sobre su lugar de residencia, este derecho no es ilimitado, por regla general el cambio de la misma está sometido a autorización judicial, al estar en juego las expectativas y el derecho de una tercera persona: la que goza del derecho de visita, ya que con el cambio de residencia del menor, las mismas se podrán ver truncadas o menoscabadas. Así las cosas, en este último caso, las medidas para efectuar el requerimiento de que el menor vuelva al lugar de su residencia habitual son otras⁷.

⁷ La Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado, de 17 de noviembre sobre "Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores" <<https://www.fiscal.es/documents/20142/79c1a677-8c8f-bd7f-304a-0afac6aeeb25>>. Esta Circular indica que la sustracción internacional de menores tiene lugar cuando "... un menor es trasladado ilícitamente por uno de los progenitores a un país distinto de donde reside habitualmente violando el derecho de custodia atribuido a una persona o a una institución, y en aquellos casos en que uno de los progenitores se traslada con el menor para residir en otro país, tomando tal decisión de forma unilateral y vulnerando el derecho a decidir sobre el lugar de residencia del menor". Como podemos observar este concepto es mucho más amplio y describe situaciones diferentes a las contempladas en el Reglamento y en el Convenio, ya que la misma puede acaecer cuando el progenitor que no tiene la custodia sustrae al menor durante el periodo de visita y lo trasladaba a otro país, o bien en el caso en el que ambos progenitores comparten la custodia y uno de ellos traslada al hijo común a otro país, de modo que así impide que el otro ejerza su derecho de custodia y, por último, cuando el progenitor que tiene la guarda del menor traslada a éste desde el país de su residencia habitual a otro estado distinto y así impide que el progenitor que tiene el derecho de visita pueda seguir ejerciéndolo. Esta diversidad de supuestos motiva que el retorno del menor pueda ser demandado, tanto por el progenitor que tenga un derecho de custodia, como también por aquél al que se le impide el ejercicio del régimen de visitas.

2. LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE AUTORIDADES COMO INSTRUMENTO PARA LA CONSECUCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

En el caso en que se produzca un traslado o retención ilícitos del menor, circunstancia que, como ya hemos indicado, en el nuevo Reglamento Bruselas II ter se contempla en todo un capítulo (Capítulo III), frente a su regulación en el anterior Reglamento, la cual se realizaba en un único precepto (art. 11), la cooperación de autoridades, ya sea directamente entre órganos jurisdiccionales o a través de autoridades centrales, se torna imprescindible para lograr el interés superior del menor⁸, el cual consiste en el retorno inmediato del mismo al lugar en el que tenía su residencia

⁸ En la actualidad, el interés superior del menor desborda las fronteras del ámbito privado y revierte en el ámbito público. Podemos afirmar que nos encontramos ante un concepto jurídico indeterminado, el cual ha de ser determinado y valorado en cada ocasión en la que se halle implicado un menor. Es por este motivo por el que no es factible ofrecer un concepto único y omnicompreensivo, ya que las situaciones en las que el menor puede encontrarse inmerso son tan numerosas y cambiantes como lo es la realidad. Sobre este complejo concepto *Vid.* OTAEGUI AIZPURUA, I. *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2017, pp. 71-100. Una aproximación a su significado podría indicarnos que se trata de "un conjunto de acciones y procesos tendentes a garantizar un desarrollo integral y una vida digna, así como las condiciones materiales y afectivas que permitan vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar posible a las y los menores". A la luz de este significado, podemos afirmar que el interés superior del menor tiene una triple dimensión: es un derecho, un principio y una norma de procedimiento (Párrafo 3º de la Observación General nº 14 de 2013 sobre "El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial", aprobado por el *Comité de Derechos del Niño en su 62º periodo de sesiones del 14 de enero a 1 de febrero de 2013*). Así, se trata del derecho del menor a que su interés superior sea una consideración que prime al sopesar distintos intereses para decidir sobre una cuestión que le afecta, derecho que tiene el carácter de sustantivo. Es un principio porque, si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño o niña y es una norma de procedimiento ya que, siempre que se deba tomar una decisión que afecte a menores, el proceso deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones de esa decisión en las y los menores interesados. La evaluación y determinación de su interés superior requerirá las garantías procesales. VAQUERO LÓPEZ, C., "Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y de menores", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 395-414.

habitual antes de que se produjera dicho traslado⁹. Este es el objetivo hacia el cual se dirigen las medidas establecidas en el Reglamento Bruselas II ter y en el que se basa la cooperación de autoridades¹⁰, estando limitada la edad del menor en este ámbito a los 16 años (art. 22)¹¹. De este modo, podemos afirmar que este objetivo se identifica con el interés superior del menor. Así, la persona que se ve privada de la guarda y custodia del menor sin su consentimiento¹² podrá interponer una demanda de restitución del mismo, directamente, ante las autoridades competentes del Estado al cual ha sido trasladado el menor, o bien ante las autoridades centrales del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes de ser trasladado estando obligadas las autoridades ante las cuales se presente dicha

⁹ La determinación de la residencia habitual del menor se torna fundamental en los supuestos de su traslado ilícito, ya que supone el punto de partida para iniciar el procedimiento acerca de una demanda de restitución del menor. Al respecto pueden consultarse REIG FABADO, I. "La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 11, Num. 1, pp. 877-888; LORENTE MARTÍNEZ, I., "Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores: el trato desigual en situaciones similares", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 11, Núm. 1, pp. 825-833. CAMPUZANO DÍAZ, B. "Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: sentencia de 17 de octubre de 2018 UD Y XB, AS. 393/18 PPU", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 11, núm. 2, pp. 462-471; PÉREZ MARTÍN, L.A. "El interés superior de los niños y niñas de nuevo sobre la necesidad de la creación del concepto autónomo de su residencia habitual. Auto de 24 de octubre de 2019 sección decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, Vol. 12, núm. 2, pp. 1119-1127

¹⁰ La rápida restitución del menor al lugar al que tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención constituye el objetivo del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, entendiendo asimismo que la pronta restitución del menor constituye su interés superior.

¹¹ El art. 2.2.6 del Reglamento Bruselas II ter define al menor como aquella persona que no ha alcanzado los 18 años; sin embargo, el art. 20.1 del mismo cuerpo legal, cuando se refiere a la restitución del menor con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 establece como edad máxima para proceder a la misma los 16 años.

¹² Al respecto *Vid.* HERRANZ BALLESTEROS, M. "Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor de un estado distinto al de su residencia habitual. Su interpretación en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 27 de noviembre", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 11, Núm. 2, pp. 641-651.

demanda a actuar con urgencia en la tramitación de la misma, utilizando las normas de su derecho nacional para determinar la restitución (art. 23 y 24 del Reglamento Bruselas II ter). Así, en nuestro ordenamiento jurídico este proceso se contiene en los arts. 778 quarter y sexies de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) introducidos por la Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria¹³, en el cual además de la importancia que se le otorga al derecho del menor a ser oído, merece la pena destacar, en primer lugar que atribuye la competencia para conocer de estos supuestos a los Juzgados de Primera Instancia, con competencia en materia de derecho de familia, de la capital del provincia en la que encuentre el menor que haya sido objeto de un traslado o retención ilícitos, en segundo lugar, el procedimiento tiene carácter urgente y preferente, de manera que se mejora su celeridad desde el momento en que el mismo ha de estar resuelto en las dos instancias en el plazo máximo de seis semanas, salvo que circunstancias especiales lo hagan imposible, en tercer lugar porque en ningún caso se podrá proceder a la suspensión del procedimiento¹⁴ porque haya pendientes causas penales motivadas por el traslado o retención del menor y, por último porque favorece la ejecución del retorno, al tener el juez el deber de escuchar al menor y, en su caso, adoptar las medidas que estime necesarias para que no se produzca un nuevo traslado ilícito¹⁵. Con

¹³ Este procedimiento se introduce a través de la Disposición final tercera, punto 19 de la Ley 15/2015 de 2 de julio de la Jurisdicción voluntaria, titulada "Medidas para facilitar la aplicación en España del 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 parental", *Vid.* CHÉLIZ INGLÉS, M.C. "La sustracción internacional de menores tras la aprobación de la Ley de Jurisdicción Voluntaria". *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm 3 ter, diciembre 2015, pp. 246-265

¹⁴ FORCADA MIRANDA, F.J. "El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: la decidida apuesta por la celeridad y la novedosa circular de la Fiscalía 6/2015". *Bitácora Millenium DIPr*, núm. 3 de 2016. ESPINOSA CALABUIG, R. "Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y...algunas ausencias", *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, Núm. 22, 2016, pp. 347-357.

¹⁵ SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A. "El riesgo de la sustracción internacional de menores como fundamento para el acuerdo de medidas preventivas", *Bitácora Millenium DIPr* núm 14 de 2021, pp. 68-94. La autora realiza un exhaustivo análisis de las medidas que nuestro ordenamiento recoge y de la jurisprudencia relativa a las mismas, precisamente para evitar la situación contraria; es decir, el traslado del menor desde España a otro estado por uno de sus progenitores. En relación con estas medidas, además de en el ámbito nacional, en el convencional y europeo,

independencia del procedimiento de fuente autónoma, el Reglamento Bruselas II ter exige como garantías procesales que se escuche al menor (lo cual ya hemos visto que también se contempla en nuestro sistema autónomo) y a la persona que solicita la restitución y la posibilidad de que ambas partes tengan contacto si ello contribuye al interés superior del menor¹⁶ (art. 27.1 y 2). Si se acuerda la restitución, ésta podrá declararse provisionalmente ejecutiva, sin perjuicio de la interposición de un posible recurso contra la misma, si el interés del menor así lo requiere (art. 27.6). Las autoridades competentes para la ejecución, a las que se le haya solicitado la misma, actuarán con urgencia, ahora con el nuevo Reglamento Bruselas II ter, como máximo en el plazo de seis semanas, si no se realiza en este plazo la autoridad central del Estado Miembro de ejecución o el solicitante, podrán pedir explicaciones acerca de los motivos del retraso a la autoridad competente para la ejecución. Este procedimiento especialmente acelerado y urgente en la resolución de la restitución del menor establecido por el Reglamento Bruselas II ter, vendrá a complementar al establecido en el CH1980¹⁷. No obstante, observamos como su fundamento radica en la colaboración y cooperación de las autoridades de los Estados Miembros del lugar en el que el menor tenía su residencia habitual, al lugar al que ha sido desplazado el

Vid. CALZADO LLAMAS, A.J. " Las medidas provisionales y cautelares en los procesos de restitución de menores. Análisis del Reglamento (UE) 2019/1111 en conexión con el ordenamiento jurídico español", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, Vol. 13, núm. 1, pp. 87-109

¹⁶ Sobre la idoneidad de la medida que posibilita el contacto del menor con el progenitor que reclama la restitución, *Vid.* CALZADO LLAMAS, J.A. " Las medidas provisionales y cautelares...", *op. cit.*, pp. 101-102.

¹⁷ El Reglamento Bruselas II ter trata de aclarar la relación existente entre la regulación por el mismo establecida y la contenida en el Convenio de La Haya de 1980. Así, en su considerando 40 indica que: "En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora, y con tal fin debe seguir aplicándose el Convenio de la Haya de 1980, completado por el presente Reglamento, en particular el capítulo III". Asimismo, el art. 96 del Reglamento establece que: " Cuando un menor esté retenido o haya sido trasladado ilícitamente a un Estado miembro distinto del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, seguirán aplicándose las disposiciones del Convenio de La Haya de 1980 tal y como quedan completadas con las disposiciones de los capítulos III y IV del presente Reglamento. Cuando una resolución por la que se ordene la restitución de un menor con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 haya sido dictada en un Estado miembro y deba reconocerse y ejecutarse en otro Estado miembro tras el traslado o la retención ilícitos del menor, será de aplicación el capítulo IV".

menor (art. 22), la cual ha de gozar de rapidez y celeridad, incluso en ocasiones, de urgencia.

3. CAUSAS DE DENEGACIÓN DE LA RESTITUCIÓN DEL MENOR

Hemos de referirnos seguidamente a los supuestos en los que la denegación de restitución del menor por las autoridades del Estado Miembro al cual ha sido trasladado o retenido se basan en el art. 13.1 b) del CH1980. Este precepto indica que " La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si la persona, Institución u otro Organismo que se opone a su restitución demuestra que: b) Existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. La autoridad judicial o administrativa podrá asimismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones". Sin embargo, el art. 27.3 *in fine* del Reglamento Bruselas II ter indica que la autoridad competente del Estado Miembro requerido no denegará la restitución del menor si la parte que solicita la restitución del mismo demuestra al órgano jurisdiccional, o si consta de otro modo al órgano jurisdiccional, que se ha dispuesto lo necesario para garantizar la protección del menor tras su restitución, de tal forma que no existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable. Para apreciar que estas circunstancias de peligro para el menor si se ordena la restitución han desaparecido, las autoridades de los dos Estados Miembros implicados podrán comunicarse y transmitirse todo tipo de información relevante al respecto, directamente entre órganos jurisdiccionales o a través de autoridades centrales (art. 27.3 y 4); es decir, se trata de establecer un retorno seguro del menor.

4. LA VIOLENCIA DOMÉSTICA COMO CAUSA DE DENEGACIÓN DE RESTITUCIÓN DEL MENOR

En relación con las causas de denegación de devolución del menor hemos de detenernos en una circunstancia que desde hace tiempo está siendo motivo de alegación, a través de la excepción procesal, para impedir la restitución del menor al lugar de su residencia habitual. Nos referimos

a los supuestos en los que la sustractora del menor es la madre que está siendo víctima de violencia de género o más específicamente de violencia doméstica¹⁸ en el territorio del Estado Miembro en el que el menor tiene su residencia habitual¹⁹. El CH1980 surgió con un objetivo claro y preciso y a tenor de la situación que con asiduidad tenía lugar en la realidad, ya que por regla general la persona sustractora era el padre del menor, de manera que la finalidad del mismo consistía en que el padre que sustrajera o retuviera al menor en detrimento del propio menor y de la madre, lo devolviera a su lugar de origen, lugar de su residencia habitual del menor anterior a la sustracción, en el menor periodo de tiempo posible²⁰. Sin embargo, las circunstancias sociales y culturales han cambiado considerablemente y hoy en día la violencia que las mujeres sufren en el ámbito doméstico por

¹⁸ Son numerosos los estudios sobre la incidencia de la violencia doméstica en el traslado ilícito de menores. *Vid.*, con carácter general, CUARTERO RUBIO, M. V. "La alegación de violencia doméstica en el proceso de restitución internacional de menores", en MARTÍN LÓPEZ, M. T. (coord.), *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Civitas, Cizur Menor, 2014; MAESTRE CASAS, P., "Violencia doméstica y sustracción internacional de menores", en FIGUERUELO BURRIEZA, A. (dir.), *Derechos y libertades en la sociedad actual*, Granada 2014; REIG FABADO, I. "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno *vs.* violencia familiar o doméstica", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, Vol. 10, Núm. 1, pp. 610-619. ORTÍZ VIDAL, M.D. "Derecho de visita y violencia de género: el principio de mutuo reconocimiento y el interés superior del menor", en ESPLUGUES MOTA, C. DIAGO DIAGO, P. y JIMÉNEZ BLANCO, P. (Dir.), *50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 327-337; PÉREZ MARTÍN, L.A. "Protección de los menores en el ámbito internacional: Reflexiones sobre la sustracción internacional de menores y la violencia de género en torno al caso de Juana Rivas", en BASTANTE GRANELL, V. (coord.) y LÓPEZ SAN LUIS, R. (dir.), *La protección del menor: Situación y cuestiones actuales*, Comares, Granada, 2019, pp. 73-88; REQUEJO ISIDRO, M. "Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. VI, 2006, pp. 179-194; RUIZ SUTIL, C., "El enfoque de género en la sustracción internacional de menores", en GIL RUIZ, J.M. (dir.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubdiscriminatorio*, Dykinson, Madrid 2018, pp. 247-278. RUIZ SUTIL, C. *Las violencias de género en entornos transfronterizos: interconexión de las perspectivas de extrajería, asilo y del derecho internacional privado*. Ed. Dykinson, Madrid 2023.

¹⁹ Los casos de traslado ilícito de menores por esta causa van en aumento, según pone de relieve. WEINER, M. H. "International child abduction and the escape from domestic violence", *Fordham Law Review*, 2000, 69, pp. 593-706.

²⁰ *Vid.* Informe explicativo realizado a dicho Convenio por PEREZ VERA, E. <https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=2779>.

parte de su marido, pareja o expareja afortunadamente se han visibilizado, así como la que sufren los propios menores fruto de esa unión²¹, bien directamente (violencia vicaria) o bien de modo indirecto al ser testigos del ambiente y las circunstancias que concurren en su entorno habitual²². Con-

²¹ El propio menor también es considerado por nuestra legislación como víctima de violencia doméstica, *Vid.* REYES CANO, P. " Menores y violencia de género: de invisibles a visibles". *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, 2015, pp. 181-217.

²² Nuestra normativa así lo reconoce. El Protocolo básico de intervención contra el maltrato infantil en el ámbito familiar: actualizado a la intervención en los supuestos de menores de edad víctimas de violencia de género, Madrid, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014 <<http://www.msssi.gob.es/biblioPublic/publicaciones/home.htm>> señaló que la exposición de los menores a la violencia de género es una forma del maltrato infantil, lo que reclama una atención especializada. El Preámbulo de la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE* núm. 175, de 23 de julio de 2016) indica que "la exposición de los menores a esta forma de violencia en el hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma", añadiendo que se pueden convertir en un instrumento más de violencia utilizado por el maltratador hacia la mujer, además de los perjuicios de carácter físico o psíquico que el menor puede padecer. Del mismo modo, el art. 11.2 apartado i) de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (*BOE* núm. 180, de 29 de julio de 2015) señala que uno de los principios rectores en materia de menores es el amparo por parte de los poderes públicos contra toda forma de violencia, incluida la violencia de género en el ámbito familiar. Podemos destacar que esta Ley ha reforzado la lucha contra la violencia de género, garantizando los derechos de los colectivos más vulnerables, en particular, el de menores, a través de la intervención de las autoridades públicas en situaciones de violencia. Del mismo modo el art. 1 de la Ley 1/2004 de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género (*BOE* núm. 313 de 29 de diciembre de 2004) , la cual ha sido modificado por la Disposición final tercera de la Ley 8/2015 de 22 de julio de Modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia (*BOE* núm. 175 de 23 de julio de 2015) insiste, en su nuevo apartado segundo, que el daño causado a las y los niños por exposición a violencia familiar es un perjuicio directo al menor y en su Exposición de Motivos manifiesta que: " Cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género. Esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas. En primer lugar, condicionando su bienestar y su desarrollo. En segundo lugar, causándoles serios problemas de salud. En tercer lugar, convirtiéndolos en instrumento para ejercer dominio y violencia sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o exparejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia en el

secuencia de esta situación²³ es que la persona secuestradora ha cambiado, de manera que ahora es la madre²⁴ la que huye con sus hijos a otro estado diferente buscando refugio y amparo que la libre de esa situación de violencia²⁵.

hogar, lugar en el que precisamente deberían estar más protegidos, los convierte también en víctimas de la misma. Por todo ello, resulta necesario, en primer lugar, reconocer a los menores víctimas de la violencia de género mediante su consideración en el art. 1, con el objeto de visibilizar esta forma de violencia que se puede ejercer sobre ellos. Su reconocimiento como víctimas de la violencia de género conlleva la modificación del art. 61, para lograr una mayor claridad y hacer hincapié en la obligación de los Jueces de pronunciarse sobre las medidas cautelares y de aseguramiento, en particular, sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia". La Ley 4/2015 del estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101 de 28 de abril de 2015) señala en su art. 10.4 que "Los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las víctimas de violencia de género, de violencia sexual, o de personas víctimas de violencia doméstica tendrán derecho a las medidas de asistencia y protección previstas en los Títulos I y III de esta ley". Estas medidas se dirigen a la protección de las víctimas y, en concreto el art. 19.3 indica que la Fiscalía velará por la adopción de las medidas de protección en los procesos penales de los menores de edad y la Ley 8/2021 de 4 de junio sobre de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia de todo tipo (BOE núm. 134 de 5 de junio de 2021), establece en sus arts. 26 a 29 las medidas de protección en el ámbito familiar y como consecuencia de las rupturas conyugales.

²³ Una visión general sobre el desarrollo que la normativa sobre la violencia de género y su repercusión en los menores que ha tenido lugar en nuestro Estado puede consultarse en RODRÍGUEZ CABEZAS, C., "Impacto de la violencia de género en los menores. Regulación legislativa y evolución jurisprudencial", en LARA AGUADO, A. (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas. Análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 857-876.

²⁴ REIG FABADO, I. "Violencia de género en la sustracción internacional de menores: ¿Regulación insuficiente, infrautilizada o ambas cosas?" en LARA AGUADO, A. (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas. Análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2023. La autora, a tenor de las estadísticas obtenidas de la Conferencia de La Haya, nos pone de manifiesto que en 2015 el 73% de las sustractoras eran madres y se cuestiona sobre la situación en la que sólo es posible evitar en un 2% de los casos el retorno del menor, pp. 907-910.

²⁵ RODRÍGUEZ PINEAU, E. "Sustracción internacional de menores en casos de violencia familiar", en QUICIOS MOLINA, M.S / ÁLVAREZ MEDINA, S. (Dirs.), *El derecho frente a la violencia dentro de la familia: un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona 2019, pp. 233-254.

De forma generalizada podemos comprobar como la actuación de la madre puede girar en torno a dos posiciones: por un lado es posible que denuncie a su presunto maltratador ante las autoridades del Estado de la residencia habitual del menor solicitando medidas cautelares que la alejen del mismo, tanto a ella, como a su hijo o hijos o bien, por otro lado es muy posible que no efectúe esta denuncia o que habiéndola realizado, dude de la efectividad de las medidas que adopten dichas autoridades a tal fin y huya con su hijo a su país de origen al encontrarse en el mismo mucho más segura²⁶, toda vez que las costumbres, normas, lengua, familiares, amigos, allegados, etc. coadyuvan a esta sensación de protección²⁷. En el caso en que la madre se decante por la segunda de las posibilidades podría solicitar ante las autoridades del Estado al cual se ha trasladado la adopción de esas medidas cautelares para proteger a su hijo. Esta opción es factible a tenor

²⁶ Hemos de tener en cuenta que la Orden Europea de Protección (Directiva 2011/99/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, *DOUE* núm L 338 del 21 de diciembre de 2011) posibilita que si un Estado Miembro ha adoptado medidas de carácter penal en relación con una determinada persona, éstas se podrán mantener en otro Estado Miembro al que se desplace dicha persona. No sucede lo mismo en relación con las medidas de carácter civil y, en concreto con las que las autoridades de la residencia habitual del menor hayan adoptado en relación con su protección. BORGES BLÁZQUEZ, R. "El reconocimiento mutuo de las medidas de protección de víctimas de la Unión Europea: la transposición de la Directiva 2011/99/UE sobre la orden europea de protección al ordenamiento jurídico español", *Revista de Estudios Europeos*, núm. 17, 2018, enero-junio, pp. 73-85.

²⁷ *Nuestro sistema es consciente de los peligros que corren los menores cuando hay o puede haber una situación de violencia doméstica, de tal manera que la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm 132 de 2 de junio de 2021), modifica el art. 94 del CC y en su párrafo cuarto señala que: "No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género. No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial". De esta forma es posible que se adopten las medidas protectoras del menor, aún sin haberse iniciado un procedimiento penal por violencia doméstica siempre y cuando el juez aprecie la existencia de indicios en los que corre peligro la integridad física o psíquica del menor.*

del art. 15 del Reglamento Bruselas II ter, el cual contiene una competencia judicial internacional (a partir de ahora CJI) en este sentido formulada de manera autónoma y no como una disposición común a las reglas generales de CJI. Como sucede en este caso, existen situaciones en las que la urgencia, por estar en peligro el interés superior del menor, (especificidad señalada por el nuevo Reglamento, ya que el anterior se refería únicamente a persona), como consecuencia de una amenaza para su persona o sus bienes, exigen que un órgano jurisdiccional de un Estado Miembro que no es competente, según el Reglamento Bruselas II ter, adopte medidas provisionales, incluidas las cautelares, que estén reguladas en su ordenamiento jurídico, basándose únicamente en la presencia del menor o de sus bienes en el territorio de dicho Estado Miembro. El nuevo Reglamento no indica que ha de entenderse por "urgencia", como tampoco lo hacía el anterior, con lo cual queda al arbitrio de las autoridades que adopten tales medidas. Este órgano que ha acordado las medidas, pero que no es competente, informará sin demora a los órganos jurisdiccionales que son competentes a la luz del Reglamento Bruselas II ter y dicha información la podrá realizar a través de las dos vías a las que ya nos hemos referido con anterioridad: 1^a) Directamente, de órgano jurisdiccional a órgano jurisdiccional, siempre que esta comunicación respete los derechos fundamentales de las partes en los procedimientos y el carácter confidencial de la información (art. 86) o bien, 2^a) Mediante autoridades centrales encargadas de la asistencia para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter (art. 76). En estos casos no gozará de eficacia la figura procesal de la litispendencia (art. 20), ya que la CJI es asumida por el tribunal del Estado Miembro en cuestión para evitar un peligro inminente en el que pueda incurrir el interés superior del menor a juicio del tribunal que adopta dicha medida. Precisamente esta premura en la adopción de medidas provisionales o cautelares dejará de tener efecto cuando el órgano jurisdiccional del Estado Miembro competente, según el Reglamento Bruselas II ter, asuma el conocimiento del fondo del asunto, adoptando al respecto las medidas adecuadas, de lo cual informará al órgano jurisdiccional del Estado Miembro que propició en un principio la puesta en marcha de las mismas. A estos efectos, resulta especialmente relevante que estas medidas cautelares también podrán ser objeto de adopción por el tribunal del Estado Miembro que esté conociendo sobre la demanda de restitución de un menor sustraído o retenido de manera ilícita para que su devolución goce de seguridad y ello porque estimamos que es el órgano que goza de mayor información sobre la situación de la que es objeto el menor, de manera que gozará de mejor criterio para adoptar las medidas cautelares que estime más adecuadas y eficaces para proteger su interés, como ya hemos indicado anteriormente, a tenor del art. 15 del Reglamento Bruselas II ter.

Nos encontramos así ante dos situaciones contradictorias difícilmente conciliables: por una parte, el procedimiento para acordar la restitución del menor tiene el carácter de urgente y ha de resolverse en el periodo máximo de seis semanas y, por otro, la mujer ha de probar en dicho procedimiento que en el Estado Miembro requirente está siendo víctima de violencia doméstica, lo cual conlleva un grave perjuicio para el menor si se acuerda su restitución²⁸. La prueba de esta circunstancia a menudo es larga y compleja²⁹, además de que la misma pertenece a un ámbito jurisdiccional distinto, cual es el marco penal, de manera que su introducción en el procedimiento decisorio sobre la restitución del menor puede alargarse en el tiempo bastante más de la duración total del mismo, teniendo en cuenta además que nuestro procedimiento de fuente interna para la restitución del menor, al que nos hemos referido en líneas atrás, no se pronuncia en ningún momento en relación a la normativa que sería de aplicación en el caso en que el traslado ilícito del menor se hubiera debido a la existencia de violencia doméstica, de ahí la incompatibilidad de estas dos situaciones³⁰. A mayor abundamiento estas alegaciones realizadas por la madre

²⁸ Sobre la posibilidad de invocar la violencia de género o doméstica como causa de no restitución del menor, Vid. ESLAVA RODRÍGUEZ, M. “Secuestro internacional de menores y violencia doméstica”, en CANO-MAÍLLO REY, P.V. (Dir.), *Los juicios rápidos. Orden de protección: análisis y balance*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 131-181. CUARTERO RUBIO, M.V., “La alegación de violencia doméstica en el proceso de restitución internacional de menores”, en MARTÍN LÓPEZ, M. T (Coord.), *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Civitas, Madrid, 2014, p. 88. MAESTRE CASAS, P. “Violencia doméstica y sustracción internacional de menores” ..., *op. cit.*, pp. 73 y 75.

²⁹ Pensemos en nuestro sistema en el caso de Ángela González Carreño, la cual interpuso 51 denuncias ante las autoridades españolas contra su maltratador, solicitando que no se cumpliera la medida acordada por el juzgado español que permitía a su maltratador y padre de su hija permanecer a solas con la misma. En una de esas visitas el padre mató a su hija y después se suicidó. La Sentencia del TS 1263/2018 de 17 de julio de 2018, (ECLI:ES:TS:2018:1263), reconoce la responsabilidad del estado español por la falta de protección proporcionada a la víctima, con base en el dictamen vinculante para España del CEDAW.

³⁰ De lo que se trata de evitar con este procedimiento rápido y urgente es la dilación en la resolución de la demanda de retorno del menor a través de razones que carecen de justificación al amparo del art. 13.1 b) del Convenio de La Haya de 1980. En este sentido Vid. GONZÁLEZ MARTÍN, N. “Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano v. Montoya Álvarez)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2015, núm. 29, pp. 268-304.

sustractora, sobre la cual recae la carga de la prueba³¹ tienen el tratamiento de una excepción procesal³², de manera que la misma ha de ser resuelta por el tribunal que está conociendo del asunto antes de decidir sobre la restitución o no del menor. Asimismo, la parte que insta la restitución del menor puede probar ante el tribunal que está conociendo de la misma que las circunstancias que constituyen un grave peligro para el menor han desaparecido, o bien, que se ha dispuesto lo necesario para la protección del menor tras su restitución; es decir, que tal violencia doméstica nunca tuvo lugar o que ya no existe, o que el Estado Miembro de la residencia habitual del menor ha dispuesto los mecanismos necesarios para que el mismo esté libre de toda violencia; es decir, la carga de la prueba en este caso recae sobre la parte que alega la desaparición de la causa de peligro para el menor.

Con el establecimiento de todas estas garantías, el Reglamento Bruselas II ter persigue la rápida restitución del menor, de manera que obliga al tribunal que está conociendo de la misma a que decrete la restitución de forma imperativa (art. 27.3), si bien, antes de proceder a su estipulación dicho tribunal podrá, de manera facultativa, comunicarse con las autoridades jurisdiccionales competentes del Estado Miembro de la residencia habitual del menor antes de su traslado o bien, con de las autoridades centrales del mismo con la finalidad de que le informen de las medidas adoptadas para proteger al menor de toda violencia³³. Así, para obtener esta información el órgano jurisdiccional requirente podrá solicitar la asis-

³¹ La doctrina se ha manifestado a favor de invertir la carga de la prueba hacia el progenitor no sustractor, precisamente por la dificultad que para la madre conlleva la misma. Vid. SCHUZ, R. "The Hague Child Abduction Convention in a Changing World", en *International and National Perspectives on child and family law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Cambridge 2018, pp. 315-328.

³² Con las excepciones procesales el demandado pone de manifiesto al Juez la ausencia de presupuestos o la existencia de óbices procesales que impiden que el Tribunal pueda entrar a conocer del fondo del asunto. Estas alegaciones se dirigen a atacar la defectuosa conformación del proceso, sin que atiendan al fondo del asunto planteado por el actor. Estas excepciones se recogen en nuestro sistema en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

³³ En nuestro sistema jurídico, el art. 778 quarter de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su apartado 8, establece la posibilidad de que el juez adopte durante todo el proceso las medidas cautelares oportunas y de aseguramiento del menor, así como también garantizar los derechos de estancia o visita de forma supervisada, siempre en interés del menor. Dichas medidas las puede establecer de oficio, a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, siendo las medidas que se establecen en el art. 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y en el art. 158 del CC.

tencia de las Autoridades Centrales a través de la Red Judicial Europea en materia civil o mercantil, o de la Red de Jueces de La Haya (Considerando 45)³⁴. Ello supone una manifestación del principio de confianza mutua, en tanto en cuanto el órgano jurisdiccional del Estado Miembro que está conociendo de la demanda de retorno podrá asegurarse que las medidas provisionales adoptadas en relación con el menor serán provisionalmente ejecutadas en el Estado Miembro al cual va a ser devuelto³⁵. Sin embargo, de esta comunicación entre autoridades el tribunal que está conociendo de la restitución puede que considere que las medidas de protección del menor que el estado requirente ha adoptado no gocen de una eficacia real dirigida a este fin. Ante esta situación hemos de preguntarnos si el juez concedor del retorno podrá negarse a la restitución del menor³⁶, ya que, sobre la base de los números 3 y 4 del art. 27 del Reglamento Bruselas II ter se podría deducir que la prueba de que se ha dispuesto lo necesario para proceder a su protección en el Estado Miembro del cual ha sido sustraído ha de tener una entidad suficiente como para convencer sin ningún tipo de duda al juez que está conociendo de la restitución³⁷. Estimamos, no obstante que, aún dándose estas circunstancias, estaríamos ante la misma situación en cuanto

³⁴ Red Internacional de Jueces de La Haya (RIJH) <www.hcch.net> y Red Judicial Europea en materia Civil y Mercantil <[http:// e-justice.europa.eu](http://e-justice.europa.eu)>.

³⁵ A tal efecto el certificado incluido en el Anexo IV del Reglamento Bruselas II ter reza del siguiente modo: Certificado relativo a las resoluciones que ordenan la restitución de un menor a otro Estado Miembro de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 y las medidas provisionales, incluidas las cautelares, adoptadas de conformidad con el artículo 27 apartado 5 del Reglamento, que las acompañen.

³⁶ Un estudio de numerosos supuestos de Derecho comparado en los que, en ocasiones se deniega el retorno del menor y, en otras, se acuerda el retorno del mismo por parte del mismo existiendo un grave riesgo para el mismo puede verse en SOTO MOYA, M. "Fundido a negro tras el retorno de menores sustraídos por sus madres víctimas de violencia de género a sus países de residencia originaria", en LARA AGUADO, A. (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas. Análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, Tirant lo Blanch, Valencia 2023, pp. 878-901

³⁷ En este sentido SOTO MOYA, M, "Fundido a negro tras el retorno de menores sustraídos por sus madres víctimas de violencia de género a sus países de residencia originaria", *op. cit.*, pp. 888-889, considera que es imprescindible realizar un estudio del caso concreto, ya que no basta una invocación genérica, sino que habrá que concretar las medidas que se han adoptado. Los tribunales que estén conociendo de la restitución han de tener en cuenta la disponibilidad, idoneidad y efectividad de las medidas necesarias para proteger al menor del grave riesgo del Estado donde vaya a ser retornado. Sobre todo es fundamental el establecimiento de un seguimiento por parte de las autoridades judiciales del Estado al cual ha

a la diferencia temporal de ambas actuaciones procesales: resolución sobre la restitución del menor y obtención, aportación y valoración de la prueba sobre violencia doméstica. ¿Cómo podría tener lugar la coordinación de ambas actuaciones? Si analizamos el *iter* en nuestro ordenamiento jurídico observamos que en primer lugar ha de pronunciarse la jurisdicción penal, adoptando generalmente medidas cautelares de protección de carácter civil en relación con el menor y, en segundo término lo ha de hacer la jurisdicción civil, de forma que nos podríamos cuestionar si se podría seguir esta misma línea de actuación en el ámbito del pronunciamiento sobre si procede o no la restitución del menor.

Un paso más en el análisis de este escenario nos conduce a la paradoja que el mismo conlleva y es a la excepcionalidad de la aplicación de los motivos consagrados en el art. 13.1 b) del CHI1980³⁸ cuando el Reglamento permite la discrecionalidad del juez, el cual, aun habiendo sido probada la violencia doméstica sufrida por la mujer, puede dictar una resolución de restitución del menor³⁹.

A mayor abundamiento y, como ya hemos señalado anteriormente, el interés superior del menor que ha sido sustraído, como consecuencia del padecimiento de violencia doméstica, ha variado sustancialmente, ya no se trata de que éste regrese al lugar de su residencia habitual cuanto antes, sino de dotarlo de protección para liberarlo de todo tipo de violencia.

De esta forma, estimamos que el juez que está conociendo del retorno se podría oponer al mismo si el cese de esa situación de violencia no ha quedado suficientemente acreditado. En caso contrario podríamos continuar con la dinámica que desgraciadamente la realidad nos muestra, cual es la condena en vía penal y civil de la madre sustractora por las autoridades del Estado Miembro al cual se ordena el retorno del menor, la cual, además de verse privada de su libertad observa con impotencia como es

sido trasladado el menor, en relación con la efectividad de las medidas de protección adoptadas por el Estado Miembro al cual se ordena el retorno del menor.

³⁸ Proyecto de Guía de Buenas Prácticas sobre el Artículo 13 (1) (b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, <[http:// assets.hcch.net/docs/13a63e16-fdf4-488b-9368-123c96cdf67.pdf](http://assets.hcch.net/docs/13a63e16-fdf4-488b-9368-123c96cdf67.pdf)>.

³⁹ RUIZ SUTIL C., “El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista”, en GARCÍA GARNICA, M. C., MARCHAL ESCALONA, N. (Dirs.), QUESADA PÁEZ, A. y MORENO CORDERO, G. (Coords.), *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2019, pp. 581-605.

alejada de sus hijos al restringirle e incluso privarle de la custodia legal de los mismos. Atendiendo a estas consideraciones tenemos conocimiento de situaciones en las que el retorno del menor propició el asesinato de la madre por su pareja en presencia del mismo y también del asesinato del propio menor por el padre⁴⁰.

Esta situación se agrava si tenemos en cuenta que el Reglamento Bruselas II ter sigue manteniendo el "mecanismo de prevalencia", de manera que si en el Estado Miembro del cual ha sido trasladado el menor existe un proceso pendiente sobre la custodia del mismo y dicho proceso culmina con una resolución que supone el retorno del menor a ese Estado Miembro, esta decisión tendrá preferencia sobre la resolución de no retorno dictada por el tribunal del Estado Miembro al cual ha sido traslado el menor, la cual será ejecutable en dicho Estado Miembro sin que sea necesaria una declaración de fuerza ejecutiva. No obstante, esta rígida situación, el Reglamento Bruselas II ter suaviza los términos tajantes del Reglamento Bruselas II bis, en su art. 56 párrafos 4 y 6, señalando a tal efecto que se podrá suspender la ejecución con carácter excepcional si la misma conlleva un grave riesgo de carácter psíquico o físico al menor por un cambio significativo de circunstancias, una vez oído el menor, de manera que el automatismo de la ejecución quiebra en cierto sentido. Por otra parte, no podemos perder de vista que la adopción las medidas de protección recaen únicamente sobre el menor y no sobre la madre víctima de violencia doméstica a no ser que las unas acompañen a las otras y que, como consecuencia de la violencia padecida por la madre, el tribunal del lugar al cual ha sido trasladado el menor, dicte medidas de protección que incluya a ambos en el ejercicio de la responsabilidad parental, atribuida como consecuencia de la adopción de estas medidas con exclusividad a la madre sustractora⁴¹.

5. MECANISMOS INSTITUIDOS POR REGLAMENTO BRUSELAS II TER PARA PROCEDER AL RETORNO SEGURO DEL MENOR

Muchas eran las esperanzas que se habían puesto en que esta situación; es decir, que cuando la sustracción del menor tuviera su causa en

⁴⁰ El primer caso nos lo muestra la Sentencia de *la Family Court of Australia* 2007 FamCA 1703 y el segundo en la Sentencia del Tribunal Superior de Quebec de 16 de abril de 2010 *QCC1573*

⁴¹ REIG FABADO, I. "Violencia de género en la sustracción internacional de menores...", *op. cit.*, p. 929

la concurrencia de violencia doméstica, obtuviera una respuesta eficaz y valiente con la reforma que se iba a operar por este nuevo Reglamento⁴²; sin embargo, el mismo continúa la misma línea y deja sin visualizar la violencia doméstica⁴³, cuando la misma constituye una de las mayores lacras en nuestros días⁴⁴ y supone un porcentaje muy elevado de las sustracciones internacionales de menores que se llevan a cabo⁴⁵. Se ha perdido una oportunidad única⁴⁶ para contemplar y dar una solución adecuada a esta

⁴² RODRÍGUEZ PINAU, E., "La oposición al retorno del menor secuestrado: Movimiento en Bruselas y La Haya". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, num 35, 2018, p. 26.

⁴³ La doctrina ya había abogado porque esta causa se estableciera como justificativa del no retorno del menor, *Vid.* REQUEJO ISIDRO, M. "Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Vol. 6, 2006, p. 194.

⁴⁴ RUIZ SUTIL, C. "Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, Vol. 10, Núm.2, pp. 615-641. La autora aboga porque los preceptos consignados en el Convenio de Estambul de 11 de mayo de 2011 sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica en los que se consideran como víctimas de violencia doméstica tanto a las madres como a los hijos que la padecen, sean incorporados al Reglamento como base para la denegación de la restitución del menor. Máxime cuando la Unión Europea ha firmado dicho convenio, aunque todavía no lo ha ratificado, ya que existen Estados que no están conformes con el mismo. En este sentido de la tendencia de la apertura de la Unión Europea a las relaciones con terceros Estados se basa el estudio realizado por CAMPUZANO DÍAZ, B., "El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, Vol. 12, Núm. 1, pp. 97-117

⁴⁵ No contamos con un informe específico sobre los casos en los que la oposición a la restitución se ha efectuado sobre la base de la violencia doméstica. Sin embargo LOWE, N y STEPHENS, V. "Part I-A stactical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 october 1980 on the civil aspects of International Child abduction Global Repor", *The Seventh Meeting of the Special Commision on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection*, octubre de 2017, HCCH, p. 3. Nos indican que en el año 2015, el 73% de los sustractores eran las madres de las que el 93% eran custodios.

⁴⁶ En contra de esta apreciación manteniendo que el nuevo Reglamento posibilita una flexibilización en cuanto a la determinación de lo que ha de entenderse por interés superior del menor, *Vid.* SALES PALLARÉS, L y MARULLO, C. "Una tri-

realidad⁴⁷. Esta situación nos conduce a que ante estas circunstancias abogamos por una cooperación de autoridades de los Estados Miembros mucho más estrecha, fluida y rápida si cabe, aún cuando se refiera a distintos ámbitos jurisdiccionales⁴⁸. El art. 13.1 b) del CH1980 sostiene que el tribunal que está conociendo de la restitución del menor puede obtener la información de que la situación de riesgo para el menor ya no existe en el Estado Miembro de origen por cualquier otro medio que no sean las alegaciones de la parte que la solicita, de ahí que consideremos tan relevante en este ámbito la cooperación de autoridades⁴⁹.

Precisamente el Reglamento Bruselas II ter utiliza este medio como mecanismo fundamental para acabar con los traslados ilícitos de menores que tienen causa en la violencia doméstica; es decir, este instrumento normativo no se ha decantado directamente por considerar el padecimiento de violencia doméstica como causa de no restitución del menor al Estado Miembro de su residencia habitual; sin embargo, si podemos afirmar que,

logía inacabada: menores, violencia de género y secuestro internacional", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2019-2020, pp. 178-179.

⁴⁷ A esta conclusión llega RUIZ SUTIL, C. "El enfoque de género en la sustracción internacional de menores", en GIL RUÍZ J.M. (ed.), *El Convenio de Estambul como marco de derecho antisubordinatorio*, op. cit. pp. 247-278.

⁴⁸ Sobre la cooperación de autoridades en el Reglamento Bruselas II ter, Vid. ADAM MUÑOZ, MD. "La cooperación internacional de autoridades como mecanismo para la consecución del interés superior del menor", en CAMPUZANO DÍAZ, B ((dir) *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*. Ed. Thomson Aranzadi, Pamplona 2022, pp. 283-310

⁴⁹ Los aspectos sobre los que el tribunal que está conociendo del retorno podríanser objeto de información mediante la cooperación con las autoridades del Estado Miembro del cual el menor ha sido sustraído, según expone RUIZ SUTIL, C., "Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis...", op. cit., p. 628, siguiendo la Guía de Buenas Prácticas podríanser, por ejemplo, la información de acciones judiciales pendientes contra el padre; informes policiales; registros de consulados o embajadas; informes de refugios (casa de acogida) para víctimas de violencia doméstica y certificados médicos relativos a incidentes de violencia; establecimiento de comunicaciones judiciales directas para verificar, por ejemplo, si un tribunal extranjero constató la existencia de esta violencia, si se dictaron órdenes de protección o si hubo acciones judiciales como consecuencia de la constatación de dichas conductas delictivas. Asimismo, podrán acompañarse al proceso los correos electrónicos o cualquier otro tipo de mensajería (whatsapp, mensajes de texto al móvil, redes sociales...) donde se constaten amenazas o el maltrato psicológico hacia la víctima). En el mismo sentido, RODRÍGUEZ PINEAU, E., "La oposición al retorno del menor secuestrado...", op. cit., pp. 9 y ss.

de una manera un tanto tímida, lo ha hecho de forma indirecta al propiciar que la autoridad que está conociendo de la restitución y acuerda la misma, pueda establecer una serie de medidas provisionales o cautelares con la finalidad de proteger al menor del sufrimiento de violencia doméstica si regresa al Estado Miembro de su residencia habitual, pero siempre dejando muy claro que la adopción de las mismas no puede retrasar indebidamente el proceso de restitución (art. 27.4). Es lo que se ha denominado "restitución segura"⁵⁰. Esta resolución podrá ser provisionalmente ejecutiva, aunque quepa ulterior recurso (art. 27.6), si bien la ejecución de la resolución se podrá pedir a las autoridades del Estado Miembro requerido (art. 28). No obstante el establecimiento de estas garantías, el Reglamento Bruselas II ter no especifica a qué medidas cautelares se refiere, ni cuáles son las más adecuadas, ni las personas afectadas por las mismas, únicamente nos remite a su art. 15 (art. 27.5), el cual en su párrafo 1º señala que las mismas serán las establecidas en el derecho interno del Estado Miembro que las adopta⁵¹, si bien en el párrafo 4º indica que las mismas dejarán de aplicarse cuando el Estado Miembro competente; es decir, el de la residencia habitual del menor inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos adopte las medidas que considere apropiadas⁵². En relación con la

⁵⁰ REIG FABADO, I. "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea...", *op. cit.*, p. 616

⁵¹ A título de ejemplo el Reglamento Bruselas II ter se refiere en su Considerando 46 *in fine* a las medidas que el Estado Miembro al cual ha sido traslado o retenido el menor puede acordar para propiciar, en el caso de que la solicitud del retorno fuera favorable, una restitución segura del menor. A tal efecto indica que: "Dichas medidas provisionales o cautelares podrían incluir, por ejemplo, la decisión de que el menor siga residiendo con la persona que asume su cuidado efectivo o la determinación del modo en que deben tener lugar los contactos con el menor tras la restitución hasta que el órgano jurisdiccional del Estado de residencia habitual del menor haya dictado las medidas que considere apropiadas. Lo anterior ha de entenderse sin perjuicio de cualquier medida o resolución que el órgano jurisdiccional del Estado Miembro de residencia habitual del menor pueda dictar tras su restitución".

⁵² Un sector de la doctrina propone la implementación de las medidas urgentes de protección de menores contenidas en el Convenio de La Haya de de 1996 sobre competencia, ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, *Vid.* REIG FABADO, I. "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno *vs.* violencia familiar o doméstica", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, Vol. 10. Núm. 1, p. 616. MORENO CORDERO, G., "Las medidas de protección como garantía para un retorno seguro del menor sustraído o retenido ilícitamente: tensiones entre el grave riesgo y el interés superior del menor", en GARCÍA GARNICA, M. C., MARCHAL ESCALONA, N. (Dirs.), QUESADA PÁEZ, A. y MORENO CORDERO,

adopción de estas medidas, su reconocimiento por parte de los demás Estados Miembros y la perduración de las mismas en el tiempo hasta que las autoridades competentes; es decir, las de la residencia habitual del menor antes de su traslado o retención ilícitos, adopten las medidas que consideren pertinentes⁵³, el Reglamento Bruselas II ter otorga una importancia primordial a la cooperación de autoridades⁵⁴. De todas estas actuaciones las autoridades de los Estados Miembros implicados estarán informadas, bien directamente o a través de sus autoridades centrales.

Con respecto a esta situación, hemos de poner de relieve que no todos los Estados Miembros de la Unión Europea gozan de un sistema sobre prevención, persecución y erradicación de la violencia doméstica seguro, eficaz y garantista, incluso no consideran a los y las menores como víctimas de la misma. Esta discrepancia puede llevarnos a la situación en la cual un Estado Miembro que está conociendo de una demanda de restitución del

G. (Coords.), *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, ob. cit., p. 128.

⁵³ En nuestro Derecho el art. 544 ter núm. 7 en su apartado tercero de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señala que: " Cuando se dicte una orden de protección con medidas de contenido penal y existieran indicios fundados de que los hijos e hijas menores de edad hubieran presenciado, sufrido o convivido con la violencia a la que se refiere el apartado I de este artículo, la autoridad judicial, de oficio o a instancia de parte, suspenderá el régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado respecto de los menores que dependan de él. No obstante, a instancia de parte, la autoridad judicial podrá no acordar la suspensión mediante resolución motivada en el interés superior del menor y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial". En concreto, en Andalucía puede consultarse TOLEDO LARREA, J.A. "Problemática del derecho de visita de los/as menores acogidos con sus madres extranjeras en los recursos integrales de atención y acogida de la Junta de Andalucía", en LARA AGUADO, A. (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas. Análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, ob. cit., pp. 1443-1570.

⁵⁴ Así, el considerando 46 del Reglamento Bruselas II ter hace un especial hincapié en esta cuestión y establece que: "... En caso necesario, el órgano jurisdiccional al que se someta el procedimiento de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 debe consultar con el órgano jurisdiccional o las autoridades competentes del Estado Miembro de residencia habitual del menor, con la ayuda de las autoridades centrales o de jueces que formen parte de redes, en particular de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil y de la Red Internacional de Jueces de La Haya. Tales medidas deben ser reconocidas y ejecutadas en todos los demás Estados Miembros, incluidos los Estados Miembros que sean competentes en virtud del presente Reglamento, hasta que un órgano jurisdiccional de uno de esos Estados Miembros haya adoptado las medidas que considere apropiadas...".

menor con un sistema contra la violencia doméstica más avanzado que el de el Estado Miembro al cual se va a efectuar la entrega del menor, adopte unas medidas cautelares más acordes con la salvaguarda de los derechos de la mujer y del menor y más efectivas que las instauradas en el Estado Miembro de restitución del mismo. En este caso el Reglamento Bruselas II ter no prevé la posibilidad de que la autoridad del Estado Miembro que está conociendo de dicha demanda se oponga a la restitución del menor. A nuestro juicio y, con base en esa "restitución segura", estaría justificada la resolución denegatoria de la restitución.

Así, si la resolución es denegatoria y se basa en el art. 13.1 b) del CH1980 el órgano que la dictó expedirá de oficio un certificado consignado en el Anexo I⁵⁵ (en España será competente para conocer y expedir el certificado el Juzgado de 1ª Instancia de la capital de provincia). A partir de ahora, la cooperación de autoridades será entre el órgano que expidió el certificado y aquel del Estado Miembro en el que el menor tenía su residencia habitual antes de ser desplazado y que esté conociendo, o que vaya a conocer en los próximos tres meses, en un procedimiento sobre el fondo de la custodia. Para facilitar la labor de este segundo órgano judicial y que su decisión sobre la custodia y guarda del menor redunde en su beneficio, una vez que es conocedor de los avatares que han sucedido en la vida del menor, el órgano jurisdiccional que dictó la resolución de denegación del retorno, si tiene conocimiento de que este procedimiento sobre el fondo de la custodia se está llevando a cabo en el momento en el que dictó la no restitución del menor, remitirá una copia de dicha resolución, el certificado, un resumen de la vista y cualquier otro documento que estime pertinente. La importancia de la colaboración entre las autoridades de estos dos Estados Miembros es fundamental, ya que la resolución sobre el fondo de la custodia será ejecutable de manera imperativa en el Estado Miembro que dictó la resolución denegatoria de restitución (art. 29.6), con lo cual puede suceder que la misma quede sin efecto y el retorno del menor sea inminente. Así, el Reglamento Bruselas II ter sigue manteniendo el mecanismo de prevalencia al permitir que se pueda revocar un pronunciamiento inicial de un tribunal de un Estado Miembro que estipula el no retorno del menor como consecuencia de una resolución dictada por el tribunal del Estado Miembro en el cual el menor tenía su residencia habitual antes

⁵⁵ Anexo I del Reglamento Bruselas II ter: Certificado que debe expedir el órgano jurisdiccional que dicta una resolución de denegación de restitución de un menor a otro Estado Miembro basada únicamente en el artículo 13 párrafo primero, letra b), o el artículo 13 párrafo segundo, o ambos del Convenio de La Haya de 1980.

de ser trasladado que decreta la devolución⁵⁶, sin que el interés superior del menor quede garantizado si bien, como ya hemos señalado en líneas anteriores, de una forma un tanto más suavizada respecto a su antecesor.

6. POSIBLES MECANISMOS A ADOPTAR POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA PARA DAR SOLUCIÓN AL TRASLADO ILÍCITO DE MENORES CUANDO EL MISMO TIENE SU CAUSA EN LA VIOLENCIA DOMÉSTICA SUFRIDA POR LA SUSTRACTORA.

Ya hemos tenido ocasión de comprobar como el Reglamento Bruselas II ter no se ocupa de una forma directa de esta circunstancia al abordar el proceso de retorno del menor al Estado Miembro del que ha sido sustraído, aún cuando la realidad nos pone de relieve que cada vez es más necesario su abordaje debido al aumento de traslados ilícitos de menores cuando la sustractora es la madre y sufre violencia doméstica⁵⁷ y, a pesar de que el principio de la integración de la perspectiva de género en la actividad judicial y normativa constituye una obligación imperante los ámbitos nacional, europeo e internacional⁵⁸. Ante esta situación la doctrina ha propuesto diferentes actuaciones:

- 1^a) Se aboga por fomentar las comunicaciones directas entre autoridades y los mecanismos de valoración de concurrencia de la violencia de género en los supuestos de sustracción internacional de menores, de manera que se favorezca la utilización por los jueces de las herramientas propuestas para la evaluación de los riesgos y daños, adoptando formularios que

⁵⁶ Respecto a esta cuestión vid. GONZÁLEZ MARIMÓN, M., "La regulación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento Bruselas II ter y sus principales novedades: hacia una mejor protección del interés superior del menor", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, Vol. 14, Num. 1, pp. 304-311.

⁵⁷ Sobre este particular se pronuncia la Guía de Buenas Prácticas sobre el art. 13.1 b) del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, indicando cuando se puede utilizar la excepción de no retorno por causa de violencia de género. Publicada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en el año 2020, disponible en <[http:// www.hcch.net/es/publicaciones-andstudies/publications2/guides-to-good-practice](http://www.hcch.net/es/publicaciones-andstudies/publications2/guides-to-good-practice)>.

⁵⁸ Esta perspectiva nos la pone de relieve en numerosos ámbitos RUIZ SÚTIL, C. "Diferentes formas de violencia de género contra las extranjeras y su descendencia: un nuevo marco jurídico de la extranjería y de la protección internacional", en LARA AGUADO, A. (Dir.), *Protección de menores en situaciones transfronterizas. Análisis multidisciplinar desde las perspectivas de género, de los derechos humanos y de la infancia*, op. cit. , pp. 935-979.

propicien, no solo la audiencia del menor, sino también la de la víctima. Incluso se podrían llegar a establecer tribunales especializados para conocer de los supuestos en aplicación del Convenio de La Haya de 1980⁵⁹.

- 2^a) Fomentar y favorecer en estos supuestos la mediación entre las partes, tal y como establece el art. 25 del Reglamento Bruselas II ter⁶⁰.
- 3^a) La inversión del principio de restitución a la no restitución a fin de evitar los riesgos que se derivan para los menores y para las madres en estos casos de violencia, al menos, salvo prueba en contrario⁶¹.
- 4^a) Favorecer la transferencia de competencia, de manera que las autoridades de la residencia habitual del menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícitas declinen su competencia a favor de las autoridades del Estado Miembro al que ha sido traslado el menor, teniendo en cuenta la vulnerabilidad de las víctimas para afrontar un regreso a un Estado Miembro donde se encuentra el presunto agresor⁶², a pesar de

⁵⁹ REIG FABADO, I. "Violencia de género en la sustracción internacional de menores...", *op. cit.*, pp. 929-930

⁶⁰ DIAGO DIAGO, P., "Artículo 25. Formas alternativas de resolución de conflictos", en PALAO MORENO, G (Dir.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia 2022, pp. 283-296.

⁶¹ SANTOS i ARNAU, L. *Impacto de la sustracción internacional de menores sobre las familias*, 2019, p.39, https://saludyfamilia.es/sites/default/files/INFORME%20%20Impacto%20sustraccion%20menores%20en%20familias_0.pdf.

⁶² Vid. RUIZ SUTIL, C., "Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción ...", *op. cit.*, p. 632., siguiendo a WEINER, M.H., "International Child Abduction and the Escape from Domestic Violence", *Fordham Law Review*, 2000, vol. 69, pp. 593-706, disponible <<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol69/iss2/6/>>. La autora nos muestra una solución que ha sido objeto de cuestión prejudicial interpuesta por el Landesgericht Korneuburg (Austria) el 9 de febrero de 2022 ante el TJUE por la que realiza la siguiente cuestión: "¿Debe interpretarse el artículo 15 del Reglamento (CE) num. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) num. 1347/2000, en el sentido de que, cuando un Estado

que esta posibilidad queda expresamente prohibida en el considerando 27 del Reglamento Bruselas II ter.

5^a) Reforzar la cooperación de autoridades de los Estados Miembros de manera que la misma sea mucho más estrecha, fluida y rápida si cabe, aún cuando se refiera a distintos ámbitos jurisdiccionales. El art. 13.1 b) del CH1980 sostiene que el tribunal que está conociendo de la restitución del menor puede obtener la información de que la situación de riesgo para el menor ya no existe en el Estado Miembro de origen por cualquier otro medio que no sean las alegaciones de la parte que la solicita, de ahí que consideremos tan relevante en este ámbito la cooperación de autoridades⁶³.

Desde nuestra perspectiva y, teniendo muy en cuenta que el interés superior del menor a tenor del Reglamento II ter consiste en la restitución segura del mismo y no la de la madre, aunque en numerosas ocasiones la una dependa de la otra, hemos de significar que este texto normativo

miembro competente para conocer del fondo del asunto, al considerar que un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del asunto o de una parte específica del mismo, solicita a este otro Estado miembro que ejerza su competencia, esta solicitud es lícita aun en el caso de que este segundo Estado miembro sea donde el menor tiene su residencia habitual tras haber sido trasladado allí ilícitamente?", DOUE num. 213, de 30 de mayo de 2022.

⁶³ Como hemos indicado anteriormente, los aspectos sobre los que el tribunal que está conociendo del retorno podrían ser objeto de información mediante la cooperación con las autoridades del Estado Miembro del cual el menor ha sido sustraído, según expone RUIZ SUTIL, C., "Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis...", op. cit., p. 628, siguiendo la Guía de Buenas Prácticas podrían ser, por ejemplo, la información de acciones judiciales pendientes contra el padre; informes policiales; registros de consulados o embajadas; informes de refugios (casa de acogida) para víctimas de violencia doméstica y certificados médicos relativos a incidentes de violencia; establecimiento de comunicaciones judiciales directas para verificar, por ejemplo, si un tribunal extranjero constató la existencia de esta violencia, si se dictaron órdenes de protección o si hubo acciones judiciales como consecuencia de la constatación de dichas conductas delictivas. Asimismo, podrán acompañarse al proceso los correos electrónicos o cualquier otro tipo de mensajería (whatsApp, mensajes de texto al móvil, redes sociales...) donde se constaten amenazas o el maltrato psicológico hacia la víctima). En el mismo sentido, RODRIGUEZ PINEAU, E., "La oposición al retorno del menor secuestrado...", op. cit., pp. 9 y ss.

podría contemplar de forma directa la situación de violencia doméstica, cuando el menor también sea víctima de la misma, como causa de denegación de restitución del menor. Por otra parte dicha restitución no tiene por qué efectuarse confiando la seguridad del menor a una persona en concreto, en este caso al progenitor que reclama la restitución y que puede ser el presunto maltratador, sino que la misma puede tener lugar bajo la tutela de un organismo público de protección de menores o de de un órgano judicial.

En esta línea, hemos de insistir en que lo que el Reglamento Bruselas II ter pretende es la consecución del interés superior del menor, concretado en el caso de su sustracción ilícita, en una restitución segura del mismo. Esta podría tener lugar en los casos de violencia doméstica analizando, en primer lugar, si la misma ha tenido lugar en el Estado Miembro de la residencia habitual del menor, mediante una audiencia previa contradictoria que permita a las partes poner de relieve la situación de la que están siendo objeto (madre supuestamente maltratada y padre presuntamente maltratador) para que a la luz de estas alegaciones el tribunal que está conociendo de la restitución del menor estime en cada caso concreto si la misma se dirige a la consecución del interés superior del menor⁶⁴, teniendo siempre muy presente la opinión del menor y su derecho a ser oído en todas las decisiones que le afecten, siempre que el mismo goce de la madurez y el entendimiento suficientes.

Asimismo, consideramos que el Reglamento Bruselas II ter debería de haber contemplado la situación de violencia doméstica como una causa específica de denegación de retorno del menor al Estado Miembro de su residencia habitual del que ha sido sustraído, toda vez que dicho menor también puede ser víctima de dicha violencia de forma directa o indirecta. Una vez que los juzgados del Estado Miembro del cual ha sido trasladado el menor se pronuncien acerca de la existencia o no de dicha violencia, el tribunal del Estado Miembro al cual sido trasladado el menor procederá a pronunciarse sobre su retorno o no. Si en el ámbito de la Unión Europea no se concibe la violencia doméstica como causa para decretar el no

⁶⁴ El art. 31 del Convenio de Estambul de 2011 referido a la " Custodia, derecho de visita y seguridad" señala que: " 1. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que, en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, se tengan en cuenta los incidentes de violencia incluidos en el ámbito de aplicación del presente Convenio. 2. Las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños".

retorno del menor, se están obviando las obligaciones internacionales que exigen tener en cuenta principio de la integración de la perspectiva de género en la actividad judicial y normativa, pero no ya solo en lo que respecta a la protección de la mujer, sino en lo que se refiere a la perspectiva de la posición de la mujer desde su condición de madre, la cual toma la decisión de huir con su hijo y no en solitario para escapar de dicha violencia a sabiendas de que su propio hijo también la padece.

*La inclusión de las donaciones mortis causa en el Reglamento (UE) n° 650/2012**

JOSEP MARIA FONTANELLAS MORELL

*Profesor Agregado de Derecho Internacional Privado
Universitat de Lleida*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2021. 2.1. Antecedentes y cuestiones prejudiciales. 2.2. Las conclusiones del Abogado General. 2.3. La sentencia del Tribunal de Justicia. 2.4. Examen crítico de la sentencia. 3. REFLEXIONES FINALES.

1. INTRODUCCIÓN

Era del todo previsible que la puesta práctica de un texto tan innovador, extenso y complejo como el Reglamento sucesorio europeo (en adelante, RS)¹ iba a suscitar innumerables cuestiones interpretativas que sólo los órganos jurisdiccionales –en particular, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJ/TJUE)– estarían capacitados para resolver. En el –relativamente reducido– período de tiempo transcurrido desde la «entrada en aplicación» del instrumento, esta expectativa se ha visto plenamente confirmada por la abundante jurisprudencia que, a partir de 2017, ha dictado la Corte de Luxemburgo a propósito del mismo². En efecto, en sus

* Este trabajo se inscribe en el Proyecto de investigación PID2020-112609GB-I00".

¹ El título íntegro es Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (*DOUE*, L 201, de 27 de julio de 2012, pp. 107-134; correcciones de errores en L 344, de 14 de diciembre de 2012, p. 3; L 60, de 2 marzo de 2013, p. 140; y L 243, de 23 de septiembre de 2019, p. 9].

² Desde el comienzo de la serie hasta el momento de la revisión final de este trabajo, en octubre de 2023, el TJUE ha pronunciado las Sentencias de 12 de octubre de 2017 (C-218/16, *Kubicka*, ECLI:EU:C:2017:755), 1 de marzo de 2018 (C-558/16, *Mahnkopf*, ECLI:EU:C:2018:138), 21 de junio de 2018 (C-

decisiones sobre el Reglamento, el TJUE ha ido tratando temas que, ya habiendo sido en mayor o menor medida debatidos por los especialistas, era razonable esperar que, tarde o temprano, fueran consultados al Alto Tribunal europeo por órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. Baste recordar que, hasta el momento, la Corte se ha pronunciado sobre la inclusión de ciertas instituciones –como el legado de eficacia real

20/17, *Oberle*, ECLI:EU:C:2018:485), 17 de enero de 2019 (C-102/18, *Brisch*, ECLI:EU:C:2019:34), 23 mayo de 2019 (C-658/17, *WB*, ECLI:EU:C:2019:444), 16 de julio de 2020 (C-80/19, *EE*, ECLI:EU:C:2020:569), 1 de julio de 2021 (C-301/20, *Vorarlberger Landes- und Hypothekenbank*, ECLI:EU:C:2021:528), 9 de septiembre de 2021 (C-277/20, *UM*, ECLI:EU:C:2021:708; C-422/20, *RK*, ECLI:EU:C:2021:718), 7 de abril de 2022 (C-645/20, *VA-ZA*, ECLI:EU:C:2022:267), 2 de junio de 2022 (C-617/20, *TN-NN*, ECLI:EU:C:2022:426), 9 de marzo de 2023 (C-354/21, *Registr centros*, ECLI:EU:C:2023:184), 30 de marzo de 2023 (C-651/21, *MYaM*, ECLI:EU:C:2023:277), así como los Autos de 1 de septiembre de 2021 (C-387/20, *OKR*, ECLI:EU:C:2021:751) y de 17 de julio de 2023 (C-55/23, *Jurtukala*, ECLI:EU:C:2023:599). Hay, además, dos asuntos pendientes (C-187/23, *Albausy, DOUE*, C 235, de 3 de julio de 2023, p. 11, y C-291/23, *Hantoch, DOUE*, C 271, de 31 de julio de 2023, p. 16). En España, sobre la jurisprudencia europea inherente al Reglamento 650/2012, véase, en general, LARA AGUADO, Á., “Claves del Reglamento (UE) 650/2012 a la luz de la jurisprudencia del TJUE: de la especialización a la (in)coherencia a través del mito del principio de unidad y las calificaciones autónomas unívocas”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 39, 2020, pp. 1-67; PÉREZ MARTÍN, L. A., “La labor pasada y futura del TJUE en la búsqueda de la aplicación autónoma y uniforme del Reglamento (UE) de sucesiones”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 55, 2021, pp. 100-146; YBARRA BORES, A., “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Reglamento sucesorio europeo”, en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (coord.), *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Derecho internacional privado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 393-418; CASTELLANOS RUIZ, E., “El Reglamento sucesorio (UE) 650/2012, diez años después de su aprobación, en la jurisprudencia del TJUE”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XXII, 2022, pp. 49-110.

(*Kubicka*)³, los derechos legales del cónyuge sobreviviente (*Mahnkopf*)⁴ o la donación por causa de muerte (*UM*)⁵– en el ámbito material de aplicación del Reglamento 650/2012; a propósito de varios aspectos referentes a los certificados sucesorios –nacionales (*Oberle, WB, EE*)⁶ o europeo (*Brisch*,

³ En el caso *Kubicka* (C-218/16), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dice que el legado vindicatorio que es propio del Derecho polaco, por medio del cual el legatario adquiere la propiedad de los bienes legados, queda comprendido en el campo de actuación del instrumento sucesorio, puesto que, en supuestos como el de autos, no se examina la naturaleza del derecho real de propiedad, sino una modalidad de transmisión del mismo al fallecimiento del testador (apdo. 49). Entre nosotros, han comentado la decisión MARÍN LÓPEZ, J. J., “Polonia “invade” Alemania: la sentencia *Kubicka*, primera interpretación del Reglamento Europeo de Sucesiones por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *El notario del siglo XXI*, núm. 76, 2017, pp. 138-141; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “*Legatum per vindicationem* y Reglamento (UE) 650/2012”, *La Ley Unión Europea*, núm. 55, 2018, pp. 1-21; CASTELLANOS RUIZ, E., “Ámbito de aplicación de la *lex successionis* y su coordinación con la *lex rei sitae-lex registrationis: a propósito de los legados vindicatorios*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 1, pp. 70-93; LARA AGUADO, Á., *op. cit.* en nota 2, pp. 18-29; PÉREZ MARTÍN, L. A., *op. cit.* en nota 2, pp. 105-107; YBARRA BORES, A., *op. cit.* en nota 2, pp. 400-402; CASTELLANOS RUIZ, E., «El Reglamento ...», *op. cit.* en nota 2, pp. 62-63.

⁴ En *Mahnkopf* (C-558/16), el TJ estima que una disposición como el § 1371.1 del *Bürgerliches Gesetzbuch [BGB]* –según la cual, en el caso de fallecimiento intestado de uno de los cónyuges, el sobreviviente, además de percibir una cuarta parte del caudal relicto en concepto sucesorio [*ex* § 1931.1 *BGB*], ve incrementada su participación en la herencia del difunto en una porción equivalente de resultados de la liquidación del régimen económico matrimonial– pertenece al Derecho de sucesiones conforme al Reglamento 650/2012 (apdo. 40). Por lo demás, la calificación sucesoria de esta parte alícuota correspondiente al consorte superviviente, permite que la información concierne a la misma se incorpore al certificado sucesorio europeo a los efectos oportunos (apdo. 42). Sobre la resolución, véase, en la doctrina española, FONTANELLAS MORELL, J. M., “Los derechos legales del cónyuge superviviente en los instrumentos europeos de Derecho internacional privado”, *La Ley Unión Europea*, núm. 61, 2018, pp. 1-23; ANTÓN JUÁREZ, I., “Régimen económico matrimonial, derechos sucesorios del cónyuge superviviente y Certificado Sucesorio Europeo: ¿una combinación explosiva?”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 769-780; LARA AGUADO, Á., *op. cit.* en nota 2, pp. 30-37; PÉREZ MARTÍN, L. A., *op. cit.* en nota 2, pp. 107-109; YBARRA BORES, A., *op. cit.* en nota 2, pp. 402-405; CASTELLANOS RUIZ, E., «El Reglamento ...», *op. cit.* en nota 2, pp. 63-66.

⁵ El asunto *UM* (C-277/20) se explica detalladamente en las páginas que siguen.

⁶ Aun cuando las tres resoluciones versen sobre la competencia para la expedición de certificados sucesorios nacionales (un *Erbschein* alemán, en el primer caso; un certificado polaco de título sucesorio, en el segundo; y un certificado lituano de derechos sucesorios, en el tercero), se distinguen en que, en *Oberle* (C-20/17),

la expedición corre a cargo de un «órgano jurisdiccional», mientras que, tanto en *WB* (C-658/17) como en *EE* (C-80/19), es llevada a cabo por un «órgano notarial». Esta discrepancia crucial implica que, como en *Oberle* quien despacha el certificado es un «tribunal» en el sentido del Reglamento 650/2012, el mismo puede dictar una «resolución» en los términos del instrumento y su competencia depende de los arts. 4 a 11 RS (apdos. 44 y 58); en cambio, en *WB* y en *EE*, la expedición no procede de ningún «tribunal», sino de un «notario» –que, salvo prueba en contrario (*EE*, apdo. 54), no está sometido a las normas de competencia de autoridades del texto europeo–, cuyo certificado sólo puede ser un «documento público» a los efectos del Reglamento (*WB*, apdo. 71; *EE*, apdo. 80). Para el asunto *Oberle*, véase CALVO VIDAL, I. A., “La competencia internacional en el Reglamento sobre Sucesiones. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 21 junio 2018 en el asunto C-20/17 (*Oberle*)”, *La Ley Unión Europea*, núm. 65, 2018, pp. 1-8; CASTELLANOS RUIZ, M. J., “Competencia internacional en materia de expedición de certificados sucesorios: a propósito de la sentencia del TJUE, 21 junio 2018, Vincent Pierre Oberle, C-20/17”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, 2020, pp. 473-511; acerca de *WB*, véase MARIÑO PARDO, F. M., “Doctrina y algunas consecuencias sobre las actuaciones de los notarios españoles en el marco del Reglamento 650/2012 a partir de la STJUE de 23 de mayo de 2019”, *La Ley Unión Europea*, núm. 74, 2019, pp. 1-28; FONT SEGURA, A., “La declaració d'hereus intestats pel notari espanyol en aplicació del Reglament (UE) 650/2012 en matèria de successions. Comentari de la sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea de 23 de maig de 2019, assumpte C-658/2017”, *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 20, 2019, pp. 195-213; con respecto a *EE*, véase MARIÑO PARDO, F. M., “De nuevo sobre la actuación notarial en el marco del Reglamento europeo de sucesiones. Sentencia del Tribunal de Justicia, de 16 de julio del 2020, C-80/19: E E. () y loi applicable aux successions”, *La Ley Unión Europea*, núm. 85, 2020, pp. 1-41; CARRILLO POZO, L. F., “Una síntesis del Reglamento 650/2012: residencia habitual del *de cuius*, funciones judiciales, *professio iuris*. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2020, Asunto C-80/19”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, vol. 13, núm. 1, pp. 755-766; FONTANELLAS MORELL, J. M., “Las principales conexiones del Reglamento 650/2012 por vez primera ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 42, 2021, pp. 1-44. Sobre la problemática en su conjunto, además de los comentarios relativos a los asuntos *Oberle*, *WB* y *EE*, recién citados, véase LARA AGUADO, Á., *op. cit.* en nota 2, pp. 38-46 y 53-65; REQUEJO ISIDRO, M., “El artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 650/2012: autoridades no judiciales y otros profesionales del Derecho”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 39, 2020, pp. 1-26; RUEDA VALDIVIA, R., “Competencia internacional del notario español para la tramitación de expedientes sucesorios nacionales en sucesiones de dimensión transfronteriza: Un análisis a la luz de la jurisprudencia del TJUE”, en LARA AGUADO, Á. (dir.), *Sucesión mortis causa de extranjeros y españoles tras el Reglamento (UE) 650/2012: Problemas procesales, notariales, registrales y fiscales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 89-152;

Vorarlberger Landes- und Hypothekbank, Registru centras)⁷–; respecto de las

GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, J., “Réflexions sur la notion de “jurisdiction” au sens de l’article 3.2 du Règlement (UE) n° 650/2012 après les arrêts de la Cour de Justice de l’Union Européenne *Oberle*, C-20/17, et *WB*, C-658/17. Perspective espagnole”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 2, pp. 1001-1019; PÉREZ MARTÍN, L. A., *op. cit.* en nota 2, pp. 112-117 y 125-127; YBARRA BORES, A., *op. cit.* en nota 2, pp. 405-407, 410-413 y 415-417; CASTELLANOS RUIZ, E., “El Reglamento ...”, *op. cit.* en nota 2, pp. 66-70.

- ⁷ En tres ocasiones, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre distintos preceptos del Reglamento atinentes al certificado sucesorio europeo. En *Brisch* (C-102/18), ha determinado que, de una interpretación literal y contextual del art. 65.2 RS, se infiere que, para la presentación de una solicitud de certificado conforme a dicho precepto, la utilización del formulario IV –contemplado en el anexo IV del Reglamento de Ejecución n° 1329/2014– es facultativa (apdos. 28-32). En *Vorarlberger Landes- und Hypothekbank* (C-301/20), el TJ ha aclarado otras dos reglas del instrumento tocantes al tema, al señalar, por un lado, que, con arreglo al art. 70.3 RS, una copia auténtica del certificado expedida con la mención «por tiempo indefinido» constando en ella es válida durante un período de seis meses a partir de la fecha de su expedición y surte efectos, en el sentido del art. 69 RS, si es válida en el momento de su presentación inicial ante la autoridad competente (apdo. 37); y, por otro lado, que, del art. 65.1 RS en relación con el art. 69.3 RS, se colige que el certificado sucesorio europeo produce efectos respecto de todas las personas mencionadas nominalmente en él, por mucho que no hayan solicitado su expedición (apdo. 35). Por último, en la sentencia *Registru centras* (C-354/21), el TJUE ha dictaminado, sobre la base de los arts. 68.1) y 69.5 RS, que la legislación de un país de la Unión en donde esté situado el inmueble objeto de una herencia puede denegar la inscripción en el Registro de la Propiedad cuando el único documento presentado en apoyo de la solicitud, un certificado sucesorio europeo, no identifica dicho bien (apdo. 51). Para un análisis del primero de estos asuntos, véase, en la literatura científica publicada en España, MARINO, S., “Use of standard forms in EU civil judicial cooperation: the case of European Certificate of Succession”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, pp. 627-634; LARA AGUADO, Á., *op. cit.* nota 2, pp. 47-52; PÉREZ MARTÍN, L. A., *op. cit.* en nota 2, pp. 127-128; YBARRA BORES, A., *op. cit.* en nota 2, pp. 407-409; CASTELLANOS RUIZ, E., “El Reglamento ...”, *op. cit.* en nota 2, pp. 101-102. Sobre el segundo litigio, véase ANTÓN JUÁREZ, I., “La validez de las copias de un certificado sucesorio europeo: cuestiones prácticas para su circulación efectiva entre estados miembros. Análisis de la Sentencia del TJUE de 1 de julio de 2021, C-301/2020, *UE and HC v. Vorarlberger Landes*”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, vol. 13, núm. 2, 2021, pp. 604-611; MARIÑO PARDO, F. M., “Certificado sucesorio europeo. Eficacia temporal de las copias auténticas y eficacia respecto de las personas en él designadas”, *La Ley Unión Europea*, núm. 98, 2021, pp. 1-21; PÉREZ MARTÍN, L. A., *op. cit.* en nota 2, pp. 128-130; YBARRA BORES, A., *op. cit.* en nota 2, p.

conexiones principales –la residencia habitual (*EE*)⁸, la voluntad de las

407, nota 36; CASTELLANOS RUIZ, E., “El Reglamento ...”, *op. cit.* en nota 2, pp. 102-106. Del tercer caso, nos hablan, apenas divulgada la decisión, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A., “La sentencia ‘Registru Centras’ y la aplicación del Reglamento (UE) N.º 650/2012”, *Buen Gobierno. Iuris&lex y RSC. El Economista*, núm. 65, 2023, pp 24-25; y, teniendo en cuenta sólo el inicio de su tramitación, PÉREZ MARTÍN, L. A., *op. cit.* en nota 2, pp. 131-132.

⁸ Además de abordar la hipotética aplicación del Reglamento para determinar la competencia de los notarios lituanos a la hora de expedir un certificado nacional sobre derechos sucesorios, como se ha mostrado en la nota 6, en la Sentencia *EE*, el TJUE es de la opinión que, en una sucesión como la controvertida –en la que el causante, nacional de un Estado miembro, reside en otro país de la Unión al tiempo del fallecimiento sin haber cortado los vínculos con su patria, en donde se hallan situados los bienes integrantes del caudal relicto, mientras que los llamados a sucederlo tienen su residencia en dichos Estados miembros– es una «sucesión con repercusión transfronteriza» en el sentido de los cdos. 1 y 7 RS (apdos. 35 y 45). Esta apreciación debe hacerse, a juicio de la Corte, a partir de la premisa de que el *de cuius* únicamente puede residir habitualmente en un Estado miembro, correspondiendo la identificación del mismo a la autoridad que sustancie la sucesión (apdo. 40). Para la bibliografía española sobre estos pormenores de la resolución, véase MARÍÑO PARDO, F. M., “De nuevo ...”, *op. cit.* en nota 6, pp. 4-8; CARRILLO POZO, L. F., *op. cit.* en nota 6, pp. 757-759; PÉREZ MARTÍN, L. A., *op. cit.* en nota 2, pp. 111, nota 33, y 139-140; YBARRA BORES, A., *op. cit.* en nota 2, pp. 414-415; FONTANELLAS MORELL, J. M., “Las principales conexiones ...”, *op. cit.* en nota 6, pp. 16-26; CASTELLANOS RUIZ, E., “El Reglamento ...”, *op. cit.* en nota 2, pp. 59-61 y 76-78.

partes (*EE*⁹, *UM*¹⁰, *OKR*¹¹,

⁹ En *EE* (C-80/19), junto a los aspectos ya especificados antes en las notas 6 y 8, el TJ se enfrenta, por vez primera, al régimen de la autonomía de la voluntad en el Reglamento, tanto en la esfera jurisdiccional como en la conflictual. Efectivamente, ante la pregunta del Tribunal remitente relativa a si las partes aceptaron la competencia de los órganos jurisdiccionales lituanos, así como la aplicación de la legislación lituana (según la lógica interna del instrumento, el orden de estos dos factores tendría que estar invertido). En ausencia de un acuerdo formal de las partes en tal sentido, la Corte deja en manos del órgano jurisdiccional nacional la apreciación de si, en consonancia con el art. 5 RS, las mismas han admitido expresamente la competencia de la autoridad concernida en los términos del art. 7.c) RS (apdo. 86); y de si, conforme al art. 22.2 RS, de los términos de la disposición testamentaria del causante se infiere que éste ha escogido el derecho de su patria para que rija su sucesión hereditaria (apdo. 90). En España, la cuestión es analizada por MARIÑO PARDO, F. M., “De nuevo ...”, *op. cit.* en nota 6, pp. 8-11; CARRILLO POZO, L. F., *op. cit.* en nota 6, pp. 765-766; PÉREZ MARTÍN, L. A., *op. cit.* en nota 2, p. 136; YBARRA BORES, A., *op. cit.* en nota 2, pp. 417-418; FONTANELLAS MORELL, J. M., “Las principales conexiones ...”, *op. cit.* en nota 6, pp. 27-43; CASTELLANOS RUIZ, E., “El Reglamento ...”, *op. cit.* en nota 2, pp. 78-81.

¹⁰ Al igual que en el caso *EE*, en *UM* (C-277/20), se plantea una cuestión atinente a la designación de la ley aplicable y asimismo se hace en el marco de las disposiciones de derecho transitorio del Reglamento. Ahora bien, mientras que, en el asunto C-80/19, el problema sometido a debate es la elección implícita (véase nota anterior), en *UM*, el objeto de discusión es la elección parcial, la que, por razones de espacio, dejamos fuera del presente artículo. Al respecto, véase, empero, RODRIGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., “Un par de cuestiones sobre el Reglamento (UE) 650/2012: ámbito de aplicación material y régimen transitorio de la elección de ley aplicable. (Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2021, Asunto C-277/20: UM)”, *La Ley Unión Europea*, núm. 98, 2021, pp. 3-6; PÉREZ MARTÍN, L. A., *op. cit.* en nota 2, p. 136; FONTANELLAS MORELL, J. M., “Las principales conexiones ...”, *op. cit.* en nota 6, p. 27, nota 122; LARA AGUADO, Á., “*Requiem* por las calificaciones internas en el marco del Reglamento (UE) 650/2012 e invalidez de la *professio iuris* anticipada limitada a un pacto sucesorio relativo a un único bien [Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 9 de septiembre de 2021]”, en CUARTERO RUBIO; M. V. (coord.), “Crónica de Derecho internacional privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 42, 2021, pp. 33-34; CASTELLANOS RUIZ, E., “El Reglamento ...”, *op. cit.* en nota 2, pp. 93-95.

¹¹ En el asunto *OKR* (C-387/20), vuelve a interrogarse al TJUE en relación con la autonomía conflictual del causante en el seno del Reglamento 650/2012. En concreto, las dudas interpretativas consisten en dilucidar, primero, si de la opción a favor de la ley nacional –regulada en el art. 22 RS– puede valerse una persona que no sea ciudadano de la Unión Europea; y, segundo, si, a la luz del art. 75 RS, cabe afirmar que un súbdito de un tercer Estado con residencia en un Estado miembro goza de dicha prerrogativa de elección cuando entre los dos países

media un acuerdo bilateral que no la contempla, al limitarse a designar objetivamente la ley aplicable a la sucesión. En su Auto de 1 de septiembre de 2021 (ECLI:EU:C:2021:751), la Corte europea no entra en el fondo de la controversia, porque estima que, al no ser un «órgano jurisdiccional» a los efectos del art. 267 TFUE, un notario adjunto polaco no está legitimado para plantear una cuestión prejudicial (apdo. 34). Sobre esta resolución, véase PÉREZ MARTÍN, L. A., *op. cit.* en nota 2, pp. 142-143; FONTANELLAS MORELL, J. M., “Las principales conexiones ...”, *op. cit.* en nota 6, notas 22 y 122; CASTELLANOS RUIZ, E., “El Reglamento ...”, *op. cit.* en nota 2, pp. 70-72. De todos modos, el mismo caso ha sido elevado nuevamente al Tribunal de Luxemburgo (C-21/22, *OP, DOUE*, C 198, de 16 de mayo de 2022, p. 20), que, en esta ocasión, no ha podido evitar responder las preguntas formuladas –idénticas a las de *OKR*–, dado que las mismas procedían del *Sąd Okręgowy w Opolu* (Tribunal Regional de Opole). En Sentencia de 12 de octubre de 2023 (ECLI:EU:C:2023:766), el TJ ha especificado, por una parte, que un nacional de un tercer Estado residente en un Estado miembro de la Unión Europea puede designar como ley rectora del conjunto de su sucesión la ley de ese tercer Estado; y, por otra parte, que dicha facultad de elección no puede ser ejercitada por un ciudadano de un tercer Estado que reside en un Estado miembro cuando, antes de la adopción del Reglamento 650/2012, ambos Estados han celebrado un convenio bilateral que designa la ley aplicable en materia sucesoria y no prevé expresamente la posibilidad de designar otra.

RK¹²)– y subsidiarias (VA-ZA y *Jurtukata*)¹³ a las que apela el instrumento, tanto en el sector de la competencia judicial internacional como en el del

¹² En *RK* (C-422/20), la controversia gira en torno a si cuando un tribunal se abstiene de conocer en el sentido del art. 6.a) RS en favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro cuya ley ha sido elegida por el causante, es necesario que se haya inhibido expresamente o basta con que esa intención se desprenda de modo inequívoco de la resolución dictada al respecto. El TJ se inclina por la segunda de las opciones (apdo. 34), manifestando, además, por un lado, que el tribunal del Estado miembro que conoce del asunto de resultados de una inhibición no está facultado para controlar el cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 6.a) y 7.a) RS para que el tribunal al que se había sometido previamente el asunto pudiera inhibirse (apdo. 49); y, por otro lado, que las reglas de competencia que instauran los mencionados preceptos son, asimismo, aplicables en caso de que, en su testamento, otorgado antes del 17 de agosto de 2015, el causante no haya seleccionado la ley aplicable a la sucesión y de que la designación de dicha ley sea únicamente consecuencia del tenor del art. 83.4 del Reglamento (apdo. 58). En cuanto a este veredicto, véase PÉREZ MARTÍN, L. A., *op. cit.* en nota 2, pp. 120-122; FONTANELLAS MORELL, J. M., “Las principales conexiones ...”, *op. cit.* en nota 6, p. 27, nota 122; ANTÓN JUÁREZ, I., “La declinatoria de competencia en las sucesiones mortis causa transfronterizas y su impacto en la certeza legal. Comentario a la STJUE de 9 de septiembre de 2022, RK c. CR, C-422/20”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, vol. 14, núm. 1, pp. 591-599; CASTELLANOS RUIZ, E., “El Reglamento ...”, *op. cit.* en nota 2, pp. 95-98.

¹³ En el caso VA-ZA (C-645/20), se inquiera al TJUE acerca de si, para conocer de un asunto basándose en el foro subsidiario de la situación de los bienes relictos (art. 10) –al comprobar que, con arreglo al criterio general de la última residencia habitual del causante (art. 4) carece de competencia–, un órgano jurisdiccional de un Estado miembro puede hacerlo de oficio o ha de actuar a instancia de parte. La respuesta de la Corte es que el art. 10.1.a) debe interpretarse en el sentido de que, en un supuesto como el de autos, el tribunal concernido tiene que determinar de oficio su competencia fundada en dicho precepto. Esta decisión es comentada por PÉREZ MARTÍN, L. A., *op. cit.* en nota 2, pp. 122-124; CASTELLANOS RUIZ, E., “El Reglamento ...”, *op. cit.* en nota 2, pp. 82-86; y MELGAREJO CORDÓN, P. M., “Consideraciones sobre el control de oficio de la competencia en el ámbito de los Reglamentos europeos de familia y sucesiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, vol. 15, núm. 1, pp. 565-569 y 571-572.

En *Jurtukata* (C-55/23), la pregunta versa sobre si, para que entre en liza la competencia del art. 10.1.a) RS, basta con que el causante tenga su residencia en un Estado distinto del país del foro –del que es nacional y en donde radican bienes de su propiedad–, independientemente de que sea un Estado vinculado o no por el Reglamento, a lo que el TJ responde que la norma de competencia subsidiaria establecida en dicha disposición sólo se aplica cuando la residencia habitual del *de cuius* en el momento del fallecimiento está situada en un Estado miembro no vinculado por el Reglamento o en un tercer Estado.

derecho aplicable; finalmente, el TJUE también se ha visto compelido a interpretar los preceptos (arts. 13 y 28 RS) relativos a la renuncia de la herencia (*TN-NN* y *MYaM*)¹⁴.

De los múltiples temas enumerados en el párrafo anterior, vamos a centrar nuestra atención en sólo uno de ellos, cual es la posible inclusión de las donaciones *mortis causa* en el ámbito material de aplicación del Reglamento 650/2012. La Corte europea lo abordó en su Sentencia de 9 de septiembre de 2021, la cual revisaremos con esmero en la siguiente sección de este estudio [2], deteniéndonos, en particular, en los antecedentes y la cuestión prejudicial [2.1], en la opinión del Abogado General [2.2] y en la resolución del Tribunal propiamente dicha [2.3]. Luego, en el cuerpo central de nuestra contribución [2.4], realizaremos un examen crítico de la misma; para, por último, en las reflexiones finales [3], presentar un balance sucinto de todo el trabajo.

¹⁴ En el asunto *TN-NN* (C-617/20), el Tribunal de Justicia responde afirmativamente a la cuestión de si una declaración relativa a la renuncia a la herencia realizada por un heredero ante un tribunal del Estado miembro de su residencia habitual es formalmente válida –siempre que respete los requisitos de forma aplicables ante ese tribunal–, sin necesidad de que, a efectos de dicha validez, deba observar los requisitos formales exigidos por la ley aplicable a la sucesión. Para este veredicto, véase CASTELLANOS RUIZ, E., “El Reglamento ...”, *op. cit.* en nota 2, pp. 86-93; MAGALLÓN ELÓSEGUI, N., “Ley aplicable a la validez formal y material de la declaración de renuncia a la herencia en el Reglamento europeo 650/2012 sobre sucesiones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2023, vol. 15, núm. 1, pp. 991-997. En *MYaM* (C-651/21), el art. 13 RS focaliza otra vez la labor interpretativa de la Corte europea, para la cual dicho precepto no se opone a que, una vez que un heredero haya inscrito ante un tribunal del Estado miembro de su residencia habitual una declaración relativa a la aceptación de la herencia de un causante cuya residencia habitual en la fecha de su fallecimiento estaba situada en otro Estado miembro, o a la renuncia a la misma, otro heredero solicite una inscripción ulterior de dicha declaración ante el tribunal competente de este último Estado miembro. Por lo que hace a este fallo (y, en general, a las carencias de la regulación reglamentaria en este punto), véase, RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., “De nuevo sobre el régimen específico de renuncia a la herencia en el Reglamento (UE) 650/2012. Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 marzo 2023, Asunto C 651/21”, *La Ley Unión Europea*, núm. 115, 2023, pp. 1-9.

2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2021

2.1. Los antecedentes y la cuestión prejudicial

La resolución europea sobre la que va a pivotar nuestro estudio deriva de la petición de decisión prejudicial¹⁵ formulada, el 27 de mayo de 2020¹⁶, por el *Oberster Gerichtshof der Republik Österreich (OGH)* mediante la que solicita la interpretación de dos preceptos del instrumento con respecto a cuestiones que, pese a haber merecido en mayor o menor medida la atención de la doctrina, no habían sido hasta entonces sometidas al criterio del Tribunal de Luxemburgo. El supuesto fáctico que origina el procedimiento arranca el 22 de julio de 1975¹⁷, cuando ZL, un ciudadano alemán habitualmente residente en Colonia, celebra con su hijo, UM, y su nuera, XU –de distinta nacionalidad (alemana el marido y austriaca la mujer), pero con idéntica residencia en la citada ciudad renana–, un contrato de entrega o cesión –*Übergabevertrag*¹⁸– por el que el primero transmite, por mi-

¹⁵ ECLI:AT:OGH0002:2020:0050OB00061.20M.0527.000. El resumen oficial en castellano de la petición del Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Austria en versión anonimizada se encuentra disponible en <<https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=650%252F2012&docid=230083&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=14654871>>. El original completo en alemán puede verse en <https://rdb.manz.at/document/ris.just.JJT_20200527_OGH0002_0050OB00061_20M0000_000/formats/ris.just.JJT_20200527_OGH0002_0050OB00061_20M0000_000.pdf>.

¹⁶ La petición es recibida por el Tribunal de Justicia el 24 de junio de 2020 y publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 21 de septiembre de 2020 (*DOUE*, C 313, p. 12).

¹⁷ En realidad, el 22 de julio de 1975 lo que se formaliza es la aceptación en escritura pública, por parte del hijo y la mujer de éste, de la oferta de cesión hecha por el padre trece días antes. Ahora bien, este negocio supone la culminación de una compleja operación jurídica en la que, primero, XU adquiere, mediante un contrato fechado el 13 de mayo y el 20 de junio de 1975, una parte del inmueble en cuestión con objeto de que su suegro, ZL, financie la edificación en él de una casa bifamiliar destinada a ser el domicilio de XU y de los suyos. Una vez el terreno es propiedad de XU y para el caso de que ésta lo transmita a UM –y, luego, este último a su padre–, es cuando ZL hace la propuesta que es aceptada el 22 de julio.

¹⁸ Propio de los Derechos alemán y austriaco, cabe definir el *Übergabevertrag* o *Übergabsvertrag* como un «*Vereinbarung (Vertrag), durch die regelmäßig etwa Eltern ihr Vermögen, v.a. ggf. ihren Betrieb oder ihre Grundstücke, im Hinblick auf die künftige Erbfolge auf einen oder mehrere Abkömmlinge (Kinder, Enkel) übertragen. Kennzeichnend für einen Übergabevertrag ist insbesondere, dass sich der Übergeber zumeist die Leistung eines ausrei-*

tad, a los esposos la propiedad de una finca situada en Kötschach-Mauthen (Austria), así como de todo lo que, en el momento del fallecimiento de ZL, se hubiera erigido sobre ella. En la medida en que no se acuerdan contraprestaciones a cambio de la cesión¹⁹, ésta se produce *mortis causa* a título de donación, como declara expresamente ZL, que renuncia a revocar el contrato. El *Übergabevertrag* incluye, sin embargo, diversas condiciones, de las cuales las principales son el compromiso del padre de construir en los diez años siguientes a la celebración del contrato la vivienda familiar, la obligación de ZL de no gravar o enajenar el inmueble adquirido sin el consentimiento de los cocontratantes, la necesidad de que el matrimonio de éstos subsista al tiempo de la muerte de ZL y de que XU sobreviva a UM, ya que, de lo contrario, solamente el hijo podría verse favorecido por la cesión efectuada por su padre.

Tras producirse, el 13 de mayo de 2018, el óbito de ZL, UM, en calidad de único beneficiario de la referida donación *mortis causa* –al haber fallecido XU, ya divorciada de su marido, el 5 de noviembre de 2005–, solicita,

*chenden Lebensunterhalts (Altenteil, Leibrente) ausbedingt und zudem für nicht bedachte Abkömmlinge Ausgleichszahlungen festlegt. Der Übernehmer soll jedoch zumindest teilweise eine unentgeltliche Zuwendung erhalten, so dass auch (einkommen- bzw schenkung)steuerlich von einer Schenkung unter Auflagen oder einer gemischten Schenkung auszugehen ist» (MÜSSIG, P., «Übergabevertrag», en <<https://www.gabler-banklexikon.de/definition/uebergabevertrag-62003>>). En este concepto se compendian las características primordiales de una figura destinada a la transmisión anticipada, a través de un negocio *inter vivos*, de patrimonios hereditarios integrados habitualmente por unidades económicas (explotaciones agrarias, empresas) –aunque no se excluye cualquier otra clase de bienes– a favor de uno o más familiares cercanos (cónyuge, hijos, nietos) del disponente, el cual, de esta manera, trata de impedir la dispersión de la herencia fuera de su círculo más estrecho de allegados. Por más que puedan otorgarse sin contrapartida, es frecuente que, tanto para ahorrarse el pago de tributos como para evitar las reclamaciones legitimarias, el contrato incorpore contraprestaciones como el reconocimiento de un derecho de usufructo o de uso de vivienda, o la satisfacción de una pensión de alimentos o de una renta vitalicia. Un examen minucioso de estos rasgos distintivos se halla en MAYER, J., «Begriff des Übergabevertrags», en MAYER, J./GECK, R. (ed.), *Der Übergabevertrag in der anwaltlichen und notariellen Praxis*, 3ª ed., Zerb, Bonn, 2013, pp. 7-14; en particular, para Austria, país de donde procede el caso dirimido por el TJUE, véase HAUNSCHMIDT, F., «Österreich», en SÜSS, R. (ed.), *Erbrecht in Europa*, 4ª ed., Zerb, Bonn, 2020, p. 1067, núms. 97-98.*

¹⁹ Sin embargo y a modo de contraprestación parcial, a cambio de la cesión del inmueble los cesionarios se obligan a conceder a la madre de XU un derecho de habitación en el edificio que ZL ha de levantar sobre el terreno en el plazo contractualmente fijado.

el 12 de noviembre de 2019, ante el *Bezirksgericht Hermagor* (Tribunal encargado del Registro de la Propiedad del Distrito de Hermagor, Austria) la inscripción de su titularidad dominical sobre la finca objeto del *Übergabevertrag* de 1975; petición que es desestimada, porque, actuando por conducto de su gestor procesal (*Rechtspfleger*), el órgano jurisdiccional considera que, de acuerdo con la ley austriaca –escogida por las partes para regir las relaciones jurídicas derivadas del contrato que las vincula–, para proceder a la inscripción registral, es necesario que el solicitante demuestre, presentando la documentación pertinente, el cumplimiento de las condiciones suspensivas estipuladas en el contrato, lo que no ocurre en el caso de autos, pues, para que hubiera tenido lugar la transmisión de propiedad resultante de la donación *mortis causa*, habría sido preciso que, con carácter previo, ZL hubiera llevado a término la construcción del edificio comprometida contractualmente. Apelada esta decisión por UM, el *Landesgericht Klagenfurt* (Tribunal Regional de Klagenfurt, Austria) confirma el veredicto de primera instancia en una resolución pronunciada el 16 de enero de 2020, la cual, no obstante, es recurrida por el peticionario ante el *Oberster Gerichtshof*, reiterando en su escrito de casación la solicitud de inscripción.

Cuando se dispone a estudiar el asunto debatido, el Tribunal Supremo de Austria se da cuenta de que, para hacer una evaluación correcta del problema jurídico suscitado, es menester ampliar el punto de vista con el que lo habían venido abordando los órganos jurisdiccionales territoriales, pues éstos exclusivamente habían tomado en consideración una perspectiva nacional, sin percatarse de que la controversia que tenían entre manos la desbordaba, en la medida que comprendía elementos de extranjería. Por eso, el *Oberster Gerichtshof* pone en tela de juicio que las premisas sobre las que las instancias inferiores habían asentado su pronunciamiento –esto es, que el *Übergabevertrag* en cuestión estaba sujeto al Derecho austriaco y que, de conformidad con éste (§ 26 de la Ley del Registro de la Propiedad), el tribunal que ejerce funciones registrales debe comprobar la forma y el contenido de los documentos presentados para avalar una inscripción y que cuando en un contrato figure un derecho concedido bajo condición, el consentimiento prestado para la inscripción sólo es eficaz si se cumple dicha condición, cumplimiento que asimismo debe acreditarse documentalmente– tengan sentido en un litigio como el de autos con un componente de internacionalidad, dado que, por un lado, las normas de DIPr son las que tienen que individualizar la legislación aplicable a este tipo de supuestos, respecto de los cuales, por otro lado, opera una reserva de competencia judicial (§ 16.2.6 de la Ley de Gestores Procesales), en cuya virtud el conocimiento de las cuestiones conflictuales debe recaer siempre en un juez, de manera que si, en su lugar,

interviniese un gestor procesal, procedería, de oficio, la anulación del procedimiento realizado y de la resolución dictada a su finalización, teniendo que devolverse el asunto al juzgado de primera instancia para poder obtener una nueva decisión ajustada a derecho²⁰.

La certeza de que el asunto tiene repercusión transfronteriza y la posibilidad de que, en consecuencia, el contrato de cesión se rija por una normativa extranjera, obligan al Alto Tribunal remitente a plantearse, a modo de cuestiones previas, si el Reglamento 650/2012 es aplicable a un contrato como el que nos incumbe y si, de resultas de ello, es válida la cláusula que designa a la legislación austriaco como la aplicable al mismo²¹. Para intentar dar respuesta al primer interrogante, el *Oberster Gerichtshof* razona con arreglo a los postulados clásicos, puesto que recurre a un proceso calificadorio que sigue los tres momentos en los que éste se descompone: la calificación *stricto sensu* (¿qué naturaleza tiene la institución que sirve de base a la demanda?), la interpretación (¿qué materias son objeto de regulación por el Reglamento 650/2012?) y la subsunción (¿la figura que centra el debate cae dentro del ámbito material del instrumento?). En cuanto al primer punto, el Tribunal Supremo perfila la *Schenkung auf den Todesfall* del Derecho austriaco a partir de su propia doctrina jurisprudencial²², la cual, sobre la base del § 956.2 del *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)* –en la versión anterior a la *Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 (ErbRÄG 2015)*²³–, había mantenido que, en esta clase de liberalidades, el donante continuaba con el disfrute del bien donado hasta su muerte, acontecida la cual dicho bien no pasaba automáticamente a ser propiedad del donatario, pues, aunque éste poseyera un título adquisitivo, solamente era reputado un acreedor hereditario. De ahí que la donación *mortis causa* diera lugar a un mero derecho jurídico-obligacional que no podía ejercerse más que tras el falle-

²⁰ *Vorabentscheidungsersuchen*, apdo. V.1.1.

²¹ *Vorabentscheidungsersuchen*, apdo. V.1.2.

²² Conformada, fundamentalmente, por las Sentencias de 15 de enero de 1986 (1 Ob 726/85), 30 de abril de 1996 (4 Ob 2029/96b), 15 de junio de 1999 (5 Ob 161/99h), 23 de enero de 2001 (7 Ob 264/00z), 28 de mayo de 2002 (5 Ob 114/02d), 25 de octubre de 2002 (1 Ob 133/02v), 8 de mayo de 2005 (3 Ob 9/08g), 27 de agosto de 2008 (7 Ob 72/08a), 27 de noviembre de 2008 (7 Ob 261/08w), 6 de mayo de 2010 (2 Ob 208/09s), 25 de octubre de 2011 (9 Ob 83/10m), 4 de septiembre de 2014 (5 Ob 39/14t) y 27 de octubre de 2016 (2 Ob 231/15g).

²³ Tras la reforma del Derecho de sucesiones austriaco de 2015, las donaciones *mortis causa* han pasado a estar reguladas en el § 603 *ABGB*.

cimiento del donante. Cuando hacía referencia a bienes inmuebles, la adquisición de la propiedad por el donatario requería la inscripción registral, que cabía solicitar en virtud del contrato de donación –provisto de una declaración de conformidad del titular con la práctica del nuevo asiento (*Aufsandungserklärung*)–, y del certificado de defunción, sin que fuera necesaria intervención judicial alguna. En todo caso, la validez del contrato restaba supeditada a la aceptación de la donación por parte del donatario, la declaración expresa del donante de que renunciaba a la revocación de la donación (y, en este sentido, una prohibición de gravar y de enajenar, prevista en el contrato en beneficio del donatario, hacía las veces de renuncia expresa a la revocación) y al otorgamiento de escritura pública. Después de repasar los rasgos distintivos de la institución concernida, el *Oberster Gerichtshof* concluye que, a la vista de la documentación presentada ante el tribunal encargado del registro de la propiedad, en el caso litigioso se había formalizado un contrato de donación *mortis causa* a favor del solicitante que se ajustaba a las pautas establecidas en el ordenamiento austriaco²⁴.

Cuando, luego de la calificación, aborda el segundo miembro de la ecuación –la interpretación–, el Alto Tribunal recuerda que el Reglamento 650/2012 se limita a regular las sucesiones por causa de muerte y, en consecuencia, no las operaciones que tienen su origen en un negocio jurídico *inter vivos*, como podrían ser las liberalidades. Añade, sin embargo, que la donación *mortis causa* prevista en el *ABGB* tiene la particularidad de no dar lugar a una transferencia patrimonial en vida que afecte y grave al donante durante su existencia, salvo que se materialice antes de la defunción del disponente, lo que no pasa en el presente asunto, en el que la transmisión del terreno se produce tras el fallecimiento e incide sobre el caudal relicto, o sea, sobre los herederos. Finalmente y habida cuenta de que las definiciones contenidas en el art. 3.1 letras b) y d) RS, mencionan, como ejemplo de disposición *mortis causa*, el pacto sucesorio, entendido éste como un acuerdo por el que se confieren –con contraprestación o sin ella– derechos relativos a la sucesión futura, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta si, en el contexto del Reglamento sucesorio, esta modalidad de donación *mortis causa* propia del Derecho austriaco puede constituir un pacto hereditario como el descrito en el instrumento.

²⁴ *Vorabentscheidungsersuchen*, apdo. V.2.

Calificada la pretensión del solicitante²⁵ a partir de la institución que la ampara e interpretados los conceptos que integran el supuesto de hecho de las normas en potencia aplicables, el *österreichischer Oberster Gerichtshof* afronta la fase de subsunción desde el convencimiento, compartido por la mayoría de autores de lengua alemana²⁶, de que una donación *mortis causa* que no surte efectos jurídico-reales en vida del donante pertenece al Derecho de sucesiones y, en consecuencia, está comprendida en el ámbito material de

²⁵ Con buen criterio, el órgano jurisdiccional remitente entiende que la cuestión que se le plantea no es de índole registral, porque, pese a que, en sede judicial, el peticionario solicita la inscripción de su titularidad sobre la finca resultante del contrato de donación, a juicio del *Oberster Gerichtshof*, no se está frente a un problema de Derecho registral, sino ante una evaluación de la naturaleza del contrato desde la perspectiva del DIPr como requisito previo para la apreciación de la competencia funcional del órgano decisorio. De ahí que, para el Tribunal Supremo de Austria, la excepción contemplada en el art. 1.2. letra l) RS no sea aplicable al caso (*Vorabentscheidungsersuchen*, apdo. V.3.3 *in fine*). Igualmente, el Abogado General, Sr. de la Tour, hará hincapié en el apartado 28 de sus conclusiones en que el asunto discutido es de naturaleza hereditaria y no registral, «porque el litigio tiene por objeto las condiciones de adquisición de un derecho por título sucesorio, a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, y no las modalidades de inscripción, que no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento n° 650/2012».

²⁶ El *Oberster Gerichtshof* menciona en apoyo de su tesis a DEIXLER-HÜBNER/M. SCHAUER, A., “Art. 3”, en DEIXLER-HÜBNER, A./SCHAUER, M. (ed.), *EuErbVO. Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung*, 2ª ed., Nomos/Manz, Baden-Baden/Wien, 2020, núm. 14; CZERNICH, D., “Internationale Zuständigkeit und Vollstreckung in Erbrechtssachen/Internationales Erbverfahrensrecht”, en GRUBER, M. et al. (ed.), *Erbrecht und Vermögensnachfolge*, 2ª ed., Wien, Österreich, 2018, núm. 7; DUTTA, A., “Art. 1 EuErbVO”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 11, VON HEIN, J. (redactor), *Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-26)*, 7ª ed., München, Beck, 2018, núm. 32; MANKOWSKI, P., “Art. 3”, en DEIXLER-HÜBNER, A./SCHAUER, M. (ed.), *op. cit.*, núm. 79. También cita, como contrarios a su posición, a TRAAR, T., “Art. 1 EuErbVO”, en BURGSTALLER, A. et al. (ed.), *Die EU-Erbrechtsverordnung*, Wien, LexisNexis, 2016, núm. 24; y PESENDORFER, U., “Art. 3 EuErbVO”, en BURGSTALLER, A. et al. (ed.), *op. cit.*, núm. 17; y, como partidarios de diferenciar a tenor de las circunstancias, a RUDOLF, C./ZÖCHLING-JUD, B./KOGLER, G., “Kollisionsrecht”, en RECHBERGER, W. H./B. ZÖCHLING-JUD, B. (ed.), *Die EU-Erbrechtsverordnung in Österreich. Handbuch*, núm. 122 y ss.; así como NORDMEIER, C. F., “Erbverträge und nachlassbezogene Rechtsgeschäfte in der EuErbVO – eine Begriffserklärung”, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge (ZEV)*, núm. 20, 2013, pp. 117-124.

aplicación del Reglamento 650/2012²⁷. Para el Alto Tribunal, los principales argumentos que abonan esta lectura son, primeramente, que, aun cuando el patrimonio en cuestión se transmite –sin que, en principio, haya de intervenir la autoridad sucesoria–, al acreedor (donatario) tras el fallecimiento del deudor (donante) en virtud de un negocio *inter vivos*, tal patrimonio, como si fuera objeto de un legado, continúa formado parte de la herencia futura, en el sentido del art. 3.1, letra b) RS; segundamente, una exégesis estricta –como corresponde– de la excepción recogida en el art. 1.2, letra g) RS, induce a considerar que un acto dispositivo sobre un elemento integrante de la sucesión mediante un contrato de donación *mortis causa* está comprendido *ratione materiae* en el ámbito de aplicación del instrumento, al menos cuando el derecho del donatario a la transmisión de la propiedad, comparable al de un legatario, no nace sino después la muerte del donante²⁸.

La segunda duda que, a propósito del asunto, asalta al *OGH* guarda relación con la cláusula de elección de ley inserta en el *Übergabevertrag*, que, en los veredictos de las instancias inferiores, había sido clave para justificar la aplicación del Derecho sustantivo austriaco a la controversia. A juicio del Tribunal Supremo de Austria, este razonamiento es más que discutible, porque la validez y eficacia de la *designatio iuris* contenida en el contrato de donación tienen que apreciarse a partir de su encaje con las disposiciones del Reglamento 650/2012, que, con toda probabilidad, debe ser la normativa de referencia en un caso como el presente, no sólo desde una perspectiva material –como se ha visto en el párrafo anterior–, sino igualmente desde el punto de vista temporal, atendida la fecha del fallecimiento del donante. En efecto, producido éste con posterioridad al 17 de agosto de 2015, el instrumento sería plenamente aplicable, por lo que una *professio iuris* realizada antes de esa fecha debería, según las disposiciones transitorias del Reglamento, cumplir las condiciones establecidas en el Capítulo III del mismo o, alternativamente, las fijadas en la normativa de DIPr vigente, en el momento de la elección, en el Estado en el que el disponente tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía. Ahora bien, la primera de estas opciones no es viable, porque, siendo el donante ciudadano alemán –en el momento de la celebración del contrato y en el de su muerte– y residiendo en Alemania –tanto al tiempo del otorgamiento de la donación como al de su defunción–, el art. 83.2 RS –que no menciona expresamente los pactos sucesorios, pero parece asimismo aplicable a los mismos– aboga

²⁷ *Vorabentscheidungsersuchen*, apdo. V.3.2.

²⁸ *Vorabentscheidungsersuchen*, apdo. V.3.3.

en favor de la nulidad de la elección del Derecho austriaco como legislación aplicable efectuada en el clausulado de la donación *mortis causa*. Por su parte, la segunda posibilidad, la que fundamenta la designación de la ley aplicable en las reglas de DIPr –de fuente interna– vigentes en Alemania al hacerse la disposición, topa, para su comprobación en los términos planteados, con el obstáculo competencial de que, en consonancia con la Ley de Gestores Procesales, la aplicación de una normativa conflictual extranjera es materia reservada al juez ordinario²⁹.

A la vista de las anteriores consideraciones, el *Oberster Gerichtshof* acuerda una suspensión del procedimiento y la remisión al Tribunal de Justicia de dos cuestiones de Derecho de la Unión cuya previa resolución juzga esencial para la suerte del litigio: «1) ¿Debe interpretarse el artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento [de Sucesiones] en el sentido de que constituye un pacto sucesorio, a efectos de dicha disposición, un contrato de donación *mortis causa* sobre un bien inmueble sito en Austria, celebrado entre dos nacionales alemanes que tienen su residencia habitual en Alemania y en virtud del cual, tras el fallecimiento del donante, el donatario dispondrá, frente al caudal relicto, de un derecho jurídico-obligacional a la inscripción registral de su derecho de propiedad en virtud de ese contrato y del certificado de defunción del donante, es decir, sin intervención de la autoridad competente en materia de sucesiones? 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿Debe interpretarse el artículo 83, apartado 2, del Reglamento [de Sucesiones] en el sentido de que también regula la validez de una elección de ley aplicable efectuada antes del 17 de agosto de 2015 para un contrato de donación *mortis causa* que procede calificar de pacto sucesorio a efectos del artículo 3, apartado 1, letra b), del mismo Reglamento?»³⁰.

2.2. Las conclusiones del Abogado General

A causa del limitado espacio de que disponemos para la presente contribución, nos ocuparemos ahora de solamente una de las cuestiones prejudiciales elevadas a la Corte de Luxemburgo por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Austria, la que, al preguntar «si el artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento de Sucesiones debe interpretarse en el sentido de que un contrato en virtud del cual una persona dispone que, a su muerte, la propiedad de un bien inmueble que le pertenece se transmita a otras partes

²⁹ *Vorabentscheidungsersuchen*, apdo. V.4.

³⁰ Sentencia *UM*, apdo. 24.

contratantes constituye un pacto sucesorio a los efectos de ese precepto»³¹, inquiera, a fin de cuentas, si la problemática internacionalprivatística de la donación *mortis causa* puede acometerse desde el Reglamento 650/2012.

La opinión del Abogado General, que anticipa la solución del Tribunal de Justicia, es, no obstante, más rica y elaborada que el razonamiento de la Corte, que, si bien sigue la línea discursiva y decisoria preconizada por el Sr. Jean Richard de la Tour, elude los puntos más «controvertibles» de sus conclusiones. En éstas, el AG, tras justificar la observancia del Reglamento 650/2012 (al tratarse de un litigio transfronterizo vinculado a la sucesión de una persona fallecida con posterioridad al 17 de agosto de 2015), entra de lleno en el núcleo del debate, que no es otro que el de dilucidar si una donación *mortis causa* como la del caso de autos debe quedar incluida en el ámbito material de aplicación del instrumento –en tanto que pacto sucesorio del que habla el art. 3.1.b) RS– o, por el contrario, excluida del mismo –por estimarse una liberalidad en el sentido del art. 1.2.g)–³². Para posicionarse al respecto, el Abogado General parte de la idea, consustancial al Derecho de la Unión, de sus disposiciones deben ser objeto de «una interpretación autónoma y uniforme que ha de buscarse teniendo en cuenta el contexto de dicha disposición y el objetivo que la normativa de que se trate pretende alcanzar»³³. A la luz de esta premisa básica, que –como es natural– el TJUE también colocará en el frontispicio de su pronunciamiento³⁴, el AG pasa a revisar los preceptos concernidos en función del marco que los acoge y la finalidad que persiguen, hilvanando una argumentación, aparentemente sólida³⁵, que se expone a continuación.

Habida cuenta de que, de acuerdo con la primera frase de su art. 1.1, el Reglamento 650/2012 se aplica a los aspectos civiles de las sucesiones (transfronterizas) por causa de muerte, debe precisarse, de entrada, que, según el art. 3.1.a) RS, se estima que una sucesión de este tipo comprende cualquier forma de transmisión hereditaria de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de una transmisión voluntaria en virtud de una disposi-

³¹ Sentencia *UM*, apdo. 26.

³² Según el apdo. 29 de las conclusiones del Abogado General, el actor, el órgano jurisdiccional remitente, la Comisión y el Gobierno alemán son partidarios de la primera opción, mientras que el Gobierno español se muestra proclive a la segunda.

³³ Conclusiones del Abogado General, apdo. 30.

³⁴ Véase, *infra*, nota 58.

³⁵ Algunos de cuyos extremos serán sometidos a escrutinio, *infra*, epígrafe 2.4.

ción *mortis causa*, ya de una transmisión *abintestato*³⁶. En segundo lugar, hay que acudir al art. 3.1.d) RS, con arreglo al cual son disposiciones por causa de muerte el testamento, el testamento mancomunado o el pacto sucesorio; siendo éste definido *en positivo* por el art. 3.1.b) RS como un «acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo»³⁷; y *en negativo* por el art. 1.2.g) RS al excluir de esta noción –y, en general, del ámbito de aplicación del Reglamento– aquellas transmisiones de bienes, derechos y acciones por título distinto de la sucesión, como las liberalidades³⁸. Ahora bien, dado que la separación entre éstas y las disposiciones por causa de muerte no es fácil de establecer, diversas pautas pueden ayudar a trazar la línea divisoria: primeramente, el considerando 14 RS, que parece equiparar las liberalidades a todas las disposiciones *inter vivos* que tengan por efecto la adquisición de un derecho real con anterioridad al fallecimiento del causante³⁹; segundamente, la huella del Convenio de La Haya de 1989, sobre ley aplicable a la sucesión por causa de muerte, que, siendo visible en numerosos preceptos del Reglamento 650/2012, también aparece a la hora de deslindar los pactos sucesorios de las transmisiones *inter vivos*, ya que el texto europeo, al igual que había hecho el convencional, deja fuera del concepto de disposición *mortis causa* –caracterizada por su eficacia diferida a la muerte del causante– los actos de transferencia inmediata de la propiedad⁴⁰; terceramente, la exigencia

³⁶ Conclusiones del Abogado General, apdos. 31-32.

³⁷ Conclusiones del Abogado General, apdo. 33.

³⁸ Conclusiones del Abogado General, apdo. 34.

³⁹ Conclusiones del Abogado General, apdo. 36. El cdo. 14 RS reza: «Los bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por otros medios distintos de la sucesión, por ejemplo mediante liberalidades, también deben quedar fuera del ámbito de aplicación del presente Reglamento. Con todo, debe ser la ley que el presente Reglamento considere como la ley aplicable a la sucesión la que determine si *las liberalidades o cualquier otra forma de disposición inter vivos que tenga por efecto la adquisición de un derecho real con anterioridad al fallecimiento* deben ser reintegrados o tenerse en cuenta a los efectos del cálculo de las cuotas hereditarias de los beneficiarios según la ley aplicable a la sucesión» (cursivas nuestras). Al respecto, véase, *infra*, nota 94.

⁴⁰ Conclusiones del Abogado General, apdo. 38. El Sr. J. R. de la Tour cita en apoyo de su tesis los apartados nº 41 y 92 del informe final de WATERS, D. W. M., “Explanatory Report”, en *Proceedings of the Sixteenth Session of the Hague Conference on private international law*, t. II, *Succession to estates – applicable law*, Permanent Bureau of the

de una interpretación estricta de la exclusión contenida en el art. 1.2.g) RS que no impida calificar de sucesorias «las donaciones *mortis causa* en virtud de las cuales se confiere al donatario un derecho sobre bienes que forman parte del patrimonio del causante únicamente al fallecimiento de este, a condición de que el donatario le sobreviva»; dicho en otros términos, que no haya objeción a que Reglamento se aplique a aquellas donaciones que determinen los derechos del donatario sobre bienes que integren la herencia de una persona, siempre que la sucesión no se haya abierto⁴¹.

Las anteriores reflexiones abren la puerta a que una donación como la considerada pueda encajar en el marco del Reglamento de Sucesiones, siempre que se cumplan varias condiciones –el fallecimiento del donante sea requisito para la transmisión de derechos y no para su ejecución concreta, la donación resulte de un acuerdo irrevocable entre las partes relativo a derechos de propiedad que nazcan con ocasión de la muerte y que recaigan sobre los bienes que constituyan el patrimonio del causante en tal momento–, aun cuando el acto no tenga por objeto la totalidad de la sucesión o bienes que el donante no poseyera ya en el momento del acuerdo. A criterio del Sr. J. R. de la Tour, una donación *mortis causa* (o, en general, todo acuerdo relativo a la transmisión del derecho de propiedad por causa de muerte) de este tipo puede calificarse como «pacto sucesorio» en el sentido del art. 3.1.b) RS⁴², si bien, a fin de garantizar una aplicación uniforme del instrumento⁴³, tal calificación dependerá, a su juicio, de lo que estipule la ley que rija los pactos sucesorios según el art. 25 RS⁴⁴; a saber, la ley aplicable a la sucesión –la del Estado de la residencia habitual del *de cuius* (art. 21.1 RS) o, si éste la ha designado conforme al art. 22, la de su nacionalidad⁴⁵– apreciadas, una y otra, en el momento de la conclusión del acuerdo⁴⁶. Esta solución, que goza de un amplio predicamento en la doctrina⁴⁷, es, en opinión del AG, concorde con los objetivos del Re-

Conference, The Hague, 1990, pp. 543 y 575 (se trata de la versión inglesa; para la francesa, véanse las pp. 542 y 574). Al respecto, véase, *infra*, nota 94.

⁴¹ Conclusiones del Abogado General, apdos. 39-40.

⁴² Conclusiones del Abogado General, apdo. 41.

⁴³ Conclusiones del Abogado General, apdo. 42.

⁴⁴ Conclusiones del Abogado General, apdo. 43.

⁴⁵ Conclusiones del Abogado General, apdo. 45.

⁴⁶ Conclusiones del Abogado General, apdo. 46.

⁴⁷ Conclusiones del Abogado General, apdo. 43. El AG abona una calificación *ex lege causae* de la donación *mortis causa* y, como referencias bibliográficas de apoyo, cita –en general– a BONOMI, A., "Article 1", en BONOMI, A./WAUTELET, P., *Le droit*

glamento 650/2012 de facilitar las sucesiones transfronterizas, permitir la planificación hereditaria⁴⁸, proporcionar plena seguridad jurídica y mantener la unidad de la sucesión⁴⁹. En cambio, añade el Sr. de la Tour, una catalogación contractual de estas transmisiones patrimoniales «produciría el efecto de excluir del ámbito de aplicación otros actos que se realizan normalmente para planificar la transmisión por vía sucesoria respecto a los cuales se plantean las mismas cuestiones, como sucede con las donaciones al último supérstite o las donaciones-partición»⁵⁰, de modo que «muchos actos importantes para la organización de la sucesión [habrían de quedar sujetos], según el caso, o al Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), o a las normas nacionales o los convenios del Estado en cuestión, lo que podría menoscabar enormemente el principio de unidad de la ley sucesoria»⁵¹. De resultados de lo que antecede, el Abogado General concluye, por una parte, que, en el asunto de marras, «el litigio principal tiene por objeto un *acuerdo* que organiza la *transmisión de la propiedad* sobre un bien inmueble que debe producirse *en el momento de fallecimiento* del padre del demandante, siempre que se cumplan ciertas condiciones»; acto que si bien, para él, «presenta las características de un pacto sucesorio en el sentido del Reglamento n° 650/2012, tal calificación

européen des successions. Commentaire du Règlement (UE) n° 650/2012 du 4 juillet 2012, 2ª ed., Bruylant, Bruxelles, 2016, p. 104, hay traducción española de la primera edición a cargo de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. *et al.*, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) n° 650/2012, de 4 de julio de 2012*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015; así como a KÖHLER, A., “Teil 1 EuErbVO, § 4 Internationales Privatrecht”, en GRIERL, W. *et al.*, *Internationales Erbrecht: EuErbVO, IntErbRVG, DurchfVO, Länderberichte*, 3ª ed., Nomos, Wien, 2020, pp. 70 y 78, núms. 52 y 74. En particular –por la asimilación la donación por causa de muerte a un pacto sucesorio–, el Sr. J. R. de la Tour menciona a BONOMI, A., “Article 1”, en BONOMI, A./WAUTELET, P., *op. cit.* con anterioridad, p. 104; y DUTTA, A., “Art. 25 EuErbVO”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 11, en VON HEIN, J. (redactor), *Internationales Privatrecht I, Europäisches Kollisionsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-26)*, 8ª ed., Beck, München, 2020, p. 2241, núm. 9.

⁴⁸ Conclusiones del Abogado General, apdo. 44.

⁴⁹ Conclusiones del Abogado General, apdos. 45 y 47.

⁵⁰ Conclusiones del Abogado General, apdo. 48.

⁵¹ Conclusiones del Abogado General, apdo. 49. Parece evidente que, en esta sección de su dictamen (apdos. 45-49), la disquisición del AG mezcla un esbozo de concertación externa del instrumento sucesorio (criterio sistemático) con el análisis de uno de sus pilares básicos, la preservación de la unidad de la sucesión (criterio teleológico).

debe depender [a la postre] de la ley sucesoria aplicable»⁵²; por otra parte, que el art. 3.1.b) RS «debe interpretarse en el sentido de que el concepto de "pacto sucesorio" comprende un contrato de donación *inter vivos* en virtud del cual la transmisión, en favor del donatario, de la propiedad sobre uno o varios bienes integrados, aunque solo parcialmente, en la masa hereditaria del donante no se producirá hasta el fallecimiento de este»⁵³.

2.3. La sentencia del Tribunal de Justicia

Cuando, a la vista del dictamen del AG, le llega el turno de responder a la primera de las cuestiones formuladas por el *Oberster Gerichtshof*, el Tribunal de Luxemburgo se enfrasca en el usual proceso calificadorio que, como antes hemos constatado a propósito de la *Vorlageentscheidung*⁵⁴, sigue las tres fases conocidas de calificación, interpretación y subsunción. A la hora de calificar, la Corte europea, como habían hecho el *OGH* y el AG⁵⁵, se olvida de la pretensión del requirente –la solicitud de inscripción registral de su derecho de propiedad sobre el predio que era el objeto del contrato de donación– para centrarse, de manera técnicamente incorrecta⁵⁶, en la institución que le da cobertura y, respecto de ella, interrogarse acerca de si «un contrato en virtud del cual una persona dispone que, a su muerte, la propiedad de un bien inmueble que le pertenece se transmita a otras partes contratantes»⁵⁷ es una donación *mortis causa* en el sentido del § 956 *ABGB*.

El segundo paso para despejar la incógnita planteada –determinar si el contrato de donación en cuestión tiene naturaleza sucesoria –es decir, si es un convenio hereditario– exige una interpretación coherente de las disposiciones del instrumento relacionadas con el supuesto –en especial, del art. 3.1.b) RS–, tarea que compete al Tribunal de Justicia, el cual no deja de

⁵² Conclusiones del Abogado General, apdo. 50.

⁵³ Conclusiones del Abogado General, apdo. 51.

⁵⁴ Véanse, *supra*, apdo. V de la *Vorabentscheidungsersuchen*.

⁵⁵ Véase, *supra*, nota 25.

⁵⁶ En realidad, el TJ debería calificar la pretensión basada en la norma austriaca y no la norma misma o el contenido de la misma, como se hace aquí.

⁵⁷ Sentencia *UM*, apdo. 26. El empleo de esta fórmula para caracterizar la figura controvertida es reiterado por partida doble: en el apdo. 32 («un contrato en virtud del cual una persona dispone que, a su muerte, se transmita la propiedad de un bien inmueble que le pertenece ...») y el apdo. 36 («un contrato en virtud del cual una persona dispone que, a su muerte, la propiedad de un bien inmueble que le pertenece se transmita a otras partes contratantes ...») de la resolución.

recordar en todo momento que, «de las exigencias tanto de la aplicación uniforme del Derecho de la Unión como del principio de igualdad se desprende que el tenor de una disposición del Derecho de la Unión que no contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar su sentido y su alcance normalmente debe ser objeto en toda la Unión de una interpretación autónoma y uniforme que debe buscarse teniendo en cuenta no solo el tenor de la disposición, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forme parte»⁵⁸. A tenor de lo que acaba de decirse, son tres los parámetros interpretativos a los cuales debe recurrir el TJ para captar el verdadero sentido de los preceptos: la literalidad de sus palabras, su encaje sistemático y su finalidad⁵⁹.

Si, ante todo, se escruta la letra de las reglas, la primera a tener en cuenta es la del art. 1.1 RS, según el cual el instrumento se aplica a las «sucesiones por causa de muerte», término que, conforme al art. 3.1.a) RS, «abarca "cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes [...], ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato"»⁶⁰. Englobados en las modalidades voluntarias de transmisión patrimonial *mortis causa* a las que hace alusión el art. 3.1.a) están los pactos sucesorios, pues «constituyen "disposiciones *mortis causa*"» en el sentido del art. 3.1.d) RS, «del mismo modo que los testamentos o los testamentos mancomunados»⁶¹, y son definidos en el art. 3.1.b) RS «como "todo acuerdo, incluido el resultante de testamentos recíprocos, por el que se confieran, modifiquen o revoquen, con o sin contraprestación, derechos relativos a la sucesión o las sucesiones futuras de una o más personas que sean partes en dicho acuerdo"»⁶². De lo antedicho, se desprende que este último precepto «se refiere, de manera general, a un acuerdo que en particular confiera derechos relativos a "la sucesión o las sucesiones" futuras»⁶³. Un escollo para valerse en el caso de autos del razonamiento textual recién hilvanado podría ser el art. 1.2.g) del Reglamento sucesorio, que «excluye del ámbito de aplicación de este "los bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo mediante

⁵⁸ Sentencia *UM*, apdo. 29.

⁵⁹ No debe olvidarse que el Abogado General razona en términos idénticos y a partir de los mismos criterios hermenéuticos (véase, *supra*, el segundo párrafo *in fine* del epígrafe 2.2).

⁶⁰ Sentencia *UM*, apdo. 31.

⁶¹ Sentencia *UM*, apdo. 27, segundo inciso.

⁶² Sentencia *UM*, apdo. 28.

⁶³ Sentencia *UM*, apdo. 30.

liberalidades"»⁶⁴. Sin embargo, el TJUE entiende que «tal exclusión debe interpretarse de manera estricta»⁶⁵ y que, por tanto, no procede «cuando una estipulación contenida en un acuerdo relativo a una sucesión consiste, a semejanza de una liberalidad (...) en una donación, pero no surte efectos hasta el fallecimiento del *de cuius*»⁶⁶.

De los tres elementos interpretativos –gramatical, sistemático y teleológico– cuyo empleo la sentencia se impone⁶⁷, sorprende que ésta circunscriba el manejo del segundo de ellos al Reglamento 650/2012 –efectuando una lectura concordante de los arts. 1.2.g), 3.1.a), 3.1.b) y 3.1.d) RS–, pero que se olvide de proyectarlo a la congruencia exegética entre instrumentos coetáneos⁶⁸, gracias a la cual se evita que, sin razones de peso, no se regulen «objetos similares de manera diferente», ni que, en la práctica, «la aplicación de las normas» dé lugar a «superposiciones, lagunas u otras discrepancias»⁶⁹. Esta omisión causa más extrañeza todavía al recordar que el Abogado General había prestado atención, siquiera mínimamente, a este factor relacional en algunas de sus conclusiones, en las cuales negaba que, a diferencia de una calificación contractual –probablemente acomodada en el Reglamento 593/2008 (Roma I)–, una caracterización sucesoria de esta clase de negocios jurídicos hubiese de acarrear una escisión de la herencia⁷⁰. Por último, la sentencia sí que contempla el tercer criterio hermenéutico, el finalista, pues constata que la interpretación textual ya verificada «queda corroborada por el objetivo perseguido por este Reglamento, que consiste en evitar la fragmentación de la sucesión, conforme al principio de unidad de la sucesión, y en establecer un régimen uniforme aplicable a todos los aspectos de De-

⁶⁴ Sentencia *UM*, apdo. 27, primer inciso.

⁶⁵ Sentencia *UM*, apdo. 34, *in fine*.

⁶⁶ Sentencia *UM*, apdo. 35.

⁶⁷ Véase, *supra*, el segundo párrafo del presente epígrafe.

⁶⁸ Es lo que se conoce como «coherencia horizontal», según expresión acuñada por CRAWFORD, E. B. y CARRUTHERS, J. M., “Connection al Coherence between and among European Instruments in the Private International Law of Obligations”, *The International and Comparative Law Quarterly*, núm. 63, 2014, p. 2.

⁶⁹ Cita de BASEDOW, J., “Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union. Eine einleitende Orientierung”, en VON HEIN, J./RÜHL, G. (ed.), *Kohärenz im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht der Europäischen Union*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2016, p. 5; de este trabajo, existe una traducción castellana a cargo de JIMÉNEZ GÓMEZ, B. S., publicada bajo el título «Coherencia del Derecho internacional privado de la Unión Europea», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XVI, 2016, pp. 53-77 (55).

⁷⁰ Véase, *supra*, el último párrafo del epígrafe 2.2.

recho civil de la sucesión por causa de muerte con repercusiones transfronterizas y en particular a "cualquier forma de transmisión de bienes [...] por causa de muerte", como resulta de su considerando 9»⁷¹.

Cerradas las etapas previas de la calificación *stricto sensu* y de la interpretación, el TJ se halla en disposición de culminar la labor calificatoria operando la subsunción de la institución que tutela la pretensión del solicitante en uno de los supuestos normativos regulados por el Reglamento 650/2012. Con las mismas palabras con las que verbaliza el resultado de esta tarea, la Corte europea contesta la primera de las preguntas que le había formulado el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal de Austria: «Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 3, apartado 1, letra b), del Reglamento de Sucesiones debe interpretarse en el sentido de que un contrato en virtud del cual una persona dispone que, a su muerte, la propiedad de un bien inmueble que le pertenece se transmita a otras partes contratantes constituye un pacto sucesorio a los efectos de ese precepto»⁷².

2.4. Examen crítico de la sentencia

Más allá de la insuficiencia o inconveniencia de alguno de los argumentos que esgrime el Tribunal de Justicia para zanjar el asunto C-277/20, cabe dejar claro, desde el inicio de nuestra toma de posición, que compartimos la decisión de reputar el contrato de donación *mortis causa* del Derecho austriaco como un pacto sucesorio en el sentido que este último término reviste en el Reglamento 650/2012. Aun participando de la solución adoptada por el TJUE, en los párrafos que siguen explicaremos cuáles de los argumentos que éste aduce para llegar el veredicto nos parecen acertados y cuáles creemos que no lo son tanto. Aprovecharemos la oportunidad para valorar, también, alguna de las reflexiones añadidas por el Abogado General para sustentar su opinión –que el Tribunal hace suya–, pero que la Sentencia no llega a incorporar.

No cabe duda de que, en el caso que nos incumbe, la Corte europea se enfrenta a un problema clásico de calificación⁷³, del que, también en el

⁷¹ Sentencia *UM*, apdo. 33.

⁷² Sentencia *UM*, apdo. 36.

⁷³ La doctrina es unánime en señalar la preeminencia de esta cuestión: RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., *op. cit.* en nota 10, p. 3; LARA AGUADO, Á., "Requiem...", *op. cit.* en nota 10, pp. 32-33; GOÑI URRIZA, N., «La donación mortis causa

marco europeo, ya hemos tenido ocasión de hablar en el pasado reciente⁷⁴. Decíamos entonces, y repetimos ahora, que, en el contexto comunitario, la operación calificatoria ha experimentado, de manera perceptible, dos cambios con respecto a sus parámetros tradicionales⁷⁵: por una parte, el momento de la calificación se ha anticipado, pasando, primero, de plantearse a la hora de la intervención de las normas de conflicto a suscitarse a resultas del manejo de las reglas de competencia judicial⁷⁶ y, luego –en litigios como el presente–, incluso se ha avanzado más, al formularse con ocasión de la concreción del ámbito material de aplicación de los reglamentos comunitarios⁷⁷; por otra parte, el proceso de calificación se ha ajustado al

como pacto sucesorio: Comentario de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2021, UM, C-277-20», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, vol. 14, núm. 1, 2022, pp. 740-743; PERREAU-SAUSSINE, L., "Qualification de "pacte successoral" et champ d'application du règlement européen n° 650/2012 sur les successions internationales. CJUE, 9 sept. 2021, aff. C-277/20", *Revue critique de droit international privé*, 2022-2, pp. 403-407; DE BARROS FRITZ, R., "Die Qualifikation von Schenkungen auf den Todesfall nach Erlass der EuErbVO", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, núm. 42, 2022, pp. 360-364, *passim*; CASTELLANOS RUIZ, E., "El Reglamento ...", *op. cit.* en nota 2, pp. 72-76.

⁷⁴ Al respecto, véase FONTANELLAS MORELL, J. M., "Los derechos legales ...", *op. cit.* en nota 4, pp. 9-10; *idem*, «La coherencia entre los Reglamentos 650/2012 y 2016/1103 (2016/1104)», en SERRANO DE NICOLÁS, A. (coord.), *Los Reglamentos UE 2016/1103 y 2016/1104 de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 211.

⁷⁵ El estudio de la calificación se venía haciendo habitualmente desde la perspectiva del DIPr autónomo y a propósito de los conflictos de leyes. Entre nosotros, a modo de referencia ineludible para este tema, véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "Artículo 12, apartado 1", en ALBALADEJO, M./DÍAZ ALABART, S. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 2º, *Artículos 8 a 16 del Código civil*, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 842-880 (845-846).

⁷⁶ Pone de manifiesto LEMAIRE, S. ["La qualification, en AZZI, T./BOSCOVIC, O. (dir.), *Quel avenir pour la théorie générale des conflits de lois? Droit européen, droit conventionnel, droit commun*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 38], que el incremento de la reglamentación europea sobre competencia judicial ha hecho que el centro de gravedad de la calificación se haya desplazado de los conflictos de leyes a los conflictos de jurisdicción.

⁷⁷ Al margen de que en el caso *UM* no aparezca implicada ninguna norma de competencia judicial ni tampoco de conflicto, es innegable que se está en esencia ante el mismo problema: subsumir la cuestión jurídica –que no es ni jurisdiccional ni conflictual, sino sustantiva (AZZI, T., "Bruxelles I, Rome I, Rome II: regard sur la qualification en droit international privé communautaire", *Recueil Dalloz*, 2009-24, pp. 1621-1626, núm. 20, consulta electrónica)– en alguna de las categorías conceptuales de la normativa de DIPr.

funcionamiento del sistema europeo de DIPr, de manera que la primera etapa de la tarea calificatoria, la delimitación del supuesto de hecho de la disposición, se lleva a cabo «de modo uniforme y por interpretación autónoma», sobre la base del sentido y fin del texto afectado; en tanto que la segunda, el análisis de los atributos de la institución en cuestión, tiene que realizarse «a la luz de los hechos y de un Derecho nacional determinado»; y la tercera, la ponderación de si tales atributos casan con el supuesto de hecho de la norma y procede –o no– su aplicación, debe efectuarse «de modo paralelo a la primera fase, esto es, de modo uniforme y, salvo excepción, por interpretación autónoma». El corolario de estas pautas de conducta es que los criterios «para decidir si la ... institución nacional se subsume o no en el supuesto de hecho de la norma europea, se toman de la propia norma europea de cuya aplicación se trata, no del Derecho nacional»⁷⁸.

Tan pronto como trasladamos esta plantilla al caso de autos, nos percatamos de que, en líneas generales⁷⁹, tanto el OGH⁸⁰ como el TJUE⁸¹ se acomodan a ella, porque ambos órganos jurisdiccionales se ven en el compromiso de intentar subsumir la cuestión jurídica debatida –la pretensión de inscribir en el registro de la propiedad una titularidad dominical sobre un bien inmueble dimanante de una donación *mortis causa*– en el supuesto de hecho de determinadas disposiciones de DIPr –las reguladoras del ámbito material de aplicación del Reglamento 650/2012– y parecen considerar que, para llevar a término esta tarea, no hay mejor solución técnica que proceder a una calificación (*lato sensu*).

El dilema al que se enfrenta la Corte europea –y, antes, el Tribunal Supremo de Austria– es diáfano: o el derecho de propiedad inmobiliaria, cuya inscripción se reclama, es producto de una donación *mortis causa*, la cual, en tanto que pacto hereditario, posee naturaleza sucesoria, o deriva de una liberalidad *inter vivos*, que, en cuanto a tal, tiene un carácter exclusivamente contractual. Por descontado, la consecuencia de una calificación u otra es distinta: en el primer supuesto, la transmisión cae dentro del campo material de actuación del Reglamento 650/2012 y resta sujeta a las

⁷⁸ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho internacional privado*, 7ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2023, p. 78.

⁷⁹ Con todo, los dos tribunales invierten, en cierta manera, el orden en el que, según lo dicho en el párrafo precedente, deberían abordar los primeros pasos del proceso calificatorio.

⁸⁰ Véanse, *supra*, apdo. V de la *Vorabentscheidungsersuchen*.

⁸¹ Véanse, *supra*, epígrafe 2.3.

reglas que el instrumento dispone para los pactos sucesorios; en la segunda hipótesis, la donación, como acto de liberalidad contractual, queda excluida del ámbito de aplicación *ratione materiae* del Reglamento de Sucesiones y debe buscar su régimen de DIPr en otras normativas; probablemente⁸², por lo que hace a la ley aplicable, en el Reglamento 593/2008, «Roma I»⁸³.

Para el *Oberster Gerichtshof*, que recurre a su propia doctrina sobre el tema⁸⁴, un negocio jurídico como el aquí controvertido –por el que, sin contraprestación alguna, una persona para cuando fallezca cede a otra la propiedad de un bien inmueble, cuyo disfrute la primera mantiene el resto de su vida, mediando tanto la renuncia expresa del cedente a la revocación de la liberalidad como la aceptación de ésta por el parte del beneficiario– es, desde la óptica del Derecho material austriaco, un contrato de donación

⁸² Decimos probablemente, porque estos negocios, a caballo de los contratos y las sucesiones, pueden ser a veces de difícil calificación. Valga como muestra el recurso resuelto por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en Resolución de 20 de enero de 2022 (*BOE*, núm. 40, de 16 de febrero de 2022, pp. 19841-19852), en el que la figura objeto de análisis es un pacto de mejora con entrega de bienes de presente, disciplinado en los arts. 214-218 de la Ley de derecho civil de Galicia. No vamos a entrar en el análisis de la decisión del Centro Directivo, cuyo *dépeçage* –en el sentido etimológico y prosaico del término– ya ha sido hecho cumplidamente por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (“¿Puede un extranjero acogerse al pacto de mejora gallego? El Reglamento 650/2012 y la Resolución DGSJFP de 20 de enero de 2022”, *Revista de Derecho Civil*, vol. 9-1, 2022, pp. 1-34), porque aquí lo que nos interesa es resaltar los problemas que una disposición de este tipo plantea a la hora de buscarle un encaje en la normativa existente de DIPr. Siguiendo la presentación de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (*op. cit.* en esta nota, p. 27), a la luz del Reglamento, un contrato como el descrito, podría ser un «pacto sucesorio» –la solución, sin duda, más limpia y lógica– o reputarse «otro negocio» de naturaleza sucesoria no excluido del ámbito material de aplicación del instrumento; también podría ser «otro negocio» de naturaleza sucesoria, pero excluido del Reglamento, o, por último, tratarse de un negocio de carácter no sucesorio. Parece evidente que cada una de estas caracterizaciones nos conduce a regulaciones conflictuales distintas que no necesariamente pasan por el Reglamento de Sucesiones o por el Reglamento «Roma I».

⁸³ Esta dicotomía es expuesta con meridiana claridad por RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I., *op. cit.* en nota 10, p. 3. No debe perderse de vista que, en tales circunstancias, las soluciones que, acerca de la ley aplicable, prevén el estatuto sucesorio y el estatuto contractual son bien diferentes, particularmente en lo que atañe al reconocimiento y alcance de la autonomía conflictual de las partes, SCHMIDT, J. P., “Schenkungen auf den Todesfall und Zulässigkeit einer Teilrechtswahl”, *ZEV*, núm. 28, 2021, p. 719.

⁸⁴ Véase, *supra*, nota 22.

mortis causa, que participa de la idiosincrasia de los actos de última voluntad y que, en consecuencia, es de índole sucesoria⁸⁵. Tras un repaso de las pertinentes disposiciones del Reglamento 650/2012⁸⁶, el Alto Tribunal austriaco conjetura que, para la pretensión resultante de la donación en cuestión, una calificación sucesoria puede igualmente sostenerse en el DIPr europeo si se equipara dicho contrato con un pacto hereditario, pero, como alberga dudas motivadas por la ausencia de unanimidad de los expertos al respecto⁸⁷, eleva una cuestión prejudicial al TJUE para que se las disipe.

Al encarar el problema y por más que no aluda directamente a ello⁸⁸, el Tribunal de Luxemburgo, acepta, de entrada, la tipificación del asunto

⁸⁵ *Vorabentscheidungsersuchen*, apdo. V.2.

⁸⁶ *Vorabentscheidungsersuchen*, apdo. V.3.

⁸⁷ *Vorabentscheidungsersuchen*, apdo. V.3.2. Aunque el OGH señala que la doctrina de habla alemana es mayoritariamente proclive a que «*eine Schenkung auf den Todesfall, die zu Lebzeiten des Geschenkgebers keine dingliche Wirkung entfaltet, sei erbrechtlich zu qualifizieren*», lo cierto es que las fuerzas, sobre todo entre los autores austriacos, están bastante equilibradas. Por ejemplo, en la bibliografía que es citada por el tribunal (*supra*, nota 26), hay quienes avalan esta tesis [DEIXLER-HÜBNER, A./SCHAUER, M., "Art. 3", en DEIXLER-HÜBNER, A./SCHAUER, M. (ed.), *op. cit.*, en nota 26, p. 77, núm. 14], pero también están los que abogan por una calificación contractual (TRAAR, T., *op. cit.*, en nota 26, p. 53, núm. 24; PESENDORFER, U., *op. cit.*, en nota 26, p. 75, núm. 17). Es verdad, con todo, que, en Alemania, el criterio sucesorio es el que predomina, como prueba el hecho de que, de los juristas reseñados por órgano jurisdiccional remitente, DUTTA, A. (*op. cit.*, en nota 26, p. 1780, núm. 32) y MANKOWSKI, P. (*op. cit.*, en nota 26, p. 42, núm. 79), lo suscriban y sólo NORDMEIER C. F. (*op. cit.*, en nota 26, pp. 121-122) intente matizarlo.

⁸⁸ En un gesto de prudencia, el TJUE, a diferencia del AG –que había mostrado abiertamente sus simpatías– no alude para nada a que el parámetro para calificar una donación *mortis causa* como un pacto sucesorio (o, en general, como una institución de Derecho de sucesiones) haya de ser la *lex causae*. Es cierto que ésta ha sido una teoría tradicionalmente patrocinada por un sector de la doctrina, sobre todo alemana, KEGEL, G., "Die Schenkung von Todes wegen im deutschen internationalen Privatrecht", en VON CAEMMERER E. *et al.* (ed.), *ENION. Festschrift für Pan. J. Zepos anlässlich seines 65. Geburtstages am 1. Dezember 1973*, vol. II, Katsikalis, Athen, 1973, pp. 313-358; HENRICH, D., "Die Schenkung von Todes wegen in Fällen mit Auslandsberührung", en HENRICH, D./VON HOFFMANN, B. (ed.), *Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag*, Beck, München, 1985, pp. 111-124, que, luego de la aprobación del Reglamento 650/2012, parece haber ganado adeptos entre los comentaristas del instrumento. En efecto, al ser impracticable la otra posible opción –una calificación *ex lege fori*–, que «*aboutirait à une interprétation non uniforme de ce texte*» (BONOMI, A., «Article 1», en BONOMI, A./WAUTELET,

hecha por el OGH a partir de la legislación y la jurisprudencia austriacas⁸⁹, para centrarse, luego, en la interpretación de la norma principalmente concernida –el art. 3.1.b) RS–, que examina desde un punto de vista grama-

P., *op. cit.* en nota 47, p. 104), la calificación a partir de la ley aplicable al fondo de la sucesión parece imponerse (véase, por todos, A. BONOMI, *op. cit.* en esta misma nota; en la doctrina española, también hay opiniones que parecen ir en la misma línea, véase, si no, GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “El ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones», en GINEBRA MOLINS, M. E./TARABAL BOSCH, J. (dir.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 73; o JIMÉNEZ BLANCO, P., “Recensión del libro de N. Goñi Urriza, Las donaciones en Derecho internacional privado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 73, núm. 2, 2021, p. 478. Con todo, esta solución tampoco es satisfactoria, pues, en un sistema –europeo– que debe basarse en las calificaciones autónomas, otorgar tanto protagonismo calificadorio a la *lex causae* puede llegar a desnaturalizar la misma esencia del proceso. Pero es que, además, si se mira con atención la sentencia del TJ en el caso *UM*, vemos que, más que ante un supuesto en el que la calificación autónoma reposa en la respuesta de la *lex successionis* –que no llega a determinarse, por el rechazo de la *professio iuris* parcial que el acto contiene–, nos topamos con un caso de calificación *ex lege fori*, dado que, en todo momento, es el Derecho austriaco el que preside la categorización del contrato en cuestión. Puede llevarnos a engaño que las dos legislaciones potencialmente aplicables –la alemana y la austriaca– entiendan de manera semejante el negocio controvertido, pero si, en el litigio, hubiera estado inmersa una normativa –como, por ejemplo, la italiana– que prohíbe las donaciones por causa de muerte, las disfunciones de una calificación como la que académicamente se propone de forma mayoritaria son más perceptibles. Imaginemos que un padre y un hijo de nacionalidad austriaca y residentes en Italia celebran un pacto como el del asunto de autos sobre un inmueble situado en Austria; más adelante, el padre se traslada a vivir a la casa objeto del contrato, donde fallece. Si al liquidarse la herencia a la muerte del causante, surgiese un litigio sobre la validez del contrato, la ley aplicable según el Reglamento 650/2012 –en caso de tildarse la figura en cuestión de pacto sucesorio– sería, *ex art.* 25.1 RS, la italiana –que negaría la validez de la disposición–. En estas circunstancias ¿es concebible que el juez austriaco conocedor del pleito pudiese aceptar la nulidad del acuerdo conforme al Derecho italiano cuando el *de cuius* es austriaco y reside habitualmente en Austria y, además, el bien raíz está situado en este país? Podría aducirse que, para escapar a esta situación, el tribunal tendría la posibilidad de recurrir –vía 25.1 RS y 21.2 RS– a una aplicación de la legislación austriaca, pero lo cierto es que estaría operando bajo el prisma de una calificación apegada a la *lex fori*.

⁸⁹ La decisión da por sentado (apdo. 26, pero, asimismo, el 32 y el 36) que el litigio tiene su origen en «un contrato en virtud del cual una persona dispone que, a su muerte, la propiedad de un bien inmueble que le pertenece se transmita a otras partes contratantes», asumiendo el sentido que, en el Derecho de Austria, se da a esta expresión.

tical, sistemático y teleológico. La Corte europea compagina la exégesis literal con la contextual, puesto que, para aclarar la noción de pacto sucesorio como un «acuerdo que en particular confiera derechos relativos a "la sucesión o las sucesiones" futuras»⁹⁰, acude, por un lado, al art. 3.1.a) RS, de donde extrae qué debe entenderse por «sucesión por causa de muerte» –«cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes [...], ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato»⁹¹–; por otro lado, tanto al negocio jurídico que ha sido objeto de calificación (*stricto sensu*) –un «contrato en virtud del cual una persona dispone que, a su muerte, se transmita la propiedad de un bien inmueble que le pertenece y que de esta forma confiere derechos relativos a su sucesión futura a otras partes de dicho contrato»⁹²; como al art. 1.2.g) RS –que excluye del ámbito material de aplicación del Reglamento 650/2012 a las liberalidades *inter vivos*⁹³–, para poner de manifiesto que la línea divisoria entre éstas y los pactos sucesorios es el momento en que producen los efectos de la donación, ya que, si son posteriores a la defunción del donante, se está ante un acuerdo sobre su «sucesión futura»⁹⁴.

⁹⁰ Sentencia *UM*, apdo. 30.

⁹¹ Sentencia *UM*, apdo. 31.

⁹² Sentencia *UM*, apdo. 32.

⁹³ Sentencia *UM*, apdo. 34.

⁹⁴ Sentencia *UM*, apdo. 35, que establece: «De ello se deduce que, cuando una estipulación contenida en un acuerdo relativo a una sucesión consiste, a semejanza de una liberalidad, en el sentido del referido artículo 1, apartado 2, letra g), en una donación, pero no surte efectos hasta el fallecimiento del *de cuius*, está comprendida en el ámbito de aplicación de dicho Reglamento». La Sentencia no reproduce dos de los argumentos de que se vale el AG para ratificarse en la necesidad de que, en una disposición de naturaleza sucesoria, los efectos del acto transmisivo tienen que producirse a la muerte del disponente: el inciso final del cdo. 14 RS y dos fragmentos del *report* de D. W. M. Waters sobre el Convenio de La Haya de 1989 (véanse, *supra*, las notas 39 y 40). La cautela de que, de nuevo, hace gala el TJ al no invocar ambas referencias es acertada, pues se trata de motivos de apoyo que se prestan a la crítica. En primer lugar, el cdo. 14 RS no puede alegarse para sostener que, en el Reglamento 650/2012, las liberalidades son disposiciones *inter vivos* cuyo efecto sea la adquisición de un derecho real con anterioridad al fallecimiento, pues la equiparación entre ambas nociones la hace el considerando, no con carácter general, sino *sólo* a fin de determinar los bienes colacionables, esto es, aquéllos que «deben ser reintegrados o tenerse en cuenta a los efectos del cálculo de las cuotas hereditarias de los beneficiarios según la ley aplicable a la sucesión» y que, por tanto, el causante ha atribuido en vida a los herederos forzosos en concepto de donación, dote o cualquier otro título lucrativo. En segundo lugar, si bien es verdad que, en el informe Waters, se asevera que una

El tratamiento que hace el Tribunal de Justicia de los dos elementos interpretativos mencionados convence sólo a medias, porque, si bien es cierto que le permite responder acertadamente a la pregunta que se le formula, no solamente no resuelve todas las dudas que suscitaba el encaje de la donación por causa de muerte en el Reglamento sucesorio, sino que abre nuevos interrogantes acerca de la visión que el TJUE tiene de la estructura y articulación del instrumento. Al respecto, nos permitimos poner sobre la mesa algunos puntos sobre los que convendría reflexionar. En primer lugar, no parece adecuado que la sentencia asimile una donación *mortis causa* a un pacto sucesorio sobre la base exclusiva de la eficacia *post mortem* de la liberalidad. Varios datos ponen en entredicho la solidez de este argumento. Para empezar, de acuerdo con el sistema jurídico de Austria, país de donde procede del asunto, la figura que es objeto de la controversia se caracteriza por la transmisión de la propiedad de los bienes afectados al donatario a la muerte del donante –siempre y cuando aquél ejercite el derecho de crédito que tiene contra la herencia–, pero, además, para su plena validez y eficacia, esta modalidad de donación exige la aceptación por el donatario, la renuncia expresa del donante a revocarla, el otorgamiento de escritura pública y, tratándose de inmuebles, la inscrip-

«[d]isposition of property upon death' excludes inter vivos dispositions having immediate proprietary effect; it is upon the death of the person so disposing, and not in any respect at any earlier time, that the disposition (or transfer) takes place» (p. 543, núm. 41), basta leer las líneas que siguen para advertir que, en todo momento, el profesor canadiense tiene en mente a los pactos sucesorios –no las donaciones *mortis causa*, que no son mencionadas– para intentar señalar cuáles son los rasgos que los diferencian de algunas instituciones del *common law*, en especial del *trust*. La misma idea preside la exposición unas páginas más abajo, al decir: «[t]he agreement as to succession concerns the assets at death of a living person. An inter vivos transaction may do the same. But, whereas the agreement gives rise to a future right to those assets, a right which only comes into existence at the moment of death, the transaction inter vivos is complete, giving rise to full property rights at the moment of the transaction», para acabar indicando: «[t]he distinction between ownership and obligation in the civil law, and ownership being created by a traditio or disposition (in this instance 'à cause de mort'), are features of the civil law that give rise to a clarity in the distinction between contract and succession which conceptually cannot exist in the common law systems. The common law doctrine of estates (or interests) in property allows not only agreements concerning (and gifts of) property rights, but dispositions which are then and there complete, looking to death merely as the moment of physical finalization» (p. 575, núm. 92). Pretender trasladar este contraste entre el *civil law* y el *common law* a un debate –el suscitado a propósito del asunto *UM*– de estricto Derecho continental, como sugiere el Abogado General, no parece la mejor de las opciones.

ción registral del cambio de titularidad⁹⁵. Por tanto, limitarse, como hace la resolución, a solamente uno de los rasgos definitorios de la institución –por importante que sea– para categorizarla no es quizás el mejor modo de justificar su régimen jurídico. En segundo término, frente a la tentación de desvirtuar la observación precedente sobre la base de que la Corte europea tiene la obligación de hacer una interpretación autónoma y uniforme de las disposiciones del Derecho de Unión que no esté subordinada a la que en los mismos supuestos hagan los órganos jurisdiccionales nacionales a partir de sus respectivos ordenamientos⁹⁶, cabe replicar que, aun ciñendo-

⁹⁵ Véase, *supra*, *Vorabentscheidungsersuchen*, apdo. V.2. El pacto de mejora con entrega de bienes de presente del Derecho de Galicia, evidencia, igualmente desde una perspectiva puramente interna –o si se quiere nacional–, como la decantación por una de las calificaciones –sucesoria o contractual– en pugna sólo puede dirimirse tras un examen minucioso de –no uno– sino de todos los elementos que determinan la configuración de la institución. Como indicios que abonarían una categorización hereditaria, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (*op. cit.* en nota 82, pp. 6-7) enumera la facultad que el art. 217.1 LDCG –reiterando parcialmente lo estipulado en el art. 216– ofrece al mejorante para que conserve la facultad de disponer de los bienes hasta su muerte –lo que podría dar a entender que la entrega de bienes es «claudicante», en cuanto forma parte de una sucesión no abierta todavía–; la ineficacia del pacto si el mejorado incurre en causas de indignidad y de desheredación (art. 218 LDCG); la reducción del pacto de mejora –en caso de insuficiencia de bienes para el pago de las legítimas– sólo tras la reducción de legados y donaciones computables para su cálculo, colocándose al mismo nivel que las aportaciones (art. 251.2 LDCG) o la aplicación supletoria del régimen de los legados. Lo mismo que sucede con la donación *mortis causa* del Derecho austriaco objeto del presente estudio, una calificación sucesoria interna del pacto de mejora podría ser susceptible de ser «trasplantada» –con el debido cuidado por tratarse de una calificación comunitaria– al marco europeo para ser reputado un pacto sucesorio en el sentido del Reglamento 650/2012, pues, *en conjunto*, la figura puede encajar sin dificultades insalvables en la definición del art. 3.1.b) RS (con relación a esta posibilidad, véase MARIÑO PARDO, F., “¿De verdad prohíbe, o puede prohibir, el derecho civil gallego a un extranjero residente en Galicia otorgar un pacto de mejora? La Resolución DGSJFP de 20 de enero de 2022», entrada de 28 de febrero de 2022, <<http://www.iurisprudente.com>>).

⁹⁶ Es la fórmula interpretativa que auspicia Á. LARA AGUADO (“*Requiem ...*”, *op. cit.* en nota 10, pp. 32-33), para quien el hecho de «primar la condición relativa a que la transmisión de la propiedad del bien no se produ[zca] hasta el fallecimiento del causante, como determinante de la calificación sucesoria del acuerdo, [evidencia] el [abandono por parte del TJ de] las calificaciones internas propias de los EEMM [para] acoge[r] una calificación autónoma, funcional, que trasciende las diferentes concepciones de los EEMM, priorizando la “función de gestión del patrimonio del causante para después de su fallecimiento”».

nos a la «letra de la ley», el art. 3.1.b) RS alude a «acuerdo ... relativo[] a [una] sucesión o [] sucesiones futuras» que, obviamente, no es lo mismo que un «acuerdo ... relativo a una sucesión ... [que] no surte efectos hasta el fallecimiento del *de cuius*»⁹⁷, y, ello no obstante, sobre esta aparente equivalencia se asienta la *ratio decidendi*. La sentencia viene a decir que la donación *mortis causa* discutida es un pacto sucesorio en el sentido del art. 3.1.b) RS, porque este precepto habla de acuerdos sobre sucesiones futuras y, en el caso que nos incumbe, los efectos patrimoniales del contrato se materializan tras la muerte del donante⁹⁸, pero esta exégesis del precepto es, a nuestro juicio, incorrecta, porque equipara sin matices nociones que no son susceptibles de una correspondencia automática⁹⁹. En última instancia, la lectura que, del instrumento, hace el Tribunal de Justicia olvida un aspecto primordial de la cuestión que merece ser resaltada. En efecto, al hacer únicamente referencia a los efectos producidos después del fallecimiento del donante, la sentencia no tiene en cuenta otros que estos actos pueden desplegar en vida de aquél, entre los cuales la transmisión inmediata de la propiedad¹⁰⁰ y la vinculación entre las partes que imposibilite

⁹⁷ Sentencia *UM*, apdo. 35. Como resume con gran lucidez MARIÑO PARDO, F. (*op. cit.* en nota 95), «[I]a referencia a una sucesión futura no es más que una consecuencia de que los pactos sucesorios se otorgan por definición antes de la apertura de la sucesión, pero no debe entenderse como exclusión de todos los pactos sucesorios que producen efectos de presente».

⁹⁸ Como pone de manifiesto PERREAU-SAUSSINE, L. (*op. cit.* en nota 73, p. 406, núm. 15), este segundo criterio (temporal) de calificación –la eficacia *post mortem* del acuerdo– es «*une pure création prétorienne*», un constructo jurisprudencial, porque el texto del Reglamento nada dice al respecto.

⁹⁹ La ecuación que postula que donación *mortis causa* = pacto sucesorio (en tanto que disposición por causa de muerte) = acuerdo sobre sucesión futura (en tanto que dotado de eficacia *post mortem*) peca de inexactitud porque, en la distinción que la dogmática tradicional (véase ALBALADEJO, M., *El negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1958, p. 69) habitualmente establece entre el negocio *inter vivos* y el negocio *mortis causa*, este último, del que la donación *mortis causa* es una variante, se caracteriza por regular «el destino del patrimonio del sujeto para después de su muerte y produce efectos a partir de ésta ..., mas *la eficacia al momento de la muerte y precisamente por ésta, no es nota esencial del negocio*, ya que un negocio *mortis causa*, como lo es la revocación del testamento (...) es eficaz tan pronto como se realiza, derogando el testamento ahora, y no cuando muera el sujeto que revocó» (cursivas nuestras en vez de las originales).

¹⁰⁰ Sin necesidad de salir de nuestro país, ésta es una posibilidad que contempla el *Codi civil de Catalunya*, que, en su art. 432.1.3 decreta que «[I]a transmisión de la propiedad de la cosa dada se supedita al hecho de que la donación sea definitivamente firme, salvo que la voluntad de las partes sea de transmisión inmediata,

una revocación unilateral de las disposiciones otorgadas¹⁰¹. Esta característica es de gran trascendencia –no en vano, la *Vorabentscheidungsersuchen* la menciona reiteradamente–, porque cabe convenir que lo que realmente aúna los negocios por causa de muerte en cuyo otorgamiento concurren una pluralidad de personas –pactos sucesorios, testamentos mancomunados, donaciones *mortis causa*–, no es el momento en el que se producen los efectos –antes de la muerte del causante o con posterioridad a ella–, ni el número de partes –una o más de una– que expresan sus voluntades, sino el vínculo que se establece entre éstas, que opera como una salvaguarda frente a la revocabilidad unilateral de dichos actos. La ausencia de un mínimo análisis del problemático encaje de las donaciones revocables en la noción de contrato hereditario que asume el Reglamento –innecesario, dadas sus circunstancias, para solventar el asunto *UM*, pero indispensable en otros supuestos en los que el tema esté sobre el tapete¹⁰²– es una grave carencia de la resolución que impide construir, a partir de ella, el régimen jurídico general de las donaciones *mortis causa* en el DIPr europeo.

con o sin reserva de usufructo por el donante, bajo la condición resolutoria de revocación o premoriencia del donatario»; o sea, la transferencia del dominio se difiere al fallecimiento del causante, a menos que, de común acuerdo, las partes dispongan que tenga efecto a partir de aceptación de la donación por el donatario. Nadie alberga ninguna duda de que ésta segunda variante es una donación *mortis causa* propia del Derecho de sucesiones (véase, DEL POZO CARRASCOSA, P./VAQUER ALOY, A./BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, 3ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 353-365. Otro ejemplo en la misma línea sería un pacto de mejora con entrega de bienes de presente del Derecho gallego, que dio pie a la Resolución Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 20 de enero de 2022, referenciada, *supra*, en la nota 82.

¹⁰¹ En nuestra doctrina, la suma importancia de la revocabilidad de la disposición en la caracterización de la donación por causa de muerte como un acto de naturaleza contractual o sucesorio ha sido puesta de relieve por GOÑI URRIZA, N., *op. cit.* en nota 73, p. 738; ya, con anterioridad, la misma autora en *Las donaciones en Derecho Internacional Privado*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, p. 69.

¹⁰² Esta idea es desarrollada por DE BARROS FRITZ, R. (*op. cit.* en nota 73, p. 362) cuando señala que «[d]er EuGH diskutierte an keiner Stelle seiner Entscheidung, ob die in Frage stehende Vereinbarung zwischen dem Vater und dem Sohn frei widerruflich war oder nicht. Da sie ohnehin unwiderruflich war, war dies in dem vom Gerichtshof entschiedenen Fall im Ergebnis unschädlich. Betrifft allerdings ein Fall eine Schenkung auf den Todesfall, die frei widerruflich ist, ist es unter Zugrundelegung der in der Literatur allgemein vertretenen Definition eines "Erbvertrages" i.S.d. Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO zumindest sehr schwierig zu begründen, warum eine solche Schenkung ein "Erbvertrag" im Sinne dieser Vorschrift sein soll. Denn es scheint allgemein anerkannt zu sein, dass ein "Erbvertrag" nach Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO eine bestimmte Bindungswirkung voraussetzt».

No deseáramos finalizar la valoración de la interpretación textual y contextual de las disposiciones del Reglamento 650/2012, realizada por el Tribunal de Luxemburgo para incluir las donaciones *mortis causa* dentro de su ámbito material de aplicación, sin sugerir una alternativa a la misma. Como hemos tratado de explicar, la Corte europea –a instancias del *Oberster Gerichtshof* austriaco, que va en la misma dirección– razona en los siguientes términos: un contrato en virtud del cual una persona dispone que, a su muerte, la propiedad de un bien inmueble que le pertenece se transmita a los cocontratantes constituye un pacto sucesorio a los efectos del art. 3.1.b) RS, porque dicho acuerdo, por un lado, es una forma de transmisión *mortis causa* voluntaria en el sentido del art. 3.1.a) RS, y, por el otro, confiere a los beneficiarios derechos relativos a la sucesión futura del disponente, como requiere el citado art. 3.1.b) RS, no siendo posible recurrir a la regla de exclusión de las liberalidades *inter vivos* del art. 1.2.g) RS al no surtir efectos el acuerdo hasta la defunción del *de cuius*. Habida cuenta de que, en el párrafo precedente, hemos señalado los aciertos y desaciertos que, a nuestro parecer, presenta esta lectura, pasamos a exponer, a continuación, la opción por nosotros propuesta¹⁰³, que –entendemos– evita alguno de los déficits detectados en la doctrina del TJUE al respecto. Nuestro argumentario arranca con las premisas básicas de que el Reglamento 650/2012 se aplica «a las sucesiones por causa de muerte» (art. 1.1 RS), reputando como tales «cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato» [art. 3.1.a) RS]. A renglón seguido, el segundo paso consiste en procurar incluir la donación *mortis causa* dentro de la noción de sucesión que utiliza el instrumento, cosa que, pese a resultar perfectamente plausible por tratarse de una forma de transmisión patrimonial que dimana de un «acto voluntario en virtud de una disposición por causa de muerte»¹⁰⁴, choca con el obstáculo de que el art. 3.1.d) RS

¹⁰³ No es una tesis nueva, pues, sobre la base de la Propuesta de Reglamento en materia sucesoria, de 14 de octubre de 2009 [COM(2009) 154 final], tuvimos ocasión de presentarla en un artículo publicado antes de la aprobación del Reglamento 650/2012 (FONTANELLAS MORELL, J.M. «Las donaciones *mortis causa* ante la reglamentación comunitaria de las sucesiones», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XI, 2011, pp. 481-483).

¹⁰⁴ Para la donación *mortis causa* como disposición por causa de muerte, al menos desde la óptica del DIPr, véase, por todos, DÖRNER, H., “Art 25 EGBGB”, *Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche/IPR, Art 25, 26 EGBGB (Internationales Privatrecht)*, en *J. v Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Neubearbeitung, Sellier, Berlin, 2007, p. 233, núm. 375.

sólo parece admitir como negocios dispositivos *mortis causa* «un testamento, un testamento mancomunado o un pacto sucesorio». Para sortear esta dificultad, no hay más que entender que la relación de disposiciones por causa de muerte contempladas en el precepto no es exhaustiva, sino meramente indicativa, ya que, en el mismo, se inventarían las principales modalidades de disposición por causa de muerte, pero no todas ellas. En apoyo de esta solución, cabe aducir, por una parte, el redactado de la norma, que une las dos últimas formas de disposición por la conjunción adversativa «o» –y no por la copulativa «y», lo cual reforzaría la teoría del *numerus clausus*–; por otra parte, el reconocimiento por el propio Reglamento (art. 22) de un tipo de disposición por causa de muerte, la *professio iuris*, que tampoco aparece en el art. 3.1.d) RS. No vale replicar a esta observación diciendo que la profesión de ley ha de estar *integrada* en una disposición *mortis causa*, porque la posibilidad de su existencia separada es unánimemente aceptada¹⁰⁵. Contraargumentar afirmando que, por más que sea una disposición de última voluntad, la *optio iuris* carece de contenido patrimonial –al no transmitir directamente bienes, derechos u obligaciones–, no es, tampoco, de recibo, pues la designación de ley, al determinar la *lex successionis*, acaba decidiendo la suerte de todo el patrimonio hereditario. En definitiva, hay disposiciones por causa de muerte, como la *professio iuris* o la donación *mortis causa*, que, a pesar de no estar recogidas en el art. 3.1.d) RS, son reguladas por las prescripciones del Reglamento 650/2012. Esta propuesta alternativa para la inclusión en el instrumento de las donaciones por causa de muerte puede parecer de entrada «heterodoxa», pero es evidente que se ajusta a los cánones estrictos de la hermenéutica jurídica y se mantiene en todo momento dentro de los cauces y los límites que permite el texto reglamentario. Lo que, en verdad, merece ser puesto de relieve es que, además de creativa, la interpretación sugerida es más sencilla y satisfactoria que la avalada por el Tribunal de Justicia. Más simple, porque, una vez calificada la pretensión formulada, de acuerdo con el Derecho nacional,

¹⁰⁵ Para la eventualidad de una *professio iuris* desligada de otras disposiciones por causa de muerte, véase, en general, DÖRNER, H., *op. cit.* en nota 104, p. 277, núm. 533. Entre nosotros, la idea fue desarrollada por FONTANELLAS MORELL, J.M., *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 218-219. En el marco europeo, la *isolierte Rechtswahl* es defendida, en la Propuesta de Reglamento de 2009, por DÖRNER, H. (“Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht – Überblick und ausgewählte Probleme”, *ZEV*, núm. 17, 2010, p. 226) y, con el instrumento en vigor, pocas dudas caben acerca de su plausibilidad (*vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *El Reglamento Sucesorio Europeo: análisis crítico*, 2ª ed., Murcia, Rapid Centro, 2019, p. 313).

como resultante de una donación por causa de muerte, basta una interpretación amplia, en términos europeos, del supuesto de hecho del art. 3.1.d) RS que acoja en su seno a las donaciones *mortis causa*, para que la ulterior subsunción sea de un automatismo incuestionable. La sencillez también redundaba en que, en este esquema, no tengan cabida el estudio y la ponderación de los arts. 1.2.g) y 3.1.b) RS. Más importante que la sencillez es, incluso, la idoneidad de la solución presentada de cara a una regulación omnicomprendensiva de las donaciones *mortis causa* en el DIPr europeo. Si, anteriormente¹⁰⁶, hemos destacado las carencias que presenta la Sentencia *UM* respecto de ciertas variantes de la figura objeto de estudio, como las donaciones por causa de muerte que implican una transmisión actual de los bienes o son libremente revocables, creemos que la introducción en el instrumento –por vía interpretativa– de la categoría autónoma donación *mortis causa* dentro del elenco de disposiciones del art. 3.1.d) evitaría todos estos inconvenientes. Para refrendar la validez de esta construcción, cabe volver a lo esencial, a la idea que ha servido como punto de arranque de nuestro razonamiento: el Reglamento 650/2012 se aplica «a las sucesiones por causa de muerte», reputando como tales «cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato», de lo que debe colegirse que el elemento definitivo del fenómeno hereditario, al menos para el texto comunitario, no es que concierna a transmisiones futuras –esto sólo figura en el art. 3.1.d) RS para los pactos sucesorios–, ni que despliegue sus efectos tras la muerte del causante –como, a partir de este precepto, malinterpreta el TJUE–, sino que lo verdaderamente característico es que la disposición patrimonial se produzca *por causa de muerte*; axioma que, en relación con las donaciones *mortis causa*, nos retrotrae a la génesis de las mismas, al Derecho romano, en el que la institución era definida por el hecho de haberse otorgado en consideración a la muerte futura¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Véase, *supra*, párrafo precedente, *in fine*.

¹⁰⁷ Se ha discutido mucho cuál era la forma primigenia de la *donatio mortis causa*, aunque lo cierto es que, durante su trayectoria romana, la institución centra su peculiaridad en una serie de rasgos, que, sin embargo, experimentan, en múltiples casos, cambios significativos a lo largo del extenso período de tiempo abarcado. El primero de ellos es la razón de ser de una liberalidad de esta naturaleza, que, según las fuentes (y, en este capítulo, emerge un pasaje de Ulpiano: D.39.6.2), puede deberse tanto a la existencia de un peligro inminente para la vida del donante, como a la simple conciencia que éste tenga de su muerte. Controvertido ha sido el reconocimiento de la clasicidad de ambos tipos de donación, sobre la

Muy decepcionante es, por último, el estudio del componente teleológico de la exégesis del TJUE, porque la Corte lo usa para corroborar su visión del asunto, que halla justificación en el hecho de que el «objetivo perseguido por [el] Reglamento, ... consiste en evitar la fragmentación de la sucesión, conforme al principio de unidad de la sucesión, y en establecer un régimen uniforme aplicable a todos los aspectos de Derecho civil de la sucesión por causa de muerte con repercusiones transfronterizas»¹⁰⁸. Por más que se lea, a este punto de la sentencia cuesta encontrarle sentido¹⁰⁹. De hecho, su contenido literal no lo tiene en absoluto, ya que una eventual calificación sucesoria de una donación por causa de muerte –en tanto que pacto sobre la herencia futura– no guarda ninguna relación con el hecho de que el Reglamento tenga como uno de sus principios rectores el de la

que los principales especialistas en la materia han mantenido posiciones dispares: así, mientras que, a juicio de AMELOTI, M. (*La donatio mortis causa in diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1953, p. 50), la *donatio imminente periculo mortis* y la *donatio sola cogitatione mortalitatis* son, las dos, genuinas del período clásico, sin perjuicio de que se correspondan con etapas sucesivas en el desarrollo de la figura, y la primera tuviera una presencia mucho mayor en la práctica; para DI PAOLA, S. (*Donatio mortis causa*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della Università di Catania, Messina, 1950, pp. 183-190, en particular, p. 190), este origen compartido no sería tal, puesto que la donación en contemplación de la muerte muestra el marchamo de la época postclásica o justiniana como, en su opinión, prueban diversos indicios, de entre los que sobresale especialmente uno: una liberalidad por causa de muerte realizada sin la amenaza de un peligro real y grave, es decir, llevada a cabo por la mera voluntad de destinar *mortis causa* el patrimonio, solamente puede ubicarse en un contexto jurídico de culminación de la paulatina equiparación de estas donaciones a los legados, lo que no ocurre sino bajo la legislación bizantina.

¹⁰⁸ Sentencia *UM*, apdo. 33.

¹⁰⁹ Para RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I. (*op. cit.* en nota 10, pp. 4-5), que también busca dar un significado coherente al párrafo, parece como si el Tribunal hubiera optado por una calificación funcional que, según la autora, permitiría aproximar el supuesto de hecho –la donación *mortis causa*– a la ley –sucesoria– que debía regirlo, impidiendo cualquier otra solución que pusiera en riesgo la unidad del conjunto. Más crítico aún, PERREAU-SAUSSINE, L. (*op. cit.* en nota 73, p. 408) constata que el principio de la unidad sucesoria, que el TJ ya había utilizado para «signifier que l'intégralité des questions de nature successorale doit relever de la loi successorale», pasa, en el asunto *UM*, a implicar «que toutes les fois qu'une question de droit est à la frontière entre la catégorie "succession" et une autre catégorie, il fait pencher la balance vers la qualification successorale»; lo que ciertamente no deja de ser sorprendente y estar alejado de su verdadero sentido.

unidad de la sucesión¹¹⁰. De ahí que la doctrina¹¹¹ haya señalado que este argumento del Tribunal es aporético –«el principio de unidad no debería usarse como presupuesto para decidir si algo es sucesión o no, sino que es un principio que funciona en una fase posterior: para informar cuál es la ley aplicable a una sucesión»–, cuando no contraindicado –«precisamente uno de los casos en los que el Reglamento excepciona el principio de unidad de la sucesión se da cuando el causante ha otorgado un testamento o un pacto sucesorio [puesto que] ... en ... aplicación de la denominada ley sucesoria anticipada ... la ley aplicable a la validez y admisibilidad de la disposición mortis causa, así como a sus efectos, puede ser distinta de la ley sucesoria»– para apuntalar su lectura. Puestos a hallar una explicación plausible al razonamiento expuesto, lo único que se nos ocurre es que, con su pronunciamiento, el TJ pretende reforzar la postura adoptada apelando a que, con ella, se logra unificar el régimen transmisivo *mortis causa* del patrimonio del causante, de suerte que bienes donados bajo determinadas condiciones, equiparables a las del otorgamiento de los pactos sucesorios, no puedan quedar supeditadas al estatuto contractual en detrimento del sucesorio como el resto del caudal relicto. Con todo, si ésta es la preocupación de los jueces, causa extrañeza que, en contraste con las conclusiones del Abogado General¹¹², la sentencia no brinde ninguna pista sobre ello.

Si el Tribunal de Justicia hubiera pretendido realmente hacer una interpretación finalista de las disposiciones del Reglamento 650/2012 potencial-

¹¹⁰ Para el principio de unidad en el Reglamento 650/2012, véase, por todos, BONOMI, A., "Introduction", en BONOMI, A./WAUTELET, P., *op. cit.* en nota 47, pp. 43-45. Igualmente, en relación con la unidad de la sucesión, sumamente interesantes son las consideraciones que hace el Abogado General, Sr. M. Campos Sánchez-Bordona, en su opinión de 23 de marzo de 2023 (ECLI:EU:C:2023:247), ya que explica su carácter de principio estructural pero no absoluto del Reglamento 650/2012, añadiendo que una de las consecuencias del reconocimiento por parte de la jurisprudencia del TJ del carácter vertebrador del sistema que el principio muestra ha sido la generosidad que se ha abierto camino en la definición del ámbito material del instrumento y, por ende, en la aplicación de la *lex successionis* (apdo. 68). Por otra parte, cuando el AG tiene que buscar algún ejemplo que respalde este aserto, recurre, precisamente, al asunto *UM* (nota 55), que hemos estudiado en el presente trabajo. Al respecto, véase, asimismo, la opinión de PERREAU-SAUSSINE, L. (*supra*, nota 109).

¹¹¹ Aquí seguimos, en esencia, la explicación de RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, I. (*op. cit.* en nota 10, p. 4).

¹¹² Conclusiones del Abogado General, apdos. 47-49; también, véase, *supra*, el último párrafo de nuestro epígrafe 2.2.

mente involucradas en el caso que nos ocupa, tendría que haber enfocado la cuestión desde una perspectiva distinta, que partiendo de los objetivos perseguidos por el instrumento –que no son otros que los de contribuir al buen funcionamiento del mercado interior mediante la aprobación de una regulación de DIPr sobre los aspectos civiles de una sucesión transfronteriza, es decir, de «cualquier forma [tanto voluntaria como abintestato] de transmisión de bienes, derechos y obligaciones por causa de muerte» que contuviera un elemento de internacionalidad¹¹³–, se interrogase, después, acerca de si una donación *mortis causa* como la estudiada es –o hace las veces de– una forma voluntaria de transmisión de bienes, derechos u obligaciones por causa de muerte. Dicho de otro modo, la Corte con sede en Luxemburgo debería haberse preguntado por la función que una donación por causa de muerte como la consagrada por el Derecho austriaco desempeña no sólo a escala nacional –en la que el tema era pacífico–, sino a escala europea –que es donde cabía la duda–. Si, como parece evidente, la respuesta del TJUE hubiese sido la de reconocer que esta clase de donaciones cumplen el cometido de ordenar la transmisión *mortis causa* del patrimonio de una persona, como lo hacen los testamentos y los pactos sucesorios, parecería lógico que, a semejanza de éstos, su régimen de DIPr lo determine el Reglamento de Sucesiones, pues es del todo razonable esperar que a una igual función corresponda una igual regulación. De esta manera, sobre la base de los objetivos del instrumento de querer disciplinar todo lo tocante al DIPr de las sucesiones por causa de muerte con repercusión transfronteriza, el recurso a una calificación funcional¹¹⁴ de la donación *mortis causa* permitiría afirmar sin asomo de duda su naturaleza hereditaria y, por ende, su inclusión en el ámbito material de aplicación del Reglamento 650/2012 y su sometimiento a las reglas del mismo.

¹¹³ Considerandos 7, 8 y 9 del Reglamento 650/2012.

¹¹⁴ Para la calificación funcional, véase ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.* en nota 75, pp. 868-874. Sobre la idoneidad de la calificación funcional para una adscripción de la donación por causa de muerte al estatuto sucesorio, véase DÖRNER, H., *op. cit.* en nota 104, p. 233, núm. 375; JIMÉNEZ BLANCO, P., "El Derecho aplicable a las donaciones", *Revista Española de Derecho Internacional*, 1997, vol. 49, núm. 1, p. 79; FONTANELLAS MORELL, J. M., "Las donaciones ...", *op. cit.* en nota 105, p. 483; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *op. cit.* en nota 105, p. 97.

3. REFLEXIONES FINALES

El examen pormenorizado que hemos realizado de la resolución del TJUE de 9 de septiembre de 2021 nos permite formular una serie de consideraciones sobre su contenido. En primer lugar, la sentencia cumple con su cometido prioritario que no es otro que el de encuadrar la donación *mortis causa* –irrevocable y con efectos a la muerte del causante– dentro del campo material de actuación del Reglamento 650/2012. En segundo término, la fórmula de acogida –la asimilación de este tipo de donación a un pacto sucesorio–, si bien viene condicionada por la cuestión prejudicial elevada por el *Oberster Gerichtshof*, es, en mayor medida, la única vía practicable que el instrumento pone a disposición del Tribunal de Justicia para lograr el objetivo marcado. En tercer lugar, la solución adoptada, que sirve para zanjar satisfactoriamente el asunto en litigio, deja entrever claramente sus limitaciones para resolver controversias relativas a otras modalidades de donación por causa de muerte –revocables y con efectos patrimoniales en vida del disponente–, que no se ajusten al patrón del contrato hereditario, por lo que no parece que, a partir de la misma, sea factible construir un régimen jurídico de alcance general para las donaciones *mortis causa* en el DIPr europeo. En última instancia, una regulación omnicompreensiva de esta institución solamente podría conseguirse reconociendo la donación por causa de muerte como una categoría autónoma de disposición *mortis causa* en el sentido del art. 3.1.d) RS, con lo cual se propiciaría que todos los actos de transmisión patrimonial diseñados por el causante con vistas a su muerte se sujetaran a lo preceptuado por el Reglamento 650/2012.

La interpretación del Derecho Internacional Privado de familia: Bruselas y La Haya se encuentran en Luxemburgo

ELENA RODRÍGUEZ PINEAU

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Autónoma de Madrid*

SUMARIO: 1. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA COMO INTÉRPRETE DEL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA. 1.1. Interpretación de normas europeas que tienen una solución 'paralela' en un Convenio de la Conferencia de La Haya. 1.2. Interpretación de normas convencionales que presentan una estrecha vinculación con normas europeas. 1.3. Interpretación de normas convencionales indirectamente relacionadas con otras de la Unión Europea. 2. LAS LÍNEAS GENERALES DE LA INTERPRETACIÓN DEL TJUE. 3. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE MÁS ALLÁ DE LAS NORMAS INTERPRETADAS. 4. REFLEXIONES SOBRE EL ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL TJUE PARA EL FUTURO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA

1. EL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA COMO INTÉRPRETE DEL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA

El Derecho internacional privado de la familia presenta importantes retos que afrontar, uno de los más evidentes, la creciente complejidad del sistema¹. La relación entre el Derecho internacional privado de la Unión Europea y las normas convencionales de la Conferencia de La Haya en ma-

¹ Vid. por ejemplo, CAMPUZANO DÍAZ, B., "La política legislativa de la Unión Europea en Derecho internacional privado de familia. Una valoración de conjunto", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2013, Vol. 5, N° 2, pp. 234-264; GARAU SOBRINO, F., "Notas sobre la colisión de fuentes del Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, Vol. 3, N° 1, pp. 282-289.

tería de Derecho de familia ofrece un claro ejemplo de ello². Las distintas normas que regulan esta materia en ocasiones se plantean como complementarias, *v. gr.* en relación con las obligaciones alimenticias, cuando el legislador europeo opta por no legislar en cuestiones de ley aplicable para incorporar las soluciones del Protocolo de La Haya de 2007 como parte de su sistema de Derecho internacional privado³. En otras ocasiones, la concurrencia de normas que solapan sus ámbitos de aplicación material y territorial ha obligado a introducir cláusulas de ‘desconexión’ o reglas de coordinación en la aplicación de estas normas, como ocurre respecto del Reglamento Bruselas II (en su versión hasta 2022 y su posterior refundi-

² Baste referir en el marco de la Unión Europea el Reglamento (UE) 2019/1111 en materia de crisis matrimonial y responsabilidad parental, el Reglamento (CE) 4/2009 sobre alimentos y los Reglamentos (UE) 1103/2016 y 1104/2016 sobre efectos económicos del matrimonio y de las parejas registradas, que cubren la competencia judicial internacional y el reconocimiento y ejecución de resoluciones, pero no siempre cuestiones de ley aplicable (sí los últimos citados). Y en el ámbito de la Conferencia de La Haya, los Convenios de 1980 sobre sustracción internacional de menores, de 1996 sobre responsabilidad parental, de 2007 sobre reconocimiento de resoluciones en materia de alimentos o el Protocolo de 2007 en materia de ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Sobre esta relación, *vid.* FRANZINA, P., “The Relationship Between EU Legislation and International Instruments in the Field of Private International Law”, en *How European is European Private International Law*, Intersentia, 2019, pp. 19-52; CAMPUZANO DÍAZ, B., “La política legislativa de la UE...”, *op. cit.* pp. 249-263.

³ De hecho, la Comisión europea participó activamente en las negociaciones del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (*vid.* la propuesta del Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos [COM(2005)649 final]). El Protocolo fue aprobado en nombre de la Comunidad Europea por la Decisión 2009/941/CE del Consejo, de 30 de noviembre de 2009 (DO L 331/17, 2009). Sobre la conveniencia de incorporar por referencia este convenio al sistema de la Unión y sus inconvenientes, *vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P., “Convenios internacionales y unificación del Derecho internacional privado de la Unión Europea”, en *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea: Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, ESPLUGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G. y PENADÉS FONS, M. (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 57-77, esp. p. 68.

ción⁴) y el Convenio de La Haya de 1996⁵. La resolución de los casos de familia con elemento transfronterizo encuentra, así, una primera dificultad pues el operador jurídico nacional debe realizar un trabajo inicial de identificación de la norma aplicable al caso. Una vez determinada cuál sea ésta, posteriormente deberá interpretar dicha norma para resolver el supuesto concreto. A estos efectos conviene recordar que la interpretación de estas reglas debe evitar una aproximación nacional a los conceptos en favor de una calificación autónoma⁶. Ello puede suponer una ulterior dificultad si un concepto no se delimita de forma similar en los distintos textos.

En este sentido, la interpretación de las normas del Derecho internacional privado de familia por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, Tribunal de Justicia o TJUE) puede presentarse como una oportunidad, pues con su jurisprudencia proporciona una guía a los operadores jurídicos de la Unión, al sentar con sus decisiones criterios comunes para interpretar los diferentes reglamentos en materia de Derecho internacional privado de familia (*v.gr.* qué es residencia habitual, quién es acreedor de alimentos). Pero el TJUE también está llamado a interpretar los convenios de la Conferencia de La Haya en la medida en que estas normas formen parte del sistema europeo de Derecho internacional privado, como ha sucedido en relación con el Protocolo de La Haya de 2007⁷.

⁴ Reglamento (CE) 2201/2003, Bruselas II (RBII*bis*), relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, DOCE L338, de 23 diciembre de 2003, y su refundición por el Reglamento (UE) 2019/1111, Bruselas II *ter*, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores, DOUE L178 de 2 de julio de 2019, en vigor desde agosto de 2022.

⁵ Véanse los arts. 60 y 61 del RBII*bis*; 95 a 97 del RBII *ter*, así como el art. 52 del Convenio de La Haya de 1996. Sobre estas cláusulas, remitimos al clásico trabajo de BORRÁS RODRÍGUEZ, A., “Les clauses de déconnexion et le droit international privé communautaire”, en *Festschrift für Eryk Jayme*, bd. I, 2004, European Sellier Publishers, Munich, pp. 57-72, y en relación con la materia que nos ocupa, “La cláusula de compatibilidad del art. 52.2 del Convenio de La Haya de 1996 y los instrumentos comunitarios”, en *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea: Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, ESPLUGUES MOTA, C., PALAO MORENO, G. y PENADÉS FONTS, M. (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 189-202.

⁶ La jurisprudencia del TJUE es clara en este sentido desde su primera decisión en interpretación del RBII*bis* (asunto C-435/06 C, ECLI:EU:C:2007:714) o del Reglamento 4/2009 (asunto C-400/13 *Sanders y Huber*, ECLI:EU:C:2014:2461).

⁷ Por ejemplo, en los asuntos C-83/17 *KP c. LO* (ECLI:EU:C:2018:408) y C-644/20 *W.J.* (ECLI:EU:C:2022:371).

Dicha jurisprudencia vincula de forma obligatoria a los Estados miembros pero además puede tener un alcance que va más allá de la estricta interpretación de la regla que suscita la cuestión prejudicial. Así, al analizar las soluciones convencionales, el TJUE ofrece pautas a los Estados miembros que pueden proyectarse a supuestos que no estén limitados a la esfera de la Unión Europea. De igual manera, en la medida en que para interpretar las normas europeas el Tribunal de Justicia aborda el alcance de las reglas convencionales, perfila de forma indirecta la interpretación de estas últimas. En último término, la jurisprudencia del TJUE también sienta parámetros interpretativos que pueden influir en otras jurisdicciones no europeas. De este modo, la interpretación de estas normas por parte del Tribunal de Justicia merece una reflexión puesto que su impacto en el entramado del Derecho internacional privado de familia va más allá de la simple explicación del alcance de los términos o las reglas interpretados. En efecto, no sólo es relevante lo que el TJUE afirma (o silencia) respecto de una regla concreta, sino cómo se pone en relación con otras soluciones de este sector del Derecho internacional privado de familia, tanto desde la perspectiva de los Estados como de los particulares.

De este modo, el papel del Tribunal de Justicia puede ser fundamental para reducir la complejidad del sistema y para construir soluciones coherentes que faciliten una convergencia entre jurisdicciones, si éste es también un reto que el Derecho internacional privado de familia puede tener que abordar. A pesar de una primera impresión favorable en tal sentido, conviene analizar con más detalle si esto es realmente así, y si debe ser así, en particular cuando la jurisprudencia del TJUE impacta en la aplicación de normas convencionales.

Para llevar a cabo este análisis del efecto de la jurisprudencia del TJUE sobre el Derecho internacional privado de familia, partiremos de tres situaciones abordadas por el Tribunal: (1) la interpretación de reglas de un Reglamento europeo que tienen una solución 'paralela' en un convenio internacional; (2) la interpretación de reglas convencionales que presentan una estrecha vinculación con reglas europeas; y (3) la interpretación de reglas convencionales indirectamente relacionadas con reglas de la Unión Europea⁸.

⁸ Este análisis se circunscribe por razón de las limitaciones espaciales de la contribución. Pero el efecto de la jurisprudencia del TJUE en el desarrollo y aplicación del Derecho internacional privado de familia podría alcanzar a otros aspectos, como el notable impacto que el Dictamen 1/13 en interpretación de la competencia de la Unión Europea para aceptar la adhesión de terceros Estados al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores tuvo sobre la acción

1.1. Interpretación de normas europeas que tienen una solución ‘paralela’ en un Convenio de la Conferencia de La Haya.

Este escenario se ha planteado en varias ocasiones en el contexto de la interpretación del Reglamento (CE) 2201/2003, RBIIbis, para la que el TJUE ha recurrido al análisis del Convenio de La Haya en materia de responsabilidad parental de 1996. Este recurso también es utilizado en ocasiones por los Abogados Generales en sus opiniones⁹. De este modo el Convenio de 1996 ha proporcionado un elemento hermenéutico para la interpretación del RBIIbis tanto respecto de su ámbito de aplicación material como del alcance temporal y territorial de sus soluciones¹⁰.

exterior de los Estados miembros en materia de Derecho internacional privado de familia (vid. FRANZINA, P., *The External Dimension of EU Private International Law After Opinion 1/13*, Intersentia, 2016), o a en qué modo la jurisprudencia del TJUE afecta a los trabajos de la Conferencia de La Haya, aspecto que sin duda está presente en la actual negociación de un texto sobre reconocimiento de la filiación (disponible en <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy> [Consulta: 23/02/2023]), tras las sentencias C-490/20 V.M.A. –,Pancharevo‘ (ECLI:EU:C:2021:1008) y C-2/21 *Rzecznik Praw Obywatelskich* (ECLI:EU:C:2022:502).

⁹ En efecto, como se verá en otros puntos de este trabajo, no es infrecuente que también los Abogados Generales se apoyen en textos convencionales. Como ejemplo de este recurso al Convenio de La Haya de 1996 para elaborar la interpretación del RBIIbis puede verse la opinión del Abogado General Szpunar en el asunto C-335/17 *Valcheva* (ECLI:EU:C:2018:242). En este caso se trataba de establecer el ámbito de aplicación del RBIIbis en relación con el derecho de visita de los abuelos, para lo que el Abogado General apoyó su argumentación en el análisis del mismo supuesto en el marco del Convenio de La Haya de 1996 (apdos. 66-70).

¹⁰ Los ejemplos que se analizan en el texto abordan fundamentalmente el alcance de las soluciones del RBIIbis en el espacio y el tiempo. Para ilustrar cómo se analiza el ámbito de aplicación material del RBIIbis en relación con el Convenio, puede verse el asunto C-404/14 *Matoušková* (ECLI:EU:C:2015:653), en el que se planteó cuestión prejudicial ante el TJUE para que aclarara si la aprobación de un acuerdo de reparto sucesorio concluido por un tutor por cuenta de un menor constituía una medida relativa al ejercicio de la responsabilidad parental (y por tanto, dentro del ámbito material del RBIIbis) o, por el contrario, se trataba de una medida relativa a las sucesiones, sujeta al Reglamento (UE) 650/2012. El TJUE se decantó por la primera interpretación, corroborando su razonamiento con lo dispuesto en el informe Lagarde al Convenio de La Haya de 1996, cuando explica que el nombramiento del representante del menor en un procedimiento sucesorio queda sujeto a las reglas del Convenio en tanto se trata de una medida de protección del menor (vid. apdo. 32).

Un primer ejemplo lo proporciona el asunto C-603/20 PPU, *MCP*¹¹, en el que una madre con nacionalidad británica y residencia en Inglaterra (en el momento del litigio aún no se había producido el *Brexit*) desplaza a su hija a la India. El padre solicita el retorno por traslado ilícito y la atribución de un derecho de visita ante los tribunales de Inglaterra cuya competencia es impugnada por la madre, que entiende que la residencia de la menor está en India. El tribunal estatal tiene dudas sobre la aplicación del art. 10 del *RBIIbis* al caso y plantea la correspondiente cuestión prejudicial, que el TJUE resuelve indicando que el art. 10 del *RBIIbis* no resulta aplicable en este supuesto, debiendo el juez nacional acudir a las normas residuales de competencia como establece el art. 14 del *RBIIbis*. Para interpretar el art. 10 del *RBIIbis*, el TJUE analiza su relación con el art. 7 del Convenio de La Haya de 1996, determinando que una interpretación del art. 10 del *RBIIbis* que supusiera que el Estado de origen puede retener la competencia sin límite temporal cuando el menor ha sido sustraído con traslado a un Estado tercero, implicaría —si el menor ha adquirido, como consecuencia de su sustracción, una residencia habitual en un Estado tercero que es parte contratante del Convenio de La Haya de 1996— que el art. 7, apartado 1, y el art. 52, apartado 3, de dicho Convenio quedarían sin efecto y que los Estados miembros incumplirían sus obligaciones convencionales internacionales¹². El TJUE, adicionalmente, apunta a que interpretar de otro modo el art. 10 del Reglamento tendría un impacto en el art. 16 del Convenio de La Haya de 1980 y sobre la posibilidad de que las autoridades

¹¹ STJUE C-603/20 PPU, *S.S. c. M.C.P.* (ECLI:EU:2021:231). Vid. comentarios de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Desplazamiento ilícito de menores de un Estado miembro a un tercer Estado y Reglamento 2201/2003”, *La Ley Unión Europea*, n° 92, de 31 de mayo de 2021; CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., “El foro del art. 10 del Reglamento 2201/2003: STJUE 24 marzo 2021, asunto C-603/20 PPU, SS y MCP”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2021, Vol. 13, N° 2, pp. 639-648; DURÁN AYAGO, A., “En la restitución de una menor trasladada a un tercer Estado no se aplican las normas europeas de competencia judicial internacional. A propósito de la STJUE de 24 de marzo de 2021, asunto C-603/20, PPU, SS y MCP”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, Vol. 14, N° 1, pp. 727-735.

¹² Apdos. 53 a 56. Resulta interesante que el TJUE no analiza si el Convenio era aplicable al caso, aspecto en el que sí incide el Abogado General Rantos en sus conclusiones (ECLI:EU:C:2021:126) para indicar que, sin perjuicio de la prevalencia de las reglas del Convenio si el supuesto vinculara a un tercer Estado parte del Convenio (apdos. 85-86), en el caso deberían aplicarse otras normas (convenios bilaterales o normativa interna).

del Estado requerido puedan pasar a ejercer la competencia en materia de responsabilidad parental¹³.

Encontramos un segundo ejemplo en el asunto C-572/21 C.C.¹⁴, en esta ocasión respecto de la interpretación del art. 8 del RBII*bis*, que el TJUE aborda en contexto con el art. 5 del Convenio de La Haya de 1996. En este caso, dos progenitores se disputaban por la custodia de la hija común, que había nacido y residido varios años en Suecia, pero que en el momento del litigio estaba en un internado en Rusia. El padre invoca la competencia de los tribunales suecos, pues la demanda se planteó con anterioridad a que la menor se trasladara a Rusia, a lo que se opone la madre, que sostiene la competencia de los tribunales rusos ante los que ha planteado, por su parte, otra demanda de custodia. El TJUE resolvió que el tribunal de origen no conserva la competencia para resolver dicho litigio con arreglo al citado art. 8, apartado 1, cuando la residencia habitual del menor de que se trate ha sido trasladada legalmente durante el procedimiento al territorio de un tercer Estado que es parte del Convenio de La Haya de 1996, pues entenderlo de otro modo resultaría contrario tanto a los arts. 5 y 52 del Convenio, como al art. 61 del RBII*bis*.¹⁵

1.2. Interpretación de normas convencionales que presentan una estrecha vinculación con normas europeas

Para ilustrar este supuesto resultan especialmente útiles los casos en materia de obligaciones alimenticias en los que el Tribunal de Justicia tiene que interpretar las reglas sobre ley aplicable del Protocolo de La Haya de 2007, al que remite el art. 15 del Reglamento (CE) 4/2009¹⁶. En las ocasiones en que se ha planteado este escenario el TJUE ha recordado con carácter previo

¹³ Apdo. 61.

¹⁴ STJUE C-572/21 C.C. (ECLI:EU:C:2022:562). Comentada por ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Traslado de la residencia habitual de un menor y competencia judicial internacional. A propósito de la STJ de 14 de julio de 2022, en el asunto C-572/21”, *La Ley Unión Europea*, n° 106, septiembre 2022.

¹⁵ Véase en particular, apdos. 40 a 42.

¹⁶ Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 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, DOUE L 7, de 10 de enero de 2009.

al análisis de la cuestión prejudicial su competencia para abordar el caso, en tanto el Protocolo constituye parte del ordenamiento de la Unión¹⁷.

Como primer ejemplo podemos traer el asunto C-83/17 *K.P. c. L.O*¹⁸, en el que se pregunta al TJUE cómo interpretar el art. 4, apartado 2, del Protocolo de La Haya de 2007 en un caso en el que una menor alemana, con residencia habitual en Alemania, traslada su residencia a Austria y demanda a su progenitor, residente en Alemania, solicitando alimentos con carácter retroactivo, desde un momento anterior al cambio de residencia, opción que no resultaría posible conforme al Derecho alemán pero sí de acuerdo con el Derecho austríaco. Ello suscita la duda de cómo entender el citado art. 4, apartado 2, del Protocolo, en particular para aclarar, por una parte, si debe aplicarse exclusivamente cuando la demanda se plantea en un Estado miembro distinto de aquel en el que el acreedor de alimentos tiene su residencia y, por otra, cuál es el alcance de la expresión ‘no puede obtener alimentos’ incluida en dicho artículo¹⁹.

Para resolver la primera cuestión el TJUE recuerda que el Protocolo pretende garantizar la previsibilidad de la ley aplicable, asegurando que tenga un vínculo suficiente con la situación familiar de que se trata, tal y como se desprende del informe Bonomi. Y esa previsibilidad está estrechamente vinculada con la competencia del órgano judicial elegido para litigar, por ello, si la aplicación de la ley del foro (conforme al art. 4, apartado 2) resultara sólo de la elección por parte del acreedor del tribunal de su residencia sin otro vínculo con el deudor y la situación, no se alcanzaría el objetivo de previsibilidad. Y ello se justifica teniendo en cuenta las estrechas relaciones entre las normas de competencia del Reglamento 4/2009 y las soluciones de ley aplicable del Protocolo, en la medida en que la designación del órgano jurisdiccional permite indirectamente designar la ley del foro. En consecuencia, el Tribunal de Justicia concluye que “la ley del Estado de la nueva residencia habitual puede ser de aplicación si los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del foro eran competentes para conocer de los litigios en materia de alimentos (...) referidos al citado período”²⁰.

¹⁷ Así, los apdos. 21-25 de la STJUE C-83/17 *KP* (ECLI:EU:C:2018:408) y el apdo. 23 de la STJUE C-214/17 *Mölk* (ECLI:EU:C:2018:744).

¹⁸ STJUE C-83/17 *KP c. LO*, apdos. 54 y ss.

¹⁹ Artículo 4. Normas especiales a favor de determinados acreedores [...] 2. Se aplicará la ley del foro si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la ley a que se refiere el artículo 3.

²⁰ Apdos. 49-51.

Para abordar la segunda cuestión, el TJUE acude de nuevo al informe explicativo Bonomi, que indica que el art. 4, apartado 2, no sólo cubre situaciones de imposibilidad absoluta de obtener alimentos sino también aquellas en las que, reconociéndose la obligación alimenticia, se supedita a un requisito que no se cumple en el caso. A la luz de este informe el TJUE favorece una interpretación amplia que incluya dentro de dicha expresión las situaciones en que la imposibilidad deriva de requisitos impuestos por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor²¹.

El asunto C-214/17 *Mölk*²² proporciona un segundo ejemplo de interpretación de una regla del Protocolo de 2007 estrechamente relacionada con reglas del Reglamento (CE) 4/2009. Se trataba de una acreedora de alimentos, residente en Italia, que obtiene una sentencia a su favor conforme a Derecho austríaco frente al deudor, domiciliado en Austria, decisión que el deudor quiere modificar por un cambio de circunstancias. Planteada la demanda en Austria, la acreedora comparece para oponerse a la pretensión del deudor, que el tribunal desestima aplicando Derecho italiano (de la residencia habitual de la acreedora). El tribunal austríaco solicita al TJUE que aclare si la aplicación del art. 4, apartado 3, del Protocolo realizada en el procedimiento inicial debe mantenerse cuando el deudor plantea demanda posterior de modificación ante los tribunales de su Estado y si esa comparecencia, conforme al art. 5 del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones alimenticias, tiene alguna incidencia a la hora de interpretar el art. 4, apartado 3, del Protocolo de La Haya cuando se refiere a que el acreedor 'ha acudido' a la autoridad competente de la residencia habitual del deudor²³. El Tribunal de Justicia responde de forma negativa a ambas cuestiones, señalando que, a la luz de las indicaciones del informe Bonomi, al tratarse de una norma que protege al acreedor, el art. 4, apartado 3, del Protocolo no se aplica cuando demanda el deudor²⁴, y, en consecuencia,

²¹ Apdos. 54-56.

²² STJUE C-214/17 *Mölk*, ECLI:EU:C:2018:744. *Vid.* comentarios de RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M. A. "¿Qué requisitos deben cumplirse para que se aplique la ley del foro a una obligación alimenticia? El asunto C-214/17, *Mölk*", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2019, Vol. 11, N° 2, pp. 760-767.

²³ *Artículo 4 Normas especiales a favor de determinados acreedores* [...] 3. No obstante lo dispuesto en el artículo 3, se aplicará la ley del foro si el acreedor ha acudido a la autoridad competente del Estado de la residencia habitual del deudor. Sin embargo, se aplicará la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor si éste no puede obtener alimentos del deudor en virtud de la ley del foro.

²⁴ *Vid.* en particular apdos. 33-36.

para la segunda cuestión, desvincula la comparecencia del art. 5 del Reglamento del requisito que activa el art. 4, apartado 3, del Protocolo²⁵.

1.3. Interpretación de normas convencionales indirectamente relacionadas con otras de la Unión Europea.

Este escenario contempla situaciones en las que concurren dos cuestiones jurídicas diferentes pero que, por las circunstancias del caso, pueden estar vinculadas, *v. gr.* la obtención de alimentos en un supuesto de sustracción internacional de menores. Así, en el asunto C-644/20 *W.J.*²⁶, se solicita al TJUE que interprete el concepto de ‘residencia habitual’ a efectos del art. 3, apartado 2, del Protocolo de La Haya de 2007²⁷, mientras está pendiente la apelación de la sentencia que ordena el retorno a Reino Unido (entonces Estado miembro de la Unión Europea), instado por el padre, de los dos menores que la madre ha desplazado a Polonia. En este contexto, la madre plantea demanda de alimentos frente al padre, que comparece en dicho procedimiento y resulta condenado al pago conforme al Derecho polaco al entender el tribunal que la residencia de los menores está en

²⁵ Apdos. 48-51.

²⁶ STJUE C-644/20, *W.J.* (ECLI:EU:C:2022:371). Vid. reflexiones críticas sobre esta decisión en ALVAREZ GONZÁLEZ, S., “Traslado o retención ilícitos de menores y obligaciones alimenticias. A propósito de la STJ de 12 de mayo de 2022”, *La Ley Unión Europea*, núm. 106, septiembre 2022, punto 2; RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Determinación de la residencia habitual del acreedor de alimentos en un caso de sustracción internacional de menores (Sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Sala 4ª), de 12 de mayo de 2022 en el asunto C-644/20, *W.J.*”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 44, 2022.

No es el único caso en que el TJUE ha analizado la relación entre las normas que regulan ambas materias. Así, en el asunto C-85/19 PPU, *CV c. DU* (ECLI:EU:C:2018:220) había abordado la cuestión de la determinación de la residencia habitual a efectos de fijar la competencia de los tribunales del Estado requerido, tras el desplazamiento ilícito del menor, en materia de custodia (art. 10 RBII*bis*) y alimentos (art. 3 Reglamento 4/2009), pero en este auto concluyó que, estando asociadas ambas pretensiones en el caso, si no se podía entender aplicable el art. 10 del RBII*bis*, tampoco podía invocarse el art. 3 del Reglamento de alimentos.

²⁷ *Artículo 3. Norma general sobre la ley aplicable:* 1. Las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, salvo que este Protocolo disponga otra cosa. 2. En caso de cambio de la residencia habitual del acreedor, se aplicará la ley del Estado de la nueva residencia habitual desde el momento en que se produce el cambio.

Polonia. El tribunal de apelación se plantea la corrección de esta medida, considerando (de forma indirecta, pues no se hace referencia expresa al artículo en la cuestión prejudicial) el impacto que el art. 10 del RBII*bis* podría tener a esos efectos. El TJUE establece que la interpretación de la noción de residencia a efectos del Protocolo de La Haya debe hacerse a la luz de los parámetros que indica el Informe explicativo Bonomi (en concreto, atendiendo a la estabilidad de dicha residencia)²⁸ y que la interpretación estricta que exige el art. 10 del RBII*bis* impide extender su aplicación más allá de los supuestos que contempla²⁹. De ello resulta que el hecho de que el Estado requerido haya ordenado el retorno del menor no basta por sí mismo para impedir que éste constate su residencia en el Estado requerido a efectos de la ley aplicable a los alimentos.

2. LAS LÍNEAS GENERALES DE LA INTERPRETACIÓN DEL TJUE

A la vista de esta jurisprudencia podemos extraer unas pautas que guían la labor interpretativa del TJUE, observando en primer lugar que, en todos estos casos, el TJUE es exquisitamente escrupuloso en la interpretación de las normas convencionales, en la medida en que recurre a parámetros interpretativos propios del marco convencional (en particular los informes explicativos de los convenios)³⁰. Ello implica que el TJUE no ‘traspone’ su jurisprudencia en interpretación del mismo concepto de las normas europeas, como se observa en el asunto C-644/20 *W.J.*, donde el TJUE recurre a la noción de ‘estabilidad’ (tal y como se expone en el informe Bonomi) como elemento esencial que identifica la existencia de una residencia, frente al ‘centro de vida’ que habitualmente sostiene la interpretación de la residencia en las normas europeas³¹. En consecuencia, de la jurisprudencia del TJUE resulta perfectamente posible que un mismo término no

²⁸ Apdo. 63.

²⁹ Apdos. 72-74.

³⁰ Por ejemplo, al informe Lagarde en el asunto C-572/21 *C.C.* (apartado 41); o al informe Bonomi en los asuntos C-83/17 *K.P.* (apdos. 35 y 41), C-214/17 *Mölk* (apdo. 35) y C-644/20 *W.J.* (apartados 63-65). También es frecuente que los Abogados Generales recurran a los informes de los Convenios para sustentar sus conclusiones, así, por ejemplo, el Abogado General Szpunar en los asuntos C-83/17 *K.P.*, apdos. 86-95 (ECLI:EU:C:2018:46) y C-214/17 *Mölk*, apdos. 78-81 (ECLI:EU:C:2018:297).

³¹ Ello no obsta a que, en la identificación de los elementos que configuran la estabilidad de la residencia, puedan valorarse aquéllos que son criterio habitual para

tenga una definición unívoca dentro de la Unión Europea si se están aplicando normas de distinta fuente.

Esta consideración resulta particularmente interesante teniendo en cuenta que, a diferencia de lo que sucede en relación con las disposiciones de los Reglamentos europeos, donde el propio TJUE ha confirmado la necesidad de construir un sistema coherente de interpretación de las normas³², la aplicación de las reglas convencionales de la Conferencia de la Haya no exige una uniformidad en la interpretación de los conceptos. Ello implica, volviendo al ejemplo del asunto C-644/20 *W.J.*, que la interpretación que el Tribunal de Justicia realiza del término ‘residencia habitual’ a efectos del Protocolo de 2007 no pueda extrapolarse a otros textos convencionales de la Conferencia en los que se emplea el mismo término, aunque no excluye que el TJUE recurra a esta jurisprudencia para interpretar, a su vez, normas europeas³³.

Un segundo elemento relevante es el esfuerzo del TJUE por delimitar claramente los respectivos ámbitos de las normas, para no proyectar criterios de integración europea sobre las soluciones convencionales. Así se observa en el asunto C-644/20, *W.J.*, cuando descarta el posible impacto de la norma europea (*e.g.* un cambio de residencia habitual a la luz del art. 10 del RBII*bis*) sobre la interpretación de la solución convencional (cam-

el TJUE en la definición de la residencia habitual a efectos de los Reglamentos europeos (vid. apdos. 63-67).

³² Recientemente, respecto de la noción de residencia habitual en relación con el RBII*bis* y el Reglamento 4/2009, puede verse el asunto C-501/20 *MPA c. LCDNMT* (ECLI:EU:C:2022:619), apdo. 53.

³³ Así, se observa en el citado asunto C-501/20 *MPA c. LCDNMT* en un litigio relativo una crisis matrimonial, con las correspondientes demandas de responsabilidad parental y alimentos, de una familia hispano-portuguesa con residencia habitual en Togo. Planteada demanda ante los tribunales españoles, se solicita al TJUE que interprete el concepto de residencia habitual a efectos de los Reglamentos (UE) 2201/2003 y (CE) 4/2009, teniendo en cuenta que se trata de trabajadores de la Unión Europea en aquel país. El TJUE, partiendo de la definición de residencia habitual que ha desarrollado en su jurisprudencia anterior, aborda la definición del concepto de residencia habitual del art. 3 del Reglamento de alimentos. Para dicho análisis considera la estrecha vinculación del Reglamento con el Protocolo de La Haya de 2007 y retoma los elementos esenciales del concepto de residencia habitual tal como interpretó el art. 4, apartado 2 del citado Protocolo en el asunto C-644/20 *W.J.* En consecuencia, entiende que “está justificado que la definición de este criterio se vea guiada por los mismos principios y caracterizada por los mismos elementos en ambos instrumentos” (apdo. 53).

bio de residencia habitual *ex art. 3.2 del Protocolo de 2007*). En el mismo sentido, puede apuntarse la decisión en el asunto C-214/17 *Mölk* respecto del Protocolo de 2007 de alimentos en relación con el Reglamento 4/2009, cuando el TJUE desvincula la interpretación del art. 4, apartado 3, del Protocolo de 2007 del criterio de la comparecencia ante el tribunal conforme al art. 5 del Reglamento 4/2009. En este asunto el TJUE insiste en las diferencias que presentan los supuestos de hecho de ambas normas, ya que entiende que la sumisión, *i.e.* la comparecencia del acreedor demandado, no es el presupuesto que subyace al art. 4, apartado 3, del Protocolo, que parte de que el acreedor sea el demandante del proceso.

Ello no impide, sin embargo, que el TJUE reconozca la estrecha vinculación que puede existir entre las soluciones de competencia judicial internacional y ley aplicable y, en cierto modo, el condicionamiento de las primeras sobre las segundas, pues como indica el TJUE en el asunto C-83/17 *K.P.*, la designación de los órganos jurisdiccionales conforme al Reglamento 4/2009 permite indirectamente designar la ley del foro³⁴. Este recurso a las normas europeas como elemento de interpretación de las soluciones convencionales favorece sin duda la visión coordinada de la regulación de los alimentos, pero podría también cuestionarse si es conveniente desde el punto de vista de la interpretación desde parámetros convencionales³⁵.

En tercer lugar, podemos observar que el hecho de que se trate de normas distintas con diferente marco de referencia no impide que el TJUE intente alcanzar una lectura coherente o alineada de dichas reglas, como ha sucedido cuando se trata de interpretar las normas del RBII *bis* que pueden solaparse en su aplicación con las del convenio ‘paralelo’ de 1996 en

³⁴ Asunto C-83/17 *K.P.*, apdo. 49. El TJUE desarrolla el argumento en el asunto C-468/18 *R y P* (ECLI:EU:C:2019:666), insistiendo en la relación entre el Reglamento 4/2009 y el Protocolo de 2007. En consecuencia, establece que no se puede limitar la competencia para conocer de los alimentos a la competencia vinculada a la acción de responsabilidad parental porque ello implicaría no solo menoscabar la facultad del acreedor de elegir el órgano judicial competente sino también, en consecuencia, la ley aplicable (vid. apdos. 46-47).

³⁵ En este sentido crítico, vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.: “Sobre la unificación del Derecho internacional privado de la UE mediante convenios internacionales y algunas de sus carencias”, [en línea] (2018), <<https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2018/02/sobre-la-unificacion-del-derecho.html>>. [Consulta: 23/02/2023].

materia de responsabilidad parental³⁶. Así ocurre en los asuntos C-603/20 PPU, *SS c. MCP* y C-572/21 C.C., donde el TJUE es consciente de que la interpretación que hace de las normas europeas puede incidir en la delimitación del alcance de las soluciones convencionales, lo que explica su esfuerzo por llevar a cabo tal delimitación de una forma que respete la esfera convencional. De este modo, en el asunto C-603/20 PPU, el Tribunal de Justicia establece que el art. 10 del RBII*bis* tiene que interpretarse de modo que no prive de efecto al art. 7, apartado 1, del Convenio de La Haya de 1996, y no afecte al cumplimiento de las obligaciones internacionales que han asumido los Estados miembros respecto del Convenio³⁷. Por su parte, en el asunto C-572/21 C.C., el TJUE considera que la *perpetuatio fori* prevista en el art. 8 del RBII*bis* tiene que tener en cuenta necesariamente un desplazamiento lícito de la residencia del menor a un Estado contratante del Convenio de La Haya de 1996, pues no hacerlo vulneraría los arts. 5 y 52 del Convenio³⁸.

El TJUE, por tanto, respetando los parámetros de interpretación específicos que exige el distinto origen de las normas, aporta elementos para favorecer una visión de conjunto del sistema de Derecho internacional privado de familia, donde concurren normas de distintas fuentes, a partir de una delimitación de los ámbitos de estas normas y una interpretación coherente de sus soluciones. En este sentido, podemos afirmar que la labor del

³⁶ Línea que se sigue, si cabe con mayor lógica, cuando las normas europeas se presentan como complementarias (o de desarrollo) de las convencionales. Así en el asunto C-111/17 PPU, *OL c. PQ* (ECLI:EU:C:2017:436) (apdo. 61) el TJUE recuerda que para interpretar el art. 11 RBII*bis* es preciso recordar a qué finalidad sirve, *v. gr.* restablecer el *status quo* anterior al traslado o retención del menor, lo que interpreta a la luz del Convenio de La Haya de 1980.

³⁷ Apdos. 53-56. Como apunta ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Desplazamiento ilícito de menores de un Estado miembro a un tercer Estado y Reglamento 2201/2003”, *La Ley. Unión Europea*, 2021, núm. 92, de 31 de mayo, (nº 10), esta jurisprudencia del TJUE resulta particularmente abierta a favorecer una buena articulación entre ambos textos, aspecto que no era tan evidente en el marco del RBII*bis* pero que resulta con mayor claridad de las soluciones del Reglamento (UE) 2019/1111.

³⁸ Apdos. 40-42. Es interesante reseñar en este punto cómo esta solución permite salvar parte de la discusión que se había generado al hilo de la refundición del RBII*bis* y la posible alineación de soluciones del art. 7 del RBII*ter* con el art. 5 del Convenio de La Haya de 1996. Sobre este aspecto, vid. CAMPUZANO DÍAZ, B., “El nuevo reglamento (UE) 2019/1111: Análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, Vol. 12, Nº 1, pp. 108-111.

TJUE coadyuva a afrontar el reto de reducir la complejidad del Derecho internacional privado de familia.

3. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE MÁS ALLÁ DE LAS NORMAS INTERPRETADAS

La valoración de la labor interpretativa del TJUE podría concluir con el análisis realizado hasta aquí, pero lo cierto es que tan interesantes como las soluciones que proporciona son las dudas interpretativas respecto de las consecuencias indirectas de la jurisprudencia del TJUE sobre las normas convencionales. El asunto C-644/20 *W.J.* permite plantear dos hipótesis que no se abordan directamente en el caso pero que, en cierto modo, no dejan de estar presentes en su resolución.

La primera de ellas se refiere al impacto de la interpretación de una regla convencional por parte del TJUE en otras normas convencionales. Volviendo al citado asunto C-644/20 *W.J.*, cuando el TJUE determina cuáles son los parámetros que permiten identificar si existe residencia habitual a efectos de la ley aplicable a los alimentos en términos de ‘estabilidad’ (art. 3, apartado 2, del Protocolo de La Haya de 2007), está resolviendo una cuestión que afecta al fondo del litigio (*i.e.* la obtención de alimentos por parte del menor) en un supuesto en el que está pendiente la resolución de una sustracción internacional de ese menor. En otros términos, la situación exige la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 por los tribunales del Estado requerido³⁹. Y en este contexto, la ‘integración’ del menor puede ser un elemento relevante para la resolución del proceso de retorno. En este sentido, si un tribunal considera que se observa la suficiente estabilidad en la vida del menor en el Estado requerido como para decidir que ahí tiene su residencia a efectos del Protocolo de La Haya de 2007, ¿es posible que en el procedimiento sobre el retorno se alcance una decisión en sentido contrario en aplicación del Convenio de La Haya de 1980?

Es evidente que existe un riesgo de interferencia entre ambos procedimientos. De hecho, en el Convenio de La Haya de 1980 se pretende evitar esta situación prohibiendo al tribunal del Estado requerido entrar a decidir sobre la custodia del menor en tanto no se haya resuelto el litigio sobre la sustracción. Ciertamente, el art. 16 del Convenio de 1980 sólo se refiere al litigio relativo a la custodia. Pero el hecho de que el TJUE indique que

³⁹ En el caso concreto se trataba de dos tribunales diferentes.

puede haber residencia a efectos de la ley aplicable a los alimentos en el Estado requerido, no deja de constituir una interferencia en el funcionamiento de las reglas de retorno del Convenio de 1980⁴⁰.

Puede entenderse que la interpretación del Protocolo de La Haya de 2007 por el TJUE prima el interés superior del menor como acreedor de alimentos (*favor creditoris*) pero tal vez el Tribunal de Justicia no valora con la misma intensidad el interés superior del menor como sujeto de una sustracción cuando establece que “sería contrario al objetivo del artículo 3, apartado 2, del Protocolo de La Haya, así como a la toma en consideración del interés superior del menor, considerar que la existencia de una resolución judicial de un Estado miembro que declara el carácter ilícito del traslado o de la retención de un menor y que ordena la restitución de ese menor a uno de sus progenitores residente en otro Estado impide, por principio, considerar que dicho menor reside habitualmente en el territorio de ese Estado miembro a efectos de la determinación de la ley aplicable a su derecho de alimentos”⁴¹. Ciertamente el TJUE matiza la afirmación al indicar que *por principio* no debe haber una traslación de la ilicitud del traslado a la valoración de la residencia a otros efectos. Pero cabe preguntarse si, estando pendiente la apelación de la madre en el proceso de retorno (oponiéndose a éste por considerar que la residencia de los menores estaba en Polonia), y establecida la adquisición de la residencia en el proceso de alimentos, el tribunal de apelación no puede estar condicionado por esta última decisión (más aún cuando el proceso de retorno se ha prolongado durante largos meses en el Estado requerido, como sucedió en el caso)⁴². ¿Es realmente posible deslindar ambas situaciones?

⁴⁰ Que esta interferencia entre procedimientos existe y que el TJUE es consciente de ella queda claro cuando, en el asunto C-603/20 PPU S.S., considera que la interpretación del art. 10 del RBII *bis* en el sentido de mantener la residencia habitual por tiempo indefinido en el Estado miembro de origen del menor antes del secuestro puede incidir en la aplicación del art. 16 del Convenio de La Haya de 1980 (apdos. 60-61).

⁴¹ Apdo. 70.

⁴² Ciertamente, el momento en el que debe apreciarse dónde se localizaba la residencia habitual para cada una de las pretensiones es distinto, pues en el litigio de retorno debe valorarse dónde estaba inmediatamente antes del desplazamiento, mientras que en el litigio sobre los alimentos el momento relevante es cuando se plantea la demanda. Ahora bien, la permanencia del menor trasladado por un tiempo largo en el Estado requerido puede acabar incidiendo en la solución del proceso de retorno, no tanto porque la residencia no estuviera en el Estado de origen como porque se haya producido integración en el Estado requerido, per-

Una segunda pregunta que cabe plantearse es hasta qué punto la interpretación de la solución europea puede tener proyección sobre la regla ‘paralela’ convencional, aunque esta no se aborde en el pronunciamiento del TJUE. De nuevo el asunto C-644/20 *W.J.* ofrece un ejemplo interesante: cuando el Tribunal de Justicia descarta la relevancia del art. 10 del RBIIbis como parámetro para interpretar el art. 3, apartado 2, del Protocolo de alimentos de 2007 en supuestos de sustracción internacional, ¿no está sentando un criterio que podría extenderse al art. 7 del Convenio de La Haya de 1996? Conforme a los parámetros de interpretación del propio TJUE, en principio el juez nacional debería realizar un análisis diferenciado de esta última regla atendiendo a las pautas específicas de la interpretación convencional pero resulta evidente que, una vez establecido un criterio europeo, existe una clara posibilidad de que esta interpretación se extienda a la regla convencional. Ello no es en sí mismo problemático y estaría justificado en la medida en que dicha norma atienda a intereses jurídico privados y no exclusivos de la integración europea⁴³.

Podría objetarse que esta última hipótesis lleva la argumentación demasiado lejos. Ahora bien, conviene tener presente que no es infrecuente que, en ausencia de indicaciones supranacionales sobre cómo interpretar las reglas convencionales, los tribunales de los Estados miembros ‘extiendan’ la jurisprudencia del TJUE sobre las normas europeas a las soluciones ‘paralelas’ de los textos convencionales, como ilustran, por ejemplo, algunas decisiones de tribunales de apelación españoles⁴⁴ o de los tribunales de

cepción que podría reforzarse con el entendimiento de que existe la ‘estabilidad’ que justifica la aplicación del art. 3 del Protocolo de La Haya de 2007.

⁴³ Sobre la doble lógica (de integración europea y de Derecho privado) de las normas de Derecho internacional privado de la Unión Europea resultan esclarecedoras las reflexiones de GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. y VIRGÓS SORIANO, M., “Estado de origen vs. Estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho internacional privado”, *InDret*, n° 4, 2004.

⁴⁴ Así, la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia de 10 de abril de 2015 (ECLI:ES:APB:2015:3667), para determinar si la residencia del menor se localizaba en Ecuador y, en consecuencia, aplicar el Convenio de La Haya de 1996, recurre a la definición de residencia habitual que resulta de la jurisprudencia del TJUE en interpretación del RBIIbis (FJ 2º). En un auto posterior, de 17 de mayo de 2016 (ECLI:ES:APB:2017:3796A), la Audiencia recurre de nuevo a la jurisprudencia del TJUE en interpretación del ámbito material del RBIIbis (en el asunto C-215/15 *Gogova*) para justificar la aplicación del Convenio de La Haya a un supuesto similar al que se planteó ante el TJUE, *v.gr.* la posibilidad de suplir la

casación italiano (respecto del Convenio de La Haya de 1996)⁴⁵ y francés (en relación con el Convenio de La Haya de 1980)⁴⁶. En estos supuestos puede resultar criticable que una interpretación que se elabora en el contexto de la integración europea (y por ello resulta de la interpretación del TJUE) se acabe proyectando a situaciones donde dicho escenario no está presente, *i.e.* en supuestos extra-Unión Europea (por ejemplo, para menores que tienen su residencia habitual en un Estado contratante del Convenio de 1996). Pero, por otra parte, también puede entenderse que los tribunales nacionales no distingan entre ambos escenarios, como se ha observado antes, en la medida en que el fundamento último de la solución atienda a la lógica jurídico-privada del caso (o al interés superior del menor, si se trata de un litigio relativo a menores) y no a consideraciones propias de la integración europea.

4. REFLEXIONES SOBRE EL ALCANCE DE LA INTERVENCIÓN DEL TJUE PARA EL FUTURO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA

Una vez analizada la jurisprudencia y sus efectos desde una perspectiva doctrinal conviene ampliar el punto de vista para valorar qué impacto puede tener la intervención del Tribunal de Justicia desde la doble perspectiva de los particulares (incluyendo a los destinatarios finales de las normas y a los operadores jurídicos llamados a aplicarlas) y de otros Estados que no son parte de la Unión Europea. Que una determinada interpretación del TJUE resulte correcta desde el análisis doctrinal no conlleva de forma

falta de consentimiento de un progenitor para la expedición del pasaporte a una menor con residencia habitual en República Dominicana (FJ 1º).

⁴⁵ Véase la sentencia de la *Cassazione civile* n. 32359 de 13 diciembre 2018 (consultada en *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* vol. 55, núm. 3, 2019, p. 578), en un supuesto relacionado con el Principado de Mónaco, donde el tribunal utiliza como referencia para la interpretación de los arts. 5 y 7 del Convenio de La Haya de 1996 la sentencia del TJUE en el asunto C-376/14 PPU *C. c. M.* (ECLI:EU:C:2014:2268).

⁴⁶ Así, en la sentencia de 28 de marzo de 2018 de la *Cour de cassation, chambre civile 1*, (17-31.427) (ECLI:FR:CCASS:2018:C100476), en un supuesto de sustracción de menor desde Serbia a Francia, el tribunal invoca la jurisprudencia del TJUE (sentencias de 2 abril 2009, asunto C-523/07, A; 22 diciembre 2010, asunto C-497/10 PPU, *Mercredi*, y 9 octubre 2014, asunto C-376/14 PPU, C) en materia de residencia habitual para establecer dónde estaba la residencia del menor (ilícitamente) trasladado a Francia.

necesaria que sea fácilmente comprensible para los primeros y aceptable para los segundos, implicaciones éstas que pueden incidir directamente en la premisa de entender la jurisprudencia del TJUE como un instrumento que permite reducir la complejidad e incrementar la convergencia en la comprensión y aplicación de las normas convencionales.

No vamos a insistir en la complejidad del Derecho internacional privado de familia, una realidad que se ha criticado desde numerosas instancias. Por ello, la posibilidad de que la jurisprudencia del TJUE facilite la comprensión de las normas europeas y convencionales y aclare las relaciones que pueden establecerse entre ellas es un elemento positivo para sus destinatarios. En este sentido, algunas de las decisiones analizadas ofrecen pautas que facilitan su aplicación a los operadores jurídicos (como se ha visto, por ejemplo, delimitando y coordinando las normas del RBII *bis* y del Convenio de La Haya de 1996⁴⁷). Pero al mismo tiempo, otras decisiones, siendo correctas en su solución, pueden suscitar una cierta perplejidad a sus destinatarios, como ocurre en el supuesto del asunto C-644/20 *W.J.*, cuando el TJUE define el concepto de residencia a efectos de la obtención de alimentos estando pendiente la resolución del proceso de retorno del acreedor de éstos, *i.e.* el menor sustraído. Sin perjuicio de que se trate de una respuesta que no merece ninguna objeción técnica, lo cierto es que la interpretación del TJUE puede reforzar en los destinatarios la percepción de excesiva complejidad del Derecho internacional privado de familia y favorecer que los tribunales tiendan a adoptar una posición pragmática, prescindiendo de la doble calificación e interpretación del mismo concepto (*i.e.* la residencia) para resolver el caso. Esta posición permite simplificar las soluciones con una interpretación de las reglas (convencionales y

⁴⁷ Ello no excluye que los tribunales nacionales puedan desarrollar su actividad en ausencia de esta interpretación, como ilustra la sentencia de 30 de septiembre de 2020 de la *Cour de Cassation, chambre civile 1* (19-14.761) (ECLI:FR:CASS:2020:C100557), en un supuesto en que, una vez iniciado el procedimiento bajo las reglas del RBII *bis*, los menores son trasladados a Suiza, suscitándose la cuestión de cómo articular las soluciones del Reglamento con las del Convenio de 1996 para resolver la competencia de los tribunales franceses. La solución de la Casación francesa se acerca a la establecida posteriormente por el TJUE. Un comentario crítico de la sentencia puede verse en GALLANT, E.: “French Supreme Court rules on respective scopes of Brussels II bis Regulation and 1996 Hague Convention” [en línea], (2021), <<https://epil.org/2021/02/10/french-supreme-court-rules-on-respective-scopes-of-brussels-ii-bis-regulation-and-1996-hague-convention/>>. [Consulta: 23/02/2023]

europas) que asegure un tratamiento similar a situaciones que, desde una lógica jurídico-privada, podrían merecer idéntica respuesta⁴⁸.

Por otra parte, en lo que respecta al impacto de la jurisprudencia del TJUE en terceros Estados, se observa un efecto ‘copia’ en algunas jurisdicciones que, al interpretar las normas convencionales, pueden venir condicionadas por la existencia de una jurisprudencia europea, por ejemplo, en relación con el concepto de residencia habitual a efectos de la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores, tal y como ilustran algunos casos resueltos por tribunales de Hong Kong⁴⁹, Canadá⁵⁰ y de los Estados Unidos de América⁵¹. Que estos tribunales tengan presente la jurisprudencia del TJUE debe valorarse sin duda de manera positiva ya que facilita una convergencia de los parámetros interpretativos en la aplicación de normas convencionales⁵², lo que a su vez redundaría en una mayor seguridad jurídica para los particulares.

Pero conviene igualmente considerar que la interpretación del Tribunal de Justicia se enmarca siempre en parámetros europeos que no tienen por qué encontrar reflejo en otras jurisdicciones, por ejemplo, si la interpretación del TJUE se sustenta en normas específicas de la Unión Europea, como la Carta de derechos fundamentales de la Unión⁵³. Este mismo

⁴⁸ Como de hecho ha sucedido en algunos supuestos, vid. supra notas 44 a 46.

⁴⁹ *LCYP v JEK (Children: habitual Residence)* [2015] HKCA 407, que invoca la jurisprudencia del TJUE en los asuntos C-523/07 A y C-497/10 PPU *Mercredi* [en línea] <https://www.hklii.hk/eng/hk/cases/hkca/2015/407.html> . [Consulta: 23/02/2023]

⁵⁰ *Office of the Child’s Lawyer v. Balev*, 2018 SCC 16, [2018] 1 SCR 398 [en línea], <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/17064/index.do> . [Consulta: 23/02/2023]

⁵¹ *Monasky v. Taglieri*, 589 U.S. (2020).

⁵² Finalidad que, por otra parte, no está ausente de los textos convencionales, como por ejemplo refleja el art. 20 del Protocolo de La Haya de 2007 y refiere el informe Bonomi en el comentario a dicho artículo (pp. 72-73).

⁵³ Por ejemplo, en el asunto C-644/20 *W.J.*, el TJUE invoca la necesidad de tomar en consideración el interés superior del menor conforme al art. 24, apartado 2, de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea como fundamento del razonamiento del tribunal a la hora de valorar el lugar de residencia y garantizar que el menor pueda disponer de recursos suficientes a la vista del entorno donde vive (apdo. 66). Sobre este aspecto, vid. las consideraciones de PACULA, K., “CJEU on acquisition of new habitual residence under the 2007 Hague Protocol subsequently to a wrongful removal, case *W.J.*, C-644/20” [en línea], (2022), <https://conflictoflaws.net/2022/cjeu-on-acquisition-of-new->

elemento puede justificar que esos Estados no europeos decidan mantener otra interpretación de las normas convencionales⁵⁴. En cierto modo, esta última consideración pone sobre la mesa la cuestión del papel del TJUE como promotor de las políticas de la Unión Europea con vistas a exportar modelos y establecer estándares con un alcance potencialmente global⁵⁵. Esta pretensión, si bien puede resultar razonable desde la perspectiva de la Unión y de la consecución de una mayor armonización de las soluciones del Derecho internacional privado de familia en la esfera internacional, merece cuanto menos una reflexión acerca de en qué medida esta intervención no se va a percibir como una indebida ‘europeización’ del funcionamiento del sistema convencional.

En conclusión, en la medida en que la jurisprudencia armoniza y ayuda a interpretar los conceptos en clave intra-europea debe ser bienvenida como punto de encuentro entre Bruselas y La Haya. Pero, por otra parte, la dificultad que existe para comprender esta jurisprudencia y su alcance compartimentado, atendiendo a la normativa aplicada, deberían ser un elemento de reflexión acerca del impacto que la intervención del Tribunal de Luxemburgo puede tener en el Derecho internacional privado de familia

habitual-residence-under-the-2007-hague-protocol-subsequently-to-a-wrongful-removal-case-w-j-c-644-20/ . [Consulta: 23/02/2023]

⁵⁴ En este sentido puede ser interesante observar el comportamiento de los tribunales británicos (ingleses) tras la consumación del Brexit, pues si durante su pertenencia a la Unión Europea se había favorecido una interpretación alineada de las normas de Derecho internacional privado con la jurisprudencia del TJUE (vid. *A v A and another (Children: Habitual Residence) (Reunite International Child Abduction Centre intervening)* [2013] UKSC 60 [2013] 3 WLR 761, donde se establece que, si hay diferencias en cómo interpretar el concepto de residencia habitual, debería priorizarse la interpretación seguida por el TJUE), hay voces que intuyen un posible cambio de postura en busca de una interpretación desvinculada de parámetros de la Unión. Así, respecto de la definición de residencia habitual, y en el contexto de las condiciones de desconexión del Reino Unido de la Unión Europea, TRIMMINGS, K. y KALAITSOGLU, K., “International family law in the United Kingdom beyond Brexit”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 22, 2020/2021, pp. 77-94, p. 88 y ss. Sin ánimo de establecer que ésta vaya a ser la línea seguida, sí se puede reseñar que en la sentencia de 6 de septiembre de 2021, *MZ v. RZ* [2021] EWHC 2490 (Fam), la *England and Wales High Court (Family Division)*, en un asunto parecido al que suscitó la sentencia C-603/20 PPU *SS c. MCP*, ha optado por seguir la jurisprudencia del TJUE para establecer que el tribunal inglés no podía conservar su jurisdicción una vez que el menor había adquirido residencia en la India.

⁵⁵ En este sentido, FRANZINA, P., “The Relationship Between EU Legislation...”, *op. cit.* pp. 49-50.

dentro y más allá de las fronteras de la Unión Europea. En este sentido, la interpretación del Derecho internacional privado de familia puede ser un instrumento fundamental para superar algunos de los retos que este sector del ordenamiento presenta, *v. gr.* la complejidad y la falta de uniformidad en la aplicación de normas internacionales, pero para ello el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no sólo debe proporcionar soluciones correctas desde el punto de vista de la técnica jurídica sino intentar que su jurisprudencia se perciba como un instrumento que coadyuva a superar esos retos.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*



www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com