Anuario español de Derecho
internacional privado

Presentación

Respaldado por el colectivo de profesores españoles de Derecho internacional privado y por operadores jurídicos procedentes de la magistratura, abogacía y cuerpos de la Administración del Estado, el propósito de este Anuario es ofrecer a la comunidad jurídica española con carácter anual todo el panorama teórico y práctico que afecta al tráfico privado externo vinculado con nuestro país: arbitraje comercial, Derecho de los negocios, Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, Derecho penal, Derecho procesal, nacionalidad, extranjería, familia y sucesiones, inversiones exteriores y control de cambios, nacionalidad y persona y estado civil. Panorama que será el punto de referencia de la creación doctrinal y de la práctica españoles en los colectivos ius–internacional–privatistas de otros países.

Para ello la presente publicación se estructura en distintas secciones que se inician con un ambicioso título doctrinal donde se recogen las contribuciones científicas más relevantes procedentes de autores españoles y extranjeros, sometidas con carácter previo a un exhaustivo control por parte de los miembros del Consejo editorial especializados en las mismas.

Asimismo, cada tomo mantiene una marcada preocupación por resaltar las cuestiones prácticas más acuciantes para España, las reformas legislativas e incorporación de convenios internacionales suscritos por nuestro país y el estudio profundo y crítico de la doctrina de la jurisprudencia y de la práctica administrativa española. Y ello, junto a la información puntual de la labor codificadora que se realiza en los distintos foros internacionales. Incluye, además de las secciones fijas, un conjunto sistematizado de contribuciones de carácter monográfico basado o en reformas de sistemas o en problemas relevantes en el plano científico y una relación sistematizada y comentada por volumen de varios centenares de decisiones de nuestros tribunales y de toda la bibliografía aparecida en el año cuya crónica cubre el Anuario.

Reconocimientos

El Anuario ha sido reconocido por la comunidad jurídica internacional en términos sumamente elogiosos y está siendo valorado muy positivamente por las agencias de evaluación de la investigación científica. Entre otros reconocimientos, la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT) otorgó al Anuario el **certificado de "Revista Excelente"** tras haber superado con éxito el proceso de evaluación de la calidad de revistas científicas españolas que garantiza la calidad editorial y científica, el 14 de marzo de 2012. Dicho certificado ha sido renovado satisfactoriamente, la última vez en 2020. Asimismo, em 2018 en Anuario fue evaluado favorablemente para su inclusión e **Scopus** por el Content Selection & Advisory Board (CSAB). Por último, también en 2018 el Anuario fue indexado en el ***Emerging Sources Citacion Index.***

Normas editoriales

Los autores habrán de atenerse a las siguientes normas editoriales:

Sólo se publicarán trabajos originales e inéditos y en español. Como criterio general, la extensión de los trabajos no deberá exceder de 35 páginas (200 KB) tratándose de artículos; 15 páginas (85 KB) en comentarios jurisprudenciales y legislativos, y 10 páginas (50 KB) en el caso de reseñas bibliográficas. Cada trabajo deberá ir acompañado con un resumen en español y en inglés de no más de 200 palabras cada uno y de 5 palabras clave en ambos idiomas. Todo material será sometido a dictamen para su publicación. El resultado del mismo se comunicará dentro de los 15 días siguientes a la fecha de reunión del Consejo Editorial.

Los trabajos deberán ser enviados a la siguiente dirección:

Iprolex, S.L.,
Mártires Oblatos, 19, bis
28224 Pozuelo de Alarcón, Madrid (España)

o al siguiente correo electrónico: iprolex@iprolex.com

En la web del Anuario (**http://www.aedipr.com**) se detalla la información sobre el proceso de evaluación y selección de manuscritos empleados, los criterios, procedimientos y plan de revisión por parte de los evaluadores.

En dicha web el lector puede encontrar los textos íntegros de las decisiones de los tribunales y ortros materiales que se relacionan en el presente volumen.

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020
ISSN 1578–3138

Anuario español de Derecho internacional privado

Tomo XIX–XX

Ipro*lex*
2019 – 2020

Edición:
Ipro*lex*, S.L.
Mártires Oblatos, 19, bis
28224 Pozuelo, Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 709 00 65
Fax: (34) 91 709 00 66
e–mail iprolex@iprolex.com
http://www.iprolex.com

Redacción:
Profesor Dr. Ángel Espiniella Menéndez
Departamento de Derecho privado y de la Empresa
Facultad de Derecho, Universidad de Oviedo
Valentín Andrés Álvarez s/n
33001 Oviedo (España)
Teléfono: (985) 104873
espiniella@uniovi.es

Impresión:
Torreblanca Impresores
Paseo Imperial, 57
28005 Madrid (España)
Teléfono: (34) 91 365 20 07

Distribución:
Marcial Pons
Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.
San Sotero, 6,
28037, Madrid (España)
www.marcialpons.es

Web:
http://www.aedipr.com

ISBN: 84–931681–1–4 Obra completa
ISSN: 1578–3138
Depósito Legal: M–30684–2000
Impreso en España

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020
ISSN 1578–3138

Director

José Carlos Fernández Rozas
Catedrático de Derecho internacional privado.
Miembro del *Institut de Droit International*

Comité científico

Santiago Álvarez González
Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Santiago de Compostela

Bertrand Ancel
Professeur émérite à l'Université Panthéon–Assas (Paris II)

Rafael Arenas García
Catedrático de la Universidad Autónoma de Barcelona

Jürgen Basedow
Ex-Director del Max–Planck–Institut für ausländisches und internationales Privatrecht (Hamburgo), Miembro del *Institut de Droit International*

Alegría Borrás
Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona. Miembro del *Institut de Droit International*

Nuria Bouza Vidal
Catedrática de Derecho internacional privado de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Pedro A. de Miguel Asensio
Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Complutense de Madrid

Marc Fallon
Professeur ordinaire à l'Université Catholique de Louvain, Miembro del *Institut de Droit International*

Burkhard Hess
Director del Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, Asociado del *Institut de Droit International*

Rui M. de Gens Moura Ramos
Catedrático de la Universidad de Coimbra. Ex Presidente del Tribunal Constitucional de Portugal Miembro del *Institut de Droit International*

Leonel Pereznieto Castro
Profesor de la Universidad Nacional de México

Sixto A. Sánchez Lorenzo
Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada

Hans Van Loon
Ex Secretario General de La Academia de La Haya de Derecho internacional privado Miembro del *Institut de Droit International*

Consejo de redacción

Juan José Álvarez Rubio (Catedrático de la Universidad del País Vasco); **Nerina Boschiero** (Profesora Ordinaria, Università degli Studi di Milano); **Rodolfo Dávalos Fernández** (Profesor Principal de la Universidad de La Habana); **Pilar Diago Diago** (Catedrática Universidad de Zaragoza); **Adriana Dreyzin de Klor** (Profesora titular, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina); **Carlos A. Esplugues Mota** (Catedrático de la Universidad de Valencia); **Fernando Esteban de la Rosa** (Catedrático de la Universidad de Granada); **Federico F. Garau Sobrino** (Catedrático de la Universidad de las Islas Baleares); **Francisco J. Garcimartín Alférez** (Catedrático de la Universidad Autónoma de Madrid); **Cristina González Beilfuss** (Catedrática de la Universidad de Barcelona); **Alejandro Garro** (Professor of Law, Columbia Law School), **Pilar Jiménez Blanco** (Catedrática de la Universidad de Oviedo), **Toshiyuki Kono** (Professor of Faculty of Law, Universidad de Kyushu, Fukuoka/Japón); **Stefan Leible** (Catedrático de la Universität Bayreuth); **Dário Moura Vicente** (Catedrático de la Universidad de Lisboa), **Guillermo Palao Moreno** (Catedrático de la Universidad de Valencia); **Marta Requejo Isidro** (Catedrática de Derecho internacional privado y Letrada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

Secretario

Ángel Espiniella Menéndez
Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad de Oviedo

Redactores

Beatriz Añoveros Terradas (Profesora titular de la Universitat Ramon Llull); **Albert Font i Segura** (Profesor titular de la Universitat Pompeu Fabra); **Víctor Fuentes Camacho** (Profesor titular de la Universidad Complutense de Madrid); **Miguel Gardeñes Santiago** (Profesor titular de la Autónoma de Barcelona); **Iván Heredia Cervantes** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Madrid); **Mónica Herranz Ballesteros** (Profesora titular de la UNED); **Raúl Lafuente Sánchez** (Profesor Titular de la Universidad de Alicante); **Aurelio López–Tarruella Martínez** (Profesor titular de la Universidad de Alicante); **Crístian Oró Martínez** (Dirección de Investigación y Documentación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea); **José Ignacio Paredes Pérez** (Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado de la Universidad Autónoma de Madrid); **Eduardo Picand Albónico** (Profesor de la Universidad de Chile); **Benedetta Ubertazzi** (Full–Tenured Aggregate Professor Universitá di Macerata).

Comité evaluador de la calidad científica[*]

Marie-Élodie Ancel (Professeur Université Paris 2 Panthéon-Assas); **Pilar Blanco–Morales y Limones** (Catedrática de la Universidad de Extremadura); **Alfonso Luis Calvo Caravaca** (Catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid); **Javier Carrascosa González**, Catedrático de la Universidad de Murcia); **Fernando Castedo Álvarez** (Abogado del Estado); **Bernardo Mª Cremades Sanz–Pastor** (Abogado)**; Manuel Desantes Real** (Catedrático de la Universidad de Alicante); **Jose Mª De Dios Marcer** (Profesor titular de la Universidad Autónoma de Barcelona); **José Mª Espinar Vicente** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Joaquim–Joan Forner Delaygua** (Catedrático de la Universidad de Barcelona); **Mª Paz García Rubio** (Catedrática de la Universidad de Santiago de Compostela); **Eloy Gayán Rodríguez** (Profesor titular de la Universidad de A Coruña); **Mónica Guzmán Zapater** (Catedrática de la Uned); **Miguel A. Michinel Álvarez** (Catedrático de la Universidad de Vigo); **José Manuel Otero Lastres** (Catedrático de la Universidad de Alcalá de Henares); **Elisa Pérez Vera** (Catedrática Emérita de la UNED); **José Picón Martín** (Notario de Madrid); **Fausto Pocar** (Profesor emérito de la Universidad de Milán); **Andrés Rodríguez Benot** (Catedrático de la Universidad Pablo de Olavide); **Juan Sánchez Calero Guilarte** (Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid); **Ignacio Solís Villa** (Notario de Madrid); **Alberto Tapia Hermida** (Catedrático de la Universidad Complutense); **Blanca Vilá Costa** (Catedrática de la Universidad Autónoma de Barcelona); **Elena Zabalo Escudero** (Catedrática de la Universidad de Zaragoza); **Francisco Javier Zamora Cabot** (Catedrático de la Universidad Jaume I de Castellón).

[*] A los efectos de cumplimentar el ap. 21 de los criterios de calidad editorial Latindex.

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020
ISSN 1578–3138

Colaboran en el presente tomo

Santiago Álvarez González
Juan José Álvarez Rubio
Vésela Andreeva Andreeva
Isabel Antón Juárez
Apostolos Anthimos
Rafael Arenas García
Ángel María Ballesteros Barros
Celia María Caamiña Domínguez
Tatiana Cardoso–Squeff
María José Castellanos Ruiz
Gilles Cuniberti
Pedro A. De Miguel Asensio
Noelia Fernández Avello
Ana Fernández Pérez
José Carlos Fernández Rozas
Morten M. Fogt
Alberto Font i Segura
Pietro Franzina
Miguel Gardeñes Santiago
Cristina González Beilfuss
Montserrat Guzmán Peces
Pilar Jiménez Blanco
Raúl Lafuente Sánchez
Nerea Magallon Elosegui
José Luis Marín Fuentes
Chiara Marullo
Dário Moura Vicente
Alfonso Ortega Giménez
Guillermo Palao Moreno
Lorena Sales Pallarés
María Ángeles Sánchez Jiménez
Sixto A. Sánchez Lorenzo
Thiago Paluma
Fernanda Pantaleao–Dirscherl
Carmen Parra Rodríguez
Teresa Rodríguez de las Heras Ballell
Juliana Rodríguez Rodrigo
Giesela Rühl
Amalia Uriondo de Martinoli

Sumario

Brexit

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
Brexit y Derecho internacional privado 21-42

ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
Brexit, relaciones privadas internacionales y protección de datos de carácter personal: ¿y ahora qué?... ¿dejará de ser el Reino Unido un 'país seguro'? 43-65

ÁNGEL MARÍA BALLESTEROS BARROS
Brexit y *common law*: influencia en el Derecho internacional privado de la Unión Europea 67-98

CELIA MARÍA CAAMIÑA DOMÍNGUEZ
El mercado internacional del arte con y sin Brexit 99-117

Estudios

PILAR JIMÉNEZ BLANCO
El concepto de "órgano jurisdiccional" en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado 121-162

LORENA SALES PALLARÉS Y CHIARA MARULLO
Una trilogía inacabada: menores, violencia de género y secuestro interparental 163-187

MONTSERRAT GUZMÁN PECES
Los criterios de competencia en el Reglamento (UE) 2019/1111: especial referencia a la autonomía de la voluntad y al "interés superior del menor" 189-213

CARMEN PARRA RODRÍGUEZ
La transferencia de datos en las relaciones familiares: territorialidad *versus* universalidad 215-244

ISABEL ANTÓN JUÁREZ
Viejos problemas y nuevas soluciones en torno a la protección internacional del adulto: el certificado europeo de poderes de representación 245-275

VÉSELA ANDREEVA ANDREEVA
Elección de la ley aplicable a las obligaciones transfronterizas de alimentos 277-300

MARÍA ÁNGELES SÁNCHEZ JIMÉNEZ
El Reglamento (UE) 2019/1111 y la continuidad de los foros de competencia en materia matrimonial. Resultados en el contexto actual 301-325

MARÍA JOSÉ CASTELLANOS RUIZ
La gestación por sustitución en España y en el Reino Unido 327-361

NEREA MAGALLON ELOSEGUI
La ley aplicable a las disposiciones testamentarias en el Reglamento europeo de sucesiones: un *dépeçage* susceptible de dificultades 363-389

NOELIA FERNÁNDEZ AVELLO
Personal de vuelo de las compañías aéreas, ¿trabajadores desplazados? 391-411

América latina

AMALIA URIONDO DE MARTINOLI
Adhesión de la república argentina al Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional: beneficios 415-437

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020
ISSN 1578–3138

TATIANA CARDOSO–SQUEFF, THIAGO PALUMA y FERNANDA PANTALEAO–DIRSCHERL
Impactos de los cambios en el nuevo código procesal civil de brasil bajo el Derecho internacional privado de familia 439-460

JOSÉ LUIS MARÍN FUENTES
Reflexiones en cuanto a la figura del orden público y su pertinencia en los albores del siglo XXI 461-488

Textos legales

Unión Europea 491

Legislación española 500

Disposiciones generales 500
Comunidades Autónomas 507

Convenios internacionales 508

Jurisprudencia

Dirección de JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS y SANTIAGO ÁLVAREZ GONZÁLEZ 513

Jurisprudencia internacional y europea 511

Tribunal Europeo de Derechos Humanos 513
Tribunal de Justicia Unión Europea 515

Jurisprudencia española 535

Adopción 535
Alimentos 537
Arbitraje 537
Asilo 538
Bienes 538
Competencia judicial internacional 539
Contratos 546
Derecho del trabajo 548

Derecho marítimo 549
Divorcio 551
Documentos 555
Extranjería 555
Filiación 557
Inmunidad 559
Insolvencia 559
Matrimonio 559
Menores 560
Nacionalidad 564
Nombre 566
Notificaciones 566
Poder 566
Procedimiento monitorio 566
Protección diplomática 566
Propiedad intelectual 567
Relaciones entre cónyuges y régimen económico matrimonial 567
Responsabilidad 568
Responsabilidad parental 569
Reconocimiento y ejecución 569
Sociedades 571
Sucesiones 571
Título ejecutivo europeo 576
Transporte 577

Crónica de Derecho interterritorial

Coordinación y comentarios de ALBERT FONT I SEGURA y RAFAEL ARENAS GARCÍA 579

Crónica correspondiente al año 2018 581

RAFAEL ARENAS GARCÍA
Alimentos, crisis matrimoniales y regímenes económicos 581

Relación de decisiones 586

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020
ISSN 1578–3138

RAFAEL ARENAS GARCÍA
Vecidad civil 590
Relación de decisiones 592

RAFAEL ARENAS GARCÍA
Uniones no matrimoniales 595
Relación de decisiones 598

ALBERT FONT I SEGURA
Filiación, adopción y capacidad 599
Relación de decisiones 603

ALBERT FONT I SEGURA
Sucesiones 604
Relación de decisiones 608

ALBERT FONT I SEGURA
Obligaciones y derechos reales 612
Relación de decisiones 616

ALBERT FONT I SEGURA
Articulación del Derech estatal y pluralidad normativa 617
Relación de decisiones 620

Crónica correspondiente al año 2019 623

ALBERT FONT I SEGURA Y RAFAEL ARENAS GARCÍA
Los tribunales españoles ante el Derecho interterritorial en el año 2019 623
Relación de decisiones 631

ALBERT FONT I SEGURA
Una necesaria calificación por la función de la norma de conflicto en Derecho interterritorial 633
Relación de decisiones 639

RAFAEL ARENAS GARCÍA
La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil ante el Tribunal Constitucional 640

Relación de decisiones 651

Doctrina de la extinguida Dirección General de los Registros y del Notariado y de la nueva Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Comentarios de SIXTO A. SÁNCHEZ LORENZO 653

Supresión de la la Dirección General de los Registros y del Notariado, que pasa a denominarse Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 655

Resoluciones y de Instrucciones 657

Adopción 657
Buque 658
Contratos 658
Filiación 662
Matrimonio 664
Nacionalidad 665
Nombre y apellidos 666
Poderes de representación 666
Régimen económico matrimonial 668
Sociedades 676
Sucesiones 676

Foros internacionales

RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ
Las actividades de la Comisión Europea en materia de Derecho internacional privado en el periodo mayo 2018–mayo 2019 . 691

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020
ISSN 1578–3138

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS
Crónica de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional Privado 705

TERESA RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL
Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado: Hitos, proyectos en curso y plan de trabajo para el trienio 2020–2022 709

Cámara de Comercio internacional: Incoterms 2020 en vigor a partir del 1 enero 2020 719

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional de 2018 y Convención de Singapur de 2019 723

Materiales de la práctica

Dirección de ANA FERNÁNDEZ PÉREZ 727

Unión Europea 729
España 735

Consejo de Ministros y Departamentos ministeriales 735
Consejo de Estado 738
Consejo General del Poder Judicial 745
Defensor del Pueblo 746
Fiscalía General del Estado 747

Noticias

GILLES CUNIBERTI, MORTEN M. FOGT, GIESELA RÜHL, PIETRO FRANZINA y APOSTOLOS ANTHIMOS
Sobre el establecimiento de la *European Association of Private International Law* (EAPIL) 753
Unión Europea 756
España 761

Congresos, seminarios y actividad corporativa 764

Bibliografía

Bibliografía española de Derecho internacional privado 771
Comentarios bibliográficos 819

DE MIGUEL ASENSIO, P.: *Conflict of Laws and the Internet*, Cheltenham (RU) y Northampton, MA (EE UU) (G. PALAO MORENO) 819

FOTINOPOULOU BASURKO, O.: *Habitualidad vs temporalidad en los contratos de trabajo ligados al transporte internacional*, Barcelona, 2019 (M. Gardeñes Santiago) 822

JIMÉNEZ GÓMEZ, B.S.: *Garantías reales sobre bienes inmateriales en el comercio internacional*, Cizur Menor (Navarra), 2020 (D. MOURA VICENTE) 824

MOURA VICENTE, D.: *A Tutela Internacional da Propiedade Intelectual*, Coimbra, 2019 (P.A. de MIGUEL ASENSIO) 827

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020
ISSN 1578–3138

Brexit

Recibido: 16 marzo 2020
Aceptado: 25 mayo 2020

Brexit y Derecho internacional privado

Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO*

SUMARIO: I. Introducción. II. Período transitorio: desde el 1 de febrero 2020 hasta el 31 diciembre 2020. 1. Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. A) Título VI: cooperación en curso en materia civil y mercantil; B) Título VI: Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y cooperación entre las autoridades centrales. III. Situación a partir del 1 enero 2021: A) Principales consecuencias del Brexit; B) Libre circulación de resoluciones; C) Cláusulas *antisuit injunctions*; D) Reglamento de patente europea con efecto unitario. IV. Conclusiones.

RESUMEN: La salida de Reino Unido de la Unión Europea conlleva una serie de consecuencias en el ámbito de aplicación de las normas europeas de Derecho internacional privado. De todas ellas, destacaremos tres en este trabajo. Por un lado, en materia civil y mercantil, el hecho de que este Estado deje de ser miembro de la Unión Europea supone que deje, también, de beneficiarse de la libre circulación de resoluciones judiciales que promueve el legislador europeo en textos como el Reglamento Bruselas I bis. En segundo lugar, los tribunales británicos van a poder reactivar las *antisuit injunctions* y, con ello, van a poder imponer a las partes, que no litiguen fuera del Reino Unido. Estas órdenes británicas son incompatibles con el Reglamento Bruselas I bis, ya que, se oponen a que el actor pueda demandar ante cualquiera de las jurisdicciones europeas que tengan foro. Por último, en relación con el derecho de patentes, este Estado va a dejar de ser país contratante del Reglamento de patente europea con efecto unitario y del Acuerdo del TUP, lo que pude suponer unos graves perjuicios para Reino Unido, entre otros, que Londres pueda dejar de ser un foro atractivo en esta materia.

PALABRAS CLAVE: BREXIT – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – LIBRE CIRCULACIÓN DE RESOLUCIONES – ANTISUIT INJUNCTIONS – PATENTE EUROPEA CON EFECTO UNITARIO.

Brexit and Private International Law

ABSTRACT: Brexit entails several consequences in the scope of the Private International Law rules. We are going to highlight three. On the one hand, related to civil and commercial matters, United Kingdom will leave the possibility of being beneficiary of the European free circulation of judgments. Furthermore, British courts will be able to activate anti–suit injunctions and, therefore, will be able to impose non–litigation outside the United Kingdom. Finally, related to

*Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad Carlos III de Madrid.

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 21–42
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.01

patent law, this State will cease to be part in Regulation about unitary patent protection and agreement of a unified patent court, which will be able to suppose serious consequences for United Kingdom, among these, London could leave being an attractive forum in this matter.

KEYWORDS: BREXIT – PRIVATE INTERNATIONAL LAW – FREE CIRCULATION OF JUDGMENTS – ANTISUIT INJUNCTIONS – UNITARY PATENT PROTECTION

I. INTRODUCCIÓN

El 31 enero 2020 se ha consumado la salida del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte –Reino Unido, en adelante– de la Unión Europea[1]. Después de varios años de negociación entre ambas partes, y con mucha incertidumbre al respecto, el Brexit es ya una realidad. Si bien, el abandono se está llevando a cabo de manera progresiva y este año 2020 se ha convertido en el período transitorio durante el cual se irán preparando ambas partes para proceder a la desconexión definitiva a partir del 1 enero 2021[2].

En este contexto político, es necesario estudiar cómo van a ser aplicadas las normas europeas de Derecho internacional privado en relación con Reino Unido. Los límites en la extensión de este trabajo obligan a que el análisis se centre en el estudio sólo de algunos de estos textos. En concreto, investigaremos sobre la aplicación de las normas reguladoras de la competencia judicial internacional, de la ley aplicable y de la validez extraterritorial de decisiones, en materia de familia y de contratos, así como, sobre la regulación europea de patentes.

Por último, debemos distinguir el régimen existente en dos momentos distintos. Por un lado, durante el período transitorio, a lo que alude el Acuerdo de retirada referenciado más arriba. Por otro, a partir del 1 enero 2021, cuando el Reino Unido dejará de ser Estado miembro de la Unión Europea a todos los efectos.

II. PERÍODO TRANSITORIO: DESDE EL 1 DE FEBRERO 2020 HASTA EL 31 DICIEMBRE 2020

Lo primero por lo que hay que empezar es por lo que dicen las normas que materializan el Brexit para, después, interpretarlas en las situaciones

[1] Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, DO L 29 de 31.1.2020.

[2] Declaración política en la que se expone el marco de las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido, DO C 34 de 31.1.2020.

concretas que pueden plantearse ante los tribunales de la Unión Europea y del Reino Unido y dibujar distintos escenarios de actuación.

1. Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica

Como ya se ha mencionado, en el Diario Oficial de la Unión Europea, del día 31 enero 2020, se encuentra el Acuerdo por el que se consensua la salida del Reino Unido de la Unión Europea. De todas las disposiciones que contiene la norma, nos vamos a centrar en las que nos interesan, las referidas a las normas de DIPr, que regulan los tres sectores de esta disciplina, en materia civil y mercantil.

A) Título VI: Cooperación en curso en materia civil y mercantil (…)

> En el marco de este Título VI, el art. 66 indica lo siguiente:
> "En el Reino Unido, los siguientes actos se aplicarán como sigue:
> a) el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo se aplicará respecto de los contratos celebrados antes del final del periodo transitorio;
> b) el Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo se aplicará respecto de los hechos generadores de daño, cuando dichos hechos se produzcan antes del final del periodo transitorio" [3].

Como puede comprobarse, en lo que respecta a la aplicación de los textos europeos reguladores de las normas de conflicto en materia contractual y extracontractual, Reino Unido va a seguir utilizándolos para determinar la ley aplicable, aún después del período transitorio, siempre que el elemento que determina el ámbito de aplicación temporal de estas normas haya ocurrido antes del 31 diciembre 2020. Esto significa que, a partir del 1 enero 2021, las autoridades británicas seguirán aplicando los textos europeos mencionados en el Acuerdo, en litigios relativos a obligaciones contractuales, cuando el contrato se haya celebrado antes del 31 diciembre 2020 –y después del 17 diciembre 2009– y, en las controversias de responsabilidad extracontractual, cuando los hechos generadores del daño se hayan verificado antes de esta fecha –y después del 11 enero 2009–.

Sin embargo, tenemos que plantearnos qué norma de conflicto aplicarán los órganos jurisdiccionales británicos a los contratos celebrados a partir del

[3] Reglamento (CE) nº 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DO L 177 de 4.7.2008; Reglamento (CE) nº 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DO L199 de 31.7.2007.

1 enero 2021. Claramente, no podrán seguir utilizando el Reglamento Roma I y, entonces, qué normativa aplicarán. Lo primero en lo que pensamos es en la posibilidad de reactivación del Convenio de Roma de 1980, texto aplicable por todos los Estados de la Unión Europea –incluida Dinamarca– a los contratos celebrados antes del 17 diciembre 2009[4]. La doctrina mayoritaria considera que no es aceptable que reviva el Convenio de Roma de 1980 en estas circunstancias[5]. Por lo anterior, las autoridades de Reino Unidos tendrán que acudir a sus normas de producción interna en la materia.

Por lo que respecta a la Unión Europea, en este punto la situación no cambia con el Brexit, ya que, los dos textos mencionados, el Reglamento Roma I y el Reglamento Roma II, son normas de aplicación erga omnes y, por lo tanto, lo determinante a estos efectos es la fecha de celebración del contrato –para la aplicación del Reglamento Roma I– y la fecha en la que ocurran los hechos generadores del daño –en el caso del Reglamento Roma II–[6]. No son importantes, por tanto, las condiciones personales de las partes, la nacionalidad, domicilio o residencia habitual de ellas, que puedan vincularles con el Reino Unido.

Así es, el legislador europeo, sin poder sospechar lo que pasaría años después, eligió el momento y no el lugar como elemento del punto de conexión para determinar la ley aplicable. De esta manera, poniendo fecha a la celebración del contrato –o a la ocurrencia del hecho generador del daño–, en lugar de ubicando la celebración del contrato –o del hecho generador del daño–, se consigue que la salida del Reino Unido no afecte a la aplicación de estas normas por parte de los tribunales de la Unión Europea.

B) Título VI: Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y cooperación entre las autoridades centrales

Respecto de la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil, teniendo en cuenta que la fecha de aplicabilidad de las normas hace referencia al momento de interposición de la demanda, los textos

[4] Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 junio 1980, versión consolidada en DO C 334 de 30 diciembre 2005.

[5] *Vid.* entre otros, A. Dickinson, "Back to the future: the UK's EU exit and the conflict of laws", *J. Priv. Int'l L.,* vol. 12, nº 2, 2016, p. 204; M. Penades Fons, "Brexit y la ley applicable a las obligaciones contractuales y no contractuales", *AEDIPr*, t. XVII, 2017, p. 148. Según este último autor, el art. 24.1º del Reglamento Roma I supone la finalización de la aplicación del Convenio de Roma de 1980. Y, aunque haya situaciones residuales en las que todavía se pueda seguir aplicando, con carácter general el texto convencional ha quedado *derogado* y esta realidad no puede modificarse por el hecho de que uno de los Estados miembros salga de la Unión Europea.

[6] M. Penades Fons, "Brexit y el …", *loc. cit.*, pp. 125–154.

europeos serán aplicados, tanto por Reino Unido como por las autoridades europeas en las situaciones que incumban a este Estado, cuando la acción se inicie antes de la finalización del período transitorio (art. 67.1º)[7].

Lo anterior significa que, a diferencia de los textos europeos reguladores de la ley aplicable, las normas sobre competencia judicial internacional van a tener un período de caducidad mucho más breve, ya que, a partir del 1 enero 2021 dejarán de ser tenidos en cuenta con carácter general y su aplicación quedará reducida a supuestos residuales de acciones iniciadas antes de esa fecha.

En cuanto al reconocimiento y ejecución de resoluciones, lo importante es la fecha de inicio del procedimiento en el Estado de origen y no el momento en el que se dicta la resolución objeto de reconocimiento[8]. Esto es, se aplicará el Reglamento 1215/2012, por ejemplo, al reconocimiento o ejecución de resoluciones dictadas en procedimientos iniciados antes del final del período transitorio (67.2º.a). Por lo tanto, a partir del 1 enero 2021 seguirán aplicándose estas normas reguladoras de la validez extraterritorial de decisiones en materia civil y mercantil, en estas situaciones en las que el procedimiento en el Estado de origen se haya incoado antes del 31 diciembre 2020; tanto por parte del Reino Unido como por parte de los Estados miembros de la Unión Europea.

Por último, en relación con la cooperación entre autoridades, igualmente, cuando la intervención de la autoridad se haya pedido antes de la finalización del período transitorio, seguirán aplicándose las mismas normas europeas con las que se inició el procedimiento (art. 67.3º)[9]. De esta

[7] El Acuerdo de retirada hace referencia, entre otros, al Reglamento 1215/2012 –Reglamento Bruselas I bis–, al Reglamento 2201/2003 y al Reglamento 4/2009. Reglamento (UE) nº 1215/2012, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L351 de 20.12.2012. Reglamento (CE) nº 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000, DO L338 de 23.12.2003. Este Reglamento ha sido sustituido por el nº 2019/1111, de 25 junio 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 (DO L178, de 2 julio 2019), que empezará a aplicarse el 1 agosto 2022. Reglamento (CE) nº 4/2009, del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, DOCE nº 7 de 10.1.2009.

[8] P. de Miguel Asensio, "Brexit y Derecho internacional privado: recapitulación", [<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/01/brexit–y–derecho–internacional–privado.html>].

En este punto, el Acuerdo de retirada menciona, también, el Reglamento 1215/2012, el Reglamento 2201/2003 y el Reglamento 4/2009, entre otros.

[9] En este sector de la cooperación entre autoridades, el Acuerdo de retirada menciona, entre otros, al Reglamento 2201/2003 y al Reglamento 4/2009.

manera, se permite la conclusión de los procesos iniciados antes del 1 enero 2021, con el mismo marco normativo con el que comenzaron.

III. SITUACIÓN A PARTIR DEL 1 ENERO 2021

Una vez finalice el período transitorio, el Reino Unido dejará de ser Estado miembro de la Unión Europea a todos los efectos. Esto conlleva varias consecuencias, todas ellas negativas para este país, en las relaciones de Derecho internacional privado con la Unión Europea.

En realidad, las repercusiones del Brexit para el Reino Unido no son tan amplias como serían si hubiera sido otro, el Estado que hubiera salido de la Unión Europea –salvo Dinamarca–. Efectivamente, el Reino Unido no es un Estado en el que se encuentren en vigor muchas normas de Derecho internacional privado elaboradas en Europa. Así, si bien en materia contractual, los dos textos fundamentales estudiados forman parte del ordenamiento del Reino Unido –Reglamento Bruselas I bis y Reglamento Roma I–, en el sector de familia internacional, la situación no es la misma.

Merece la pena relacionar estas normas europeas en materia de familia de las que no es Estado parte Reino Unido. Así, respecto de crisis matrimoniales, este Estado es parte sólo de uno de los dos textos reguladores de la competencia judicial internacional, de la ley aplicable y del reconocimiento y ejecución de resoluciones, esto es, es Estado contratante del Reglamento 2201/2003, sobre competencia internacional y validez extraterritorial de decisiones, pero no lo es del Reglamento 1259/2010, de ley aplicable[10]. En relación con los alimentos, Reino Unido es parte del Reglamento 4/2009 pero no es Estado contratante del Protocolo de La Haya de 2007, regulador de la ley aplicable en esta materia[11]. Respecto de sucesiones, el Reglamento 650/2012, norma que se ocupa de los tres sectores del Derecho internacional privado en esta materia, no forma parte del ordenamiento de este país[12]. Por último, en los Reglamentos sobre

[10] Reglamento (UE) nº 1259/2010, del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343 de 29.12.2010.

[11] Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho el 23 noviembre 2007 [<https://assets.hcch.net/docs/16d5938e–2792–4104–8b0e–9fd5e7e357b6.pdf>].

[12] Reglamento (UE) nº 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 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, DO L 201 de 27.7.2012.

régimen patrimonial de parejas, matrimoniales o de hecho registradas, Reino Unido no es parte de ninguno de ellos[13].

A) Principales consecuencias del Brexit

A partir del 1 enero 2021 Reino Unido va a pasar a tener el mismo estatus que cualquier otro tercer Estado, con relación a la Unión Europea y respecto de las normas europeas de Derecho internacional privado de las que estamos hablando.

Lo anterior presenta inconvenientes para el Reino Unido, en sus relaciones con los países miembros de la Unión. Inconvenientes, al menos desde un punto de vista objetivo, de la minimización de los riesgos de la litigación transfronteriza que supone la normativa europea, ya que, el hecho de que este país no haya sido Estado parte de muchas de las normas ya mencionadas, lleva a pensar que, quizá, para ellos, uniformizar la regulación respecto del resto de Estados miembros europeos, no constituye ninguna ventaja[14].

Vamos a destacar tres consecuencias de la salida de Reino Unido de la Unión. Una primera, relacionada con el hecho de que, a partir del 1 enero 2021, las resoluciones británicas van a dejar de beneficiarse de una regulación favorable al reconocimiento y a la ejecución de las mismas en el entorno europeo. La segunda consecuencia tiene que ver con la activación de las *antisuit injunctions* británicas. Estas cláusulas son incompatibles con el Reglamento 1215/2012 porque impiden que se pueda iniciar un procedimiento fuera del Reino Unido pero, con la salida de este país de la Unión, el Reglamento Bruselas I bis ya no formará parte de su ordenamiento y, por ello, podrán volver a imponerse. Por último, vamos a detenernos en el impacto que va a suponer la retirada de Reino Unido en relación con el Reglamento europeo de patente con efecto unitario y con el Acuerdo sobre el Tribunal Unificado de Patentes –ATUP, en adelante–[15]. La razón de

[13] Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 junio 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, DO L183 de 8.7.2016. Reglamento (UE) 2016/1104, del Consejo, de 24 junio 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, DO L 183 de 8.7.2016.

[14] *Vid.* en relación la reducción de los riesgos en la litigación transfronteriza, M. Danov, "Cross–border litigation in England and Wales: pre–Brexit data and post–Brexit implications", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25, nº 2, 2018, pp. 139–167.

[15] Reglamento (UE) nº 1257/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 diciembre 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente, DO L 361 de 31.12. 2012. Acuerdo sobre un Tribunal Unificado de Patentes, DO C 175 de 20.6.2013.

prestar atención a esta materia específica deriva del papel protagonista que ha tenido Reino Unido en la elaboración de estas normas y de la posición predominante que tiene este país en este sector de las patentes.

B) Libre circulación de resoluciones

El principal inconveniente para Reino Unido de su salida de la Unión Europea puede ser dejar de beneficiarse de la posibilidad de circulación facilitada de resoluciones judiciales prevista en los textos europeos mencionados en materia civil y mercantil.

En efecto, a partir del 1 enero 2021, las resoluciones dictadas en Reino Unido no van a poder ser reconocidas en el resto de los Estados miembros de la Unión Europea de forma simplificada, esto es, siguiendo la normativa uniforme europea[16].

Así es, el legislador europeo, en materia de validez extraterritorial de decisiones, elabora normas que buscan la consecución de la libre circulación de resoluciones judiciales y extrajudiciales en el entorno de la Unión Europea[17]. Libre circulación de resoluciones que, si bien no existe como tal, la doctrina ya habla de ella como la quinta libertad europea[18]; además de la libre circulación de mercancías, de servicios, de personas y de capitales, reconocidas en el art. 26.2º TFUE. Esta idea se ve apoyada por la consideración del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales como la base de la cooperación civil con repercusión transfronteriza que deben desarrollar los Estados miembros para conseguir que la Unión Europea sea un espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 81 TFUE)[19]; reconocimiento mutuo sustentado en la confianza recíproca que debe existir en todos los Estados miembros[20].

Este objetivo de facilitar la circulación de resoluciones inspira la regulación que el legislador europeo ha elaborado en materia civil y

[16] R. Arenas García, "Brexit y Derecho internacional privado", *Diario La Ley,* nº 8797, 6 julio 2016.

[17] Considerandos 1, 3, 4 y 6 del Reglamento Bruselas I bis.

[18] *Vid.* entre otros, P. Orejudo Prieto de los Mozos, "Repercusiones del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en los sistemas autónomos: excesos y carencias", *AEDIPr,* t. VI, 2006, pp. 481–502.

[19] Art. 81.1º TFUE: "La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales […]".

[20] *Vid.* en este sentido, K. Lenaerts, "Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens im internationalen Privatrecht: über den Dialog der Gerichte", en B. Hess/E. Jayme/H.–P. Mansel (Hrsg.), *Europa als Rechts– und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Gieseking, 2018, pp. 287–300.

mercantil[21]. Y, además, fundamenta la interpretación teleológica que debe realizarse de estas normas[22]. Así, en el marco de esta normativa, la regla general es el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y, la excepción, el no reconocimiento o la no ejecución de las mismas. Por esta razón, lo habitual es que en estos textos se enumeren una serie de motivos tasados de denegación del reconocimiento o de la ejecución, que dichos motivos se interpreten de manera estricta y que deban ser alegados a instancia de parte. Todo lo anterior, para que concurran en el menor número de casos posibles y sea, así, el mayor número de casos posibles el que se beneficie de la libre circulación por el territorio de los Estados miembros.

Pues bien, a partir del 1 enero 2021 Reino Unido dejará de ser Estado miembro de la Unión Europea y sus resoluciones dejarán de beneficiarse del reconocimiento mutuo europeo. A partir de esa fecha, los Estados de la Unión tendrán que aplicar sus normas de producción interna en esta materia de validez extraterritorial de decisiones para decidir si la resolución británica puede, o no, ser reconocida o ejecutada en sus territorios[23]. Y,

[21] *Vid.* Reglamento 1215/2012, Reglamento 2201/2003, Reglamento 4/2009. En este sentido, el Reglamento 1215/2012 supone un paso más en el camino hacia la libre circulación de resoluciones al eliminar el exequátur en su marco. De esta manera, si bien las mismas resoluciones que bajo la normativa anterior –Reglamento 44/2001– no eran ejecutadas en Europa, ahora, con el Reglamento 1215/2012, tampoco lo van a ser porque los motivos de denegación son los mismos, sin embargo, al eliminarse el exequátur y trasladarse la comprobación de la concurrencia de alguno de estos motivos a la ejecución material de la resolución, se ahorra tiempo y costes al tener que superar sólo un procedimiento, el de ejecución material de la resolución; y no dos, como ocurría antes, el de exequátur y el de ejecución material. Reglamento (CE) nº 44/2001, del Consejo, de 22 diciembre 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO nº 12, de 16 enero 2001.

[22] STJCE 4 febrero 1988, *Hoffmann*, ECLI:EU:C:1988:61, ap. 10; STJCE 4 octubre 1991, *Dalfsen*, ECLI:EU:C:1991:379, ap. 21. STJCE 4 febrero 1988, *Hoffmann*, ECLI:EU:C:1988:61: "10 Procede señalar a este respecto que el Convenio 'tiende a facilitar, en la medida de lo posible, la libre circulación de sentencias' y que 'es con este espíritu como debe interpretarse'.

[23] Cabría preguntarse en este punto si el Convenio de Bruselas de 1968 podría activarse en las relaciones entre Reino Unido y los Estados miembros de la Unión Europea. Pues bien, la opinión mayoritaria es que no podría ser aplicado en este contexto, por varios motivos. Primero, jurídicamente, porque el art. 50.3º TUE opera como una extinción de la aplicabilidad de la norma en el Estado saliente de la Unión Europea. En segundo lugar, porque, si bien el Convenio de Bruselas no es Derecho de la UE, los Estados contratantes del mismo acordaron que fuera el Tribunal de Justicia europeo el que interpretara sus normas y, si uno de los países parte no fuera de la Unión, el Tribunal no podría llevar a cabo su función de intérprete uniforme del texto a través de las cuestiones prejudiciales que sólo pueden interponer los órganos jurisdiccionales de Estados miembros de la Unión Europea. Por último, hay que tener en cuenta que no todos los Estados que ahora son miembros de la Unión Europea son parte del Convenio de Bruselas 1968 (M.A. Gandía Sellens, "Las consecuencias de un eventual Brexit en el sistema de la patente unitaria", *Bitacora Millenium DIPr,* nº 3 ([<http://www.millenniumDIPrcom/ba–41–las–consecuencias –de–un–eventual–brexit–en–el–sistema–de–la–patente–unitaria>]; P. de Miguel Asensio, "Reglamento Bruselas I: perspectivas en relación con la retirada del Reino Unido", *AEDIPr,* t. XVII, 2017, p. 77. En contra, *Vid.* A. Dickinson,

precisamente por encontrarnos fuera del ámbito europeo, lo habitual es que las condiciones para acceder al reconocimiento de resoluciones de terceros Estados sean mucho más estrictas y difíciles de cumplir. En este sentido, si el Estado requerido fuera España, las autoridades judiciales deberían aplicar la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil –LCJIMC, en adelante–, en la cual, sin entrar en detalles, por ejemplo, existen más motivos para denegar el reconocimiento y/o la ejecución que los previstos en la normativa europea (art. 46 LCJIMC)[24].

"Back to the …", *loc. cit.*, pp. 204–205. Según este autor, el Convenio de Bruselas podría reactivarse en estas circunstancias, otra cosa será la posición que adopte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en este punto, la cual podría ser contraria. Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 299 de 31.12.1972. También podríamos plantearnos si el Reino Unido podría seguir siendo Estado contratante del Convenio de Lugano de 2007 (Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 147 de 10.6.2009). En relación con ello, este país forma parte de este texto convencional en la medida en que es Estado miembro de la Unión Europea, todo ello, debido a que es la Unión la que tiene la competencia exclusiva para concluir el Convenio de Lugano (Dictamen 1/03, de 7 febrero 2006, del TJUE, ECLI:EU:C:2006:81). Por lo tanto, la retirada de Reino Unido de la Unión Europea debe suponer, también, su retirada del Convenio de Lugano (P. de Miguel Asensio, "Reglamento Bruselas I…", *loc. cit.,* p. 83). Del mismo modo que, en relación con el Convenio de Bruselas de 1968, no todos los Estados miembros de la Unión Europea son países contratantes de este texto convencional, podemos afirmar lo mismo en relación con el Convenio de Lugano 2007 (A. Dickinson, "Back to the …", *loc. cit.,* p. 202). En sentido contrario se pronuncia D. Greene, para quien es muy buena la iniciativa del Gobierno británico de apostar por el Convenio de Lugano II y espera que la Unión Europea tenga la misma sensibilidad al respecto (D. Greene, "The Lugano Convention: a good first step", *New Law Journal,* 6 March 2020, p. 20). Iniciativa del Gobierno británico, de agosto 2017, recogida en el documento "Providing a cross–border civil judicial cooperation framework: a future partnership paper, p. 6 ([<https://assets.publishing.service. gov.uk/government/ uploads/system/ uploads/attachment_data/file/639271/Providing_a_cross–border_civil_ judi cial_cooperation_ frame – work.pdf>]) y confirmada en febrero 2020, en el documento "The future relationship with the EU. The UK's approach to negotiations". Según este texto, Reino Unido se adhiere al Convenio de Lugano II como Estado contratante independiente [<https://assets. publishing.service. gov.uk/ government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/868874/The_Future_Relationship_ with_the_EU.pdf>]). Según la opinión de algunos autores, manifestada en otro momento anterior a este año 2020, la única manera de que Reino Unido pueda formar parte del Convenio de Lugano II es que, o bien se convierta en uno de los Estados de la Asociación Europea de Libre Cambio (art. 71), o que, en otro caso, estén de acuerdo todas las Partes contratantes (art. 72.3º) (P. de Miguel Asensio, "Reglamento Bruselas I…", *loc. cit.*, p. 84). Según ellos, cualquiera de las dos opciones sería difícil de consumar. Por último, Reino Unido es Estado contratante del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, de 30 junio 2005 ([<https://assets.hcch.net/docs/4ddb0a2b–327d–47c3–89f1–bc15679ffc99.pdf>]). Esta norma regula, entre otras materias, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas por tribunales de Estados contratantes en virtud de acuerdos de elección de foro. La Unión Europea es parte, también, de este Convenio. Por todo lo anterior, en materia civil y mercantil, cuando los tribunales de Reino Unido hayan sido elegidos para conocer del caso mediante un acuerdo de elección de foro regulado por esta norma, sus resoluciones podrán ser reconocidas y/o ejecutadas en los Estados miembros de la Unión Europea a través del Convenio.

[24] Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE 31.7. 2015. *Vid.* en este sentido, P. de Miguel Asensio, "Reglamento Bruselas I…", *loc. cit.*, pp. 87–89.

C) Cláusulas *antisuit injuctions*

Una vez concluido el período transitorio, se activarán todas las herramientas, instrumentos y principios que contiene la regulación del Reino Unido en estas materias. Principios, muchos de los cuales, por los que este Estado ha podido renunciar a formar parte de algunas normas europeas de Derecho internacional privado. Así, por ejemplo, en materia de crisis matrimoniales, Reino Unido no es Estado parte del Reglamento 1259/2010, de ley aplicable, y, de este modo, a los litigios de divorcio que se sustancien ante sus órganos jurisdiccionales les aplicarán siempre el Derecho del foro. Otro ejemplo puede encontrarse en el Reglamento 650/2012, relativo a sucesiones, presidido por el principio de unidad de ley en esta materia, principio contrario al de fraccionamiento legal existente en los países anglosajones.

Pues bien, yendo a los instrumentos o herramientas previstas en la legislación británica, vamos a destacar las *antisuit injunctions*[25]. En virtud de ellas, el legislador del Reino Unido puede impedir que los litigantes en un proceso en este país puedan iniciar un nuevo procedimiento en otro Estado[26]. Las *antisuit injunctions* son de obligado cumplimiento para las partes, ya que, se exponen a multas o a ser acusadas de delito de desacato y/o de desobediencia si interponen demanda ante otra jurisdicción extranjera[27]. Esta regulación de las *antisuit injuctions* es incompatible con las normas de DIPr europeas, que prevén que las partes puedan litigar ante

[25] Otra de ellas sería el *fórum non conveniens,* en virtud del cual, los tribunales británicos, aún teniendo foro para conocer de un determinado asunto, pueden rechazar su competencia cuando consideran que su jurisdicción no está suficientemente conectada con el caso (*Vid.* A. Arzandeh, *Forum (non) conveniens in England: past, present, and future*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2019; P. Beaumont, "Forum non conveniens et régime des conflits de compétence dans l'espace judiciaire européen: vers une solution intégrée", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2018, nº 3, pp. 433–445; M. Danov, "Cross–border litigation in …", *loc. cit.*, pp. 139–167). Este recurso es incompatible con el Reglamento Bruselas I bis, ya que, si el tribunal en cuestión tiene foro, no podría rechazar su competencia alegando que el supuesto no presenta conexión suficiente con su Estado (STJCE 29 junio 1994, C–288/92: *Custom,* ECLI:EU:C:1994:268; STJCE de 1 marzo 2005, C–281/02: *Owusu*, ECLI:EU:C:2005:120).

[26] J.B. de Lubiano Sáez de Urabain, "Controlando al litigante rebelde: las *antisuit injuctions* en los tribunales españoles", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* nº 32, 2015, pp, 75–98.

[27] A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 "Bruselas I bis" de 12 diciembre 2012", en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado,* vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 741; M. Requejo Isidro, "Las órdenes antisuit en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *La Ley: Unión Europea*, nº 7165, 30 abril–1 mayo 2009.

todos los tribunales que tengan foro según ellas; los cuales, pueden ser varios[28].

Así es, el legislador europeo, a la hora de regular el sector de la competencia judicial internacional lo hace basándose, entre otras, en la idea de que el demandante tenga opciones en el momento de interponer la demanda. Esto es, salvo excepciones, algunas de las cuales justificadas en la voluntad de las partes, las normas ofrecen varios foros al actor. Esta es la razón por la que estas normas, además de ocuparse de la competencia judicial internacional, también regulan el sector de la validez extraterritorial de decisiones, ya que, al mismo tiempo que estos textos ofrecen foros, también regulan la posibilidad de evitar que se desarrollen varios procedimientos paralelos en el mismo caso. Dicho de otra manera, las partes tienen la posibilidad de alegar litispendencia para evitar que conozca del caso un segundo tribunal cuando ya hay otro órgano jurisdiccional que ha empezado a conocer del mismo. Alegando litispendencia, finalmente será uno solo el juez que resuelva el asunto. Esto puede suponer que, ante las otras jurisdicciones con competencia –que no conocerían del caso si se alega litispendencia–, las partes pudieran reclamar vulneración de la tutela judicial efectiva –art. 24 CE–. La forma de resolver esta alegación sería a través del reconocimiento de la resolución dictada. De esta forma, en esas otras jurisdicciones con competencia, ante las que se alega la litispendencia, también se resolvería el caso planteado ante ellas, no por conocimiento del mismo, sino por reconocimiento. Así, en todos esos Estados el justiciable tendría tutela judicial efectiva, tendría solución a su caso, la adoptada por el único órgano jurisdiccional que ha conocido finalmente del mismo.

[28] STJCE 27 abril 2004, C–159/02, *Turner,* ECLI:EU:C:2004:228; STJCE 10 febrero 2009, C–185/07, *West Tankers,* ECLI:EU:C:2009:69*;* STJUE 13 mayo 2015, C–536/13, Gazprom OAO, ECLI:EU:C:2015:316. Según la primera sentencia mencionada: "En consecuencia, procede responder a la cuestión prejudicial que el Convenio debe interpretarse en el sentido de que se opone a que se dicte una orden conminatoria mediante la cual un órgano jurisdiccional de un Estado contratante prohiba a una parte en el procedimiento en curso ante él iniciar o proseguir un procedimiento judicial ante un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante, aun cuando dicha parte actúe de mala fe con la intención de obstaculizar el procedimiento en curso (ap. 31). *Vid.* en relación con estas sentencias, R. Daujotas, "The Arbitral Tribunal's antisuit injunctions in European Union law: the West Tankers & Gazprom cases", *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*, 8, 2018, pp. 57–83; M. Winkler, "West Tankers: la Corte di Giustizia afferma l'inammissibilità delle anti–suit injunctions anche in un ambito escluso dall'applicazione del Regolamento Bruxelles I. (Corte di Giustizia CE, 10 febbraio 2009, causa C–185 / 07)", *DCI*, 2008, pp. 729–744; Y. Farah/S. Hourani, "Recasting West Tankers in the deep water: how Gazprom and recast Brussels I reconcile Brussels I with international arbitration", *J. Priv. Int'l L.*, 14, 1, 2018, pp. 96–129; M. López del Gonzalo, "La sentenza West Tankers è ancora 'good law' dopo la rifusione del Regolamento Bruxelles I?", *Riv. arb.*, vol. XXVIII, nº 4, 2018, pp. 727–736.

Las *antisuit injunctions* son, por tanto, incompatibles con el ofrecimiento de varios foros en el mismo caso[29]. Sin embargo, una vez que se produzca la salida definitiva de Reino Unido de la Unión Europea, los tribunales británicos podrán imponerlas y, así, podrán evitar que los litigantes ante su jurisdicción hagan lo propio ante los tribunales de los Estados miembros. Con las *antisuit injunctions* se perjudica a la Unión Europea, a sus órganos jurisdiccionales, ya que, en litigios en los que tendrían foro para ser competentes, no podrían conocer del caso por la imposición unilateral que exige Reino Unido a los litigantes ante su jurisdicción. Insistimos en el término *unilateral* porque, si esa voluntad se manifestara de forma bilateral por ambas partes en el proceso, esto es, si hubiera sumisión, si los litigantes hubieran manifestado su voluntad de querer que los tribunales ingleses sean los competentes y hubieran actuado en consecuencia interponiendo la demanda ante estos órganos jurisdiccionales, no se plantearía ninguna contradicción con las normas europeas que admiten la elección de tribunal[30]. El foro de sumisión expresa europeo se caracteriza por ser un foro jerárquicamente superior al resto –salvo a los foros exclusivos– y por hacer que los tribunales elegidos sean exclusivamente competentes en el caso. Por lo tanto, si la parte demandante quebrara esa manifestación de voluntad común recogida en el acuerdo de sumisión y acudiera a otro tribunal distinto al elegido, la otra parte podría oponerse a la competencia de este órgano jurisdiccional y podría obligar a la parte demandante a interponer la demanda ante el tribunal escogido por ambas[31]. Todo ello, porque la sumisión tiene naturaleza contractual y vincula a las partes que la han acordado[32]. Pero, en este caso, quien impone la obligación de acudir a la jurisdicción escogida es la otra parte, y no el tribunal elegido; podríamos hablar, en este sentido, de *antisuit injunction europea*, haciendo referencia al foro de sumisión. Es esa parte demandada la que tiene la posibilidad de hacer valer el acuerdo de sumisión, y acudir a la jurisdicción elegida para que conozca del caso, y la que puede, también, hacer lo contrario. En este último caso, bien contestando a la demanda, bien no compareciendo, los

[29] A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Competencia judicial internacional …", *loc. cit.*, p. 742.

[30] *Ibíd.,* p. 778.

[31] *Ibíd.*.

[32] STS 12 enero 2009 (RJ 2009\544). En este caso, las partes habían sometido sus litigios a los tribunales de Barcelona, sin embargo, cuando llegó el momento interponer la demanda, la parte demandante acudió a los tribunales de Florida (EE UU). La parte demandada tuvo que comparecer ante esa jurisdicción para alegar la cláusula de sumisión a favor de los jueces de Barcelona, lo cual le supuso unos costes. Posteriormente, reclamó esos daños y perjuicios ante la jurisdicción española. En palabras del Tribunal, "Sobre la naturaleza contractual y extraprocesal de la cláusula, la doctrina no tiene dudas: es un pacto negocial que puede ser accesorio o autónomo y que está sujeto al régimen jurídico de los contratos y obligaciones.[…] El incumplimiento de la cláusula de sumisión implica la correspondiente indemnización" (FD Quinto).

órganos jurisdiccionales que finalmente podrían conocer del caso serían otros diferentes a los elegidos en virtud del acuerdo de sumisión.

D) Reglamento de patente europea con efecto unitario

El último aspecto que va a ser tratado en este trabajo es el relativo a la normativa sobre patente europea con efecto unitario. En este sentido, en virtud del Reglamento 524/2014, por el que se modifica el Reglamento Bruselas I bis, se considera órgano jurisdiccional común y, por ello, órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la Unión Europea en el marco del Reglamento 1215/2012, al Tribunal Unificado de Patentes –TUP, en adelante– (art. 71.bis Reglamento 1215/2012).

Esta determinación presenta diversas consecuencias porque la reforma establecida por el Reglamento 524/2014 va más allá y, los órganos jurisdiccionales comunes –el TUP y el Tribunal de Justicia del Benelux–, tienen un estatuto especial, distinto al resto de órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, en el sentido de que tendrán competencia aun cuando el demandado no tenga su domicilio en un Estado miembro (art. 71.ter.2 Reglamento Bruselas I bis)[33].

Además de lo anterior, cuando el demandado no tenga su domicilio en la Unión Europea y el TUP tenga competencia para conocer de los daños que ocasione la vulneración de una patente europea en la Unión Europea, esta competencia se extenderá a los daños verificados fuera de la Unión. En este caso, para que sea posible esa ampliación de competencia es necesario que el demandado tenga bienes en un Estado parte del instrumento de constitución del TUP y el caso guarde suficiente conexión con dicho país (art. 71.ter.3 Reglamento Bruselas I bis)[34]. Según el Considerando 7 del Reglamento 524/2014, esa conexión suficiente acontecería si el demandante tiene su domicilio en ese Estado del foro.

[33] *Vid.* P. de Miguel Asensio, "Tribunal Unificado de Patentes: competencia judicial y reconocimiento de resoluciones", *AEDIPr,* t. XIII, 2013, pp. 73–99.

[34] Los bienes propiedad del demandado deben tener un valor no insignificante para que permitan ejecutar, al menos parcialmente, la resolución dictada (Considerando 7 del Reglamento 524/2014).

Este foro se considera exorbitante por algunos autores cuando supone atribuir competencia, por la existencia de bienes del demandado en el foro, para conocer de vulneraciones de patentes en terceros Estados (P. de Miguel Asensio, "Tribunal Unificado de …", *loc. cit.*, p. 91). En este sentido, hay que tener en cuenta que, en esta materia de infracción de patentes, es difícil disociar el lugar del hecho ilícito del lugar del daño y, por tanto, si nos encontramos ante daños plurilocalizados –daños dentro y fuera de la UE, en nuestro caso– será porque habrá habido vulneración de la patente en todos esos Estados en los que se verifican los daños (P. de Miguel Asensio, "Tribunal Unificado de …", *loc. cit.,* p. 89).

Pues bien, yendo al objeto del trabajo, debemos centrarnos en las consecuencias que tendrá que esta norma europea de competencia judicial internacional y de validez extraterritorial no sea aplicable por Reino Unido a partir del 1 enero 2021. En este sentido, en relación con el funcionamiento del Tribunal Unificado de Patentes, la situación no cambia nada para los Estados miembros de la Unión Europea. Todo ello, debido a que la ampliación de la competencia a los casos en los que el demandado no tenga su domicilio de la Unión supone que el TUP siga conociendo de los mismos asuntos de los que conoce ahora, que Reino Unido sigue siendo tratado como Estado miembro de la Unión Europea –hasta que acabe el período transitorio–. Así es, respecto de los sujetos demandados en el Reino Unido, hasta el 31 diciembre 2020 el TUP conocerá de sus litigios porque el domicilio del demandado se encuentra en un Estado miembro y, a partir de esa fecha, conocerá de los mismos casos, esta vez, porque el domicilio del demandado en un Estado miembro no es requisito de aplicabilidad[35].

Por lo tanto, el TUP conocerá de asuntos en los que el demandado tenga su domicilio en el Reino Unido y podrá ejercer jurisdicción en territorio británico, esto último, si el demandado posee bienes en un Estado contratante del Acuerdo del TUP y el litigio presenta vinculación suficiente con ese país, por los daños que ocasione la vulneración de una patente en el mercado británico[36].

Por el lado del Reino Unido, este Estado ha sido parte activa en la elaboración del Reglamento de patente europea con efecto unitario y del Acuerdo de creación del Tribunal Unificado de Patentes, tan es así que, una de las sedes del TUP se encuentra en Londres (art. 7.2º del Acuerdo del TUP) –sede en la que se conoce de patentes relacionadas con "necesidades corrientes de la vida" y con "química y metalurgia" (Anexo II Acuerdo TUP)[37]–. Además, Reino Unido consiguió que muchos aspectos de Derecho sustantivo aplicable a la patente con efecto unitario salieran del contenido del Reglamento y se incorporaran al Acuerdo del TUP, todo ello, para evitar

[35] M.A. Gandía Sellens, "Las consecuencias de un eventual Brexit en el sistema de la patente unitaria", *Bitacora Millenium DIPr,* nº 3 ([<http://www.millenniumDIPrcom/ba–41–las–consecuencias–de–un–eventual–brexit–en–el–sistema–de–la–patente–unitaria); R. Arenas García, "Brexit y Derecho Internacional …", *loc. cit.*

[36] M.A. Gandía Sellens, "Las consecuencias de un eventual Brexit en el sistema de la patente unitaria", *Bitacora Millenium DIPr,* nº 3 ([<http://www.millenniumDIPrcom/ba–41–las–consecuencias–de–un–eventual–brexit–en–el–sistema–de–la–patente–unitaria>]).

[37] "Química y metalurgia" son los campos en los que había registradas más patentes en ese momento en el que se negociaron los textos (M.A. Gandía Sellens, "Las consecuencias de …", *loc. cit.*). Ahora, las estadísticas del año 2019 muestran una inversión en esa tendencia, situándose en los primeros puestos los sectores relativos a la tecnología ([<http://documents.epo.org/projects/babylon/eponet.nsf/0/BC45C92E5C077B10C1258527004E95C0/$File/Patent_Index_2019_statistics_at_a_glance_en.pdf>]).

someter su interpretación al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En este sentido, hay que tener en cuenta que, mientras el Reglamento es Derecho europeo sometido a la interpretación del Tribunal de Justicia, el Acuerdo del TUP es un convenio internacional al margen de la Unión Europea[38]. Por último, otro elemento que demuestra la implicación del Reino Unido en las negociaciones de estas normas es el hecho de que se requiriese la ratificación de este Estado para la entrada en vigor del Acuerdo del TUP (art. 89.1º)[39].

La salida del Reino Unido de la Unión Europea supone que deje de ser Estado parte de estas normas; lo cual se antoja desastroso para algunos autores[40]. Dejará de ser parte del Reglamento 1257/2012 pero seguirá siendo Estado contratante en el Convenio de Múnich sobre patente europea[41]. Es verdad que el Acuerdo del TUP es un convenio internacional, sin embargo, tal como se expresa el art. 2.b) cuando define Estado miembro, indicando que lo es todo Estado miembro de la Unión Europea, parece que la salida del Reino Unido de Europa conlleva, necesariamente, la salida también de esta norma[42]. Tal como afirma la doctrina, formalmente no habría problema en que Londres siguiera siendo sede del TUP, sin embargo,

[38] M.A. Gandía Sellens, "Las consecuencias de …", *loc. cit.*

[39] Art. 89.1º Acuerdo TUP: "1. El presente Acuerdo entrará en vigor en aquel de los siguientes momentos que se produzca en último lugar: el 1 enero 2014, el primer día del cuarto mes siguiente a aquel en el curso del cual se haya depositado el décimo tercer instrumento de ratificación o adhesión, de conformidad con el art. 84, siempre que entre dichos instrumentos se encuentren los de los tres Estados miembros en los que haya tenido efectos el mayor número de patentes europeas el año anterior a la firma del Acuerdo, o el primer día del cuarto mes siguiente a aquel en el curso del cual hayan entrado en vigor las *modificaciones del Reglamento (UE) nº 1215/2012 en lo que concierne a su relación con el presente Acuerdo"*. Uno de esos tres Estados miembros en los que tuvo efectos el mayor número de patentes europeas el año anterior a la firma del Acuerdo (año 2012) fue Reino Unido; los otros dos Estados fueron Francia y Alemania (M.A. Gandía Sellens, "Las consecuencias de …", *loc. cit.*); E. Nodder, "UK's EU referéndum –if vote is for Brexit, what happens to the UPC?", 24 february 2016, en [<https://www.bristowsupc. com/latest–news/if–vote–is–for–brexit–what–happens–to–the–upc/#sthash.qIl3BoZN.dpuf>]); S. Van Rijnswou, "What happens with the Unitary patent if the UK exists the EU?", en [<http://unitary–patent.blogspot.com/2014/07/what–happens–to–unitary–patent–if–uk.html>]; Poli–cy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *EU Patent and Brexit*, noviembre 2019, p. 22 ([<https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/596800/IPOL_IDA (2019)596800_EN.pdf>]). Es más, las versiones oficiales auténticas del Acuerdo son las realizadas en idioma inglés, francés y alemán (art. 88.1) (M.A. Gandía Sellens, "Las consecuencias de …", *loc. cit.*).

[40] S. Van Rijnswou, "What happens with …", *loc. cit.*

[41] Convenio de Múnich sobre concesión de patentes europeas, de 5 octubre 1973, BOE 30.9.1986.

[42] M.A. Gandía Sellens, "Las consecuencias de un eventual Brexit en el sistema de la patente unitaria", *Bitacora Millenium DIPr,* nº 3 ([<http://www.millenniumDIPrcom/ba–41–las–consecuencias–de–un–eventual–brexit–en–el–sistema–de–la–patente–unitaria>]); R. Arenas García, "Brexit y Derecho Internacional …", *loc. cit.*; S. Van Rijnswou, "What happens with …", *loc. cit.*

debido a la relevancia de los asuntos de los que puede conocer –no sólo patente europea con efecto unitario sino, también, patentes europeas–, es improbable que se mantenga la ubicación en la capital del Reino Unido[43].

Del mismo modo, en el sector del reconocimiento y ejecución de resoluciones, el Reglamento Bruselas I bis también se aplica en relación con decisiones del Tribunal Unificado de Patentes, incluso cuando el Estado requerido no sea parte del Acuerdo por el que se crea este Tribunal –España, por ejemplo– (art. 71.quinquies Reglamento Bruselas I bis)[44]. Sin embargo, respecto de resoluciones judiciales dictadas por tribunales británicos en esta materia de patentes, los Estados miembros tendrán que aplicar sus normas de producción interna en materia de validez extraterritorial para proceder a su reconocimiento. Lo mismo debe decirse en el supuesto inverso, esto es, las resoluciones dictadas por autoridades competentes de los Estados miembros de la UE serán reconocidas y ejecutadas en Reino Unido si la norma existente en ese ordenamiento lo considera así[45]. Este escenario permite presumir que Londres dejará de ser un foro tan atractivo como lo es ahora en materia de patentes[46].

IV. CONCLUSIONES

La salida de Reino Unido de la Unión Europea es una realidad, sin embargo, no todo está hecho todavía. Las partes implicadas han respondido al cuándo pero todavía no tienen contestación para el cómo. Este período transitorio que constituye el año 2020 es fundamental para acordar el futuro de las relaciones de Reino Unido con la Unión Europea. Todos deseamos que las partes negocien de manera eficiente, pensando en el bienestar de los ciudadanos con vínculos a ambos lados del Canal de la Mancha, porque con el Brexit perdemos todos. La retirada de Reino Unido

[43] R. Arenas García, "Brexit y Derecho internacional …", *loc. cit. Vid.* en este sentido, M.A. Gandía Sellens, "Las consecuencias de …", *loc. cit.*); S. Van Rijnswou, "What happens with …", *loc. cit.*; T. Jaeger, "Reset and go: the unitary patent system post–Brexit", en [<https://papers. ssrn. com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2884671>], p. 25; Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, *EU Patent and Brexit,* noviembre 2019, p. 22 ([<https://www. europarl. europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2019/596800/IPOL_IDA(2019)596800_EN.pdf>])

[44] P. de Miguel Asensio, "Tribunal Unificado de …", *loc. cit.*, p. 94; P. de Miguel Asensio, "Reglamento Bruselas I…", *loc. cit.*, p. 82.

[45] M.A. Gandía Sellens, "Las consecuencias de …", *loc. cit.*

[46] N. Dagg/N. Cordell/M. Ridgway, "The long–awaited European Unitary Patent project is scheduled to go live in early 2017 – we assess the likely impact of a Brexit", *Allen & Overy LLP Specialist paper No. 3*, febrero 2016, p. 3 ([<http://www.allenovery.com/SiteCollection Documents/UPC__Article__Brexit_implications_re_the_UPC_February_20.pdf>]). En contra, J. Harris, "Brexit & cross–border dispute resolution", *New Law Journal,* 2 December 2016.

supone consecuencias muy negativas para este país. La Unión Europea es un espacio de integración regional que hemos construido entre todos, elaborando normas comunes, uniformes, para reducir los riesgos de la litigación transfronteriza; espacio del que, tras la desconexión definitiva, va a dejar de beneficiarse este país. Por el lado de la Unión Europea, este contexto, con Reino Unido fuera, dibuja un escenario que no aporta ninguna ventaja.

En el marco de las normas de DIPr estudiadas en el trabajo, y a la espera de los términos en los que concluyan las negociaciones entre las partes, a partir del 1 enero 2021 Reino Unido deja de ser Estado miembro de la Unión Europea a todos los efectos y, con ello, deja de ser parte en los textos europeos mencionados. Lo anterior desencadena una serie de consecuencias, entre las cuales, hemos destacado tres.

En primer lugar, las resoluciones procedentes de Reino Unido dejarán de beneficiarse de la libre circulación de decisiones en el entorno europeo y, esto, entre otras razones, porque a partir de la desconexión definitiva, este país dejará de ser parte del Reglamento Bruselas I bis y, parece seguro, que no podrá activar la aplicación, ni del Convenio de Bruselas de 1968 ni del Convenio de Lugano de 2007. Por todo lo cual, Reino Unido será un tercer Estado y los países de la Unión tendrán que utilizar sus normas de producción interna en la materia para resolver la solicitud planteada ante ellos de reconocimiento o ejecución de una resolución proveniente de este Estado.

En segundo lugar, considerándolo como negativo para la Unión Europea, desde el momento en que Reino Unido ya no se encuentre vinculado por normas como el Reglamento Bruselas I bis, podrá reactivar la imposición de recursos como las *antisuit injunctions.* Esta posibilidad que tienen los órganos jurisdiccionales británicos, de impedir que se pueda litigar fuera de Reino Unido, es incompatible con el Reglamento mencionado. Lo anterior es debido a que esta norma ofrece diferentes foros en las materias objeto de regulación y, además, por un lado, todos los tribunales con competencia deben declararse competentes si se inicia un proceso ante ellos y, por otro, los ciudadanos deben poder interponer su demanda ante cualquiera de ellos, con total libertad y sin restricciones. Con el Brexit, el Reglamento Bruselas I bis dejará de formar parte del ordenamiento de Reino Unido y, por ello, los órganos jurisdiccionales británicos podrán volver a imponer esta limitación a los justiciables.

Por último, en relación con el Reglamento de la patente europea con efecto unitario y con el Acuerdo de creación del Tribunal Unificado de Patentes, después de la implicación y el interés que ha mostrado Reino

Unido en las negociaciones de estas normas, al final, la salida definitiva de la Unión Europea supondrá que deje de ser Estado parte en estas normas. Desde un punto de vista jurídico, esta situación no tiene consecuencias para los Estados miembros de la Unión Europea, todo ello, debido a que, en esta materia, el Reglamento Bruselas I bis seguirá aplicándose, por parte del Tribunal Unificado de Patentes, aún cuando el domicilio del demandado se encuentre fuera de la Unión Europea. Y no sólo eso, también, en este escenario del demandado no domiciliado en la Unión, este Tribunal extenderá su competencia a los asuntos de daños por vulneración de una patente europea, aún cuando dichos daños se hayan producido fuera del mercado interior. Desde un punto de vista jurídico y, también, político, Reino Unido sería la parte más perjudicada con esta ruptura. Así, es posible que, debido a todo lo explicado, Londres deje de ser considerado un foro atractivo en estas materias; además de estar en peligro la sede en esta ciudad del TUP.

Por todo lo anterior, es importante negociar satisfactoriamente y, por ejemplo, llegar al acuerdo de elaborar normas paralelas a las ya existentes en Europa, esta vez, en las relaciones entre Reino Unido y la Unión. En efecto, una de las opciones que podrían implementarse es dar un status privilegiado a Reino Unido, respecto del resto de terceros Estados, en sus relaciones con la Unión Europea. Pero esto es solo una de las múltiples opciones de regulación, todas ellas, abiertas sobre la mesa.

Bibliografía

Aikens, R./ Dinsmore, A.: "Jurisdiction, enforcement and the conflict of laws in cross–border commercial disputes: what are the legal consequences of Brexit?", *European Business Law Review,* vol. 27, nº 7, 2016, pp. 903–920.

Álvarez González, S.: "Consecuencias del Brexit para la cooperación en materia civil: Derecho de la persona, de la familia y de sucesiones", *AEDIPr,* vol. XVII, 2017, pp. 181–210.

Arenas García, R.: "Brexit y Derecho internacional privado", *Diario La Ley,* nº 8797, 6 julio 2016.

Arzandeh, A.: *Forum (non) conveniens in England: past, present, and future*, Oxford, London, New York, New Delhi, Sydney, Hart, 2019.

Basedow, J.: "Brexit und das Privat–und Wirtschaftsrecht", *ZEuP,* nº 3, 2016, pp. 567–572.

Beaumont, P.: "Forum non conveniens et régime des conflits de compétence dans l'espace judiciaire européen: vers une solution intégrée", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2018, pp. 433–445.

Calvo Caravaca, A.L. / Carrascosa González, J.: "Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 'Bruselas I bis' de 12 diciembre 2012", en A.L. Calvo Caravaca/J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado,* vol. II, 18ª ed., Comares, Granada, 2018, pp. 697–841.

Calvo Caravaca, A.L. / Carrascosa González, J. / Caamiña Domínguez, C.M.: *Litigación internacional en la Unión Europea I: competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea: comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, vol. I, Cizur Menor, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

Dagg, N. / Cordell, N./Ridgway, M.: "The long–awaited European Unitary Patent project is scheduled to go live in early 2017 – we assess the likely impact of a Brexit"*, Allen & Overy LLP Specialist paper No. 3*, febrero 2016. [<http://www.allenovery.com/SiteCollection Documents/UPC__Article__Brexit_implications_re_the_UPC_February_20.pdf>].

Danov, M.: "Cross–border litigation in England and Wales: pre–Brexit data and post–Brexit implications", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 25, 2, 2018, pp. 139–167.

Daujotas, R.: "The Arbitral Tribunal's antisuit injunctions in European Union law: the West Tankers & Gazprom cases", *Czech (& Central European) Yearbook of Arbitration*, 8, 2018, pp. 57–83.

De Lubiano Sáez de Urabain, J.B.: "Controlando al litigante rebelde: las *antisuit injuctions* en los tribunales españoles", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid,* nº 32, 2015, pp. 75–98.

De Miguel Asensio, P.: "Tribunal Unificado de Patentes: competencia judicial y reconocimiento de resoluciones", *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 73–99.

De Miguel Asensio, P.: "Reglamento Bruselas I: perspectivas en relación con la retirada del Reino Unido", *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 71–89.

De Miguel Asensio, P.: "Brexit y Derecho internacional privado: recapitulación" [<http: //pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/01/brexit–y–derecho–internacional–privado.html>].

Dickinson, A.: "Back to the future: the UK's EU exit and the conflict of laws", *J. Priv. Int'l L.,* vol. 12, nº 2, 2016, pp. 195–210.

Farah, Y./Hourani, S.: "Recasting West Tankers in the deep water: how Gazprom and recast Brussels I reconcile Brussels I with international arbitration", *J. Priv. Int'l L.*, 14, 1, 2018, pp. 96–129.

Fernández Rozas, F.: "Activación del mecanismo de retirada voluntaria del Reino Unido de la Unión Europea", *AEDIPr,* t. XVII, 2017, pp. 35–70.

Gandía Sellens, M.A.: "Las consecuencias de un eventual Brexit en el sistema de la patente unitaria", *Bitacora Millenium DIPr,* nº 3 [< http://www.millenniumDIPrcom/ba–41–las–consecuencias–de–un–eventual–brexit–en–el–sistema–de–la–patente–unitaria>].

Gascón Inchausti, F.: Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras en el nuevo Reglamento Bruselas I Bis, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Greene, D.: "The Lugano Convention: a good first step", *New Law Journal,* 6 March 2020, p. 20.

Harris, J.: "Brexit & cross–border dispute resolution", *New Law Journal,* 2 December 2016.

Hess, B.: "Back to the past: Brexit und das europäische international Privat –und Verfahrensrecht", *IPrax,* vol. 36, nº 5, 2016, pp. 409–418.

Hess, B./Requejo Isidro, M.: "Brexit –Immediate consequences on the London judicial market", en *Conflicts of law.net* [<http://conflictoflaws.net/2016/brexit–immediate–consequences–on–the–london–judicial–market/>].

Jaeger, T.: "Reset and go: the unitary patent system post–Brexit", *International Review of Intellectual Property and Competition Law,* vol. 48, 2017, pp. 254–285 [<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2884671>].

Lehmann, M./Zetzsche, D.: "Die Auswirkungen des Brexit auf das Zivil –und Wirtschaftsrecht", *Juristenzeitung,* nº 2, 2017, pp. 62–71.

Lehmann, M./Zetzsche, D.: "Brexit and the consequences for commercial and financial relations between the EU and the UK", *European Business Law Review,* vol. 27, nº 7, 2016, pp. 999–1027.

Lenaerts, K.: "Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens im internationalen Privatrecht: über den Dialog der Gerichte", en B. Hess/E. Jayme/H.–P. Mansel (Hrsg.), *Europa als Rechts– und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Gieseking, 2018, pp. 287–300.

López del Gonzalo, M.: "La sentenza West Tankers è ancora 'good law' dopo la rifusione del Regolamento Bruxelles I?", *Rivista dell'arbitrato*, XXVIII, 4, 2018, pp. 727–736.

Nascimbene, B.: "Brexit e tribunale dei brevetti. Profili di Diritto Internazionale ed europeo", *Liber amicorum Angelo Davì: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. III, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 1897–1921.

Nodder, E.: "UK's EU referéndum –if vote is for Brexit, what happens to the UPC?", 24 february 2016 [<https://www.bristowsupc.com/latest–news/if–vote–is–for–brexit–what–happens–to–the–upc/#sthash.qIl3BoZN.dpuf>].

Orejudo Prieto de los Mozos, P.: "Repercusiones del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en los sistemas autónomos: excesos y carencias", *AEDIPr,* t. VI, 2006, pp. 481–502.

Penades Fons, M.: "Brexit y el régimen de ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales", *AEDIPr,* t. XVII, 2017, pp. 125–154.

Piancone, D.: "I provvedimenti intra–europei di istruzione preventiva alla luce delle novità introdotte dal Regolamento (UE) n. 1215/2012 in materia di libera circolazione della decisioni nello spazio giudiziario europeo", *Studi sull'integrazione europea*, XIII, 1, 2018, pp. 213–222.

Requejo Isidro, M.: "Las órdenes antisuit en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *La Ley: Unión Europea*, nº 7165, 30 abril–1 mayo 2009.

Requejo Isidro, M.: "La ejecución sin exequátur: reflexiones sobre el Reglamento Bruselas I bis, Capítulo III", *REDI*, 2015, pp. 49–82.

Rühl, G.: "The effect of Brexit on the resolution of international disputes: choice of law and jurisdiction in civil and commercial matters", *Negotiating Brexit*, München, Beck, Oxford, Hart, Baden–Baden, Nomos, 2017, pp. 61–66.

Rühl, G.: "Die Wahl englischen Rechts und englischer Gerichte nach dem Brexit (Zur Zukunft des Justizstandorts England)", *Juristenzeitung,* nº 2, 2017, pp. 72–82.

Ubertazzi, L.: "Brexit and the EU Patent", *GRUR International,* 2017, pp. 301–307.

Van Rijnswou, S.: "What happens with the Unitary patent if the UK exists the EU?" [<http://unitary–patent.blogspot.com/2014/07/what–happens–to–unitary–patent–if–uk.html>].

Winkler, M.: "West Tankers: la Corte di Giustizia afferma l'inammissibilità delle anti–suit injunctions anche in un ambito escluso dall'applicazione del Regolamento Bruxelles I. (Corte di Giustizia CE, 10 febbraio 2009, causa C–185 / 07)", *Diritto del commercio internazionale: pratica internazionale e diritto*, vol. 22, nos 3–4, 2008, pp. 729–744.

Recibido: 25 febrero 2020
Aceptado: 19 marzo 2020

Brexit, relaciones privadas internacionales y protección de datos de carácter personal: ¿y ahora qué?... ¿dejará de ser el Reino Unido un 'país seguro'?

Alfonso ORTEGA GIMÉNEZ*

SUMARIO: I. Planteamiento. II. Régimen jurídico de la protección de datos de carácter personal en el Reino Unido después del Brexit. 1. Marco normativo de protección de datos de carácter personal en el Reino Unido. 2. Régimen jurídico de la protección de datos de carácter personal, según el Acuerdo de Retirada entre el Reino Unido y la Unión Europea. 3. El principio general de transferencias y las decisiones de adecuación como instrumento principal para las transferencias internacionales de datos. III. Medidas que se deben adoptar en materia de protección de datos de carácter personal tras el Brexit. 1. Régimen de supervisión durante el periodo transitorio. 2. Incidencia del Brexit en los datos de carácter personal alojados en redes, sistemas de información y bases de datos del Reino Unido. 3. Instrumentos de transferencia de datos de carácter personal disponibles: A) Cláusulas Contractuales Tipo o *ad hoc*; B) Normas Corporativas Vinculantes; C) Transferencias internacionales de datos del Reino Unido a Estados miembros de la Unión Europea. IV. Aplicación extraterritorial RGPD y relaciones privadas internacionales. 1. Aplicación extraterritorial RGPD en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión Europea. 2. Actividades de tratamiento relacionadas con la oferta de bienes o servicios a afectados en la Unión Europea, independientemente de si a estos se les requiere su pago. V. Reflexión final.

RESUMEN: El pasado 31 enero 2020 tuvo lugar, formalmente, la salida del Reino Unido de la Unión Europea. No obstante, en virtud del Acuerdo de Retirada firmado, el Reino Unido ha dejado de ser miembro de la Unión Europea, pero debe seguir aplicando, en materia de protección de datos de carácter personal el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), a todos los datos de interesados fuera del Reino Unido, que se hayan tratado con anterioridad al fin del periodo transitorio (que termina, *a priori*, el 31 diciembre 2020). Ello implica que, a efectos de exportación de datos, la situación del Reino Unido es equiparable a la de un Estado Miembro, por lo que durante el periodo de transición es de aplicación el RGPD; sin embargo la situación será completamente distinta una vez finalizado el periodo de transición que les obligará, tanto al Reino Unido como a la Unión Europea, a preparar un marco jurídico de nueva generación para afrontar los retos en materia de protección de datos de carácter personal que el actual entorno globalizado exige.

La salida de esta zona de "libre circulación de datos" implicará que el Reino Unido pase a ser considerado como "tercer país". No obstante, es presumible que la Comisión le otorgue el estatus de "país seguro", dado que heredaría la regulación vigente hasta el momento, desarrollada y

* Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado de la Universidad Miguel Hernández de Elche (acreditado a Profesor Titular de Universidad) alfonso.ortega@umh.es. ORCID: 0000–0002–8313–2070

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 43–65
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.02

aplicada al igual que el resto de los países de la Unión. Sin embargo, puede existir un lapso de tiempo entre que se produzca la separación definitiva de la Unión Europea y la Decisión de la Comisión de considerar a Reino Unido como país seguro, en cuyo caso, el movimiento de datos que se produjera en ese período sí que podría suponer una Transferencia Internacional de Datos, y por tanto, las empresas que contraten servicios de tratamiento o alojamiento de datos en Reino Unido podrían tener que regularizar estas transferencias para un periodo de tiempo indeterminado. También cabe la posibilidad de que la UE reaccione al Brexit con revanchismo, y que, entre las muchas trabas que le ponga a Reino Unido esté la de no reconocerle como "país seguro". Si fuese el caso, caería en un bloqueo de facto, similar al que llevamos sufriendo desde octubre de 2015, cuando se anuló el Acuerdo de Puerto Seguro con Estados Unidos.

PALABRAS CLAVE: BREXIT – REINO UNIDO – PROTECCIÓN DE DATOS – TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS.

Brexit, international private relations and personal data protection: what now? Will the UK cease to be a 'safe country'?"

ABSTRACT: On January 31, 2020, the United Kingdom left the European Union, formally. However, under the Withdrawal Agreement signed the United Kingdom has ceased to be a member of the European Union but must continue to apply, the Data Protection Regulation (GDPR) in matters of personal data protection, all data of interested parties outside the United Kingdom, that have been treated prior to the end of the transitional period (which ends, a priori, on December 31, 2020). This implies that, for the purpose of exporting data, the situation in the United Kingdom is comparable to that of a Member State, so that during the transition period the current GDPR is applicable; However, the situation will be completely different after the end of the transition period that will require both the United Kingdom and the European Union to prepare a new generation legal framework to meet the challenges in terms of personal data protection that the Current globalized environment demands.

Leaving this area of "free movement of data" will imply that the United Kingdom will be considered as "third country". However, it is presumable that the Commission will grant it the status of a "safe country", given that it would inherit the regulation in force so far, developed and applied, just like the rest of the countries of the Union. However, there may be a period of time between the final separation of the European Union and the Commission's decision to consider the United Kingdom as a safe country, in which case, the movement of data that occurred in that period itself This could mean an International Data Transfer, and therefore, companies that hire data processing or hosting services in the United Kingdom may have to regularize these transfers for an indeterminate period of time. There is also the possibility that the EU reacts to Brexit with revanchism, and that, among the many obstacles that it puts to the United Kingdom is that of not recognizing it as a "safe country". If this were the case, it would fall into a de facto blockade, similar to the one we have been suffering since October 2015, when the Safe Harbor Agreement with the United States was annulled.

KEYWORDS: BREXIT – UNITED KINGDOM – DATA PROTECTION – INTERNATIONAL DATA TRANSFER.

I. PLANTEAMIENTO

El Reino Unido, desde el pasado 31 enero 2020, ya no es un Estado miembro de la Unión Europea. Y, en "breve", el Reino Unido pasará a ser considerado un "tercer país" en materia de protección de datos de carácter personal. Conforme a lo previsto en Acuerdo sobre la retirada del Reino

Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica, firmado en Bruselas y Londres el 24 enero 2020 (en adelante, el Acuerdo de Retirada).[1]

La salida de Reino Unido de la Unión Europea supone un cambio en todos los aspectos económicos y sociales, y en lo que a la protección de datos de carácter personal supone: las transferencias de datos personales desde la Unión Europea al Reino Unido pasarán a estar sometidas a mayores restricciones, lo que afectará tanto a prestadores de servicios, como a compañías que transfieran datos personales de clientes o trabajadores a sus sociedades matrices o filiales localizadas en el Reino Unido. De esta manera, salvo pacto específico, a partir de la fecha de retirada (= 1 enero 2021), será de aplicación las normas en materia de transferencias internacionales de datos personales a terceros países.

No obstante, es previsible que la Comisión otorgue al Reino Unido el estatus de "país seguro" dado que heredaría la regulación vigente hasta el momento, teniendo en cuenta que el Reino Unido fue uno de los primeros países de la Unión Europea en adaptar su normativa interna a las exigencias del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 abril 2016 relativo a la protección de las personas 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 (en adelante, el RGPD) [2]. En este sentido, el Reino Unido ha dejado claro que el RGPD será "absorbido" por la ley del Reino Unido; sin embargo, las organizaciones que dependen de las transferencias internacionales de datos personales entre el Reino Unido y el Espacio Económico Europeo (en adelante, el EEE) pueden verse afectadas, puesto que la información personal ha podido fluir libremente entre organizaciones en el Reino Unido y la Unión Europea sin ninguna medida específica. Pese a que la Comisión le otorgue el estatus de "país seguro" puede existir un lapso de tiempo entre que se produzca la separación definitiva de la Unión Europea y la Decisión de la Comisión de considerar al Reino Unido como un "país seguro", en cuyo caso, el movimiento de datos que se produjera en ese período sí que podría suponer una "transferencia internacional de datos"; y, por tanto, p. ej., las empresas que contraten servicios de tratamiento o alojamiento de datos en Reino Unido podrían tener que regularizar estas transferencias para un periodo de tiempo indeterminado.

También cabe la posibilidad de que la Unión Europea reaccione al Brexit "con revanchismo", y que, entre las muchas trabas que le ponga a Reino Unido esté la de no reconocerle como "país seguro". Si fuese el caso, caería

[1] DO L 29 de 31.1. 2020.
[2] DO L 119 de 4.5. 2016.

en un bloqueo de facto, similar al que llevamos sufriendo desde octubre de 2015, cuando se anuló el Acuerdo de Puerto Seguro con Estados Unidos.[3]

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL EN EL REINO UNIDO DESPUÉS DEL BREXIT.

Muchas son las consecuencias jurídicas que producirá la efectividad del Brexit. Respecto al ámbito de la protección de datos de carácter personal, la consolidación del Brexit establece que Reino Unido será considerado como "tercer país", obligando al Reino Unido a la "transformación" de un régimen jurídico de la protección de datos de carácter personal para afrontar el futuro "nuevo panorama".

1. Marco normativo de protección de datos de carácter personal en el Reino Unido

Actualmente, el Reino Unido cuenta con una normativa nacional en materia de protección de datos de carácter personal ya adaptada al RGPD; en materia de protección de datos los británicos han adoptado un enfoque innovador y flexible, buscando un equilibrio, nada fácil, entre las exigencias y requisitos legales, por un lado, y la realidad tecnológica por otro[4]. Así, han sido pioneros en reconocer las dos caras de la misma moneda, al fusionar el derecho fundamental a la protección de datos con el derecho de acceso a la información pública.

Otra de las aportaciones al campo de la protección de datos viene de la mano de la creación del *Data Protection Tribunal*, un órgano independiente especializado en protección de datos y derecho de acceso a la información que tiene por misión resolver los recursos que se interponen frente a la autoridad británica de protección de datos, es decir, el *Information Commissioner's Office*[5]. Por último, desde el Reino Unido se ha fomentado la utilización de códigos de conducta desde hace ya varias décadas (una política que se ha trasladado al RGPD). Pese a haber activado ya el art. 50 del TUE, los británicos no han cesado en su empeño de adaptarse al RGPD: así, en 2018, aprobaron una nueva Ley de Protección de Datos: la *Data*

[3] A. Ortega Giménez y J.J. Gonzalo Domenech, "Brexit y protección de datos de carácter personal: ¿dejará de ser el Reino Unido un "país seguro?", *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 11/2019, Editorial Aranzadi, S.A.U., 2019, pp. 1–23.

[4] D. Sarmiento, "Y después del Brexit… ¿Qué?", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 64, p. 42.

[5] La *Information Commissioner's Office*, es una autoridad pública con competencias de inspección y sanción desde mucho antes de la entrada en vigor y aplicación RGPD.

Protection Act 2018, que derogó la anterior de 1998, y por la que el Reino Unido pretende adaptarse a los requerimientos actuales RGPD.

Posteriormente, se emitió la *Data Protection, Privacy and Electronic Communications (Amendments etc.) (EU Exit) Regulations 2019*, la cual, haciendo uso de los poderes de la *European Union (Withdrawal) Act 2018*, con el fin de adecuar ciertas disposiciones europeas al derecho británico. En concreto, se ha decidido por adoptar el RGPD como ley propia: la *United Kingdom General Data Protection Regulation* (UK GDPR).

La *Data Protection* se asemeja al Derecho de la Unión Europea en protección de datos. El Reino Unido aspira a mantener una armonía de soluciones materiales en materia de datos personales entre la regulación europea y la interna británica; ¿la razón?: conseguir que más allá de la complejidad sobrevenida con el Brexit la equiparación de ambos bloques normativos (europeo *vs.* británico), evitando distorsiones de mercado y de derechos de la ciudadanía en un sector estratégico y de enorme repercusión[6].

Todas estas consideraciones nos permiten afirmar que el Reino Unido mantiene un compromiso firme con el reconocimiento de este derecho fundamental, lo que podrían justificar, llegado el momento del reconocimiento de nivel adecuado de protección; incluso, no ser considerado un "tercer país", sino analizar otras posibles vías que faciliten el flujo de datos sin acudir a los instrumentos previstos para las transferencias internacionales de datos de carácter personal[7].

2. Régimen jurídico de la protección de datos de carácter personal, según el Acuerdo de Retirada entre el Reino Unido y la Unión Europea

Como es conocido, el 25 noviembre 2018, los 27 Estados Miembros de la Unión Europea refrendaron el proyecto de Acuerdo de Retirada y aprobaron el proyecto de Declaración Política sobre las relaciones futuras entre la Unión Europea y el Reino Unido. El 5 de diciembre del mismo año, la Comisión Europea inició el procedimiento para la firma y celebración del mencionado Acuerdo de Retirada del Reino Unido de la Unión Europea. El 13 de diciembre, los dirigentes de la Unión Europea celebraron una reunión extraordinaria del Consejo Europeo, en su composición del art. 50, para

[6] *Vid.* "Brexit y la protección de datos personales: incógnitas e incertezas" [<http://www. legal today.com/blogs>].

[7] P. De Hert y V. Papakonstantinou, "The rich contribution to the field of EU data protection: Let's not go for third country *status* after Brexit", *Computer Law & Security Review*, nº 33, 2017, p. 357.

debatir el Brexit. En ella, vuelven a confirmar sus Conclusiones de 25 noviembre 2018, en las que refrendaron el Acuerdo de Retirada y aprobaron la Declaración Política. El 11 enero 2019, el Consejo adoptó una decisión sobre la firma del Acuerdo de Retirada, también se aprobó un proyecto de Decisión sobre la celebración del Acuerdo de Retirada; y se decidió remitir dicho proyecto de la Decisión al Parlamento Europeo para su aprobación[8].

Así, se hace necesario analizar las previsiones que el Acuerdo de Retirada establece sobre el derecho fundamental a la protección de datos (=Título VII del Acuerdo, concretamente en los arts. 70 a 74).

El art. 70 establece que debe entenderse por "Derecho de la Unión sobre protección de datos personales"; incluyendo al RGPD, entre otras normas[9].

Es el art. 71 el que regula, en concreto, qué ocurre con el tratamiento de datos personales de interesados fuera del Reino Unido. En este sentido, el precepto señala que se aplicará el Derecho de la Unión Europea en la materia siempre que: a) Los datos personales se hayan tratado en virtud del Derecho de la Unión en el Reino Unido antes del final del período transitorio, es decir, del 31 diciembre 2020; o, b) Los datos personales sean tratados en el Reino Unido después del final del período transitorio con base en el presente Acuerdo.[10]

---

[8] *Vid*. A. Corral Sastre, Las transferencias de datos personales al Reino Unido en la era postbrexit", *Diario la Ley*, nº 3, 2019, p. 14.

[9] Art. 70. *Definición*. A efectos del presente título, se entenderá por "Derecho de la Unión sobre protección de datos personales":

a) el Reglamento (UE) 2016/679, con excepción de su capítulo VII;

b) la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo (90);

c) la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (91);

d) cualesquiera otras disposiciones del Derecho de la Unión que regulen la protección de los datos personales.

[10] Art. 71. *Protección de los datos personales*. 1. El Derecho de la Unión sobre protección de datos personales se aplicará en el Reino Unido respecto del tratamiento de datos personales de interesados fuera del Reino Unido, siempre que los datos personales: a) se hayan tratado en virtud del Derecho de la Unión en el Reino Unido antes del final del período transitorio; o b) sean tratados en el Reino Unido después del final del período transitorio con base en el presente Acuerdo.

2. El ap. 1 no se aplicará en la medida en que el tratamiento de los datos personales en él contemplados esté sujeto a un nivel de protección adecuado a tenor de lo dispuesto en las decisiones que resulten de aplicación en virtud del art. 45, ap. 3, del Reglamento (UE) 2016/679 o del art. 36, ap. 3, de la Directiva (UE) 2016/680.

3. En la medida en que una decisión de las mencionadas en el ap. 2 haya dejado de ser aplicable, el Reino Unido garantizará un nivel de protección de los datos personales esencialmente equivalente al establecido en el Derecho de la Unión sobre protección de datos

Por lo tanto, podemos señalar en base al Acuerdo de Retirada que, durante el período transitorio, se seguirá aplicando el Derecho de la Unión Europea, en cuanto a la protección de datos para todos los datos personales que se hayan obtenido antes del 31 diciembre 2020, ya que el RGPD es la legislación vigente sobre protección de datos en el Reino Unido. Después de este período, el tratamiento de datos personales de interesados de fuera del Reino Unido se ceñirá a lo dispuesto en el Acuerdo, que nada señala sobre la legislación aplicable más allá de lo que se indica en el art. 134 sobre las disposiciones financieras[11]. Es decir, después del período transitorio establecido en el Acuerdo de Retirada, y salvo que este establezca otra cosa, los datos personales tratados se regirán por la normativa británica, es decir, de momento, por la *Data Protection Act 2018*.

El ap. 2 del art. 71 prevé la posibilidad de la Comisión emita una decisión de adecuación del nivel de protección de datos sobre el Reino Unido, de modo que no sería aplicable lo establecido en el ap. 1 del citado artículo, porque cualquier flujo de datos estaría amparado en esa decisión de adecuación. De hecho, la *Data Protection Act 2018* es una adaptación a la normativa de la UE, en la que, como es lógico, se menciona al RGPD como norma de referencia en esta materia, asumiendo, por consiguiente, su aplicación.

El Acuerdo de Retirada recoge en su art. 72, el tratamiento confidencial y uso restringido de los datos y la información en el Reino Unido[12]; el art. 73 se refiere al tratamiento de los datos e información obtenida del Reino

personales en lo que respecta al tratamiento de los datos personales de los interesados a que se refiere el ap. 1.

[11] Art. 134. *Facilidades ofrecidas a los auditores en relación con las disposiciones financieras*. El Reino Unido informará a la Unión de las entidades a las que haya encargado la realización de su auditoría de la aplicación de las disposiciones financieras contempladas en la presente parte. A petición del Reino Unido, la Unión proporcionará a dichas entidades encargadas cualquier información que razonablemente pueda solicitarse en relación con los derechos y las obligaciones del Reino Unido en virtud de la presente parte, y les proporcionará una asistencia adecuada que les permita cumplir su cometido. Al facilitar información y prestar asistencia en virtud del presente artículo, la Unión actuará de conformidad con el Derecho de la Unión aplicable, en particular con las normas de la Unión en materia de protección de datos. Las autoridades del Reino Unido y de la Unión podrán acordar las disposiciones administrativas adecuadas para facilitar la aplicación de los párrafos primero y segundo.

[12] Art. 72. *Tratamiento confidencial y uso restringido de los datos y la información en el Reino Unido.* Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 71, además del Derecho de la Unión sobre protección de datos personales, se aplicarán las disposiciones del Derecho de la Unión sobre tratamiento confidencial, restricción del uso, limitación del plazo de conservación y la obligación de supresión de los datos y la información respecto de los datos y la información obtenidos por autoridades u organismos oficiales del o en el Reino Unido o por entidades adjudicadoras, tal y como se definen en el art. 4 de la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (92), del o en el Reino Unido: a) antes del final del período transitorio; o b) sobre la base del presente Acuerdo.

Unido[13]; y, por último, el art. 74, recoge lo relativo a la seguridad de la información[14].

3. El principio general de transferencias y las decisiones de adecuación como instrumento principal para las transferencias internacionales de datos

El principio contemplado en la normativa de aplicación determina que sólo se podrán efectuar transferencias internacionales de datos a un tercer país u organización internacional si: a) Cumple con todas las obligaciones relativas al tratamiento recogidas en la normativa aplicable; y b) Asegura las suficientes garantías a la hora de realizar la transferencia internacional, en especial, las consistentes en garantías en las ulteriores transferencias.

El primer instrumento que permite autorizar una transferencia internacional de datos es la existencia de una decisión de adecuación[15] en aquel país, Estado, u Organización Internacional, demostrando que garantice un nivel adecuado de protección, entendiéndolo como un nivel equivalente al otorgado por la Unión Europea, según la STJUE *Schrems*[16]. La

[13] Art. 73. *Tratamiento de los datos e información obtenidos del Reino Unido.* La Unión no tratará los datos y la información obtenidos del Reino Unido antes del final del período transitorio, u obtenidos después del final del período transitorio sobre la base del presente Acuerdo, de forma diferente a los datos y la información obtenidos de un Estado miembro por el mero hecho de que el Reino Unido se haya retirado de la Unión.

[14] Art. 74. *Seguridad de la información*. 1. Las disposiciones del Derecho de la Unión sobre protección de la información clasificada de la UE y la información clasificada de la Euratom se aplicarán respecto de la información clasificada obtenida por el Reino Unido, bien antes del final del período transitorio, bien sobre la base del presente Acuerdo, u obtenida del Reino Unido por la Unión o un Estado miembro, bien antes del final del período transitorio, bien sobre la base del presente Acuerdo.

2. Las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión en materia de seguridad industrial se aplicarán al Reino Unido en aquellos casos en que el procedimiento de licitación, contratación o adjudicación de subvenciones relativo a un contrato clasificado, un subcontrato clasificado o un acuerdo de subvención clasificado se haya iniciado antes del final del período transitorio.

3. El Reino Unido garantizará que los productos criptográficos que utilicen algoritmos criptográficos clasificados desarrollados bajo el control de una autoridad de certificación criptográfica de un Estado miembro o del Reino Unido, y evaluados y certificados por una de dichas autoridades, y que hayan sido certificados por la Unión hasta el final del período transitorio y estén presentes en el Reino Unido no se transfieran a un tercer país.

4. Se aplicarán a dichos productos los requisitos, las limitaciones y las condiciones establecidos en la certificación para la Unión de los productos criptográficos.

[15] Una decisión de adecuación es una decisión adoptada por la Comisión Europea en base al art. 45 RGPD (por ejemplo, la decisión de adecuación sobre Japón adoptada por la Comisión el 23 enero 2019). La UE ya había adoptado otras decisiones de adecuación sobre terceros países como Argentina, Nueva Zelanda e Israel, entre otros). En la actualidad no existe una decisión de adecuación vigente para el Reino Unido.

[16] *Vid.* STJUE 6 octubre 2015, as. C–362/14 *Maximillian Schrems / Data Protection Commissioner*.

posición que ostenta la decisión de adecuación, a tenor de la redacción de los arts. 45 y 46 RGPD, supone el instrumento predilecto y el más garantista para las transferencias internacionales, puesto que la redacción del art. 46 RGPD demuestra que los otros instrumentos suponen una excepción a la existencia de una decisión de adecuación. El contenido mínimo que debe contener la legislación británica para obtener la decisión de adecuación se regula en el art. 45 RGPD[17].

[17] Art. 45. *Transferencias basadas en una decisión de adecuación*. 1. Podrá realizarse una transferencia de datos personales a un tercer país u organización internacional cuando la Comisión haya decidido que el tercer país, un territorio o uno o varios sectores específicos de ese tercer país, o la organización internacional de que se trate garantizan un nivel de protección adecuado. Dicha transferencia no requerirá ninguna autorización específica.

2. Al evaluar la adecuación del nivel de protección, la Comisión tendrá en cuenta, en particular, los siguientes elementos:

a) el Estado de Derecho, el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la legislación pertinente, tanto general como sectorial, incluida la relativa a la seguridad pública, la defensa, la seguridad nacional y la legislación penal, y el acceso de las autoridades públicas a los datos personales, así como la aplicación de dicha legislación, las normas de protección de datos, las normas profesionales y las medidas de seguridad, incluidas las normas sobre transferencias ulteriores de datos personales a otro tercer país u organización internacional observadas en ese país u organización internacional, la jurisprudencia, así como el reconocimiento a los interesados cuyos datos personales estén siendo transferidos de derechos efectivos y exigibles y de recursos administrativos y acciones judiciales que sean efectivos;

b) la existencia y el funcionamiento efectivo de una o varias autoridades de control independientes en el tercer país o a las cuales esté sujeta una organización internacional, con la responsabilidad de garantizar y hacer cumplir las normas en materia de protección de datos, incluidos poderes de ejecución adecuados, de asistir y asesorar a los interesados en el ejercicio de sus derechos, y de cooperar con las autoridades de control de la Unión y de los Estados miembros, y

c) los compromisos internacionales asumidos por el tercer país u organización internacional de que se trate, u otras obligaciones derivadas de acuerdos o instrumentos jurídicamente vinculantes, así como de su participación en sistemas multilaterales o regionales, en particular en relación con la protección de los datos personales.

3. La Comisión, tras haber evaluado la adecuación del nivel de protección, podrá decidir, mediante un acto de ejecución, que un tercer país, un territorio o uno o varios sectores específicos de un tercer país, o una organización internacional garantizan un nivel de protección adecuado a tenor de lo dispuesto en el ap. 2 del presente artículo. El acto de ejecución establecerá un mecanismo de revisión periódica, al menos cada cuatro años, que tenga en cuenta todos los acontecimientos relevantes en el tercer país o en la organización internacional. El acto de ejecución especificará su ámbito de aplicación territorial y sectorial, y, en su caso, determinará la autoridad o autoridades de control a que se refiere el ap. 2, letra b), del presente artículo. El acto de ejecución se adoptará con arreglo al procedimiento de examen a que se refiere el art. 93, ap. 2.

Vid. Decisión de Ejecución (UE) 2019/419 de la Comisión, de 23 enero 2019, con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la adecuación de la protección de los datos personales por parte de Japón en virtud de la Ley sobre la protección de la información personal (DO 19 marzo).

4. La Comisión supervisará de manera continuada los acontecimientos en países terceros y organizaciones internacionales que puedan afectar a la efectiva aplicación de las decisiones

En definitiva, se deben garantizar: 1) el contenido de las normas aplicables; y, 2) los medios para garantizar su aplicación efectiva. Este contenido debe ser completado con las disposiciones del WP254 del Comité Europeo de Protección de Datos "Referencias sobre adecuación", la cual se centra de manera más pormenorizada en los criterios del art. 45 RGPD. Pero observando la nueva legislación autónoma del Reino Unido, derivada del RGPD, el Reino Unido no debería tener apenas obstáculos a la hora de perseguir la decisión de adecuación, pero esa tarea llevará tiempo, mientras tanto se debe tomar las medidas necesarias para la circulación de datos personales.

III. MEDIDAS QUE SE DEBEN ADOPTAR EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL TRAS EL BREXIT.

Aunque el Reino Unido deje de ser miembro de la Unión Europea, según el mencionado Acuerdo de Retirada, debe seguir aplicando el derecho de la Unión Europea a todos los datos de interesados fuera del Reino Unido que se hayan tratado con anterioridad al fin del periodo transitorio. Ello implica que, a efectos de exportación de datos, la situación del Reino Unido es equiparable a la de un Estado Miembro. Para enviar datos al Reino Unido no

adoptadas con arreglo al ap. 3 del presente artículo y de las decisiones adoptadas sobre la base del art. 25, ap. 6, de la Directiva 95/46/CE.

5. Cuando la información disponible, en particular tras la revisión a que se refiere el ap. 3 del presente artículo, muestre que un tercer país, un territorio o un sector específico de ese tercer país, o una organización internacional ya no garantiza un nivel de protección adecuado a tenor del ap. 2 del presente artículo, la Comisión, mediante actos de ejecución, derogará, modificará o suspenderá, en la medida necesaria y sin efecto retroactivo, la decisión a que se refiere el ap. 3 del presente artículo. Dichos actos de ejecución se adoptarán de acuerdo con el procedimiento de examen a que se refiere el art. 93, ap. 2.

Por razones imperiosas de urgencia debidamente justificadas, la Comisión adoptará actos de ejecución inmediatamente aplicables de conformidad con el procedimiento a que se refiere el art. 93, ap. 3.

6. La Comisión entablará consultas con el tercer país u organización internacional con vistas a poner remedio a la situación que dé lugar a la decisión adoptada de conformidad con el ap. 5.

7. Toda decisión de conformidad con el ap. 5 del presente artículo se entenderá sin perjuicio de las transferencias de datos personales al tercer país, a un territorio o uno o varios sectores específicos de ese tercer país, o a la organización internacional de que se trate en virtud de los artículos 46 a 49.

8. La Comisión publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea y en su página web una lista de terceros países, territorios y sectores específicos en un tercer país, y organizaciones internacionales respecto de los cuales haya decidido que se garantiza, o ya no, un nivel de protección adecuado.

9. Las decisiones adoptadas por la Comisión en virtud del art. 25, ap. 6, de la Directiva 95/46/CE permanecerán en vigor hasta que sean modificadas, sustituidas o derogadas por una decisión de la Comisión adoptada de conformidad con los apartados 3 o 5 del presente artículo.

es preciso ampararse en ninguno de los instrumentos de transferencia internacional de datos previstos por el RGPD.

Las empresas que estén transfiriendo datos al Reino Unido pueden seguir haciéndolo del mismo modo que lo hacía hasta ahora; y es posible iniciar nuevas transferencias con los mismos criterios aplicados hasta la fecha mientras esté en vigor el Acuerdo de Retirada. Las futuras relaciones entre la Unión Europea y el Reino Unido en materia de protección de datos deberán establecerse en los acuerdos que comienzan a negociarse a partir de la entrada en vigor del Acuerdo de Retirada. En el ámbito de la protección de datos, la opción que, en principio, resulta más previsible es que la Comisión Europea pudiera adoptar una "decisión de adecuación" en la que se reconozca que el Reino Unido ofrece un nivel de protección esencialmente equivalente al que proporciona el marco normativo de la Unión Europea.

El propio Acuerdo de Retirada señala expresamente que "la Comisión Europea iniciará lo antes posible, tras la retirada del Reino Unido, las evaluaciones respecto de dicho país, con ánimo de adoptar las decisiones correspondientes a más tardar a finales de 2020, si se cumplen las condiciones aplicables"[18]. Para poder adoptar estas decisiones la Comisión deberá evaluar el ordenamiento jurídico y la práctica en materia de protección de datos en los países candidatos a la adecuación, pudiendo negociar con ellos la introducción de cambios normativos o en la aplicación práctica de las normas que permitan asegurar la existencia de ese nivel adecuado de protección. Las decisiones se deben revisar regularmente, a fin de comprobar que se siguen dando las condiciones que permitieron su adopción. En el caso de que, finalmente, se produzca la declaración de adecuación mediante una decisión de la Comisión, el envío de datos al Reino Unido podría realizarse sin ningún tipo de requisito formal, de un modo similar en la práctica a como se haría para comunicaciones de datos entre los Estados Miembro.

1. Régimen de supervisión durante el periodo transitorio

El RGPD establece un sistema de supervisión relativamente complejo, basado en el sistema conocido como "ventanilla única". Este sistema consiste, en que cuando un responsable o encargado de tratamiento de datos tienen varios establecimientos en la Unión Europea, la supervisión de los tratamientos de datos que realicen se lleva a cabo de forma cooperativa

[18] [<https://www.lamoncloa.gob.es/brexit/preparacion2/Paginas/161019.aspx >] (fecha de consulta: 14/02/2020).

entre todas las autoridades de supervisión de los países donde existen establecimientos bajo la dirección y coordinación de una autoridad de supervisión "principal", que es la del Estado Miembro donde se sitúa el establecimiento principal del responsable o encargado. El mismo principio es aplicable cuando los tratamientos, tenga o no el responsable o encargado varios establecimientos en la Unión, afecta significativamente a personas en varios Estados Miembros.

Según los términos del Acuerdo de Retirada, la autoridad de supervisión del Reino Unido podrá seguir actuando como autoridad "principal" o autoridad afectada en los procedimientos en que estén involucrados responsables o encargados con establecimiento, principal o no, en el Reino Unido o personas en el Reino Unido que estén significativamente afectadas por estos tratamientos.

La autoridad de supervisión de Reino Unido deberá aplicar las disposiciones RGPD que regulan los procedimientos de supervisión y está sometida a las decisiones que puedan adoptar el Comité Europeo de Protección de Datos, la Comisión o el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los casos en que el RGPD prevé su intervención. Por lo que el "modelo de control" diseñado por el RGPD seguirá aplicándose como hasta ahora por lo que respecta a la autoridad de supervisión del Reino Unido mientras se mantenga la vigencia del Acuerdo de Retirada.

La única y sustancial diferencia es que la autoridad de supervisión del Reino Unido no podrá participar como miembro con derecho a voto en las reuniones del Comité Europeo de Protección de Datos (en adelante, el CEPA) dedicadas a dirimir conflictos entre autoridades en la aplicación de estas disposiciones relativas a la supervisión o control.

2. Incidencia del Brexit en los datos de carácter personal alojados en redes, sistemas de información y bases de datos del Reino Unido

Otra de las cuestiones preocupante es la relativa al alojamiento de datos en redes, sistemas de información y bases de datos británicos, y las incidencias jurídicas que ello puede acarrear (siendo una de las principales, el impacto que produciría sobre la cooperación judicial y policial existente en el Espacio Europeo, que se sustenta en la libre circulación de datos entre las autoridades de los Estados Miembros y la Unión Europea). Quiere ello decir que, ante la finalización del Acuerdo de retirada o que, finalmente, la Comisión no reconozca al Reino Unido como "país seguro", las autoridades de la Unión Europea y de sus Estados Miembros dejarán de tener acceso directo a las redes, sistemas de información y bases de datos del Reino

Unido, debiendo aplicar, en consecuencia, los marcos jurídicos y mecanismos de cooperación alternativos que ofrece el Derecho Internacional y cada uno de los ordenamientos jurídicos internos del Estado Miembro en cuestión.

Si bien lo anterior no implica un abandono de la cooperación judicial y policial con el Reino Unido, sí que se traduce en menores garantías en comparación con las políticas, protocolos y normas existentes en el ámbito territorial de la Unión Europea y los países que la integran. Por su parte, y como se desprende lógicamente de lo anterior, hay que tener en cuenta que, una vez se haya retirado el Reino Unido del Espacio Europeo, el acceso de las autoridades británicas a las redes, sistemas de información y bases de datos de la Unión Europea ya no será posible.

Con todo, ante el volumen de datos personales existente en los sistemas informáticos, ya sea de datos de la Unión Europea en el Reino Unido o de datos recibidos del Reino Unido antes de la fecha de retirada, no existe la obligación de suprimir de los sistemas nacionales o de la Unión Europea, tales datos obtenidos de forma legal por parte de organizaciones públicas y privadas, salvo en dos supuestos:

Cuando el Reino Unido solicite la supresión por ostentar un dominio sobre los datos en cuestión; o,

Cuando se determine por la autoridad competente una limitación del tratamiento de acuerdo con la normativa aplicable.[19]

3. Instrumentos de transferencia de datos de carácter personal disponibles

El Reino Unido dispondrá a falta de una decisión de adecuación tras el periodo transitorio, de los siguientes instrumentos de transferencia internacional de datos personales:

A) Cláusulas Contractuales Tipo o *ad hoc.*

La Unión Europea, en su misión de facilitar el movimiento internacional de datos personales, emitió una serie de Decisiones por las cuales se aprueban un clausulado a firmar entre el importador y exportador de datos personales, cuyo uso permite efectuar una transferencia internacional de datos personales sin necesidad de una autorización por parte de la

[19] *Vid.* Medidas de protección de datos y sistemas de información ante un eventual "Brexit" sin acuerdo en: [<https://www.lealtadis.es/medidas–proteccion–de–datos–y–sistemas–informacion–ante–un–brexit–sin acuerdo/>] (fecha de consulta: 14/02/2020).

autoridad de control competente. Actualmente, las Cláusulas Contractuales Tipo se dividen en dos grupos que son: a) Cuando se traten de transferencias entre responsables de tratamiento; o, b) Cuando se traten de transferencias entre encargados.

i) Cuando se traten de transferencias entre responsables de tratamiento. En este caso, podrán utilizarse las cláusulas recogidas en la Decisión 2001/497/CE, de 15 junio 2001, relativa a cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a un tercer país entre responsables[20]; y la Decisión 2004/915/CE, de 27 diciembre 2004, por la que se modifica la Decisión 2001/497/CE en lo relativo a la introducción de un conjunto alternativo de cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a terceros Estados (versión consolidada de 1 abril 2005)[21], modificada por la Decisión de ejecución 2016/2297/CE [22].

Las cláusulas contenidas en la Decisión 2001/497/CE prevén un régimen de responsabilidad solidaria entre ambos responsables en el caso de que el afectado haya sufrido algún tipo de perjuicio. En cambio, el conjunto de cláusulas de la Decisión 2004/915/CE regulan un régimen de responsabilidad basado en la debida diligencia[23] por la cual el importador y exportador de datos responderán ante los afectados por el incumplimiento de sus obligaciones respectivas. El exportador será responsable si no realiza esfuerzos razonables para determinar si el importador es capaz de cumplir sus obligaciones legales. Se prevé una mayor intervención del exportador a la hora de la resolución de las reclamaciones de los afectados. La autoridad de control podrá prohibir o suspender con más facilidad las transferencias si el exportador rechaza tomar medidas contra el importador para hacerle cumplir sus obligaciones.

Ambos conjuntos de cláusulas tienen una composición rígida. Solo se puede elegir uno de ellos, sin que quepa utilizar cláusulas de los dos modelos en un mismo contrato, ni modificar las existentes.

ii) Cuando se traten de transferencias entre encargados. En este supuesto, podrán utilizarse las cláusulas recogidas en la Decisión 2010/87/UE de la Comisión, de 5 febrero 2010, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento

[20] DO L nº 181 de 4.6.2001.

[21] DO L nº 385 de 29.12.2004.

[22] DO L 344 de 17.12.2016.

[23] *Vid.* Statement on the implementation of the judgement of the Court of Justice of the European Union of 6 October 2015 in the *Maximilian Schrems v Data Protection Commissioner case* (C–362–14).

establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, modificada por la Decisión de ejecución 2016/2297/CE.[24]

Esta Decisión contiene cláusulas específicas para la subcontratación por un encargado del tratamiento establecido en un tercer país a otros subencargados establecidos en terceros países. También añaden las condiciones que debe cumplir el subtratamiento para garantizar que los datos personales sigan protegidos con independencia de una ulterior transferencia a un subencargado del tratamiento. Ese subtratamiento no podrá exceder de las operaciones estipuladas en el contrato; por lo que deberá adecuarse al principio de finalidad. Aun si el subencargado incumple sus obligaciones, el importador de datos continuará siendo responsable. Al igual que las anteriores cláusulas, no solo son exigibles entre los importadores y exportadores; también son exigibles por el afectado cuando sufra un perjuicio derivado de un incumplimiento contractual.

Es importante destacar que las Cláusulas tipo de protección de datos no pueden modificarse y deben firmarse tal como se entregan. No obstante, estos contratos pueden incluirse en un contrato más amplio y se pueden añadir cláusulas adicionales siempre y cuando no contradigan, de forma directa o indirecta, las Cláusulas tipo de protección de datos adoptadas por la Comisión Europea, en consonancia con el Considerando 109 RGPD.

Si se pretendiese modificar el contenido de las cláusulas, pasarán a considerarse contratos a*d hoc*. Estos contratos suponen cláusulas contractuales sin reconocimiento por parte de la Comisión sobre el contenido del clausulado, por lo que depende de la autoridad de control garantizar el contenido. Antes de efectuar cualquier transferencia, sobre la base de las cláusulas *ad hoc* la autoridad de control nacional competente debe autorizar estas cláusulas contractuales adaptadas, previo dictamen del CEPD[25].

B) Normas Corporativas Vinculantes

Cuando se traten de transferencias internacionales de datos entre empresas del mismo grupo, el RGPD ha previsto un régimen "a medida" para aquellas entidades, conocidas como Normas Corporativas Vinculantes (en lo sucesivo, NCV). El Considerando 110 RGPD otorga la posibilidad de que un grupo empresarial pueda invocar unas NCV autorizadas para efectuar

[24] DO L 344 de 17.12.2016.

[25] A. Ortega Giménez y J.J. Gonzalo Domenech, "Brexit y protección de datos de carácter personal…", *loc. cit.*, pp. 1–23.

transferencias internacionales de datos a otras entidades del grupo situadas en terceros países, siempre que tales normas incluyan las garantías necesarias, y que en ningún caso vendrán a sustituir la legislación imperativa sobre protección de datos[26].

Actualmente, el art. 4.20) RGPD los define como "las políticas de protección de datos personales asumidas por un responsable o encargado del tratamiento establecido en el territorio de un Estado miembro para transferencias o un conjunto de transferencias de datos personales a un responsable o encargado en uno o más países terceros, dentro de un grupo empresarial o una unión de empresas dedicadas a una actividad económica conjunta". Son, en definitiva, normas internas adoptadas por un grupo multinacional de empresas que definen su política global con respecto a las transferencias internacionales de datos personales dentro de un mismo grupo empresarial a entidades situadas en países que no ofrecen un nivel adecuado de protección. Están destinadas únicamente a los grupos empresariales.

C) Transferencias internacionales de datos del Reino Unido a Estados miembros de la Unión Europea

Para los casos de transferencias internacionales desde el Reino Unido a la Unión Europea, dependerá del régimen jurídico que quede entre el Reino Unido y la Unión Europea.

Sí, al final, se aprueba el acuerdo, se seguirá aplicando el Derecho de la Unión Europea, por lo que nada cambiaría en este sentido, al menos, durante el periodo de transición.

En caso contrario, y puesto que el Reino Unido deja de obedecer a la normativa europea, será competencia de su Derecho interno determinar la legalidad de las transferencias internacionales de datos personales. En este caso, debemos acudir al régimen creado por el UK GDPR y la *Data Protection Act 2018*. En este sentido, al adoptar el RGPD como norma autónoma, asumen los mismos instrumentos de transferencias internacionales de datos personales; de forma que el Reino Unido:

- Reconocerá a los Estados del EEE como países seguros;
- Reconocerá a cómo países seguros aquellos que lo hayan sido declarados por la Unión Europea;

[26] *Vid.* H. Thomas y otros, *Legal Aspects of Digital Preservation*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013, p. 86.

- Asumirá los modelos de Cláusulas Contractuales Tipo de la Comisión Europea; y
- Mantendrá las autorizaciones prestadas para las NCV.

Para facilitar esta transición, la *Information Commissioner's Officer* ha emitido una serie de plantillas para la realización de transferencias internacionales mediante las Cláusulas Contractuales Tipo.

VI. APLICACIÓN EXTRATERRITORIAL RGPD Y RELACIONES PRIVADAS INTERNACIONALES.

Una vez que el Brexit se materialice definitivamente y el periodo de transición finalice, a todos los responsables y encargados que traten datos personales de personas que estén en la Unión Europea les será de aplicación: a) las normas respecto a la aplicación extraterritorial RGPD, según el art. 3 RGPD, acorde con las Directrices 3/2018 sobre la aplicación territorial RGPD, del Comité Europeo de Protección de Datos; y, b) las normas de Derecho internacional privado, a la hora de atender a las reclamaciones tanto contractuales como extracontractuales en materia de protección de datos.

1. Aplicación extraterritorial RGPD en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión Europea

A) Concepto de establecimiento en la Unión Europea

El art. 3.1º RGPD estipula que se aplicará la legislación europea cuando ese tratamiento de datos se lleve a cabo en el contexto de las actividades de un establecimiento del responsable o del encargado en la Unión Europea, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no. Así pues, cualquiera de esos actos realizados sobre los datos personales de cualquier individuo en el ámbito de la Unión se les aplicará la legislación europea. Es por este supuesto de sujeción que todas las empresas británicas que tengan *branchs* o entidades subsidiarias se encontrarán sujetas a esta legislación.

La cuestión más discutida por el TJUE ha sido la definición de "establecimiento". El RGPD en su Considerando 22 describe que "un establecimiento implica el ejercicio de manera efectiva y real de una actividad a través de modalidades estables. La forma jurídica que revistan

tales modalidades, ya sea una sucursal o una filial con personalidad jurídica, no es el factor determinante al respecto".[27]

El concepto de "establecimiento" se extiende a cualquier actividad real y efectiva, aun mínima, ejercida mediante una instalación estable. Se utiliza esta concepción flexible de establecimiento para garantizar el derecho a la protección de datos, como reza el Considerando 23 RGPD. Una vez descrita la del art. 4.16) RGPD ha considerado en su definición el concepto de "establecimiento principal". La inclusión de dicha definición aclara y delimita cuestiones altamente relevantes como la concreción de un establecimiento principal del responsable o de un encargado con varios establecimientos en la Unión mediante reglas marcadas por el principio de especialidad y jerarquía.

Así, en el supuesto de un responsable con varios establecimientos, como norma general se considerará principal el establecimiento desde se lleve a cabo la administración central en la Unión. Pero como norma especial, si las decisiones sobre los fines y los medios del tratamiento se toman en otro establecimiento, y tiene el poder para hacerlas efectivas, se considerará como principal este último.

En cuanto al supuesto de un encargado con varios establecimientos, se considerará principal el establecimiento en el que se lleve a cabo la administración central en la Unión. Si careciera de ella, como norma supletoria, será el establecimiento del encargado en la Unión Europea en el que se realicen las principales actividades de tratamiento en el contexto de las actividades de un establecimiento del encargado.[28]

B) La relación entre el establecimiento y las actividades realizadas respecto al tratamiento de datos.

Tal y como se acaba de decir, y como se dicta en reiteradas SSTJUE[29], tal tratamiento debe llevarse a cabo "en el contexto de las actividades del establecimiento". Para explicar tal concepto, debemos acudir a las Directrices 3/2018 anteriormente mencionadas.

Para aclarar esta relación, el Comité Europeo de Protección de Datos nos recuerda la jurisprudencia la STJUE en el caso *Google Spain*, exige confirmar que las actividades de un establecimiento local y las actividades de

[27] STJUE *Weltimmo* (Asunto C–230/14) de 1 octubre 2015. ECLI:EU:C:2015:639.

[28] A. Ortega Giménez y J.J. Gonzalo Domenech, "Brexit y protección de datos de carácter personal…", *loc. cit*., pp. 1–23.

[29] *Vid. Google Spain*, C–131/12, ECLI:EU:C:2013:424 (párr. 52); *Weltimmo*, C–230/14 ECLI: EU:C:2015:639 (párr. 35), y *Amazon EU Sàrl*, C–362/14 ECLI:EU:C:2015:650 (p. 78).

tratamiento de datos puedan estar inextricablemente vinculadas, Incluso si ese establecimiento no está asumiendo realmente ningún papel en el propio tratamiento de datos. Si el tratamiento de los datos se lleva a cabo por establecimientos no establecidos en la Unión, y el establecimiento en la Unión no interviene en dicho tratamiento, las actividades llevadas a cabo por ese establecimiento pueden, subsidiariamente, otorgar la protección que ofrece la legislación europea, siempre que exista esa "vinculación inextricable" entre las actividades del establecimiento en la Unión y el procesamiento de datos, independientemente de que el tratamiento se lleve a cabo en la Unión.

Teniendo claro el hecho de sujeción, ya no importa la localización geográfica, sino la relación de medio a fin entre el tratamiento de datos personales y la actividad realizada; ni siquiera se discrimina a los afectados los cuales se tratan los datos personales, siempre y cuando se encuentren en la Unión Europea. Atrás queda la interpretación otorgada por una defectuosa redacción del art. 3 RGPD, corregida por la Corrección de errores el 23 mayo 2018, la cual limitaba la aplicación a los datos personales de personas que residían en la Unión Europea.[30]

C) El criterio de localización en las relaciones responsables entre responsables y encargados.

Partiendo de la base de una primacía de la relación de la actividad con el tratamiento de datos sobre la localización geográfica del tratamiento, el criterio de localización se utiliza a la hora de determinar la aplicación de las obligaciones a los responsables y encargados de tratamiento. Debemos afirmar que, aunque ambos sujetos se caracterizan por tratar datos personales, no tienen el mismo régimen de obligaciones. El régimen de obligaciones del responsable del tratamiento está regido únicamente de manera legal; en cambio, el régimen del encargado de tratamiento variará si este está sito en la Unión Europea o en un tercer Estado. Si el encargado estuviese sito en la Unión Europea, no solo se le aplica las obligaciones RGPD, sino también las disposiciones contractuales del acuerdo del art. 28 RGPD, en particular, sobre el régimen de colaboración del encargado con el responsable en el cumplimiento de las obligaciones de este último. En cambio, si el encargado está sito fuera de la Unión Europea, no se le puede aplicar el RGPD, al no ser considerado un establecimiento del responsable, ni porque trate los datos de ciudadanos europeos, de forma que la aplicación RGPD se determina por las obligaciones contractuales que se determinen en el contrato. Añadido a esto, en el caso de que un responsable en la Unión

[30] A. Ortega Giménez y J.J. Gonzalo Domenech, "Brexit y protección de datos de carácter personal…", *loc. cit.*, pp. 1–23.

Europea recurra a un encargado británico, se deberá recurrir a las Cláusulas Contractuales Tipo, que con garantías adicionales para efectuar la transferencia internacional.

2. Actividades de tratamiento relacionadas con la oferta de bienes o servicios a afectados en la Unión Europea, independientemente de si a estos se les requiere su pago.

A) Concepto de interesado "que se encuentra en la Unión Europea"

El criterio del art. 3.2º facilita el sometimiento a la legislación europea de quienes no están establecidos en la Unión y tratan datos de individuos que se encuentran en ese territorio en circunstancias en las que se observa necesario aplicarlas[31]. El presente artículo fue modificado para esclarecer la redacción y el ámbito de aplicación como se comentó anteriormente, puesto que en la versión en otros idiomas, como en la española, exigía que los interesados "residan" en la Unión Europea, de forma que limitase el ámbito de aplicación a uno más adecuado, evitando una extralimitación abusiva del ámbito de aplicación[32].

B) Oferta de bienes y servicios a los interesados en la Unión Europea

El RGPD exige que se cumplan una serie de condiciones: a) El tratamiento efectivo de los datos personales; y b) La dirección de las actividades del responsable a interesados en la Unión Europea.

Debemos partir de la descripción que realiza el Considerando 23 RGPD, el cual determina que si el responsable o encargado ofrece bienes o servicios a afectados que se encuentren en la Unión, debe determinarse si es evidente que el responsable o el encargado proyecta ofrecer servicios a afectados en uno o varios de los Estados miembros de la Unión (*targeting–based analysis*)[33]. El Considerando no contempla que la accesibilidad web, el uso de un tercer idioma común o datos de contacto como indicios de oferta de

[31] P.A. de Miguel Asensio, "Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea", *REDI*, 2015, nº 1º, vol. 69, 2017, p. 14.

[32] M. Brkan, "Data protection and conflict–of–laws: a challenging relationship", *European Data Protection Law Review*, vol. 2, nº 3, 2016, p. 337; D.J. Svantesson, *Extraterritoriality in Data Privacy Law*, Copenhague, Ex tuto Publishing, 2013, p. 107; J.J. Gonzalo Domenech, "Algunas cuestiones relevantes de Derecho internacional privado en el Reglamento General de Protección de Datos", *Revista Boliviana de Derecho*, nº 26, 2018, p. 413.

[33] M. Geist, "Is There a There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction", *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 16, nº 3, 2001, pp. 1345–1406.

servicios y productos en la Unión, como dicta la STJUE *Wertimmo*. Sí considera, por el contrario, el uso de la lengua, la moneda, o la mención de clientes o usuarios que residen en la Unión indicios de que el encargado o responsable dirige su oferta al territorio de la Unión, en clara atención a la doctrina establecida en la STJUE *Pammer y Hotel Alpenhor*[34], consolidada en las SSTJUE *Mühlleitner*[35], y *Emrek*[36] [37], y avalada por el CEPD.

La jurisprudencia obliga a valorar la existencia de una actividad dirigida mediante determinados indicios, como la oferta de tales servicios o productos en Estados miembros de la Unión Europea, o la publicidad en distintos medios que facilitan su conocimiento por consumidores. El CEPD, en consonancia con la doctrina jurisprudencial ofrece un listado de indicios no exhaustivos, en los que se consideran como tal[38]:

- La UE o al menos un Estado miembro se designa por su nombre en relación con el bien o servicio ofrecido;
- El responsable del tratamiento o el encargado del tratamiento paga a un operador de motores de búsqueda por un servicio de referenciación en Internet con el fin de facilitar el acceso a su sitio por parte de los consumidores de la Unión; o bien el responsable del tratamiento o el encargado del tratamiento ha puesto en marcha campañas de comercialización y publicidad dirigidas al público de un país de la UE.
- El carácter internacional de la actividad de que se trata, como determinadas actividades turísticas;
- La mención de direcciones o números de teléfono específicos a los que se puede acceder desde un país de la UE;
- La utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto del tercer país en el que esté establecido el controlador o procesador, por ejemplo ".de", o la utilización de nombres de dominio de primer nivel neutrales, como ".eu";
- Descripción de las instrucciones de viaje desde uno o más Estados miembros de la UE hasta el lugar donde se presta el servicio;

[34] STJUE 7 diciembre 2010, *Pammer and Hotel Alpenhof*, C–585/08, ECLI:EU:C:2010:740.

[35] STJUE 6 septiembre 2012, *Daniela Mühlleitner,* C-190/11.

[36] STJUE 17 octubre 2013, *Emrek,* C-218/12, ECLI:EU:C:2013:494.

[37] *Vid.* El caso tratado en las SSTJUE citada no versa sobre protección de datos, sino de controversias en materia mercantil.

[38] La doctrina establecida por el TJUE deriva de la establecida por la *Supreme Court* estadounidense *Calder v. Jones* (465 U.S. 783 (1984)), en la que permite a los tribunales considerar si existe un mercado objetivo determinado mediante el uso de elementos como la lengua utilizada, la divisa, o la nacionalidad. Aunque algún sector entiende que a esta doctrina se le puede achacar su fuerte componente subjetivo. W.G. Jiménez–Benítez, "Rules for Offline and Online in Determining Internet Jurisdiction", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 26, 2015, pp. 13–62, esp. 30.

- La mención de una clientela internacional compuesta por clientes domiciliados en varios Estados miembros de la UE, en particular mediante la presentación de cuentas elaboradas por dichos clientes;
- El uso de una lengua o moneda distinta de la utilizada generalmente en el país del comerciante, especialmente una lengua o moneda de uno o más Estados miembros de la UE; y/o
- El responsable del tratamiento ofrece la entrega de bienes en los Estados miembros de la UE.

Debe restringirse únicamente a la actividad de tratamiento por la cual determine la aplicación de la normativa, no al resto de sus actividades las cuales no tienen relación con la oferta de los bienes y servicios, puesto que una aplicación contraria sería extralimitada al objeto que persigue proteger.

V. Reflexión final

El abandono de la Unión Europea por parte del Reino Unido va a tener importantes consecuencias en materia de protección de datos de carácter personal. Y es que, como hemos analizado, pasará a ser, un "tercer país" a efectos de aplicación RGPD, por lo que habrán de tenerse en cuenta las herramientas previstas para las transferencias internacionales de datos, con todas las dificultades y costes que ello genera para las empresas.

Pese a la reciente materialización del Brexit no significa la total exención al cumplimiento RGPD, puesto en el caso de que una entidad británica trate datos personales de ciudadanos que se encuentren en la Unión Europea, ya sea en un marco de acuerdo o por la aplicación extraterritorial RGPD, deberá cumplir con las obligaciones RGPD.

Todo apunta a que el Reino Unido será considerado "país seguro", ya que ha demostrado que pese a su salida de la Unión Europea hará todo lo posible por mantener un "nivel de protección alto" respecto a la protección de datos, en los términos exigidos por el RGPD (así lo acredita la aprobación de la *Data Protection Act 2018* y, prueba de ello, es su adaptación al RGPD).

En definitiva, parece que el Reino Unido está comprometido con los altos estándares de protección de datos establecidos en el RGPD. Sin embargo, es posible que deban asegurarse de que existen garantías adecuadas para mantener cualquier flujo de datos desde la Unión Europea al Reino Unido. Respecto a las obligaciones de las entidades europeas, no variarán demasiado por la gran similitud de la legislación entre ambos bloques (*Reino Unido vs. Unión Europea)*.

BIBLIOGRAFÍA

Brkan, M.: "Data protection and conflict–of–laws: a challenging relationship", *European Data Protection Law Review*, nº 3, vol. 2, 2016, pp. 337 ss.

Corral Sastre, A.: Las transferencias de datos personales al Reino Unido en la era postbrexit", *Diario la Ley*, Especial Revista de Derecho Digital e Innovación, nº 3, 2019, p.p 14 ss.

De Hert, P. y Papakonstantinou, V.: The rich contribution to the field of EU data protection: Let's not go for third country *status* after Brexit", *Computer Law & Security Review*, nº 33, 2017, pp. 357 ss.

De Miguel Asensio, P.A.: "Competencia y Derecho aplicable en el Reglamento General sobre Protección de Datos de la Unión Europea", *REDI*, 2015, nº 1º, vol. 69, 2017, pp. 14 ss.

Geist, M.: "Is There a There? Toward Greater Certainty for Internet Jurisdiction", *Berkeley Technology Law Journal*, *nº* 3º, vol. 16, 2001, pp. 1345–1406.

Gonzalo Domenech, J.J.: "Algunas cuestiones relevantes de Derecho internacional privado en el Reglamento General de Protección de Datos", *Revista Boliviana de Derecho*, nº 26, 2018, pp. 404–437.

Jiménez-Benítez, W.G.: "Rules for Offline and Online in Determining Internet Jurisdiction", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, nº 26, 2015, pp. 13–62.

Ortega Giménez, A. y Gonzalo Domenech, J.J.: "Brexit y protección de datos de carácter personal: ¿dejará de ser el Reino Unido un "país seguro" ?, *Revista Aranzadi Unión Europea*, nº 11/2019, 2019, pp. 1–23.

Sarmiento, D.: "Y después del Brexit… ¿Qué?", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 64, pp. 42 ss.

Svantesson, D. J.: *Extraterritoriality in Data Privacy Law*, Ex tuto Publishing, Copenhague, 2013, pp. 107 ss.

Thomas, H. y otros: *Legal Aspects of Digital Preservation*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2013.

Recibido: 31 mayo 2020
Aceptado: 6 junio 2020

Brexit y *common law*: influencia en el Derecho internacional privado de la Unión Europea

Ángel Mª BALLESTEROS BARROS*

SUMARIO: I. Presupuestos metodológicos. II. El conflicto de jurisdicciones en el DIPr de la UE post–Brexit. 1. *Choice–of–Forum clauses*. 2. Litigios post–Brexit en el Reino Unido. III. El conflicto de leyes en el DIPr de la UE post–Brexit. 1. Derecho material *vs* DIPr. 2. Influencia del *common law* en el DIPr conflictual: A) Modernización de las normas de conflicto; B) Influencia del *common law* en el DIPr conflictual post–Brexit. IV. Influencia del *common law* en jurisprudencia del TJUE. 1. Valor de la jurisprudencia del TJUE como fuente del Derecho. 2. *Common law* y jurisprudencia del TJUE: A) Calificaciones autónomas; B) El desarrollo judicial del TJUE: el DIPr de sociedades. V. Perspectiva final.

RESUMEN: El estudio analiza la influencia del *common law* en el proceso de desarrollo legislativo y jurisprudencial del Derecho internacional privado de la UE y su proyección diacrónica respecto de las previsibles consecuencias del Brexit. Siguiendo el método hipotético–deductivo, examina la cuestión desde la perspectiva del conflicto de jurisdicciones, del conflicto de leyes y de la jurisprudencia del TJUE.

PALABRAS CLAVE: BREXIT – COMMON LAW – DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – UNIÓN EUROPEA.

Brexit and Common Law: influence on the EU Private international law

ABSTRACT: The study analyzes the influence of common law in the process of legislative and judicial development of the EU private international law and its diachronic projection regarding the foreseeable consequences of Brexit. Following the hypothetical–deductive method, it examines the issue from the perspective of the conflict of jurisdictions, the conflict of laws and the case–law from the EU Court of Justice.

KEYWORDS: BREXIT – COMMON LAW – PRIVATE INTERNATIONAL LAW – EUROPEAN UNION.

* Profesor Contratado Doctor (acred.) de Derecho internacional privado. Universidad de Cádiz.

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 67–98
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.03

I. PRESUPUESTOS METODOLÓGICOS

En el presente estudio se abordan las consecuencias del *Brexit* en la influencia que el *common law* representa en el desarrollo legislativo y jurisprudencial del Derecho internacional privado de la Unión Europea (en adelante DIPr de la UE). El hilo conductor de nuestra argumentación pretende ser la perspectiva del Derecho comparado como metodología de estudio[1], mecanismo impulsor de las reformas legislativas e instrumento de interpretación jurídica respeto de los diferentes sistemas jurídicos que se imponen en el mundo contemporáneo –esto es, el *civil law* y el *common law*–, que si bien difieren en cuanto a su estructura y fuentes, interaccionan en cuanto a los métodos utilizados[2].

La relación simbiótica entre el Derecho comparado y el DIPr pone de manifiesto la utilidad de analizar las técnicas propias del Derecho privado material en conjunción con la metodología aplicada a la elaboración de las normas que resuelven los conflictos de jurisdicción y de leyes[3]. Ello no quiere decir que el presente estudio sea un análisis de Derecho sustancial comparado, sino que el Derecho material y el DIPr confluyen e interaccionan[4].

Ambas disciplinas tienen como presupuesto de existencia la pluralidad y diversidad de ordenamientos jurídicos que provoca conflictos de leyes. Sin embargo, mientras que el Derecho comparado busca prevenir estos conflictos a través de la unificación o armonización del Derecho material, el DIPr. busca solucionarlos a través de la aplicación del método de atribución de las normas de conflicto. Esta tensión alimenta la dialéctica *universalismo vs conflictualismo*[5].

Desde esta perspectiva de análisis, por un lado, el Derecho comparado permite confrontar los métodos y sistemas de las diferentes tradiciones jurídicas occidentales (*common law* vs*. civil law*) para formular hipótesis de

[1] R. Michaels, "Comparative Law and Private International Law", en J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari y P. De Miguel Asensio, *Encyclopedia of Private International Law*, vol. 1, Edward Elgar, Cheltenham, 2017, pp. 417–424; M. Reimann, "Comparative Law and Private International Law", en M. Reimann y R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 1339–1370.

[2] R. David, C. Jauffret–Spinosi y M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12ª ed., París, Dalloz, 2016, pp. 15–20.

[3] F. Wilke, *A Conceptual Analysis of European Private International Law. The General Issues in the EU and its Member States*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 14–26.

[4] K. Boele–Woelki, "Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws", *Recueil des Cours*, t. 340, 2009.

[5] B. Fauvarque–Cosson, "Comparative Law and Conflicts of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple", *Am. J. Comp. L.*, vol. 49, 2001, pp. 407–427.

trabajo en cuanto a su convergencia o divergencia[6]. Para los autores partidarios de la convergencia, los sistemas de ambos modelos interaccionan y ejercen recíproca influencia[7], sin que ello implique identidad de planteamientos sino "*convergencia por congruencia*"[8].

Por otro lado, el DIPr permite confrontar los métodos normativos empleados para resolver los conflictos de leyes que este pluralismo plantea y la influencia que ambas tradiciones jurídicas ejercen en el proceso de elaboración de normas internacionales o supranacionales.

Una de los mejores escenarios de esta interacción o tensión dialéctica entre el Derecho comparado y el DIPr nos lo brinda el proceso de comunitarización del DIPr en la UE[9]. Por ello, el propósito de nuestra investigación consiste en cuestionar qué grado de influencia presenta el *common law* en el diseño de las normas de DIPr de la UE en su convergencia o divergencia con el *civil law*.

Desde la perspectiva temporal, utilizaremos el método diacrónico[10], esto es, expondremos la síntesis de los resultados obtenidos en nuestro análisis científico retrospectivo para establecer en qué medida podemos prever las consecuencias que el Brexit podría tener en la influencia futura del *common law* en el desarrollo del DIPr de la UE.

De acuerdo con estos parámetros, en nuestro estudio científico seguiremos el método hipotético–deductivo, utilizando como premisa de partida la hipótesis de la influencia del *common law* en el proceso de desarrollo legislativo y judicial del DIPr comunitario y su proyección diacrónica respecto de las previsibles consecuencias del *Brexit*. Para ello, analizaremos la problemática desde la perspectiva del conflicto de

---

[6] D. Fairgrieve y H. Muir Watt, *Common law et tradition civiliste: convergence ou concurrence?*, Paris, PUF, 2006; M. Vranken, *Western legal traditions: a comparison of civil law and common law*, Sydney, The Federation Press, 2015.

[7] *Vid*. B. Markesinis (ed.), *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford, Clarendon Press, 1994; B. Markesinis, (ed.), *The Clifford Chance Millennium Lectures: The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000; Marchenko, M. N., *Convergence of Romano–Germanic and Anglo–Saxon Law*, en W. Butler, O. Kresin y L. Shemshuchenko (eds.), *Foundations of Comparative Law: Methods and Typologies*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2011, pp. 209 ss.

[8] *Vid*. M. Siems, *The End of Comparative Law*, Centre for Business Research, University of Cambridge, 2007, pp. 11–12.

[9] R. Zimmermann, "Comparative Law and Europeanization of Private Law", en M. Reimann y R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 557–598.

[10] C. McCruden, "What Does It Mean to Compare, and What Should It Mean?", en S. Besson, L. Heckendorn Urscheler y S. Jubé (eds.), *Comparing Comparative Law*, Schulthess, Ginebra/Zúrich, 2017, pp. 61–84.

jurisdicciones (*cf. infra* apartado II), del conflicto de leyes (*cf. infra* apartado III) y de la jurisprudencia del TJUE (*cf. infra* apartado IV)

II. EL CONFLICTO DE JURISDICCIONES EN EL DIPR DE LA UE POST–BREXIT

1. Choice–of–Forum clauses

A) Estado de la cuestión

Resulta una cuestión pacífica en la doctrina afirmar que, en particular en el ámbito de la contratación comercial internacional, existe una práctica extendida que refleja una tendencia a la elección de cláusulas de sumisión expresa a favor de los tribunales ingleses (en especial la *London Commercial Court*)[11]. Entre los múltiples factores que explican esta tendencia podemos destacar: la aplicación preeminente del Derecho inglés al contrato, la mayor reputación y experiencia de los tribunales británicos, el liberalismo del Derecho contractual como expresión de la autonomía de la voluntad, la eficiencia y rapidez de los procedimientos, y la posición estratégica de Londres como centro neurálgico y financiero de los negocios internacionales[12].

En el marco de las negociaciones sobre el futuro escenario de relaciones entre la UE y el Reino Unido (en adelante RU), la propuesta británica propone un acuerdo en materia de cooperación judicial basado en instrumentos multilaterales tales como la adhesión del RU al Convenio de Lugano de 2007 y al Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro[13].

En lo que respecta al Convenio de Lugano, el depósito el pasado 8 de abril de 2020 de su solicitud de adhesión por el RU representa el intento de

[11]. Según las estadísticas del estudio "*Portland reports: who use the comercial courts?*", en la última década el número de litigios ante la London Commercial Court en que son parte exclusivamente litigantes extranjeros con sede fuera del Reino Unido se ha incrementado hasta el 70 %. Fuente: [<https://portland–communications.com/publications/commercial–courts–report–2019>].

[12] E. Lein, R. McCorquodale, L. McNamara, H. Kupelyants, y J. Del Rio, *Factors Influencing International Litigants' Decisions to Bring Commercial Claims to the London Based Courts*, British Institute of International and Comparative Law y Ministerio de Justicia del Reino Unido, 2015, pp. 14–16.

[13] M. Checa Martínez, "Brexit y Cooperación Judicial Civil Internacional: opciones para Gibraltar", *Cuadernos De Gibraltar – Gibraltar Reports*, nº 3, 2018–2019, pp. 17–19 (disponible en [<https://doi.org/10.25267/Cuad_Gibraltar.2019.i3.1306>].

mantenimiento de la pirámide de foros del Reglamento 44/2001, antecedente del actual Reglamento 1215/2012, entre el RU y los Estados miembros de la UE, Suiza, Noruega e Islandia. En el caso del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro, el RU se adhirió el 28 de diciembre de 2018, pero de forma condicionada al resultado de las negociaciones del Brexit, para luego ser retirada el 31 de enero de 2020, sin perjuicio de volver a depositarla en función de la evolución de las negociaciones y antes de la finalización del período transitorio[14]. En todo caso, conviene tener en cuenta sus limitaciones en atención al ámbito material (acuerdos de sumisión expresa) y que solo resulta temporalmente aplicable respecto de acuerdos de elección de foro formalizados tras la entrada en vigor del propio Convenio para el Estado que deba aplicarlo, por lo que los acuerdos de elección de foro celebrados con anterioridad no podrán pasar automáticamente a estar regidos por el Convenio de La Haya de 2005, sino que seguirán haciéndolo por las reglas del Reglamento (UE) nº 1215/2012 (Bruselas I Bis)[15].

La aplicación de estos instrumentos garantizaría el reconocimiento de los acuerdos de elección del foro en los demás Estados miembros, con lo cual no presentaría una desventaja para seguir mantenimiento de Londres como lugar preferente en las cláusulas de sumisión expresa. Sin embargo, esta posición privilegiada podría ponerse en peligro en ausencia de aplicación de ambos instrumentos, pues se aplicarían las normas inglesas.

En el caso de que se hubiese pactado una cláusula de sumisión expresa a los tribunales ingleses, nos preguntamos qué ocurriría si una de las partes inicia un procedimiento en un Estado miembro. En ese supuesto, este último no estaría obligado a suspender sus procedimientos para permitir que los tribunales del RU conocieran del litigio. A este respecto, el artículo 33 del Reglamento Bruselas I otorga a los Estados miembros la facultad de suspender sus procedimientos si el tribunal del Estado no miembro ha conocido del asunto en primer lugar y debe esperar a que presente una decisión capaz de reconocimiento y ejecución en ese Estado miembro[16].

---

[14] *Ibíd*., p. 18.

[15] M. Ahmed y P. Beaumont, "Exclusive choice of court agreements: some issues on the Hague Convention on choice of court agreements and its relationship with the Brussels I recast especially anti–suit injunctions, concurrent proceedings and the implications of Brexit", *J. Priv. Int'l L.*, vol. 13, nº 2, 2017, pp. 386–410; B. Campuzano Díaz, *Los acuerdos de elección de foro. Un análisis comparado de su regulación en el Convenio de La Haya de 2005 y en el Reglamento 1215/2012*, Granada, Comares, 2018, pp. 52–80; M. Checa Martínez, "Brexit y Cooperación Judicial Civil Internacional: opciones para Gibraltar", *loc. cit*., p. 18.

[16] G. Rühl, "Judicial cooperation in civil and commercial matters after Brexit: which way forward?", *Int'l Comp. L. Q.*, vol. 67, nº 1, 2018, pp. 99–128, esp. p. 113.

Los problemas expuestos justifican un movimiento de los Estados miembros para tratar de atraer a su jurisdicción las cláusulas de sumisión expresa. En este proceso se incardina la creación de tribunales mercantiles especializados con competencia para conocer sobre litigios derivados de materias propias del DIPr y, en particular, de la contratación internacional (entre otros, *International Commercial Chamber* de París, *Netherland Commercial Court* de Amsterdam, la *Brussels International Business Court* o la propuesta de un tribunal especializado en Frankfort[17]). Esta tendencia plantea un escenario en que la posición privilegiada de Londres como centro neurálgico de la litigación internacional podría verse puesta en cuestión[18].

La multiplicación de tribunales internacionales provoca una competencia entre tribunales (*race to the court*)[19] y un incremento de los procedimientos paralelos. Para corregir estas consecuencias, algunos autores defienden *lege ferenda* la elaboración de procedimientos especiales sobre los litigios comerciales transfronterizos y la creación de una *European Commercial Court*, que aportaría seguridad jurídica en la resolución de controversias derivadas del comercio internacional[20]. Estas propuestas están incluso en documentos de trabajo de las instituciones comunitarias[21].

En cuanto al ámbito del arbitraje comercial internacional, es igualmente una práctica extendida la elección de convenios arbitrales en favor de cortes arbitrales del RU, en particular en materia de contratación comercial internacional, servicios bancarios y financieros, seguros, transporte marítimo, fusiones y adquisiciones. De hecho, en la mayor parte de asuntos sometidos a las cortes arbitrales del RU estas cláusulas compromisorias habían sido incluidas en el contrato por sociedades constituidas y con sede fuera del territorio británico[22].

---

[17] B. Hess y T. Boerner, "Chambers for International Commercial Disputes in Germany: The State of Affairs", *Erasmus Law Review*, vol. 12, 2019, pp. 33–41.

[18] A. Andreangli, "The consequences of Brexit for competition litigation: an end to a "success story"?", *European competition law review*, vol. 38, nº 5, 2017, pp. 228–236; X. Kramer, "A Common Discourse in European Private International Law? A View from the Court System", en J. von Hein, E. M. Kieninger y G. Rühl (eds.), *How European is European Private International Law?*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 215–234, esp. pp. 230–233.

[19] E. Themeli, *The Great Race of Courts: Civil Justice System Competition in the European Union*, Eleven International Publishing, 2018.

[20] G. Rühl, *Building Competence in Commercial Law in the Member States*, Study for the JURI Committee, European Parliament, 2018.

[21] T. Pfeiffer, "Ein europäischer Handelsgerichtshof und die Entwicklung des europäischen Privatrechts", *ZEuP*, 2016, pp. 795–800; G. Rühl, *Towards a European Commercial Court?*, 2018, *disponible en* [<http://conflictoflaws.net/2018/towards–aeuropean–commercial–court/>].

[22] De acuerdo con las estadísticas publicadas por la *London Court of International Arbitration*, en 2018 alrededor del 80 % de los asuntos involucraron a un litigante extranjero. London Court of International Arbitration, *Annual Casework Report 2018* [<https://www.lcia.org/lcia/reports. aspx>].

Cabe preguntarse si el Brexit producirá una disminución de esta tendencia y si, en consecuencia, la elección de las cláusulas arbitrales será en favor de los tribunales de otros Estados miembros o países terceros. A estas dudas contribuye el creciente debate sobre el auge de otras ciudades europeas como candidatas a suceder a Londres como sede de arbitraje. *Prima facie*, no es previsible que el Brexit produzca un verdadero cambio en la disminución de sometimiento de arbitrajes a las cortes inglesas, entre otros motivos porque a los laudos arbitrales dictados en el RU les seguirá siendo de aplicación la Convención de Nueva York de 10 junio 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjero[23], del que son Parte todos los Estados miembros, con lo que el laudo arbitral dictado en Londres seguirá siendo ejecutable en toda la UE[24]. Por otro lado, los convenios arbitrales suscritos de forma previa al *Brexit* en que se ha establecido Londres como sede del arbitraje seguirán siendo válidos[25].

B) Anti–suit injunctions

Las *antisuit injunctions* son mecanismos procesales originariamente utilizados en países de *common law* aunque su uso se haya extendido también a países de *civil law*. Mediante esta medida se persigue proteger la jurisdicción de un tribunal al considerar que es el foro más apropiado, ordenando a la otra parte que se abstenga de presentar una demanda ante los tribunales de otro Estado o ante un tribunal arbitral[26]. En caso de que esa parte ya haya presentado su demanda, mediante la *anti–suit injunction* se ordena que la retire o que los árbitros suspendan el procedimiento arbitral. Se suele utilizar como medida cautelar para hacer cumplir la obligación contractual de las partes en relación con una cláusula de elección del foro o una cláusula compromisoria[27].

[23] BOE, 11.07.1977.

[24] De hecho, los datos empíricos obtenidos en el periodo 2016–2018, tras el referéndum sobre el Brexit, confirman que a priori éste no tendrá consecuencias inmediatas en cuanto al arbitraje con sede en Londirs. LexisPSL Arbitration Practice Note [<https://www.lexisnexis.co.uk/blog/dispute–resolution/arbitration–statistics–2018–london–bucks–downward–trends>].

[25] J. Soriano Llobera y J.I.García Cueto, "El efecto del Brexit en la validez de las cláusulas arbitrales existentes con Londres como sede del arbitraje y en la decision de las partes de pactar a futuro cláusulas arbitrales con Londres como sede del arbitraje", *Unión Europea Aranzadi*, nº 12, 2016, pp. 59–68.

[26] En el Reino Unido, la *Senior Courts Act* 1981 (England and Wales) s 37 (1), se permite solicitar *antisuit injunctions* "*in all cases in which it appears to the court to be just and convenient to do so*".

[27] Sobre las ventajas procesales de las *anti–suit injunctions*, *vid*. M.E. Wilson, "Let Go of that Case – British Anti–Suit Injunctions Against Brussels Convention Members", *Cornell Int'l L.J.*, vol. 36, nº 1, 2003, pp. 207–226.

En los últimos años, se ha extendido el uso de *anti–suit injunctions* en el contexto del arbitraje internacional, para interrumpir el proceso de arbitraje o resistirse a la ejecución del laudo. En lo que respecta al DIPr de la UE, el arbitraje está excluido del ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I Bis. En interpretación de esta exclusión, el TJCE concluyó que no cabían *anti–suit injunctions* sometidas ante los tribunales de un Estado miembro para tratar de impedir que los tribunales de otro Estado miembro decidan acerca de la validez de un convenio arbitral[28]. Posteriormente, esta jurisprudencia fue matizada en el asunto *Gazprom*, pues el TJUE consideró que el procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral parcial "se rige por el Derecho nacional e internacional aplicables en el Estado miembro en el que se solicitan el reconocimiento y la ejecución, y no por el Reglamento nº 44/2001"[29]. Es decir, los laudos arbitrales parciales que contienen *anti–suit injunctions* para el arbitraje se encuentran fuera del ámbito de aplicación del Reglamento *Bruselas I Bis* y, por tanto, pueden tener eficacia en los distintos Estados miembros conforme a sus sistemas autónomos de DIPr y, si resultare aplicable, según lo previsto en la Convención de Nueva York[30].

La jurisprudencia del TJUE en los asuntos *West Tankers* y *Gazprom* ha llevado a parte de la doctrina a interpretarla como el comienzo de un nuevo paradigma y una nueva tradición en el DIPr de la UE basada en la confianza recíproca (*a tradition of mutual trust*)[31]. La cuestión estriba en saber en qué medida el *Brexit* va a modificar el estado de la cuestión en cuanto a la validez de las *anti–suit injunctions* en la UE.

En primer lugar, queda fuera de discusión que, en los procedimientos arbitrales, la *London Court of International Arbitration* o la *London Maritime Arbitrators Association* podrán seguir emitiendo *anti–suit injunctions* que se ejecutarán en los Estados miembros a través del Convenio de Nueva York[32].

En cuanto a los órganos jurisdiccionales, todo dependerá del resultado de la negociación entablada entre la UE y el RU. Por un lado, si este país

[28] STJCE 10 febrero 2009, as. C–185/07, *Allianz y Generali Vs West Tankers* [ECLI:EU:C:2009:69]. *Vid*. M. Sattler, "Abandon Ship? West Tankers, Gazprom, and Anti–Suit", *Swiss Arbitration Association Bulletin*, vol. 34, nº 2, 2016, pp. 342–354.

[29] STJUE 13 mayo 2015, as. C–536/13, *Gazprom OAO Vs Lietuvos Respublika* [ECLI:EU:C:2015:316]. *Vid*. G.A. Bermann, "The Gazprom Case: "Sounds and Silences" in Relations between EU Law and International Arbitration", *Maastricht J. Eur. Comp. L.*, vol. 22, nº 6, 2015, pp. 888–907.

[30] Sobre esta cuestión, *vid*. E. Gaillard, *Anti–suit Injunctions in International Arbitration*, Juris Publishing, Huntington, 2005.

[31] N.A. Dowers, "The Anti–Suit Injunction and the EU: Legal Tradition and Europeanisation in International Private Law", *Cambridge J. int'l Comp. L.*, vol. 4, nº 2, 2013, pp. 960–973.

[32] K. Davies y V. Kirsey, "Anti–Suit Injunctions in Support of London Seated Arbitrations Post–Brexit: Are All Things New Just Well–Forgotten Past?", *J. Int'l ZArb.*, vol. 33, 2016, pp. 501–519.

finalmente adoptara el Reglamento Bruselas I Bis siguiendo el modelo danés, las *anti–suit injunctions* seguirían prohibidas, salvo las pronunciadas en materia de arbitraje. Por otro lado, si adoptara el Convenio de Lugano, conviene recordar que, si bien mantiene la exclusión del arbitraje de su ámbito material, no contiene el considerando 12 del Reglamento Bruselas I Bis. No existiría certeza respecto a la posición de los tribunales británicos, que podría interpretar el Convenio de Lugano a la luz de la jurisprudencia del TJUE. En ese caso, solo podrían pronunciar *anti–suit injunctions* en asuntos de arbitraje. Finalmente, el Reino Unido podría decidir no concluir ningún acuerdo en materia de competencia con la UE, con lo cual los jueces ingleses aplicarían sus normas de DIPr en cuanto a los procedimientos interpuestos por litigantes que residen fuera de la UE. En este caso específico, los tribunales británicos ya no estarían obligados por la jurisprudencia del TJUE y podrían pronunciar *anti–suit injunctions* tanto en casos de arbitraje como jurisdiccionales. La duda sería en qué medida estas resoluciones judiciales gozarían de reconocimiento y eficacia en los Estados miembros una vez que el Reglamento Bruselas I Bis dejara de aplicarse[33].

2. Litigios post–Brexit en el Reino Unido

A) *Personal Jurisdiction*

La evolución legislativa del DIPr de la UE en cuanto a los instrumentos sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de sentencias ha afectado significativamente al sistema de *common law* anglosajón y la práctica legal en disputas transfronterizas ante los tribunales ingleses[34]. Como consecuencia de la aplicación de los arts. 5.2º y 76.1º.a) del Reglamento Bruselas I Bis, no resulta posible utilizar el *forum patrimonii*, el *forum arresti* o el *forum praesentiae* en casos de *transient jurisdiction* por ser considerado como un foro exorbitante frente a demandados domiciliados en los Estados miembros[35].

[33] K. Proctor y A. Scard, "The consequences of Brexit on International Dispute Resolution", *The International Comparative Legal Guidelines*, Global Legal Group, 2019 [<https://iclg.com/practice–areas/international–arbitration–laws–and–regulations/5–the–consequences–of–brexit–on–international–dispute–resolution>].

[34] A. Dickinson, "Back to the future: the UK's EU exit and the conflict of laws", *J. Priv. Int'l L.*, vol. 12, nº 2, 2016, pp. 195–210.

[35] Los foros exorbitantes se encuentran publicados en DO C 4 de 09.01.2015, actualizado por DO C 390 de 24.12.2015, a saber: a) el escrito de demanda notificado al demandado durante su estancia temporal en el RU; b) la existencia en el RU de bienes que sean propiedad del demandado; y c) el embargo por el demandante de bienes situados en el RU.

En cuanto al concepto de domicilio de la persona física como foro general del demandado, el art. 62 del Reglamento Bruselas I Bis remite a la ley interna de cada Estado miembro. Respecto de las personas jurídicas, se incluyó en el art. 63 del Reglamento Bruselas I Bis un concepto de sede estatutaria diferente para Irlanda, Chipre y el RU, equiparándola a la *registered office* y, en su ausencia, al *place of incorporation*.

El escenario post–Brexit puede cambiar las reglas del juego. Conviene recordar que el Derecho inglés no tiene reglas de jurisdicción en el sentido que se le otorga en los sistemas de *civil law*, sino que se trata de normas sobre *service of writs* en el que se establece una *personal jurisdiction* de los tribunales ingleses cuando se ha podido notificar el inicio del proceso al demandado[36]. Esta regla está basada en dos principios fundamentales del *common law*, a saber, el respeto a la soberanía y a la *comity*, que se reflejan en la norma por la cual en el RU se reconocerá una sentencia extranjera como cosa juzgada si se da contra una persona que estuvo presente dentro de la jurisdicción del tribunal extranjero.

En consecuencia, el efecto post–Brexit será ampliar la jurisdicción de un tribunal inglés basándose en sus propios foros de competencia, incluso los considerados como exorbitantes por el Reglamento Bruselas I Bis. También restablecerá los poderes del tribunal para emitir órdenes de gran alcance relacionadas con el ejercicio de esa jurisdicción o utilizar la doctrina del *forum non conveniens* para controlar el ejercicio de su jurisdicción cuando el acusado no esté dispuesto a ser llevado ante el tribunal[37].

B) *Forum non conveniens*

En lo que se refiere a esta doctrina propia de los sistemas de *common law*[38], el TJUE ha interpretado que no es posible aplicarla a los litigios civiles y comerciales cuando el demandado esté domiciliado en el RU, pues el TJCE considera que "el respeto del principio de seguridad jurídica (…) no quedaría plenamente garantizado si hubiera que permitir que un órgano jurisdiccional competente con arreglo a dicho Convenio aplicara la excepción de *forum non*

[36] A. Briggs, "Brexit and Private International Law: An English Perspective", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2019, vol. 55, nº 2, pp. 261–283, esp. p. 264.

[37] M. Danov, "Cross–border litigation in England and Wales: Pre–Brexit data and post–Brexit implications", *Maastricht J. Eur. Comp. L.*, vol. 25, nº 2, 2018, pp. 139–167, esp. pp. 155–156.

[38] Sobre su evolución en los países de *common law*, *vid*. M. Karayanni, *Forum non conveniens in the modern age: A Comparative and Methodological Analysis of Anglo–American Law*, Nueva York, Transnational Publishers, 2004.

conveniens"[39]. Tales fueron los argumentos por los que fue rechazada la inclusión del *forum non conveniens* en el Convenio de Bruselas de 1968 en el curso de la negociación del Convenio la adhesión de Dinamarca, Irlanda y el RU a las Comunidades Europeas[40].

No obstante, no podemos considerar que esta doctrina esté excluida de manera absoluta del DIPr de la UE, siendo una reivindicación reclamada por la doctrina durante tiempo[41]. En el proceso de revisión del Reglamento 44/2001 volvió a ser un argumento negociador de los países de *common law*, y aunque no fue finalmente aceptada su inclusión en el texto del Reglamento Bruselas I Bis, fue objeto de debate en los trabajos preparatorios[42]. De hecho, en los arts. 33 y 34 del Reglamento Bruselas I bis se introducen nuevas disposiciones en materia de litispendencia y conexidad que en el fondo están basadas en el principio de buena administración de justicia que inspira la doctrina *forum non conveniens*. Para un sector de la doctrina, el *forum non conveniens* del *common law* (en especial su aplicación en los Estados Unidos) y la litispendencia comunitaria desarrollan dos reglas diferentes –pues el *forum non conveniens* no requiere la existencia de procedimientos paralelos–, pero similares en sus consecuencias procesales[43].

Finalmente, el art. 15 Reglamento nº 2201/2003 introdujo por vez primera el *forum non conveniens* en un instrumento comunitario.

---

[39] STJCE 1 marzo 2005, as. C–281/02, *Owusu Vs Jackson* [ECLI:EU:C:2005:120], párr. 38. En la jurisprudencia inglesa, *Lungowe v. Vedanta Resources Plc*. [2017] EWCA Civ 1528; G*lobal Multimedia International Ltd v. Ara Media Services* [2006] EWHC 3612 (Ch.), párr. 34.

[40] Informe Schlosser relativo al Convenio de Luxemburgo de 9 octubre1978, relativo a la adhesión de Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido al Convenio de Bruselas de 1968 (JOCE nº C 59 de 05.03.1979, p. 97)

[41] En la doctrina española, *vid*. M. Herranz Ballesteros, *El "forum non conveniens" y su adaptación al ámbito europeo*, Valencia, 2011; C. Otero García–Castrillón, "Problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional en el Derecho español y comunitario. Reflexiones en torno al *forum non conveniens*", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 94, 2000, pp. 99–128.

[42] Así, Resolución del Parlamento Europeo, de 07 septiembre 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO CE 308/36 de 20.10.2011), ap. 14, en que el Parlamento Europeo propuso que se introdujera una fórmula para que "los tribunales de un Estado miembro competentes para conocer sobre el fondo suspendan el procedimiento si consideran que un tribunal de otro Estado miembro o de un Estado tercero está mejor situado para conocer del asunto o de una parte del mismo, lo que haría posible que las partes presenten una demanda ante tal tribunal o que el tribunal que conoce del asunto se lo transfiera con el acuerdo de las partes".

[43] D.B. Furnish, "El *forum non conveniens* y el *lis alibi pendens*: apuntes para una comparación sistémica y sistemática en la administración de justicia", *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 321–358.

Posteriormente, ha vuelto a ser incluido en el art. 6 del Reglamento nº 650/2012 sobre sucesiones.

La invocación de esta doctrina en la era post–Brexit merece algunas reflexiones respecto de la pervivencia de la doctrina del *forum non conveniens* en el DIPr de la UE. En primer lugar, por su inclusión en los instrumentos de la UE a que hemos hecho referencia. En segundo lugar, por la pertenencia a la UE de países de *common law* como Irlanda, Chipre y Malta (si bien estos dos últimos casos se califican como de *mixed jurisdictions*). En tercer lugar, por la influencia que terceros países no comunitarios con sistemas de *common law* (esencialmente Estados Unidos y el RU) ejercen en organizaciones internacionales como la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado que ha introducido la doctrina de *forum non conveniens* en algunos instrumentos convencionales, tales como el Convenio de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental[44] y el Convenio de 30 junio 2005 sobre acuerdos de elección de foro[45].

III. El conflicto de leyes en el DIPr de la UE post–Brexit

1. Derecho material vs *DIPr*

A) La europeización del Derecho privado

No conviene confundir el *Derecho Privado de la UE*, que rige en el territorio de los Estados miembros y que ha sido creado por sus instituciones para resolver problemas jurídico–privados relacionados con el funcionamiento del mercado interior, con la noción de *Derecho Privado Europeo*, que aglutina todos aquellos textos jurídicos fruto del trabajo de diversos proyectos institucionales o académicos con el fin de la unificación del Derecho privado en Europa, cuyo principal exponente es la búsqueda de

[44] Arts. 8 y 9 Convenio de 19 octubre 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental (BOE 2.12.2010), en los que se inspira el artículo del Reglamento 2201/2003.

[45] Art. 6 Convenio de 30 junio 2005 sobre acuerdos de elección de foro, aprobado por Decisión del Consejo de la UE de 04.12.2014 (DO nº 353 de 10.12.2014, pp. 5–8). *Vid*. R. Brand, y S.R. Jablonski, *Forum non conveniens. History, Global Practice and Future Under The Hague Convention on Choice Agreements*, Oxford University Press, Oxford, 2007; C. Tate, "American Forum Non Conveniens in Light of the Hague Convention on Choice–of–court Agreements", *Univ. Pittsburgh L. Rev.*, vol. 69, nº 1, 2007, pp. 165–187.

un futuro Código civil europeo. Sin embargo, ambas expresiones reflejan distintas manifestaciones del mismo fenómeno: la europeización del Derecho privado[46], terreno propicio para el análisis en Derecho comparado[47].

Desde la perspectiva de análisis de nuestra investigación, la europeización del Derecho privado supone un banco de pruebas en que la clásica dialéctica entre el *civil law* y el *common law* pone de manifiesto las diferencias históricas entre ambos sistemas en cuanto a los métodos de elaboración del Derecho privado europeo[48], diferencias que han hecho difícil la unificación material en proyectos como el del *Código civil europeo*[49].

No obstante, numerosos estudios de Derecho comparado ponen en cuestión esta dialéctica histórica desde la convergencia entre ambos sistemas[50], que ejercen recíproca influencia en proyectos como el del *Common Core of European Private Law*[51]. Según estos autores, ambos sistemas influyen en el ámbito del Derecho material a través de la armonización legislativa[52], en un fenómeno que algunos autores definen como de *decodificación*[53], dado que la unificación mediante códigos habría perdido su papel protagonista en favor de la armonización el Derecho privado europeo mediante Directivas[54]. Esta tendencia puede apreciarse de una manera destacada en determinados sectores del ámbito del Derecho

[46] A. López Azcona, "La europeización del Derecho civil: crónica de un proyecto inconcluso", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* IDIBE, nº 8, 2018, pp. 475–542.

[47] Por todos, *vid*. R. Zimmermann, "Comparative Law and Europeanization of Private Law", en M. Reimann y R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 557–598.

[48] P. Stein, "Common Law and Civil Law in Historical Perspective", *Zeitschrift fur Europaisches Privatrecht,* 1997, pp. 385–392.

[49] O. Lando, "Why Codify the European Law of Contract", *European Rev. Priv. L.*, 1997, pp. 525–535.

[50] D. Fairgrieve, (ed.), *The Influence of the French Civil Code on the common law and beyond*, British Institute of International and Comparative Law, Londres, 2007; Gordley, J., "Common law und civil law: eine überholte Unterscheidung", *Zeitschrift für Europäisches Privarecht*, nº 1, 1993, pp. 498–518.

[51] M. Bussani y U. Mattei, *The common core of european private Law*, Kluwer Law International, La Haya, 2002; F. Fiorentini, *El Common Core del Derecho Privado Europeo y la codificación europea*, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018.

[52] S. Cámara Lapuente, "El hipotético "Código Civil Europeo": ¿por qué, cómo y cuándo?", en Cabanillas, A. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez–Picazo*, vol. 1, Madrid, Civitas, 2002, pp. 347–380.

[53] N. Irti, *L'età della decodificazione*, Milán, Giuffrè, 1979; K. Schmidt, *Die Zukunft der Kodifikationsidee*, Heidelberg, C.F. Müller, 1985, p. 47.

[54] M. Stürner, "Tendiendo un puente entre el *common law* y el Derecho continental. ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del Derecho Privado Europeo?", *Revista Jurídica UAM*, nº 15, 2007, pp. 177–193.

mercantil y de sociedades, en los cuales el *common law* inglés ha ejercido una decisiva influencia[55]. Frutos de esta convergencia, estudios de Derecho comparado demuestran la medida en que la legislación comunitaria ha tenido influencia en el Derecho privado del *common law* inglés[56].

En todo caso, conviene reconocer que aún en la hipótesis de que ambos sistemas interaccionen y ejerzan recíproca influencia en el ámbito del Derecho material, ello no implica identidad de metodología ni de percepción ante los problemas técnico–jurídicos del Derecho privado (*idyosincratic approach to Law*), siguiendo el *civil law* un método deductivo de carácter axiomático y el *common law* un método inductivo a partir del análisis casuístico[57].

En lo que se refiere al desarrollo legislativo del Derecho privado de la UE en la era *post–Brexit*, nos preguntamos si los Estados miembros, enfrentados durante mucho tiempo a dos sistemas jurídicos competidores entre sí, podrían optar de manera preferente por la codificación de las normas bajo el prisma del *civil law* continental. Ello podría provocar, en el futuro, un mayor grado de unificación del Derecho privado en la Unión Europea[58], con el resurgimiento de proyectos como el *Código Europeo de Contratos*[59] o los *Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL)*[60]. En cuanto a la previsión de una mayor tendencia a la unificación del Derecho material en el ámbito del Derecho mercantil, existen autores que interpretan que en algunos sectores podría alcanzarse un mayor grado de uniformidad en las normas que afectan al mecanismo regulatorio del mercado interior[61]. En este sentido, algunos autores han relanzado recientemente la propuesta para la elaboración de un *Code européen des affaires*[62].

---

[55] M. Gelter y A. Reif, "What is Dead May Never Die: The UK's Influence on EU Company Law", *Fordham Int'l L. J.*, vol. 40, nº 5, 2017, pp. 1413–1441; G. Monti, "The United Kingdom's Contribution to European Union Competition Law", *Fordham Int'l L. J.*, vol. 40, nº 5, 2017, pp. 1443–1473.

[56] P. Giliker, "The influence of EU and European Human Rights Law on English Private Law", *Int'l Comp. L.Q.*, vol. 64, 2015, pp. 237–265.

[57] S. Sánchez Lorenzo, S., *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 238–241.

[58] A. Murillo Villar, "El Brexit: todo un reto para el Derecho Romano", *Revista Jurídica Da FA7*, vol. 16, nº 2, 2019, pp. 163–180.

[59] Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía), *Código Europeo de Contratos*, t. I, Madrid, Dykinson, 2003.

[60] L. Díez Picazo, E. Roca Trías y A.M. Morales, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002.

[61] N. Moloney, "Bending to Uniformity: EU Financial Regulation With and Without the UK", *Fordham Int'l L. J.*, vol. 40, nº 5, 2017, pp. 1335–1371.

[62] M. Lehmann, M., "EU Law–Making 2.0: The Prospect of a European Business Code", *European Rev. Priv. L.*, vol. 28, nº 1, 2020, pp. 73–106.

B) La codificación del DIPr comunitario

No podemos manifestar que el DIPr comunitario haya sido objeto de una verdadera *codificación* en el sentido clásico de la expresión, entre otros motivos por carecer de una regulación completa, coherente y sistemática[63]. Por ello, se habla de codificar el DIPr comunitario con una regulación sistemática denominada por la doctrina como *Reglamento Roma 0*[64]. Del proceso de comunitarización del DIPr en la UE, podemos destacar como característica esencial que ha provocado la unificación conflictual. Ello significa que los Estados miembros aplican normas de conflicto uniformes, que señalan como *lex causae* el Derecho material de un Estado miembro. Incluso el RU ha visto cómo el DIPr inglés se ha ido "europeizando"[65].

Como ya hemos afirmado, el Derecho material y el DIPr confluyen e interaccionan[66], siendo una característica del DIPr moderno. En la UE, los puntos de fricción aparecen en esta interrelación cuando se trata de buscar la unificación material, como ha ocurrido con el proyecto de normativa uniforme para la compraventa de mercancías[67], calificado como "norma material especial dependiente"[68]. Se ha abierto paso la armonización del Derecho material como la solución más compatible entre los Estados miembros pertenecientes a sistemas de *civil law* y de *common law*. No obstante, compartimos la opinión de aquellos autores que señalan que realmente en muchos casos se trata de una armonización *soft* en los supuestos intracomunitarios, que pone en riesgo el buen funcionamiento del mercado interior[69].

---

[63] R. Arenas García, "Cinco décadas de proceso codificador en la UE: historia de un éxito", en C. Esplugues Mota, P. Diago Diago y P. Jiménez Blanco, eds.), *50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 23–51, esp. pp. 24–30.

[64] S. Leible y H. Unberath, *Brauchen wir eine Rom 0–Verordnung?*, Múnich, Sellier, 2013; G. Rühl y J. von Hein, "Towards a European Code on Private International Law?", *RabelsZ*, vol. 79, nº 4, 2015, pp. 701–751.

[65] P.S. Morris, "The modern transplantation of continental law in England: how English private international law embraces Europeanisation, 1972–2014", *J. Priv. Int'l L.*, vol. 12, nº 3, 2016, pp. 587–607.

[66] K. Boele–Woelki, "Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws", *Recueil des Cours*, t. 340, 2009.

[67] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea de 11.10.2011 (PCESL) [COM (2011) 635 final. 2011/0284]

[68] P. Mankowski, "Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das Internationale Privatrecht", *RIW*, 2012, nº 3, pp. 98–99.

[69] S. Sánchez Lorenzo, "De Bruselas a La Haya, pasando por Roma y Viena: La normativa común de compraventa europea", en J. Forner, C. González Beilfuss y R. Viñas (coords.), *Entre*

Cabe preguntarse en qué medida la UE podría modificar el mecanismo de elaboración de las normas de DIPr en la era post–Brexit. Resulta imposible predecir si el Brexit podría hacer más factible una mayor codificación del DIPr de la UE a través de una regulación completa, coherente y sistemática (*Roma 0*). Parte de la doctrina interpreta que el actual momento de crisis política y de negociación del acuerdo marco de relación futura con el Reino Unido hace inviable la elaboración de un instrumento con reglas generales de DIPr europeo[70]. Otros autores pronostican la extensión de los efectos desestabilizadores del Brexit no solo al propio "proceso truncal de consolidación del DIPr europeo, sino a la dinámica mundial de codificación del DIPr, que incluye la dinámica propia de La Haya"[71].

En todo caso, cualquiera que sea la evolución a este respecto, compartimos el argumento de los autores que piensan que sin el RU como socio, la UE pierde mucho en cuanto a la convergencia entre el *common law* y el *civil law* como tradiciones legales que han influido en la evolución legislativa del DIPr de la UE[72].

2. Influencia del common law *en el DIPr conflictual*

A) Modernización de las normas de conflicto

La doctrina ha calificado a la norma de conflicto clásica por su abstracción, rigidez y generalidad. No obstante, en el proceso de modernización de las normas de conflicto, se han utilizado técnicas que tienden hacia la especialización, la flexibilización y la materialización del Derecho conflictual[73]. La técnica de la flexibilización persigue evitar el uso de conexiones rígidas y sustituirlas por puntos de conexión basados en el principio de proximidad, utilizando para ello la cláusula de los vínculos más estrechos como conexión general o como cláusula de escape.

Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional Privado. Liber Amicorum Alegría Borrás, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 821–832, esp. p. 822.

[70] M. Pilich, "Brexit and EU private international law: May the UK stay in?", *Maastricht J. Eur. comp L.*, vol. 24, nº 3, 2017, pp. 382–398, esp. p. 397; R. Wagner, "Do We Need a Rome 0 Regulation?", *Netherlands Int'l L. Rev.*, vol. 61, nº 2, 2014, pp. 225–242.

[71] M. Pertegás Sender, "El proceso de codificación del DIPr en la Unión Europea y su interacción con otros procesos de codificación: La Haya" (C. Esplugues Mota, P. Diago Diago y P. Jiménez Blanco, eds.), *50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 175–194, esp. pp. 193–194.

[72] B. Hess, "Back to the Past: Brexit und das europaïsche internationale Privat– und Verfahrensrecht", *IPRax*, vol. 36, nº 5, 2016, pp. 409–418, esp. p. 418.

[73] A. Rodríguez Benot (dir.), *Manual de Derecho internacional privado*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2019, pp. 134–137.

En cuanto a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, la doctrina de *proper law of the contract* (*center of gravity* approach) comienza a aplicarse en la jurisprudencia inglesa del *common law* a mitad del s. XVIII por influencia de U. Huber[74]. Muchos atribuyen la expresión *proper law of the contract* a J. Westlake, según el cual el contrato debía regirse por "*the law of country with which the contract has its most real connection*"[75]. Según la teoría de Dicey, "*the proper law [of the contract] is the law by which the parties to a contract intend the contract to be governed, or the law or laws to which the parties intended to submit themselves*"[76].

En los Estados Unidos, a pesar de la sistematización del Derecho inglés por obra de W. Blackstone[77], el *common law* seguirá un camino independiente, que utilizará en el tiempo metodologías diferentes para evolucionar desde el formalismo jurídico hasta el realismo jurídico norteamericano[78]. Fruto de esta evolución cabe destacar la influencia que tuvo el *Restatement (Second) on the Conflict of Laws* elaborado en 1971 por el *American Law Institute*, que entre logros adoptó en diversos sectores del DIPr la conexión *the most significant relationship*. Lo cierto es que esta formulación del *common law* tuvo una influencia clave en la inclusión de esta cláusula flexible en otros textos legales de DIPr coetáneos[79]. En el DIPr europeo, la conexión *the most significant relationship* se recogió en la redacción de la cláusula general (art. 4.1º) y de la cláusula de escape (art. 4.3º) del Convenio de Roma de 1980[80]. Actualmente se encuentra modificada en la actual redacción del art. 4 del Reglamento nº 593/2008 (Roma I) como cláusula de escape.

La influencia de la jurisprudencia norteamericana[81] y del *Restatement (Second) on the Conflict of Laws* respecto de la conexión *the most significant relationship* tiene continuidad en materia de daños extracontractuales con

[74] S. Sánchez Lorenzo, *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 116.

[75] J. Westlake, *A Treatise on Private International Law*, Londres, Maxwell, 1858, p. 2.

[76] A.V. Dicey, *Conflict of Laws*, 5ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1932, rule 155.

[77] W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, George Sharswood, 1753.

[78] M. Checa Martínez, "El Derecho estadounidense de contratos: del common law al Código Uniforme de Comercio como código global", en S. Sánchez Lorenzo (ed.), Derecho contractual comparado, 3ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson, 2016, pp. 381–427, esp. p. 385–387.

[79] Entre otros, el art. 1 de la Ley federal austriaca sobre Derecho Internacional Privado (ÖIPRG) del 15 junio1978 como cláusula general de localización del vínculo más estrecho, y el art. 8.3º Convenio de La Haya de 22 diciembre 1986 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, que prevé la claúsula de excepción de los vínculos más estrechos.

[80] El Informe Giuliano / Lagarde mencionan la doctrina de *proper law of the contract* como antecedente del art. 3 Convenio Roma de 1980, situando su origen jurisprudencial en el asunto *Gienar Vs Mieyer* (1796), 2 Hy. Bl. 603. M. Giuliano y P. Lagarde, *Rapport concernant la Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, JO C–282, 31.10.1980, nota 19, p. 44.

[81] *Babcock* vs. *Jackson*, New York State Court of Appeals, 1963.

la *theory of the proper law of the tort*. También esta doctrina del *common law* norteamericano ha inspirado la redacción del art. 4.3º del Reglamento nº 864/2007 (Roma II) como cláusula de excepción (art. 4.3º), frente a la regla general *lex loci damni* (art. 4.1º) y frente a la cláusula de excepción de la residencia habitual común del autor del daño y la víctima (art. 4.2º). Esta influencia norteamericana ha tenido en consecuencia enorme eco en el DIPr de la UE en el ámbito del Derecho de daños no solo en la UE, sino en la reforma del propio Derecho inglés[82].

Esta misma influencia puede observarse en otros instrumentos de DIPr de la UE, tales como la cláusula de excepción (art. 21.2º) del Reglamento nº 650/2012 en materia de sucesiones, o el criterio ulterior de conexión (art. 26) Reglamento nº 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial.

Si bien la norma de conflicto ha buscado tradicionalmente la localización del supuesto en un ordenamiento determinado (justicia conflictual sin objetivos de justicia sustancial), las doctrinas de la *American Choice–of–Law Revolution*[83] y el *Restatement (Second) on the Conflict of Laws* de 1971 modernizaron el Derecho conflictual a través del uso de las normas materialmente orientadas[84]. Esta tendencia ha sido incorporada al DIPr de la UE en normas como los arts. 6 y 8 Reglamento Roma I, que utiliza conexiones favorables a la parte débil tales como la ley del lugar del domicilio del consumidor o la ley del lugar de realización del trabajo, en el caso del trabajador.

B) Influencia del *common law* en el DIPr conflictual post–Brexit

La salida del RU de la UE supondrá la pérdida de su influencia en la elaboración del DIPr conflictual. Ello dejará a Irlanda como único Estado puro de *common law* (pues tanto Chipre como Malta pertenecen a la categoría de *mixed jurisdictions*). No es previsible que la delegación irlandesa ejerza en el futuro el mismo grado de influencia y liderazgo que el RU en las negociaciones con los Estados miembros, mayoritariamente de sistemas de *civil law*. Por ello, algunos autores han calificado el Brexit como el principio del fin de la influencia del *common law* en el Derecho de la UE[85].

En nuestra opinión, en la era post–Brexit el *common law* seguirá ejerciendo influencia en el DIPr conflictual de la UE, no tanto por la

[82] A.M. Mancaleoni, *Diritto Europeo e Tort(s) Law*, Turín, Giappichelli, 2018, pp. 131–165.

[83] S. Symeonides, *American Private International Law*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008, pp. 92–111.

[84] S. Symeonides, *Codyfing Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, Nueva York, Oxford University Press, 2014, pp. 247–251.

[85] R. Mantosh, *Post–Brexit European Union: future of the English Common Law Influence*, Study Paper No 01/19, Europa–Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, 2019, pp. 42–22.

permanencia de Irlanda, sino por otros motivos. Ya nos hemos referido a la inclusión de las conexiones en los instrumentos comunitarios de Derecho conflictual. En nuestra opinión, la influencia académica y metodológica del *common law* del RU y de los Estados Unidos continuará produciéndose en la UE debido al proceso de convergencia e influencia recíproca del *common law* y del *civil law*. No olvidemos que la evolución del DIPr europeo sigue la estela de las evoluciones del Derecho comparado, tanto del *Restatement* norteamericano, como de las negociaciones para tratados internacionales, leyes modelo o textos de *soft law* de DIPr en otras organizaciones internacionales como UNCITRAL, UNIDROIT y, sobre todo, la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. El proceso de codificación del DIPr europeo y mundial ha demostrado un grado de permeabilidad enorme, como ha quedado demostrado durante el último medio siglo[86].

IV. INFLUENCIA DEL *COMMON LAW* EN JURISPRUDENCIA DEL TJUE

1. Valor de la jurisprudencia del TJUE como fuente del Derecho

A) Diálogo de fuentes

En lo que se refiere al valor de la jurisprudencia del TJUE como fuente del Derecho, los sistemas de *civil law* difieren de los de *common law*, en el sentido de que en estos últimos la jurisprudencia es la fuente principal del Derecho[87]. En la tradición romano–germánica, la jurisprudencia no es un mecanismo creador del Derecho, sino que sirve para la interpretación y aplicación de la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho. En todo caso, conviene matizar esta afirmación, pues ambos sistemas interaccionan en su evolución histórica y tienden a la convergencia; en este sentido, algunos autores defienden que el *common law* heredó del Derecho romano su veneración por la jurisprudencia como sistema judicial casuístico adherido a los precedentes[88].

[86] M. Pertegás Sender, "El proceso de codificación del DIPr en la Unión Europea y su interacción con otros procesos de codificación: La Haya", *loc. cit*.

[87] G. Cuniberti, *Grands systèmes de droit contemporains*, 3ª ed., Issy–les–Moulineaux, LGLJ, 2015, pp. 85–96.

[88] M.Á. Jusdado Ruiz–Capillas, , "Ius Commune and Common Law", *Cuadernos de Historia del Derecho*, vol. 15, 2008,pp. 327–344; F. Pringsheim, "The inner relationship between English and Roman Law", *Cambridge L. J.*, vol. 5, 1935, pp. 347–365.

Desde la perspectiva señalada, el valor de la jurisprudencia del TJUE se aproxima más a la tradición romano–germánica, pues el Tribunal de Luxemburgo interpreta el Derecho y los principios generales del Derecho de la UE, no ostentando sus resoluciones el carácter de fuente principal del Derecho como ocurre en los países de *common law*.

No obstante, no podemos tampoco negar que la jurisprudencia del TJUE ha hecho una labor de desarrollo judicial que supera su labor meramente interpretadora. Ello ha ocurrido, entre otros supuestos, en aquellas cuestiones prejudiciales que han puesto de manifiesto la existencia de una laguna legal por la falta de previsión en los Tratados o Reglamentos comunitarios. Y en esta tarea de verdadero desarrollo judicial por parte del TJUE, en no pocas ocasiones las lagunas se han culminado siguiendo razonamientos propios del *common law*[89]. En perspectiva comparada, se ha establecido un paralelismo entre la jurisprudencia del TJUE con el desarrollo judicial del Derecho por parte de la Corte Suprema de los EE UU, sobre la base del control de constitucionalidad propio del federalismo norteamericano. Desde este prisma de análisis, la creciente influencia de la jurisprudencia del TJUE en el proceso de evolución del Derecho (*cuasi–federal*) de la UE ha llevado a algunos autores a afirmar que nos encontramos en un proceso de "*americanización del Derecho europeo*"[90] o de creación de un "*common law europeo*" con base en un "federalismo judicial"[91].

A este proceso de construcción de un *common law* europeo contribuyó la entrada del RU en las Comunidades Europeas, tras la cual se produjo un incremento del sometimiento al TJCE de cuestiones prejudiciales por parte de tribunales ingleses, fenómeno creciente a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, por el que los tribunales de instancias inferiores a la *High Court* han podido someter sus cuestiones directamente al TJUE, habiendo sido motor del desarrollo judicial de materias como la prohibición de la discriminación e igualdad de trato[92]. De esta forma el TJUE ha tenido que examinar figuras propias del *common law,* tales como la doctrina de *forum non conveniens* o las *anti–suit injunctions*, si bien ello no significa que necesariamente el TJUE haya declarado estas instituciones compatibles con el Derecho de la UE[93].

[89] Así sucede en el DIPr de sociedades, como analizaremos *infra*.

[90] T. Öhlinger, "La influencia del Derecho comunitario sobre la legislación y la judicatura. Notas a un proceso de 'Americanización' del Derecho Europeo", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 8, 2004, pp. 361–376.

[91] E. Andreoli, "Rasgos federales, justicia constitucional y búsqueda de un 'Common Law' europeo", *Estudios de Deusto*, vol. 66, nº 2, 2018, pp. 375–395.

[92] T. Horsley, "Brexit and UK Courts: Awaiting Fresh Instruction" (M. Dougan, ed.), *The UK after Brexit. Legal and Policy Challenges*, Londres, Intersentia, 2017, pp. 73–94, esp. pp. 78–79.

[93] Entre otras cuestiones sometidas al TJUE por parte del Reino Unido, podemos citar la STJCE marzo 2005, asunto C–281/02, *Owusu Vs Jackson* [ECLI:EU:C:2005:120], relativa al *forum non*

Podemos afirmar que el Tribunal de Justicia ha desarrollado un papel esencial en la evolución institucional de la UE en el período fundacional a través del proceso de '*constitucionalización'* del sistema jurídico supranacional, basado en el efecto directo y en el principio de supremacía del Derecho de la UE[94]. De acuerdo con el art. 267 TFUE (antiguo art. 234 TCE), el Tribunal de Justicia es competente para pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre la interpretación de los Tratados y sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión. En este sentido, el TJUE es el garante de mantener la interpretación del Derecho primario y de los principios generales del Derecho comunitario, así como de respetar las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros[95].

B) Carácter vinculante de la jurisprudencia del TJUE: ¿doctrina de *stare decisis*?

En lo que se refiere al carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, nos preguntamos si sigue la doctrina del precedente (*stare decisis*) típica del *common law*[96]. Es cierto que, inicialmente, el TJCE no se refería en sus sentencias a la jurisprudencia anterior, limitándose a repetir pasajes textuales de sentencias anteriores, pero sin remitirse expresamente a la resolución citada. Debido a ello, aparentemente no quedaba claro si el TJCE estaba siguiendo, modificaba o se alejaba de sus decisiones anteriores. Tras la incorporación de los países del *common law* a las Comunidades Europeas, esta práctica cambió. A partir de la década de 1980, las referencias expresas a casos anteriores se convirtieron en la norma[97].

No puede afirmarse que el TJUE siga la doctrina de *stare decisis*, pues no se considera que las decisiones anteriores ostenten fuerza legal vinculante con efecto horizontal (en su propia jurisprudencia) tal como se entiende en

conveniens; STJCE 27 abril 2004, asunto C–159/02, *Turner* vs *Fareed & Harada Ltd & Changepoint SA* [ECLI:EU:C:2004:228], y la STJCE 10 febrero 2009, asunto C–185/07, *Allianz y Generali* vs *West Tankers* [ECLI:EU:C:2009:69], estas últimas relativas a la compatibilidad de la figura de la *anti–suit injunction* con el Derecho comunitario.

[94] E. Andreoli, *loc. cit.*, p. 380.

[95] C.F. Sabels y O. Gerstenberg, "Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order", *European L.J.*, vol. 16, nº 5, 2010, pp. 511–550.

[96] N. Del Barrio, *La jurisprudencia en el "Common Law" (desde la perspectiva del jurista continental)*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2018.

[97] L. Woolf of Barnes, "The Tides of Change", en B. Markesinis (ed.), *The British Contribution to the Europe of the Twenty–First Century: The British Academy Centenary Lectures*, Oxford, Hart Publishing, 2002, pp. 1–13.

el *common law*[98]. El TJUE puede apartarse de su propia jurisprudencia si las circunstancias fácticas del caso cambian (*distinguising*), si se ha producido una interpretación incorrecta de un principio general del Derecho de la UE (*reversing*)[99] o si, aun habiendo identidad fáctica, el resultado al que lleva es injusto (*overrulling*)[100]. Por el contrario, sí puede afirmarse que la jurisprudencia del TJUE tiene un efecto vertical directo para los tribunales de los Estados miembros, que podría ser percibida como una cierta europeización de la doctrina de *stare decisis*[101].

Respecto a la influencia futura de la jurisprudencia del TJUE en el *common law* en la era post–Brexit, si bien las decisiones del TJUE ya no serán vinculantes para el RU, el Acuerdo de Retirada permite que los tribunales británicos sigan teniendo en cuenta la legislación de la UE y las decisiones del TJUE "*en la medida en que sea relevante para cualquier asunto*"[102]. En opinión de la doctrina, cualquier duda en la interpretación por parte de los tribunales del RU del significado de la ley derivada de la UE se determinará por referencia a la jurisprudencia del TJUE[103].

En cuanto al estilo de las sentencias del TJUE, algunos autores defienden que, tras la incorporación de los países de *common law* a las Comunidades Europeas, se pasó del silogismo tradicional propio del *civil law* de influencia francesa, con una estructura de naturaleza claramente deductiva aplicado en el ámbito de la ciencia jurídica de la praxis[104], a sentencias más construidas basadas en el razonamiento de los fundamentos jurídicos (*ratio decidendi*) surgidos a partir de las alegaciones de las partes propio de la jurisprudencia analítica

[98] S. Civitarese, "A European convergence towards a stare decisis model?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, nº 14, 2015, pp. 173–194.

[99] Así, *v. gr*., en las Concusiones del Abogado General N. Fennelly de 06.06.1996 en los asuntos acumulados C–267/95 y C–268/95, *Merck v Primecrown* [ECLI:EU:C:1996:228], párrafo 146.

[100] T. Szabados, 'Precedents' in EU Law— The Problem of Overruling", *ELTE Law Journal*, disponible en https://eltelawjournal.hu/precedents–eu–law–problem–overruling/

[101] J. Komarek, "Judicial lawmaking and precedent in supreme courts: The European Court of Justice compared to the us Supreme Court and the French Cour de cassation", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 11, 2008–09, pp. 399–433, esp. p. 399; L. Seminara, "Case–Law Relevance in the European Union Law: The Triumph of reason over Precedent", en M. Novakovic (ed.), *Common Law and Civil Law Today: Convergence and Divergence*, Wilmington, Vernon Press, 2019, pp. 197–220.

[102] P. Giliker, "Interpreting retained EU private law post–Brexit: Can commonwealth comparisons help us determine the future relevance of CJEU case law?", *Common Law World Review*, vol 48, 2019, pp. 15–38.

[103] D. Lloyd Jones, "Brexit and the future of English Law", *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 49, nº 1, 2018.

[104] O.A. Ghirardi, "¿La americanización del Derecho? Empirismo y Racionalismo en el orden jurídico: el sistema angloamericano (*common law*) y el sistema continental (*civil law*)", *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* [<http://www. acaderc.org.ar/doctrina/ articulos/ bfla–americanizacion–del–derecho–.–empirismo–y>].

anglosajona[105]. De hecho, aun cuando los tribunales ingleses ya no puedan someter cuestiones prejudiciales al TJUE post–Brexit, algunos autores predicen que los jueces del RU seguirán teniendo influencia sobre el estilo judicial de las sentencias de Luxemburgo en la era post–Brexit[106].

2. Common law *y jurisprudencia del TJUE.*

A) Calificaciones autónomas

Existen ejemplos en que la jurisprudencia del TJUE ha sido receptiva a acoger calificaciones anglosajonas sobre instituciones que en el *civil law* tienen una calificación diferente. Así ha ocurrido en el caso de la responsabilidad precontractual, para cuyo incumplimiento han sido aplicadas en muchos países de tradición romanista las normas sobre obligaciones contractuales, pero para la cual el Tribunal de Luxemburgo interpretó que a los supuestos de ruptura injustificada de las negociaciones no le era aplicable el foro en materia contractual sino el relativo a las obligaciones extracontractuales[107]. Posteriormente, esta calificación anglosajona se ha incorporado como calificación autónoma comunitaria a través del art. 12 del Reglamento Roma II.

El *Brexit* podría tener consecuencias en la interpretación del Derecho de la Unión por parte del TJUE, lo cual incidiría entre otros aspectos en la calificación de las instituciones de Derecho privado incluidas en las normas de DIPr y en la interpretación de las instituciones de Derecho extranjero propias del *common law*, como ocurre con el *trust*, o de instituciones procesales en el ámbito del conflicto de jurisdicción, como el *forum non conveniens* o las *anti–suit injunctions*.

B) El desarrollo judicial del TJUE: el DIPr de sociedades

Nuestra premisa de partida nos hace plantear en qué medida el *common law* ha contribuido al desarrollo judicial del DIPr de la UE por parte del TJUE.

[105] D. Edward, "The British Contribution to the Development of Law and Legal Process in the European Union", en B. Markesinis (ed.), *The British Contribution to the Europe of the Twenty–First Century: The British Academy Centenary Lectures*, Oxford, Hart Publishing, 2002, pp. 25–35; K. McAuliffe, "Precedent at the court of Justice of the European Union: the linguistic aspect" (M. Freeman y F. Smith. eds.), *Law and Language: Current Legal Issues*, vol. 15, 2013, pp. 483–493.

[106] F.G. Nicola, "Luxembourg Judicial Style With or Without the UK", *Fordham Intl L.J.*, vol. 40, nº 5, 2017, pp. 1505–1534; C. Poncibo, "With or without you. Thoughts on Brexit and European Private Law", en M. Novakovic (ed.), *Common Law and Civil Law Today: Convergence and Divergence*, Wilmington, Vernon Press, 2019, pp. 105–136, esp. pp. 128–130.

[107] STJCE 17 septiembre 2002, asunto C–334/00, *Tacconi* [ECLI:EU:C:2002:499]

A título ilustrativo, analicemos el ámbito del DIPr de sociedades en la UE, que no ha unificado ni armonizado el régimen aplicable a la Ley personal de las personas jurídicas (*lex societatis*). Ante la falta de una regulación directa del régimen jurídico aplicable a las sociedades en la UE y en ausencia de armonización de las normas de conflicto en esta materia, es necesario recurrir al método indirecto de atribución configurado por las normas de conflicto internas para determinar en cada caso qué ley va a regir la sociedad. Así las cosas, cada Estado tiene libertad para determinar la conexión que va a servir para concretar la *lex societatis*[108]. Si bien existen otros modelos, la doctrina moderna reduce a dos los criterios de determinación de la *lex societatis*, acogidos de una manera u otra en los ordenamientos nacionales, que a veces acogen soluciones mixtas: (i) modelo de constitución (*Incorporation Theory o Gründungstheorie*), según el cual la sociedad se rige por la Ley del Estado con arreglo a cuyo Derecho se constituye; y (ii) modelo de sede real (*Sitztheorie*), según el cual la sociedad se rige por la Ley del Estado donde tiene su sede de dirección o sede de administración.

Esta falta de unificación o armonización de soluciones al conflicto de leyes en materia societaria se pone aún más de manifiesto cuando se produce un conflicto móvil consistente en el traslado del domicilio social o real a otro Estado miembro. La solución a este conflicto móvil requiere el estudio de la jurisprudencia del TJUE en materia de libertad de establecimiento al interpretar el art. 54 TFUE[109].

La mayor parte de las sentencias del TJUE en elaboración de esta jurisprudencia sobre el DIPr de sociedades se refieren a casos en que se encontraban implicadas sociedades constituidas conforme al modelo de incorporación que habían trasladado su sede social, su sede real o un establecimiento secundario a otro Estado miembro, con origen o destino en el RU (*Daily Mail*, *Centros*, *National Grid* e *Inspire Art*)[110].

La citada jurisprudencia del TJUE en desarrollo del DIPr de sociedades ha contribuido a consolidar la interpretación por la doctrina mayoritaria de que el modelo de constitución resulta más compatible con el ejercicio de la libertad de establecimiento que el modelo de sede real[111]. No cabe esperar

[108] *Vid*. E.F. Scholes y P. Hay, *Conflicts of Laws*, Minnesota, St. Paul, 1992, pp. 911–926.

[109] DO C 83 de 30.03.2010.

[110] STJCE 27 septiembre 1988, as. C–81/87, *Daily Mail* [ECLI:EU:C:1988:456]; STJCE 9 marzo 1999, asunto C–212/97, *Centros* [ECLI:EU:C:1999:126]; STJCE 30 septiembre 2003, asunto C–167/01, *Inspire Art* [ECLI:EU:C:2003:512]; STJUE 29 novembre 2011, asunto C–371/10, *National Grid* [ECLI:EU:C:2011:785].

[111] Por todos, *vid*. H.J. Sonnenberger y F. Bauer, "Proposal of the Deuscher Rat für Internationales Privarecht for European and national legislation in the field of international company law", *Recht der Internationalen Wirschaft*, nº 1, 2006; F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho de sociedades y conflicto de leyes: una aproximación contractual*, Madrid, Dijusa, 2002.

que el Brexit suponga un cambio significativo en esta interpretación, si bien no descartamos la posibilidad de un cambio en la interpretación del ejercicio de la libertad de establecimiento por sociedades constituidas conforme al modelo de sede real[112].

V. PERSPECTIVA FINAL

El Brexit escenifica la aparente pérdida de influencia del *common law* en el desarrollo legislativo y jurisprudencial del DIPr de la UE, en la que la mayoría de Estados miembros pertenecen a sistemas de *civil law*. Sin embargo, por los argumentos sostenidos a lo largo de esta investigación, esta pérdida debe ser matizada.

Desde la perspectiva del conflicto de jurisdicciones, existe un consenso razonable respecto del mantenimiento de Londres como lugar preferente en las cláusulas de sumisión expresa y de cláusulas compromisorias para la resolución de controversias en el ámbito de la contratación internacional. La incertidumbre se refiere a la consecuencia del Brexit en el mecanismo del reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales. Por ello, el esfuerzo negociador británico está basado en materia de cooperación judicial en la posible aplicación de instrumentos multilaterales que garanticen la eficacia extraterritorial de sus sentencias por la vía del Convenio de Lugano de 2007 y del Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro.

En este proceso, la creación de tribunales mercantiles especializados en importantes ciudades europeas con competencia para conocer sobre litigios derivados de materias propias del DIPr (París, Amsterdam, Bruselas y Frankfort) plantea un escenario en que la posición privilegiada de Londres como centro neurálgico de la litigación internacional podría verse puesta en cuestión. La multiplicación de tribunales internacionales puede provocar una competencia entre tribunales (*race to the court*) y un incremento de los procedimientos paralelos. Debido a ello, los mecanismos procesales derivados de la litispendencia y de la utilización de medidas anti–proceso (*anti–suit injunctions*) pueden provocar conflictos de jurisdicción de difícil solución en la litigación internacional post–Brexit.

En cuanto al DIPr conflictual de la UE, es previsible que, pese a la salida del RU de la UE, el *common law* siga ejerciendo influencia por el proceso de convergencia e influencia recíproca del *common law* y del *civil law* en esta

[112] Sobre esta cuestión, *vid*. A.M. Ballesteros Barros, "El Brexit y la libertad de establecimiento de sociedades en la UE: el caso de Gibraltar", *Cuadernos de Gibraltar*, nº 3, 2018–2019, 25 pp.

materia, caracterizada por la modernización de la norma de conflicto basada en conexiones anglo–americanas.

Tanto en el ámbito del conflicto de jurisdicción como en el conflicto de leyes, gran parte de las soluciones jurídicas de presente y futuro a las cuestiones planteadas en este estudio y a los retos del Brexit dependerán del grado de convergencia del *common law* y del *civil law* en los procesos de codificación del DIPr europeo y mundial elaborados en los laboratorios de la UE y de la Conferencia de La Haya de DIPr

BIBLIOGRAFÍA

Academia de Iusprivatistas Europeos (Pavía): *Código Europeo de Contratos*, t. I, Madrid, Dykinson, 2003.

Ahmed M., y Beaumont, P.: "Exclusive choice of court agreements: some issues on the Hague Convention on choice of court agreements and its relationship with the Brussels I recast especially anti–suit injunctions, concurrent proceedings and the implications of Brexit", *Journal of Private International Law*, vol. 13, nº 2, 2017, pp. 386–410.

Andreangli, A.: "The consequences of Brexit for competition litigation: an end to a "success story"?", *European Competition Law Review*, vol. 38, nº 5, 2017, pp. 228–236.

Andreoli, E.: "Rasgos federales, justicia constitucional y búsqueda de un 'Common Law' europeo", *Estudios de Deusto*, vol. 66, nº 2, 2018, pp. 375–395.

Arenas García, R.: "Cinco décadas de proceso codificador en la UE: historia de un éxito" (Esplugues Mota, C., Diago Diago, P., y Jiménez Blanco, P., eds.), *50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, Valencia Tirant lo Blanch, 2019, pp. 23–51.

Ballesteros Barros, A. M.: "El Brexit y la libertad de establecimiento de sociedades en la UE: el caso de Gibraltar", *Cuadernos de Gibraltar*, nº 3, 2018–2019, 25 pp.

Bermann, G. AC.: "The Gazprom Case: "Sounds and Silences" in Relations between EU Law and International Arbitration", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 2, nº 6, 2015, pp. 888–907.

Blackstone, W.: *Commentaries on the Laws of England*, George Sharswood, 1753.

Boele–Woelki, K.: "Unifying and Harmonizing Substantive Law and the Role of Conflict of Laws", *Recueil des Cours*, t. 340, 2009.

Brand, R., y Jablonski, S.R.: *Forum non conveniens. History, Global Practice and Future Under The Hague Convention on Choice Agreements*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

Briggs, A.: "Brexit and Private International Law: An English Perspective", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2019, vol. 55, nº 2, pp. 261–283.

Bussani, M., y Mattei, U.: *The common core of european private Law*, La Haya, Kluwer Law International, 2002.

Cámara Lapuente, S.: "El hipotético "Código Civil Europeo": ¿por qué, cómo y cuándo?", en Cabanillas, A. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez–Picazo*, vol. 1, Madrid, Civitas, 2002, pp. 347–380.

Campuzano Díaz, B.: *Los acuerdos de elección de foro. Un análisis comparado de su regulación en el Convenio de La Haya de 2005 y en el Reglamento 1215/2012*, Granada, Comares, 2018, pp. 52–80.

Checa Martínez, M.: "Brexit y Cooperación Judicial Civil Internacional: opciones para Gibraltar", *Cuadernos De Gibraltar – Gibraltar Reports*, 2018–2019, nº 3, 29 pp.

Checa Martínez, M.: "El Derecho estadounidense de contratos: del common law al Código Uniforme de Comercio como código global" (S. Sánchez Lorenzo,ed.), *Derecho contractual comparado*, 3ª ed., Cizur Menor, Civitas Thomson, 2016, pp. 381–427.

Civitarese, S.: "A European convergence towards a stare decisis model?", *Revista digital de Derecho Administrativo*, nº 14, 2015, pp. 173–194.

Cuniberti, G. : *Grands systèmes de droit contemporains*, 3ª ed., Issy–les–Moulineaux, LGDJ, 2015.

Danov, M., "Cross–border litigation in England and Wales: Pre–Brexit data and post–Brexit implications", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 25, nº 2, 2018, pp. 139–167.

David, R., Jauffret–Spinosi, C., y Goré, M.: *Les grands systèmes de droit contemporains*, 12ª ed., París, Dalloz, 2016, pp. 15–20.

Davies, K. y Kirsey, V.: "Anti–Suit Injunctions in Support of London Seated Arbitrations Post–Brexit: Are All Things New Just Well–Forgotten Past?", *Journal of international arbitration*, vol. 33, 2016, pp. 501–519.

Del Barrio, N.: *La jurisprudencia en el Common Law (desde la perspectiva del jurista continental)*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2018.

Dicey, A.V.: *Conflict of Laws*, 5ª ed., Londres, Sweet & Maxwell, 1932.

Dickinson, A.: "Back to the future: the UK's EU exit and the conflict of laws", *Journal of Private International Law*, vol. 12, nº 2, 2016, pp. 195–210.

Díez Picazo, L., Roca Trías, E., y Morales, A. M.: *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, Civitas, 2002.

Dowers, N. A.: "The Anti–Suit Injunction and the EU: Legal Tradition and Europeanisation in International Private Law", *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 4, nº 4, 2013, pp. 960–973.

Edward, D.: "The British Contribution to the Development of Law and Legal Process in the European Union", en B. Markesinis (ed.), *The British Contribution to the Europe of the Twenty–First Century: The British Academy Centenary Lectures*, Oxford, Hart Publishing, 2002, pp. 25–35.

Fairgrieve, D. (ed.): *The Influence of the French Civil Code on the common law and beyond*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2007.

Fairgrieve, D., y Muir Watt, H.: *Common law et tradition civiliste: convergence ou concurrence?*, París, Presses Universitaires de France, 2006.

Fauvarque–Cosson, B.: "Comparative Law and Conflicts of Laws: Allies or Enemies? New Perspectives on an Old Couple", *Am. J. Comp. L.*, vol. 49, 2001, pp. 407–427.

Fiorentini, F.: *El Common Core del Derecho Privado Europeo y la codificación europea*, Londres, Santiago de Chile, Ediciones Olejnik, 2018.

Furnish, D. B., "El forum non conveniens y el lis alibi pendens: apuntes para una comparación sistémica y sistemática en la administración de justicia", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 321–358.

Gaillard, E.: *Anti–suit Injunctions in International Arbitration*, Huntington, Juris Publishing, 2005.

Garcimartín Alférez, F. J.: *Derecho de sociedades y conflicto de leyes: una aproximación contractual*, Madrid, Dijusa, 2002.

Gelter, M.; y Reif, A.: "What is Dead May Never Die: The UK's Influence on EU Company Law", *Fordham International Law Journal*, vol. 40, nº 5, 2017, pp. 1413–1441.

Ghirardi, O. A.: "¿La americanización del Derecho? Empirismo y Racionalismo en el orden jurídico: el sistema angloamericano (Common law) y el sistema continental (Civil law)", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba [<http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/bfla–americanizacion–del–derecho–.–empirismo–y>].

Giliker, P.: "Interpreting retained EU private law post–Brexit: Can commonwealth comparisons help us determine the future relevance of CJEU case law?", *Common Law World Review*, vol 48, 2019, pp. 15–38.

Giliker, P.: "The influence of EU and European Human Rights Law on English Private Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 64, 2015, pp. 237–265.

Gordley, J.: "Common law und civil law: eine überholte Unterscheidung", *Zeitschrift für Europäisches Privarecht*, nº 1, 1993, pp. 498–518.

Herranz Ballesteros, M.: *El "forum non conveniens" y su adaptación al ámbito Europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

Hess, B. y Boerner, T.: "Chambers for International Commercial Disputes in Germany: The State of Affairs", *Erasmus Law Review*, vol. 12, 2019, pp. 33–41.

Hess, B.: "Back to the Past: Brexit und das europaïsche internationale Privat– und Verfahrensrecht", *IPRax*: *Praxis den Internationalen Privat– und Verfahrensrechts*, vol. 36, nº 5, 2016, pp. 409–418.

Horsley, T.: "Brexit and UK Courts: Awaiting Fresh Instruction" (M. Dougan, ed.), *The UK after Brexit. Legal and Policy Challenges*, Londres, Intersentia, 2017, pp. 73–94.

Irti, N.: *L'età della decodificazione*, Milán, Giuffrè, 1979;

Jusdado Ruiz–Capillas, M.Á.: "Ius Commune and Common Law", *Cuadernos de Historia del Derecho*, 2008, vol. 15, pp. 327–344.

Karayanni, M.: *Forum non conveniens in the modern age: A Comparative and Methodological Analysis of Anglo–American Law*, Nueva York, Transnational Publishers, 2004.

Komarek, J.: "Judicial lawmaking and precedent in supreme courts: The European Court of Justice compared to the us Supreme Court and the French Cour de cassation", *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 11, 2008–2009, pp. 399–433.

Kramer, X.: "A Common Discourse in European Private International Law? A View from the Court System" (J. von Hein, E. M. Kieninger y G. Rühl, eds.), *How European is European Private International Law?*, Cambridge, Intersentia, 2019, pp. 215–234.

Lando, O.: "Why Codify the European Law of Contract", *European Review of Private Law,* 1997, pp. 525–535.

Lehmann, M.: "EU Law–Making 2.0: The Prospect of a European Business Code", *European Review of Private Law*, vol. 28, nº 1, 2020, pp. 73–106.

Leible, S; y Unberath, H.: *Brauchen wir eine Rom 0–Verordnung?*, Múnich, Sellier, 2013.

Lein, E., McCorquodale, R., McNamara, L., Kupelyants, H., y Del Rio, J.: *Factors Influencing International Litigants' Decisions to Bring Commercial Claims to the London Based Courts*, British Institute of International and Comparative Law y Ministerio de Justicia del Reino Unido, 2015.

Lloyd Jones, D.: "Brexit and the future of English Law", *Victoria University of Wellington Law Review*, vol. 49, nº 1, 2018.

López Azcona, A.: "La europeización del Derecho civil: crónica de un proyecto inconcluso", *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* IDIBE, nº 8, 2018, pp. 475–542.

Mancaleoni, A. M.: *Diritto Europeo e Tort(s) Law*, Turín, Giappichelli, 2018.

Mankowski, P.: "Der Vorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (CESL) und das Internationale Privatrecht", *RIW*, 2012, nº 3, pp. 98–99.

Mantosh, R.: *Post–Brexit European Union: future of the English Common Law Influence*, Study Paper No 01/19, Europa–Kolleg Hamburg, Institute for European Integration, 2019.

Marchenko, M.N.: "Convergence of Romano–Germanic and Anglo–Saxon Law" (W. Butler, O. Kresin y L. Shemshuchenko, eds.), *Foundations of Comparative Law: Methods and Typologies*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2011, pp. 209 y ss.

Markesinis, B. (ed.): *The Clifford Chance Millennium Lectures: The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000.

Markesinis, B. (ed.): *The Gradual Convergence: Foreign Ideas, Foreign Influences and English Law on the Eve of the 21st Century*, Oxford, Clarendon Press, 1994.

McAuliffe, K.: "Precedent at the court of Justice of the European Union: the linguistic aspect" (M. Freeman y F. Smith, eds.), *Law and Language: Current Legal Issues*, vol. 15, 2013, pp. 483–493.

McCruden, C.: "What Does It Mean to Compare, and What Should It Mean?", en S. Besson, L. Heckendorn Urscheler y S. Jubé (eds.), *Comparing Comparative Law*, Ginebra/Zúrich, Schulthess, 2017, pp. 61–84.

Michaels, R.: "Comparative Law and Private International Law", en J. Basedow, G. Rühl, F. Ferrari y P. De Miguel Asensio, *Encyclopedia of Private International Law*, vol. 1, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, pp. 417–424.

Moloney, N.: "Bending to Uniformity: EU Financial Regulation With and Without the UK", *Fordham International Law Journal*, vol. 40, nº 5, 2017, pp. 1335–1371.

Monti, G.: "The United Kingdom's Contribution to European Union Competition Law", *Fordham International Law Journal*, vol. 40, nº 5, 2017, pp. 1443–1473.

Morris, P. S.: "The modern transplantation of continental law in England: how English private international law embraces Europeanisation, 1972–2014", *Journal of Private International Law*, vol. 12, nº 3, 2016, pp. 587–607.

Murillo Villar, A.: "El Brexit: todo un reto para el Derecho Romano", *Revista Jurídica Da FA7*, vol. 16, nº 2, 2019, pp. 163–180.

Nicola, F. G.: "Luxembourg Judicial Style With or Without the UK", *Fordham International Law Journal*, vol. 40, nº 5, 2017, pp. 1505–1534.

Öhlinger, T.: "La influencia del Derecho comunitario sobre la legislación y la judicatura. Notas a un proceso de 'Americanización' del Derecho Europeo", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, nº 8, 2004, pp. 361–376.

Otero García–Castrillón, C.: "Problemas de aplicación de las normas de competencia judicial internacional en el Derecho español y comunitario. Reflexiones en torno al forum non conveniens", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 94, 2000, pp. 99–128.

Pertegás Sender, M.: "El proceso de codificación del DIPr en la Unión Europea y su interacción con otros procesos de codificación: La Haya" (C. Esplugues Mota, P. Diago Diago y P. Jiménez Blanco, eds.), *50 años de Derecho internacional privado de la Unión Europea en el diván*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 175–194.

Pfeiffer, T.: "Ein europäischer Handelsgerichtshof und die Entwicklung des europäischen Privatrechts", *ZEuP*, 2016, pp. 795–800.

Pilich, M.: "Brexit and EU private international law: May the UK stay in?", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 24, nº 3, 2017, pp. 382–398.

Poncibo, C.: "With or without you. Thoughts on Brexit and European Private Law" (M. Novakovic, ed.), *Common Law and Civil Law Today: Convergence and Divergence*, Wilmington, Vernon Press, 2019, pp. 105–136.

Pringsheim, F.: "The inner relationship between English and Roman Law", *Cambridge Law Journal*, vol. 5, 1935, pp. 347–365.

Proctor, K., y Scard, A.: "The consequences of Brexit on International Dispute Resolution", *The International Comparative Legal Guidelines*, Global Legal Group, 2019.

Reimann, M.: "Comparative Law and Private International Law", en M. Reimann y R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 1339–1370.

Rodríguez Benot, A. (dir.): *Manual de Derecho internacional privado*, 6ª ed., Madrid, Tecnos, 2019.

Rühl, G.; "Judicial cooperation in civil and commercial matters after Brexit: which way forward?", *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 67, nº 1, 2018, pp. 99–128.

Rühl, G.: *Building Competence in Commercial Law in the Member States*, Study for the JURI Committee, European Parliament, 2018.

Rühl, G.: *Towards a European Commercial Court?*, 2018 [<http://conflictoflaws.net/2018/towards–aeuropean–commercial–court/>].

Rühl, G.; y von Hein, J.: "Towards a European Code on Private International Law?", *RabelsZ*, vol. 79, nº 4, 2015, pp. 701–751.

Sabels, C. F., y Gerstenberg, O.: "Constitutionalising an Overlapping Consensus: The ECJ and the Emergence of a Coordinate Constitutional Order", *European Law Journal*, vol. 16, nº 5, 2010, pp. 511–550.

Sánchez Lorenzo, S.: "De Bruselas a La Haya, pasando por Roma y Viena: La normativa común de compraventa europea", en Forner, J.; González, C.; Viñas, R. (coords.) *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional Privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 821–832.

Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho privado europeo*, Granada, Comares, 2002, pp. 238–241.

Sánchez Lorenzo, S.: *El Derecho inglés y los contratos internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.

Sattler, M.: "Abandon Ship? West Tankers, Gazprom, and Anti–Suit", *Swiss Arbitration Association Bulletin*, vol. 34, nº 2, 2016, pp. 342–354.

Schmidt, K., *Die Zukunft der Kodifikationsidee*, Heidelberg, C.F. Müller, 1985

Scholes, E. F. y Hay, P.: *Conflicts of Laws*, Minnesota, St. Paul, 1992, pp. 911–926.

Seminara, L.: "Case–Law Relevance in the European Union Law: The Triumph of reason over Precedent", en M. Novakovic (ed.), *Common Law and Civil Law Today: Convergence and Divergence*, Wilmington, Vernon Press, 2019, pp. 197–220.

Siems, M.: *The End of Comparative Law*, Centre for Business Research, University of Cambridge, 2007, pp. 11–12.

Sonnenberger, H. J. y Bauer, F.: "Proposal of the Deuscher Rat für Internationales Privarecht for European and national legislation in the field of international company law", *Recht der Internationalen Wirschaft*, nº 1, 2006.

Soriano Llobera, J., y García Cueto, J.I.: "El efecto del Brexit en la validez de las cláusulas arbitrales existentes con Londres como sede del arbitraje y en la decision de las partes de pactar a futuro cláusulas arbitrales con Londres como sede del arbitraje", *Unión Europea Aranzadi*, nº 12, 2016, pp. 59–68.

Stein, P.: "Common Law and Civil Law in Historical Perspective", *Zeitschrift fur Europaisches Privatrecht,* 1997, pp. 385–392.

Stürner, M.: "Tendiendo un puente entre el common law y el derecho continental. ¿Constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del Derecho Privado Europeo?", *Revista Jurídica UAM*, nº 15, 2007, pp. 177–193.

Symeonides, S.: *American Private International Law*, La Haya, Wolters Kluwer, 2008.

Symeonides, S.: *Codyfing Choice of Law Around the World. An International Comparative Analysis*, Nueva York, Oxford University Press, 2014.

Szabados, T.: 'Precedents' in EU Law— The Problem of Overruling", *ELTE Law Journal*, disponible en [<https://eltelawjournal.hu/precedents–eu–law–problem–overruling/>].

Tate, C.: "American Forum Non Conveniens in Light of the Hague Convention on Choice–of–court Agreements", *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 69 (1), 2007, pp. 165–187.

Themeli, E.: *The Great Race of Courts: Civil Justice System Competition in the European Union*, Eleven International Publishing, 2018.

Vranken, M.: *Western legal traditions: a comparison of civil law and common law*, The Federation Press, Sydney, 2015.

Wagner, R.: "Do We Need a Rome 0 Regulation?", *Netherlands International Law Review*, vol. 61, nº 2, 2014, pp. 225–242.

Westlake, J.: *A Treatise on Private International Law*, Londres, Maxwell, 1858.

Wilke, F.: *A Conceptual Analysis of European Private International Law. The General Issues in the EU and its Member States*, Cambridge, Intersentia, 2019.

Wilson, M. E., "Let Go of that Case – British Anti–Suit Injunctions Against Brussels Convention Members", *Cornell International Law Journal*, vol. 36, nº 1, 2003, pp. 207–226.

Woolf of Barnes, L.: "The Tides of Change", en B. Markesinis (ed.), *The British Contribution to the Europe of the Twenty–First Century: The British Academy Centenary Lectures*, Oxford, Hart Publishing, 2002, pp. 1–13.

Zimmermann, R.: "Comparative Law and Europeanization of Private Law", en M. Reimann y R. Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 557–598.

Recibido: 13 marzo 2020
Aceptado: 12 mayo 2020

El mercado internacional del arte *con y sin* Brexit

Celia María CAAMIÑA DOMÍNGUEZ*

SUMARIO: I. Introducción II. La circulación legal de obras de arte 1. Sumisión expresa a los tribunales ingleses 2. Elección de la Ley inglesa 3. El *droit de suite*. III. La circulación ilegal de obras de arte. 1. Exportación ilegal e internacionalismo cultural 2. Directiva 2014/60.

RESUMEN: Este trabajo trata sobre el impacto del Brexit en el mercado internacional de obras de arte. Dado que Londres es uno de los principales centros de dicho mercado, serán analizadas relevantes implicaciones del Brexit. El estudio se divide en dos partes: la primera versa sobre las condiciones de venta utilizadas por las casas de subastas (en particular, las cláusulas relativas a tribunales competentes, ley aplicable y derecho de participación de los artistas en la reventa de sus obras); la segunda parte se centra en la restitución de obras de arte ilegalmente exportadas de un Estado miembro de la Unión Europea al Reino Unido.

PALABRAS CLAVE: OBRA DE ARTE – BREXIT – SUBASTA – DERECHO DE PARTICIPACIÓN DEL ARTISTA – EXPORTACIÓN ILEGAL.

International trade of works of art with and without Brexit

ABSTRACT: This essay deals with the impact of Brexit on international trade of works of art. As London is one of the major marketplaces, relevant implications of Brexit will be analysed. The essay is divided into two parts: the first one is about international auction sales (conditions of business about law, jurisdiction and artist´s resale right); the second one deals with restitution of works of art that have been illegally exported from the European Union to the United Kingdom.

KEY WORDS: WORK OF ART – BREXIT – AUCTION – ARTIST'S RESALE RIGHT – ILEGALLY EXPORT.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo versa sobre las consecuencias del *Brexit* en el mercado internacional de obras de arte, dado el indiscutible papel de

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad Carlos III de Madrid.

ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.04

Londres como uno de los centros mundiales de dicho mercado[1]. En el análisis, se distinguirá entre las consecuencias para el tráfico internacional legal e ilegal de bienes culturales.

En el ámbito de la circulación legal de obras de arte, se analizarán las consecuencias del *Brexit* en lo que respecta a las cláusulas de sumisión expresa y de Ley aplicable, que suelen incluir las "Condiciones de venta" de las casas de subastas con sede en Londirs. En segundo lugar, también en lo que afecta a las compraventas internacionales de obras de arte, se planteará qué cabe esperar que ocurra con el conocido como *droit de suite* de los artistas, dado que este derecho se encontraba hasta ahora regulado por una Directiva de la Unión Europea.

Por lo que se refiere a la circulación ilegal de bienes culturales, se reflexionará sobre las consecuencias del *Brexit* sobre la restitución de bienes culturales que han sido ilegalmente exportados de los Estados miembros de la Unión Europea, dado que esta cuestión también contaba, hasta ahora, con una Directiva de la Unión Europea.

Por ello, se compararán dos escenarios (*con y sin Brexit*), para determinar qué aspectos cabe esperar que se mantengan inalterados, cuáles pueden suponer cambios relevantes y, en este último caso, cómo afrontar las consecuencias de los mismos.

II. LA CIRCULACIÓN LEGAL DE OBRAS DE ARTE

Si se decide vender o tratar de comprar una obra de arte a través de una casa de subastas cuya sala se encuentra en Londres, cabe tener presente que, en las "Condiciones de venta", existen cláusulas de sumisión expresa a

[1] Tal como se indica en el Informe que la Comisión elaboró con respecto a la aplicación y efectos de la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 septiembre 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original, existen unos "núcleos de mercado globales", entre los que se encuentra el Reino Unido, donde tienen lugar las compraventas de obras de arte de mayor precio (entendiendo como tales los precios superiores a 50.000 euros); vid. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: Informe sobre la aplicación y efectos de la Directiva relativa al derecho de participación (2001/84/CE), Bruselas, 14 diciembre 2011, COM(2011) 878 final, p. 7 [<https://eur–lex.europa.eu/ LexUriServ/LexUriServ. do?uri=COM: 2011:0878:FIN:ES:PDF>] (fecha de consulta: 10 marzo 2010). Según consta en el último Informe de *Artprice*, el precio más elevado alcanzado en 2019 por una obra subastada en Londres fue de casi 50 millones de dólares, correspondientes a la pintura "Henry Geldzahler and Christopher Scott" del artista David Hockney (*vid.* AMMA y Artprice.com, *The art market in 2019*, p. 8 [<https://imgpublic.artprice.com/pdf//the–art–market–in–2019.pdf>] (fecha de consulta: 10 marzo 2010).

los tribunales ingleses, así como cláusulas en las que se determina que será aplicable la Ley inglesa[2].

1. Sumisión expresa a los tribunales ingleses

Las mencionadas "Condiciones" suelen exigir que, en su relación con la casa de subastas, tanto los vendedores como quienes deseen pujar por una obra de arte, acepten que, para los litigios relativos a cualquier cuestión o transacción a los que resulten de aplicación tales "Condiciones", serán únicamente competentes los tribunales ingleses. Siendo el Reino Unido un Estado miembro de la Unión Europea, a tales cláusulas de sumisión expresa les resultaba de aplicación el Reglamento (CE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 diciembre 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil[3]. Ello se debía a que el litigio versaba sobre materia civil o mercantil (art. 1) y se trataba de demandas presentadas a partir del 10 enero 2015 (art. 66.1º), ante un tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea[4]. Al tratarse de una cláusula de sumisión expresa que encajaba en el art. 25 del Reglamento, no era preciso que ninguna de las partes se encontrase domiciliada en un Estado miembro (art. 25). La irrelevancia del domicilio de las partes resultaba de particular interés, dado que las circunstancias personales de vendedor y comprador no afectaban a la validez de la sumisión expresa. A todo lo anterior se añadía, conforme al art. 25, que la sumisión expresa tenía que ser válida según la Ley del Estado miembro cuyos tribunales habían sido elegidos –Ley inglesa–, y que la sumisión tenía que cumplir los requisitos de forma contemplados en el mismo precepto.

---

[2] *Sotheby´s, Contemporary Art Day Auction*, 12 febrero 2020, Londres, condiciones aplicables a dicha subasta disponibles en [<https://www.sothebys.com/en/auctions/2019/contemporary–art–day–l20021.html?locale=en>] (fecha de consulta: 11 febrero 2020): "14. *Law and jurisdiction (…) For the benefit of Sotheby's, all Bidders and Sellers agree that the Courts of England are to have exclusive jurisdiction to settle all disputes arising in connection with all aspects of all matters or transactions to which these Conditions of Business relate or apply. All parties agree that Sotheby's shall retain the right to bring proceedings in any court other than the Courts of England…".* Phillips, condiciones disponibles en [<https://www.phillips.com/buysell/london/conditions>] (fecha de consulta: 11 febrero 2020): "*16 Law and jurisdiction (…) (b) For the benefit of Phillips, all bidders and sellers agree that the Courts of England are to have exclusive jurisdiction to settle all disputes arising in connection with all aspects of all matters or transactions to which these Conditions of Sale and Authorship Warranty relate or apply. All parties agree that Phillips shall retain the right to bring proceedings in any court other than the Courts of England…*".

[3] DO L 35 de 20.12.2012, pp. 1–32

[4] *Vid*. I. Lorente Martínez, "Brexit y cláusulas de sumisión en los contratos internacionales", *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, pp. 408–418, esp. pp. 410–411.

Con la salida del Reino Unido de la Unión Europea, cabe plantearse si, para los Estados miembros, las cláusulas de sumisión expresa contenidas en las "Condiciones" siguen obligando a demandar a la casa de subasta ante los tribunales ingleses a los vendedores y a quienes pujan por la obra de arte.

Tras el *Brexit*, al tratarse de una sumisión expresa a un tribunal de un Estado no miembro y de un demandado –la casa de subastas– domiciliado en un Estado no miembro, dicha sumisión expresa tendría que ser valorada, si se interpone la demanda ante los tribunales españoles, en virtud de la LOPJ –salvo que se establezca un régimen especial para el Reino Unido, como una posible adhesión del Reino Unido al Convenio de Lugano de 2007, o la adhesión del Reino Unido –ya como tercer Estado– al Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro–[5].

En el ámbito de la LOPJ, la sumisión expresa a un tercer Estado ha de ser valorada conforme al art. 22 ter 4[6]. Así, el demandado –la casa de subastas– tendría que plantear ante los tribunales españoles una declinatoria internacional con base en la sumisión expresa a los tribunales ingleses que consta en las "Condiciones". A continuación, los tribunales españoles deberían suspender el procedimiento y, en caso de los tribunales ingleses declinasen la competencia –declinación poco probable–, los tribunales españoles tendrían que reactivar el proceso. En conclusión, la sumisión

[5] Si se demanda ante los tribunales españoles a la casa de subastas, al no estar domiciliada en un Estado miembro, únicamente una sumisión tácita (art. 26) permitiría aplicar el Reglamento 1215/2012. Dada la escasa probabilidad de que la casa de subastas conteste a la demanda sin impugnar la competencia de los tribunales de los Estados miembros, la norma aplicable será, como regla general para los tribunales españoles, la LOPJ. Con respecto a la adhesión del Reino Unido a otros Convenios, *vid.* F. Garau Sobrino, "Reino Unido, Brexit y Convenio de La Haya de 2005", 10 febrero 2019, [<http://conflictuslegum.blogspot.com/2019/02/reino–unido–brexit–y–convenio–de–la.html>] (10 marzo 2020); P. de Miguel Asensio, "Brexit update": perspectivas en el ámbito de la cooperación judicial civil", 6 marzo 2020, [<http:// pedrodemiguelasensio. blogspot.com/2020/03/brexit–update–perspectivas–en–el–ambito. html# more>] (10 marzo 2020) y P. de Miguel Asensio, "Brexit y Derecho internacional privado: Recapitulación", 31 enero 2020 [<http://pedrodemiguel asensio.blogspot.com/2020/01/brexit–y–derecho–internacional –privado.html>] (10 marzo 2020). Por lo que se refiere a los Estados miembros y a los Convenios mencionados, *vid*. Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO nº L 339 de 21.12.2007. Decisión del Consejo de 26 febrero 2009, relativa a la firma en nombre de la Comunidad Europea del Convenio sobre acuerdos de elección de foro (2009/397/CE), DO L 133 de 29.5.2009. *Vid.* entre otros, I. Lorente Martínez, "Brexit y cláusulas de sumisión…", *loc. cit.*, pp. 408–418; L. Válkova, "Choice–of–court agreements in the EU and Brexit: Hague Convention on choice of court agreements as a solution?", en M. C. Baruffi / M. Ortino (eds.), *Trending topics in international and EU law: legal and economic perspectives*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 251–269.

[6] *Vid*. A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, 18ª ed., vol. I, Granada, Comares, 2018, pp. 164–171.

expresa continuaría provocando que, para demandar a la casa de subastas, sería preciso acudir a los tribunales ingleses.

Ahora bien, cabe precisar qué ocurriría en caso de que, por ejemplo, la casa de subastas fuera demandada por un comprador con domicilio en un Estado miembro que tuviera, conforme a la Sección 4 del Capítulo segundo del Reglamento 1215/2012, la condición de "consumidor"[7]. Para ello, el comprador tendría que haber adquirido la obra de arte "para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional". Además, con la interpretación del TJUE en el asunto *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited*, podría ser suficiente con que el uso no tuviera un "carácter esencialmente profesional"[8]. Si a ello se añade que el profesional –la casa de subastas– dirige sus actividades a los Estados miembros y que el contrato con el comprador se encuentra comprendido en el ámbito de las actividades de dicho profesional, cabe sostener que se cumplirían las condiciones del art. 17 del Reglamento 1215/2012[9].

Entre las consecuencias más relevantes de tener el demandante la condición de "consumidor", se encontrarían las siguientes:

- El Reglamento 1215/2012 sería de aplicación, ya que la Sección 4 del Capítulo segundo no exige que el demandado –la casa de subastas– se encuentre domiciliado en un Estado miembro de la Unión Europea;
- En virtud del art. 18.1º del Reglamento 1215/2012, el consumidor domiciliado en un Estado miembro podría demandar ante los

[7] En las "Condiciones" de Durán Arte y Subastas, disponibles en [<https://www.duran–subastas.com/informacion–general>] (fecha de consulta: 10 marzo 2020), se hace referencia al "consumidor": "Resolucion extrajudicial de conflictos. Si Ud. como consumidor considera que sus derechos han sido vulnerados, puede dirigir sus quejas a través de la dirección de correo duran@duran–subastas.com con el fin de solicitar una solución extrajudicial de controversias (…). Ley aplicable y jurisdiccion. En el caso de que surgiesen discrepancias entre las partes por razón de las operaciones de subasta, el depositante/vendedor, el adjudicatario/comprador y la propia Sala, se somete a la competencia de la jurisdicción de los Juzgados y Tribunales españoles. Las operaciones en que interviene la Sala, en cuanto a su calificación jurídica y efectos consiguientes, quedan sometidas a las normas del Derecho Español y más en concreto a los preceptos que regulan los contratos de mediación y de depósito".

[8] STJUE 25 enero 2018, as. C–498/16, *Maximilian Schrems y Facebook Ireland Limited,* ECLI:EU:C:2018:37, ap. 38.

[9] Por lo que respecta a los países a los que dirigen sus actividades las casas de subastas, *vid. Sotheby´s, Contemporary Art Day Auction*, 12 febrero 2020, Londres, condiciones aplicables a dicha subasta disponibles en [<https://www.sothebys.com/en/auctions/2019/contemporary–art–day–l20021.html?locale=en>] (11 febrero 2020), que contiene referencias tanto a compradores domiciliados en la Unión Europea como a compradores domiciliados en terceros Estados (*v.gr.*, 3. *Property (…) "Items sold to buyers whose address is in the EU will be assumed to be remaining in the EU (…) Items sold to buyers whose address is outside the EU will be assumed to be exported from the EU (…)*.

tribunales de dicho lugar a la casa de subastas, siendo irrelevante que la casa de subastas se encuentre domiciliada en un Estado no miembro.

— Por ello, conforme a la Sección 4 del Capítulo segundo del Reglamento 1215/2012, consideramos que las casas de subastas londinenses podrían ser demandadas ante tribunales de los Estados miembros por los consumidores domiciliados en los Estados miembros.

2. Elección de la Ley inglesa

Como se ha adelantado, en las "Condiciones de venta", suelen existir cláusulas en las que se determina que será aplicable la Ley inglesa[10]. En virtud del Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)[11], –que resultaría aplicable por los tribunales de los Estados miembros del mismo, al tratarse de un contrato internacional celebrado a partir del 17 diciembre 2009–, no resulta relevante que las casas de subastas londinenses ya no tengan su residencia habitual en un Estado miembro, al tratarse de un Reglamento *erga omnes*.

En virtud de los arts. 3 y 22 del Reglamento, la elección de la Ley inglesa resultaría válida, siendo irrelevante que, tras el *Brexit*, se trate de la Ley de un Estado no miembro (art. 2)[12]. En defecto de elección, cabe recordar que, conforme al art. 4.1º. g) del Reglamento, la Ley aplicable sería la Ley del país donde tenga lugar la subasta –por lo tanto, de nuevo, la Ley inglesa–[13].

---

[10] *Sotheby´s, Contemporary Art Day Auction*, 12 febrero 2020, Londres, condiciones aplicables a dicha subasta disponibles en [<https://www.sothebys.com/en/auctions/2019/ contemporary –art–day–l20021.html?locale=en>] (f 11 febrero 2020): "14. *Law and Jurisdiction. Governing Law. These Conditions of Business and all aspects of all matters, transactions or disputes to which they relate or apply (including any online bids in the sale to which these Conditions apply) shall be governed by and interpreted in accordance with English law"*. Phillips, condiciones disponibles en [<https://www.phillips.com/buysell/ london/conditions>] (11 febrero 2020): "16 *Law and jurisdiction. (a) The rights and obligations of the parties with respect to these Conditions of Sale and Authorship Warranty, the conduct of the auction and any matters related to any of the foregoing shall be governed by and interpreted in accordance with English law*".

[11] DO L 177 de 4.7. 2008, pp. 6–16; ELI: [<http://data.europa.eu/eli/reg/2008/593/oj>].

[12] Como cualquier elección de Ley, podría resultar afectada, por ejemplo, por las leyes de policía del art. 9 del Reglamento Roma I. En particular, en este ámbito adquieren protagonismo las normas de protección del patrimonio histórico.

[13] Cabe tener presente que, al incluirse en las "Condiciones" una sumisión expresa a los tribunales ingleses, conocerán de los posibles litigios tales tribunales –salvo en el improbable caso de una sumisión tácita posterior–. Por ello, al no pertenecer el tribunal del foro a un Estado miembro, los tribunales ingleses no valorarán la validez de la elección de Ley en virtud del Reglamento Roma I.

Al igual que en el ámbito de la competencia judicial internacional, resulta relevante valorar cómo afecta dicha cláusula de elección de Ley a los compradores que tengan la condición de "consumidores". Las reglas que el Reglamento Roma I contempla en materia de contratos de consumo resultarían aplicables a los compradores –personas físicas– que adquieren la obra de arte para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional (art. 6.1º), dado que la casa de subastas –el profesional– actúa en el ejercicio de su actividad profesional, el contrato se encuentra comprendido en el ámbito de tales actividades y dirige éstas al país de residencia habitual del consumidor.

El art. 6.2º del Reglamento Roma I permite la elección de la Ley aplicable –Ley inglesa–, si bien "dicha elección no podrá acarrear, para el consumidor, la pérdida de la protección que le proporcionen aquellas disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habría sido aplicable de conformidad con el ap. 1". La Ley a la que se refiere el art. 6.1º es la Ley del país de residencia habitual del consumidor. Por ello, con independencia de lo que dispongan las "Condiciones", el comprador –consumidor– residente habitual en un Estado miembro, mantiene la protección de las normas imperativas de la Ley de su país de residencia habitual. Pero, además, atendiendo a la jurisprudencia del TJUE en el asunto *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl*, ha de tenerse presente que una cláusula que determine como aplicable la Ley inglesa tendría que informar al consumidor de que, a pesar de dicha elección de Ley, se encuentra protegido por las normas imperativas del país de su residencia habitual[14].

Para finalizar las reflexiones relativas a la Ley que resulta aplicable conforme al Reglamento Roma I, cabe señalar que hasta ahora no hemos planteado el escenario de las subastas que puedan tener por objeto obras de arte protegidas por su país de origen. En el ámbito del Reglamento Roma I, la Ley aplicable al contrato puede resultar afectada por las "leyes de policía" del art. 9, puesto que las normas que limitan el comercio internacional de bienes del patrimonio cultural de un Estado responden a un objetivo político–social[15].

Ahora bien, cabe tener presente que únicamente existen garantías de aplicación de aquellas normas de protección del patrimonio cultural que cumplan las condiciones para ser consideradas "leyes de policía", si el

[14] STJUE 25 julio 2016, as. C–191/15, *Verein für Konsumenteninformation y Amazon EU Sàrl,* ECLI:EU:C:2016:612, ap. 71.

[15] A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Contratos internacionales I", en A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho internacional privado*, 18ª ed., vol. II, Granada, Comares, 2018, p. 1024.

tribunal competente para conocer del fondo del asunto es el tribunal del país cuyas "leyes de policía" limitan o prohíben el comercio de tal obra de arte. Este caso se enmarcaría en el art. 9.2º del Reglamento, al tratarse de las leyes de policía del foro.

En el caso más frecuente, que será aquél en que no se trate de "leyes de policía" del foro, la "ley de policía" se encontrará no únicamente con el obstáculo que supone la aplicación facultativa de tales normas. A ello se añadirá que, si la obra de arte objeto de subasta se encuentra fuera del país que la protege y ha de ser entregada también fuera de tal país, tales "leyes de policía" no pertenecerán a la Ley del país de ejecución de las obligaciones, que es uno de los requisitos que exige el art. 9.3º del Reglamento[16].

3. El droit de suite

Continuando con el análisis de algunos aspectos relevantes del *Brexit* sobre las compraventas celebradas a través de casas de subastas con sala en Londres, cabe ahora referirse a la figura del "derecho de participación de los artistas en la reventa de sus obras", conocido como *droit de suite* o, en los términos que figuran en las "Condiciones" de las casas de subastas londinenses, como *artist's resale right*[17].

---

[16] Estos obstáculos nos llevarán a plantearnos un segundo escenario en la segunda parte de este trabajo, como es el de los "mecanismos de restitución automática".

[17] *Christie's Terms and Conditions, On line–Only sales*, disponibles en [<https://online only.christies.com/terms–and–conditions/382>] (11 febrero 2020). "*D. 3. Artist's resale royalty. "In certain countries, local laws entitle the artist or the artist's estate to a royalty known as 'artist's resale right' when any lot created by the artist is sold. We identify these lots with the symbol λ next to the lot number. If these laws apply to a lot, you must pay us an extra amount equal to the royalty (unless the law requires the payment to be made by the seller). We will pay the royalty to the appropriate authority on the seller's behalf. Where the Christie's selling company specified in the Sale Particulars is located in the EU the artist's royalty applies if the hammer price of the lot is more than 1,000 euro and the total charge for any lot cannot be more than 12,500 euro*".

Sotheby´s, Contemporary Art Day Auction, 12 febrero 2020, Londres, condiciones aplicables a dicha subasta disponibles en [<https://www.sothebys.com/en/auctions/2019/contemporary–art–day–l20021.html?locale=en>] (fecha de consulta: 11 febrero 2020): (…) *Property Subject to the Artist's Resale Right. Purchase of lots marked with this symbol… will be subject to payment of the Artist's Resale Right…*".

Phillips, condiciones disponibles en [<https://www.phillips.com/buysell/london/ conditions>] (11 febrero 2020): "*6. Purchase Price and Payment (c) If the Artist's Resale Right Regulations 2006 apply to the lot, the buyer agrees to pay to us an amount equal to the resale royalty provided for in those regulations and we undertake to the buyer to pay such amount to the artist's collection agent. In circumstances where (i) we are on notice that the resale royalty is payable or (ii) we have not been able to ascertain the nationality of the artist, we will identify the lot with the symbol next to the lot number and will invoice the resale royalty to the buyer…*". *Vid.* también *Key Principles and Recommendations on the management of the Author Resale Right*, disponibles en [<https://www.globalcube.net/clients/evartistsv2/content/medias/images/slideshow/MUTS

En el ámbito de la Unión Europea, este derecho se encuentra regulado en la Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 septiembre 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original[18]. En virtud de la Directiva, el artista tiene un derecho irrenunciable e inalienable a percibir un porcentaje del precio de reventa de su obra (art. 1.1º Directiva 2001/84), cuando se cumplen, fundamentalmente, las siguientes condiciones[19]: a) la creación ha de corresponder al concepto de "obra de arte gráfica" o "plástica" del art. 2 de la Directiva. Al respecto, dicho precepto contempla una lista con carácter ejemplificativo: "tales como los cuadros, collages, pinturas, dibujos, grabados, estampas, litografías, esculturas, tapicerías, cerámicas, objetos de cristal y fotografías, siempre que éstas constituyan creaciones ejecutadas por el propio artista o se trate de ejemplares considerados como obras de arte originales"[20]; b) la operación ha de ser una "reventa", es decir, ha de tratarse de compraventas posteriores a la primera venta, entendiendo por ésta la realizada por el propio artista (por ello, se aplica a segundas ventas y posteriores) (art. 1.1º Directiva 2001/84); c) en la operación, ha de intervenir, como vendedor, comprador o intermediario, un profesional del mercado del arte –por ello, incluye a las casas de subastas– (art. 1.2º Directiva 2001/84); d) la reventa no ha de estar cubierta por la excepción del art. 1.3º de la Directiva, es decir, no ha de tratarse de una segunda venta celebrada en menos de 3 años desde que el vendedor adquirió la obra directamente al autor y por un precio que no excede de 10.000 euros; e) en virtud de la Directiva, ha de protegerse el derecho de participación en caso de que la obra sea vendida por un precio igual o superior a 3.000 euros, aunque los Estados miembros pueden rebajar dicha cantidad (art. 3.2º Directiva 2001/84); f) los Estados miembros pueden establecer que la gestión colectiva sea obligatoria u opcional (art. 6.2º Directiva 2001/84); f) el beneficiario de las cantidades correspondientes es el autor y sus derechohabientes, extinguiéndose una vez transcurridos 70 años desde el 1

AKA_2014.02.19_09.35.36_5C4N6684_1.pdf>] (fecha de consulta: 2 marzo 2020), que han sido firmados por varios profesionales del mercado internacional de obras de arte.

[18] DO L 272 de 13.10.2001.

[19] Entre otros, *vid.* C. M. Caamiña Domínguez, "La Directiva 2001/84/CE relativa al derecho de participación y su transposición en España y Portugal", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor*, vol. 32, 2011–2012, p. 35; R. Casas Vallés, "La Directiva sobre el derecho de participación de los artistas plásticos (Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original)", *Actas de Derecho industrial y derecho de autor,* vol. 22, 2001, p. 228; C. M. Díez Soto, "Algunas cuestiones a propósito del derecho de participación del autor de una obra de arte original sobre el precio de reventa (*droit de suite*)", *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, pp. 216–219; E. Vicente Domingo, *El Droit de Suite de los artistas plásticos*, Madrid, Reus, 2007, p. 61.

[20] El concepto de obra de arte original, tal como señala el art. 2.2º de la Directiva, permite incluir los ejemplares hechos en ediciones limitadas.

de enero del año siguiente al de fallecimiento o declaración de fallecimiento del autor (arts. 6 y 8 Directiva 2001/84); g) el cálculo de la cantidad a percibir se realiza conforme a los porcentajes y tramos del art. 4 de la Directiva, no pudiendo superar el importe total la cantidad de 12.500 euros[21].

En el Reino Unido, la Directiva 2001/84 fue objeto de transposición mediante *The Artist's Resale Right Regulations 2006*[22]. Por lo que se refiere a los aspectos en los que la Directiva deja cierto margen de actuación a los Estados, cabe señalar lo siguiente: a) en el ámbito del art. 3.2º Directiva 2001/84, en el Reino Unido se protege el derecho de participación si el precio de la obra de arte es de 1.000 euros o más[23]; b) conforme al art. 6.2º de la Directiva, en el Reino Unido es obligatoria la gestión colectiva[24]; c) en el Reino Unido se aplican los porcentajes y tramos que la Directiva establece en su art. 4.1º.

Cuando se adoptó la Directiva 2001/84, el Reino Unido era uno de los cuatro únicos Estados miembros en cuyo Derecho interno no se contemplaba la figura del derecho de participación[25]. Así, en el Considerando noveno de la Directiva se pone de manifiesto que la falta de uniformidad previa a su aprobación contribuía "a falsear la competencia, así como a desplazar las operaciones de venta dentro de la Comunidad". Es decir, la Directiva trató de poner fin al fenómeno de "deslocalización" que, en este ámbito, consiste en la búsqueda de mercados para conseguir dar salida a obras de arte en aquéllos en los que el derecho de participación no existe[26].

Con motivo de la elaboración del Informe de la Comisión del año 2011, las casas de subastas informaron de casos en los que los vendedores habían decidido trasladar sus encargos a salas de terceros Estados que no protegían el derecho de participación, para así lograr un mayor beneficio[27]. Al respecto, la doctrina ya había apuntado que el fin de la "deslocalización" dentro de la Unión Europea podría derivar en una deslocalización hacia terceros Estados en los que dicho derecho no existía[28].

---

[21] La Directiva permite introducir pequeñas variaciones en el porcentaje aplicable al primer tramo (*vid*. art. 4 Directiva 2001/84, aps. 2 y 3).

[22] *The Artist's Resale Right Regulations 2006*, disponibles en [<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2006/346/contents/made>] (28 febrero 2020).

[23] *Regulation* 12 (3) (b).

[24] *Regulation* 14 (1).

[25] Los otros tres Estados eran Austria, Irlanda y Países Bajos (*vid*. Informe sobre la aplicación y efectos de la Directiva relativa al derecho de participación…, *loc. cit.,* p. 2).

[26] Entre otros, *vid.* E. Vicente Domingo, *El Droit de Suite…, op. cit*., p. 57.

[27] Informe sobre la aplicación y efectos de la Directiva relativa al derecho de participación…, *loc. cit.,* pp. 7–8.

[28] *Vid*. E. Vicente Domingo, *El Droit de Suite…, op. cit*., p. 61.

Por ello, cabría pensar que, como en el Reino Unido no se protegía el derecho de participación de los artistas hasta que ello fue impuesto por la Directiva 2001/84, el *Brexit* podría provocar el retorno a la situación anterior. Sin embargo, según han anunciado dos de las principales entidades de gestión colectiva del Reino Unido, dicho país continuará protegiendo el derecho de participación de los artistas tras el *Brexit*[29]. Por lo tanto, en las reventas de obras de arte en las que intervenga –como vendedor, comprador o intermediario–, una casa de subastas del Reino Unido, seguirán percibiendo el artista o sus derechohabientes el derecho de participación, si se cumplen las condiciones anteriormente indicadas.

Ello no tendrá únicamente consecuencias para las reventas de obras de arte celebradas dentro del Reino Unido, sino también para las celebradas en el resto de la Unión Europea. Ello se debe a que, tal como dispone el art. 7 de la Directiva 2001/84, en los Estados miembros se protege el derecho de participación de los autores que son nacionales de terceros Estados en caso de que la legislación del tercer Estado proteja, a su vez, el derecho de los autores nacionales de los Estados miembros[30]. Por ello, si el Reino Unido mantiene la protección del derecho de participación, pasará a incluirse en el listado de tales terceros Estados. Así, los artistas nacionales de los Estados miembros –y sus derechohabientes– continuarán percibiendo las cantidades correspondientes al derecho de participación por las reventas que tenga lugar en el Reino Unido; como también lo harán los artistas británicos –y sus derechohabientes– por las reventas de sus obras que tengan lugar en los Estados miembros.

---

[29] *Design & Artists Copyright Society* (DACS) y *Artists Collecting Society* (ACS). *Vid.* "New law confirms that the Artist's Resale Right will continue to benefit artists post–Brexit", disponible en [<https://www.dacs.org.uk/latest–news/new–law–confirms–the–artist%E2%80%99s–resale–right?category=For+Artists&title=N>], *vid*. "FAQ" en [<https://artistscollectingsociety.org/faq/>] (2 marzo 2020), donde se indica: "ACS is delighted to confirm that draft legislation, published by the government in 2019, safeguards ARR for the thousands of artists and artists' estates who rely upon the royalty… Amendments have been made by the government, but the changes are minimal. The UK threshold remains at 1,000 EUR, the works covered, the definitions, and how ARR is calculated all appear as they did in the 2006 enactment".

[30] *Vid.* entre otros, R. Bercovitz Rodríguez–Cano, "El derecho de participación", *Aranzadi Civil–Mercantil,* nº 19, 2008, (BIB 2008\3035); R. Casas Vallés, "La Directiva…", *loc. cit.,* p. 235; C.M. Díez Soto, "Algunas cuestiones a propósito del derecho de participación", *loc. cit.*, pp. 233–234; J. Ortega Doménech, "El resurgimiento europeo del "droit de suite" o derecho de participación en la reventa de obra plástica", *Anuario de Propiedad Intelectual,* 2001, p. 271. A ello cabe añadir la previsión del art. 7.3º de la Directiva: "Beneficiarios de terceros países": "Todo Estado miembro podrá equiparar a los autores que no sean nacionales de un Estado miembro pero que tengan su residencia habitual en dicho Estado miembro con sus propios nacionales a los efectos de protección del derecho de participación".

III. LA CIRCULACIÓN ILEGAL DE OBRAS DE ARTE

En el ámbito de la circulación ilegal de obras de arte, vamos a referirnos a las consecuencias del *Brexit* sobre los mecanismos de restitución automática de obras de arte ilegalmente exportadas. En concreto, cabe referirse a la situación en la que, tras ser ilegalmente exportada una obra de arte desde un Estado miembro, dicha obra es puesta a la venta o adquirida por un tercero a través de una casa de subastas en el Reino Unido.

1. Exportación ilegal e internacionalismo cultural

Un caso ya clásico es el que afectó a finales del siglo XX a *La marquesa de Santa Cruz* de F. De Goya, cuando varios medios de comunicación anunciaron que la obra iba a ser subastada en Londres[31]. Como se trataba de un bien inexportable, las autoridades españolas demostraron ante los tribunales ingleses que los documentos que habían permitido la salida de la obra de España habían sido falsificados, si bien los tribunales ingleses puntualizaron: a) que la exportación ilegal no constituía un obstáculo para que se celebrara la subasta y b) que tampoco iba ello a alterar el título del propietario[32]. La obra no llegó a ser subastada, regresando a España tras haber sido pagados a las partes –vendedor y casa de subastas– aproximadamente, unos 4 millones de libras "en concepto de indemnizaciones"[33].

Los problemas que rodean a la recuperación de las obras de arte ilegalmente exportadas responden, entre otras razones, a dos maneras de concebir la protección del patrimonio cultural: el "nacionalismo" y el "internacionalismo cultural"[34]. Dicho de otra forma, la cuestión es si existe un patrimonio cultural "de cada país" o si existe un patrimonio cultural

[31] Chancery Division 18 marzo 1986, *Reino de España v. Christie, Manson & Woods Ltd.*, *W.L.R.,* vol. 1, 1986, pp. 1120–1133.

[32] *Vid.* V. Fuentes Camacho, *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 148–149.

[33] *ABC*, 11 abril 1986, "El regreso del cuadro de Goya", disponible en [<http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1986/04/11/056.html>] (fecha de consulta: 2 marzo 2020); *El País*, 18 abril 1986, "España reclama la propiedad del cuadro 'La marquesa de Santa Cruz', de Goya", disponible en [<https://elpais.com/diario/1986/01/28/cultura/507250808_850215.html>] (fecha de consulta: 5 marzo 2020).

[34] Entre otros, *vid.* J. H. Merryman, "Two Ways of Thinking about Cultural Property", en *Thinking about the Elgin Marbles. Critical Essays on Cultural Property, Art and Law,* Londres, 2000, pp. 66–67 (también en *Am. J. Int'l L.*, vol. 80, 1986, pp. 831 ss.).

común o "de la humanidad"[35]. Únicamente en el primer caso, al entender que existe un "país de origen" del bien cultural, se admitiría que han de ser respetadas las normas de exportación de dicho país de origen, así como que han de ser atendidas las solicitudes de restitución de tal país[36].

2. Directiva 2014/60

En el año 1993 se adoptó la Directiva 93/7/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro[37]*;* transformada en la actualidad en la Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) nº1024/2012 (refundición) (en adelante, Directiva 2014/60)[38]. Conforme a la Directiva, un Estado miembro puede solicitar la restitución de un bien cultural que ha sido ilegalmente exportado a otro Estado miembro si se cumplen, fundamentalmente, las siguientes condiciones[39]: a) el bien cultural reclamado ha de encajar en el concepto del art. 2, ap. 1, es decir, ha de ser un bien clasificado o definido como "patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional" de un Estado miembro; b) el bien tiene que haber sido objeto de exportación ilegal, ya sea

[35] *Vid*., entre otros, J. H. Merryman, "Two Ways of Thinking...", *loc. cit.,* p. 67; R. W. Mastalir, "A Proposal for Protecting the "Cultural" and "Property" Aspects of Cultural Property under International Law", *Fordham Int'l L. J.*, vol. 16, 1993, pp. 1033–1050.

[36] *Vid*., entre otros, J. H. Merryman, "Two Ways of Thinking...", *loc. cit.,* p. 67; R. W. Mastalir, "A Proposal for Protecting the "Cultural", *loc. cit.,* pp. 1033–1050.

[37] DO L 74 de 27.3. 1993.

[38] DO L 159 de 28.5.2014.

[39] J. Carrascosa González, "Derechos reales", en A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (dirs.), *Derecho internacional privado*, 18ª ed., vol. II, Granada, Comares, 2018, pp. 1204–1205; M. J. Elvira Benayas, "Transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/60/UE sobre restitución de bienes que hayan salido de forma ilegal de un Estado miembro mediante la Ley 1/2017", *REDI*, vol. LXX, nº 1, 2018, pp. 181–200; V. Fuentes Camacho, "Por fin una nueva ley sobre restitución de bienes culturales (1)", La Ley Unión Europea, nº 50, 2017; F. Ramón Fernández, "El mercado del arte: la restitución de bienes culturales y la protección del Patrimonio. A propósito de la Ley 1/2017, de 18 de abril, y la transposición de la Directiva 2014/60/UE", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 43, 2017, pp. 326–348; E. Rodríguez Pineau / C. Martínez Capdevilla, "La protección de los bienes culturales en la UE: un régimen puesto a prueba", en L. Pérez–Prat Durbán / A. Lazari (coords.), *El tráfico de bienes culturales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 227–269; M. M. Velázquez Sánchez, "Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo 2014", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, nº 2, 2017, pp. 171–174, disponible en [<http://revistas.usal.es/index.php/ais/article/view/18021/18379>] (fecha de consulta: 16 de julio 2019).

porque con su salida –o no retorno en el plazo previsto– se han infringido normas nacionales de exportación o la normativa de la Unión Europea (art. 2, ap. 2 de la Directiva 2014/60); c) la exportación ilegal tiene que haberse producido a partir del 1 enero 1993 (art. 14 Directiva 2014/60); d) el Estado miembro del que el bien cultural ha sido ilegalmente exportado –Estado miembro requirente– ha de solicitar su restitución al poseedor y, en su defecto, al tenedor del bien (art. 2, ap. 3, y art. 6 Directiva 2014/60), e) los tribunales competentes para pronunciarse sobre la restitución son los tribunales del Estado miembro en el que se encuentra el bien cultural que ha sido ilegalmente exportado –Estado miembro requerido– (art. 2, ap. 4, y 6 Directiva 2014/60); f) el plazo para ejercitar la acción de restitución es de tres años desde que se tiene conocimiento, cumulativamente, del paradero del bien y de la identidad del poseedor/tenedor (art. 8.1 Directiva 2014/60); g) aun cuando no se llegue a tener conocimiento de las circunstancias anteriores, la acción prescribe treinta años después de la exportación ilegal, salvo en el caso de bienes pertenecientes a colecciones públicas, bienes eclesiásticos o de otras instituciones religiosas (art. 8.1 Directiva 2014/60); h) el tribunal del Estado miembro requerido concederá al poseedor que ha de restituir el bien cultural, una indemnización "equitativa" si prueba que en su adquisición actuó con la diligencia debida (art. 10 Directiva 2014/60); i) el Estado miembro requirente pagará dicha indemnización, así como los gastos derivados de la ejecución de la orden de restitución y de las medidas que se hubiesen tomado para la conservación material del bien (arts. 10 y 11 Directiva 2014/60); j) el Estado miembro requirente podrá reclamar el reembolso de las cantidades anteriores al responsable/s de la exportación ilegal (art. 12 Directiva 2014/60). Por último, con respecto al procedimiento posterior, relativo a la propiedad del bien cultural, la Directiva establece que la propiedad se regirá por la Ley interna del Estado miembro requirente (art. 13 Directiva 2014/60).

Así, antes del *Brexit*, ante una reclamación de un bien cultural por parte del Estado español ante los tribunales británicos, éstos tenían que ordenar la restitución si, fundamentalmente, se trataba de: a) un "bien cultural" cuya salida se había producido a partir del 1 enero 1993; b) dicha salida había constituido una vulneración de las normas de exportación españolas; y c) si la restitución había sido solicitada dentro del plazo de 3 años desde que el Estado español había tenido conocimiento de la identidad del poseedor y de la localización del bien cultural. En función de las circunstancias acreditadas por el poseedor, éste podía percibir la ya comentada indemnización.

Además, si se ordenaba la restitución y, con posterioridad, se planteaba el litigio relativo a la propiedad del bien, los Estados miembros –incluido el

Reino Unido–, debían determinar dicha propiedad en virtud de la Ley del Estado miembro requirente, es decir, en virtud de la Ley española.

Así, en caso de un bien cultural ilegalmente exportado de España, la propiedad, tras la restitución, tenía que regirse por la Ley española. En concreto, el art. 29.1º de la Ley de Patrimonio Histórico (en adelante, LPHE) establece que "1. Pertenecen al Estado los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización requerida por el art. 5.º de esta Ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles"[40]. En conclusión, tendrían que admitir los tribunales que la propiedad del bien cultural ilegalmente exportado era del Estado español.

3. La restitución de bienes culturales ilegalmente exportados tras el Brexit

En el Reino Unido, las Directivas fueron objeto de transposición mediante *The Return of Cultural Objects (Amendment) Regulations 2015* y *The Return of Cultural Objects Regulations 1994*[41]. Por ello, si se cumplían las condiciones anteriormente expuestas, los tribunales del Reino Unido debían ordenar la restitución de los bienes culturales que, encontrándose en su territorio, habían sido ilegalmente exportados de otro Estado miembro[42].

La respuesta a las consecuencias del *Brexit* en este ámbito se encuentra en *The Return of Cultural Objects (Revocation) (EU Exit) Regulations 2018*, donde se establece que quedan derogadas *The Return of Cultural Objects Regulations 1994* y *The Return of Cultural Objects (Amendment) Regulations 2015*, entrando en vigor la derogación el día de la salida de la Unión Europea[43]. Según se indica con respecto al régimen transitorio, se atenderán las solicitudes recibidas antes del día de la salida, así como las demandas

[40] Ley 16/1985, de 25 junio, de Patrimonio Histórico Español, BOE 29.6.1985, rect. BOE 11.12.1985

[41] [<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2018/1086/made/data.pdf>]. Con respecto a la transposición de la Directiva 93/7, vid. *The Return of Cultural Objects Regulations* 1994, *The Return of Cultural Objects (Amendment) Regulations 1997*, *The Return of Cultural Objects (Amendment) (No. 2) Regulations 2001* (respectivamente, [<http://www.legislation. gov.uk/ uksi/1994/501/made/data.pdf>], [<http://www.legislation.gov.uk/uksi/1997/1719/ made/ data.pdf>], [<http://www.legislation.gov.uk/uksi/2001/3972/data.pdf>] y [<http:// www. legislation.gov.uk/uksi/2015/1926/made/data.pdf>] (fecha de consulta: 3 marzo 2020).

[42] Si bien ello ha planteado dificultades, por ejemplo, al existir dudas sobre la fecha en la que los bienes culturales salieron del territorio español. Vid. *El País*, 8 octubre 2008, "Vendidas vigas de la Mezquita de Córdoba por 1,5 millones", disponible en [<https://elpais.com/diario/ 2008/10/08/cultura/1223416804_850215.html>] (fecha de consulta: 2 marzo 2020).

[43] *Regulation* 1 "Citation and commencement" y Regulation 2 "Revocation".

que hayan sido interpuestas antes de la misma[44]. Por lo tanto, a partir de la salida, los Estados miembros no pueden solicitar al Reino Unido la restitución automática de los bienes culturales que han sido ilegalmente exportados, con base en tal normativa.

En lo que respecta a restitución de bienes culturales, el Reino Unido cuenta con *The Holocaust (Return of Cultural Objects) Act 2009*, *The Holocaust (Return of Cultural Objects) Act 2009 (Commencement) Order 2010* y *The Holocaust (Return of Cultural Objects) (Amendment) Act 2019*; que se refieren, por lo tanto, a los bienes que fueron objeto del expolio nazi. En cambio, el Reino Unido no es parte del Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 junio 1995–que permitiría solicitar la restitución de bienes culturales robados y la devolución de bienes ilegalmente exportados–[45].

Por ello, cabe plantearse cómo podría el Estado español reclamar, tras el *Brexit*, un bien cultural ilegalmente exportado de España al Reino Unido. En virtud del art. 29.1º LPHE, el Estado español podría tratar de reclamar el bien como "propietario" ante los tribunales del Reino Unido, para así evitar las dificultades que supone, tras la derogación de las normas indicadas, reclamar un bien cultural únicamente con base en su exportación ilegal[46]. Ahora bien, cabe recordar el caso *Attorney General of New Zealand v. Ortiz*, en el que Estado de Nueva Zelanda solicitó ante los tribunales del Reino Unido la restitución de una puerta tallada de arte maorí[47]. El Estado de Nueva Zelanda tuvo conocimiento, mediante el catálogo de una casa de subastas londinense, de que pretendía venderla un coleccionista que residía en Suiza. La legislación de Nueva Zelanda determinaba que, en caso de exportación ilegal, la propiedad del bien pasaba a la Corona[48].

Aunque en primera instancia se determinó que debía ser respetado el patrimonio cultural de los Estados extranjeros y su título de propiedad sobre los bienes; las instancias superiores llegaron a otra conclusión. Se entendió que, si se admitiera que el Estado se había convertido en propietario, se estaría dando un efecto extraterritorial a la normativa de

[44] *Regulations* 4 y 5, "Transitional provisions".

[45] Instrumento de adhesión de España al Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente, hecho en Roma el 24 junio 1995, BOE 16.10.2002. *Vid*. Estados parte en [<https://www.unidroit.org/status–cp>] (fecha de consulta: 5 marzo 2020).

[46] BOE 29.6.1985 rect. BOE 11.12 1985.

[47] *Attorney General of New Zealand v. Ortiz*, (1982) 2 *WLR* 10 (QB), (1982) 3 *All ER* 432 (QB); (1984) 1 AC 1 (CA, HL).

[48] *Vid*. los preceptos relevantes de la *New Zealand Historic Articles Act 1962*, citados en *Attorney General of New Zealand v. Ortiz*, (1982) 2 *WLR* 10 (QB), (1982) 3 *All ER* 432 (QB); (1984) 1 AC 1 (CA, HL).

protección de su patrimonio cultural, dado que se habría convertido en propietario con posterioridad a la salida del bien de Nueva Zelanda; lo que equivaldría a admitir el ejercicio de su soberanía fuera de sus fronteras[49].

Trasladando este planteamiento al supuesto de una reclamación de la propiedad de un bien cultural en virtud del art. 29 LPHE, el problema puede surgir de nuevo con respecto al momento en el que se considere que el Estado español adquiere la propiedad del bien cultural ilegalmente exportado[50]. De nuevo, tras el Brexit, si se entiende que el Estado español se convierte en propietario tras la exportación ilegal, los tribunales británicos pueden considerar que el Estado pretende ejercer su soberanía en territorio británico[51]. En tal caso, el Estado español no podría recuperar los bienes culturales ilegalmente exportados que encajan en el supuesto del art. 29 LPHE.

En conclusión, tras el *Brexit* puede volver a quedar debilitada la lucha contra la exportación ilegal de bienes culturales, volviendo a encontrarnos, lamentablemente, ante situaciones como las vividas hace cuarenta años.

BIBLIOGRAFÍA

Amma y Artprice.com, *The art market in 2019* [https://imgpublic.artprice. com/pdf//the–art–market–in–2019.pdf>].

Bercovitz Rodríguez–Cano, R.: "El derecho de participación", *Aranzadi Civil–Mercantil,* nº 19, 2008, (BIB 2008\3035).

Caamiña Domínguez, C. M.: *Conflicto de jurisdicción y de leyes en el tráfico ilícito de bienes culturales*, Madrid, Colex, 2007.

Caamiña Domínguez, C. M.: "La Directiva 2001/84/CE relativa al derecho de participación y su transposición en España y Portugal", *Actas de Derecho Industrial y Derecho de autor. ADI*, vol. 32, 2011–2012, pp. 27–50.

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, 18ª ed., vol. I, Granada, Comares, 2018.

Calvo Caravaca, A. L. y Carrascosa González, J. (dirs.): *Derecho internacional privado*, 18ª ed., vol. II, Granada, Comares, 2018.

Casas Vallés, R.: "La Directiva sobre el derecho de participación de los artistas plásticos (Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original)", *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor,* vol. 22, 2001, pp. 217–254.

[49] *Vid*. K. Siehr, "International Art Trade and the Law", *Recueil des Cours,* t. 243, 1993, p. 187.

[50] *Vid*. P. Lagarde, "La restitution internationale des biens culturels en dehors de la Convention de l'UNESCO de 1970 et la Convention d'UNIDROIT de 1995", vol. 1, *RDU,* 2006, p. 90.

[51] *Ibíd*.

De Miguel Asensio, P.: "Brexit update": perspectivas en el ámbito de la cooperación judicial civil", 6 marzo 2020 [<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/03/brexit–update–perspectivas–en–el–ambito.html#more>].

De Miguel Asensio, P., "Brexit y Derecho internacional privado: Recapitulación", 31 enero 2020 [<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2020/01/brexit–y–derecho–internacional–privado.html>].

Díez Soto, C. M.: "Algunas cuestiones a propósito del derecho de participación del autor de una obra de arte original sobre el precio de reventa (*droit de suite*)", *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, pp. 209–254.

Elvira Benayas, M. J.: "Transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/60/UE sobre restitución de bienes que hayan salido de forma ilegal de un Estado miembro mediante la Ley 1/2017", *REDI*, vol. 70, nº 1, 2018, pp. 181–200.

Fuentes Camacho, V.: *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales*, Madrid, Eurolex, 1993.

Fuentes Camacho, V.: "Por fin una nueva ley sobre restitución de bienes culturales (1)", *La Ley Unión Europea*, nº 50, 2017.

Garau Sobrino, F.: "Reino Unido, Brexit y Convenio de La Haya de 2005", 10 febrero 2019 [<http://conflictuslegum.blogspot.com/2019/02/reino–unido–brexit–y–convenio–de–la.html>].

Lagarde, P.: "La restitution internationale des biens culturels en dehors de la Convention de l'UNESCO de 1970 et la Convention d'UNIDROIT de 1995", vol. 1, *RDU,* 2006, pp. 83–91.

Lorente Martínez, I.: "Brexit y cláusulas de sumisión en los contratos internacionales", *CDT*, vol. 9, nº 2, 2017, pp. 408–418.

Mastalir, R. W.: "A Proposal for Protecting the "Cultural" and "Property" Aspects of Cultural Property under International Law", *Fordham Int'l L. J.*, vol. 16, 1993, pp. 1033–1050.

Merryman, J.H.: "Two Ways of Thinking about Cultural Property", en *Thinking about the Elgin Marbles. Critical Essays on Cultural Property, Art and Law*, Londres, 2000, pp. 66–91 (también en *AJIL*, vol. 80, 1986, pp. 831–853).

Ortega Doménech, J.: "El resurgimiento europeo del "droit de suite" o derecho de participación en la reventa de obra plástica", *Anuario de Propiedad Intelectual,* 2001, pp. 253–334.

Ramón Fernández, F.: "El mercado del arte: la restitución de bienes culturales y la protección del Patrimonio. A propósito de la Ley 1/2017, de 18 de abril, y la transposición de la Directiva 2014/60/UE", *Revista General de Derecho Europeo*, nº 43, 2017, pp. 326–348.

Rodríguez Pineau, E. / Martínez Capdevilla, C., "La protección de los bienes culturales en la UE: un régimen puesto a prueba", en L. Pérez–Prat Durbán / A. Lazari (coords.), *El tráfico de bienes culturales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 227–269

Siehr, K.: "International Art Trade and the Law", *Recueil des Cours*, t. 243, 1993, pp. 9–292.

Válkova, L.: "Choice–of–court agreements in the EU and Brexit: Hague Convention on choice of court agreements as a solution?", en M. C. Baruffi / M. Ortino (eds.), *Trending topics in international and EU law: legal and economic perspectives*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2019, pp. 251–269.

Velázquez Sánchez, M. M., "Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva

2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo 2014", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, nº 2, 2017, pp. 171–174 [<http://revistas.usal. es/ index.php/ais/ article/view/18021/18379>].

Vicente Domingo, E.: *El Droit de Suite de los artistas plásticos*, Madrid, Reus, 2007.

Estudios

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 99–117
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.04

Recibido: 8 abril 2020
Aceptado: 16 mayo 2020

El concepto de "órgano jurisdiccional" en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado

Pilar JIMÉNEZ BLANCO *

SUMARIO: I. Relevancia de la cuestión II. Caracteres identitarios y concepto autónomo. 1. De la autoridad interviniente a la función jurisdiccional. 2. El valor de las Comunicaciones a la Comisión. 3. Condiciones y control de la cualidad de órgano jurisdiccional: A) La actividad decisora; B) La autoridad calificadora 4. Consecuencias de la calificación autónoma: A) Función jurisdiccional y ejercicio del poder público; B) Alcance de la *vis attractiva* del reconocimiento de resoluciones III. Análisis por materias. 1. Patrimonial. 2. Sucesiones: A) Asimetría entre competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones; B) Competencias notariales no jurisdiccionales; C) Notarios como tribunal en el Reglamento de sucesiones. *3. Familia*: A) Divorcios notariales y divorcios privados; B) Intervención en regímenes económicos matrimoniales o uniones registradas. IV. Conclusiones.

RESUMEN: El concepto de "órgano jurisdiccional" en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado está planteando numerosos problemas en la práctica de los últimos años. La razón es que se ha pasado de una concepción estricta de tribunal a una concepción amplia basada en la función jurisdiccional. Esto obliga a determinar un concepto autónomo que sirva para la aplicación de las normas de competencia judicial internacional y de reconocimiento de resoluciones.

PALABRAS CLAVE: ÓRGANO JURISDICCIONAL – NOTARIOS.– FUNCIÓN JURISDICCIONAL.– COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL – RECONOCIMIENTO.

The concept of "court" in European regulations on private international law

ABSTRACT: The concept of "court" in European Regulations of Private International Law is causes several problems in practice in recent years. The reason is that it has gone from a strict

* Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo. Investigadora Principal del Grupo de Investigación Consolidado de Derecho Europeo del Principado de Asturias "EURODER–UNIOVI–IDI/2018/000187". El presente trabajo se adscribe al Proyecto de I+D DER2017–86017–R, "Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE", concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, en los términos del art. 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE 2.6.2011).

ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.05

conception of the court to a broad conception based on the judicial function. This forces to determine an autonomous concept that serves for the application of the rules of international jurisdictiona and recognition of decisions.

KEYWORDS: COURT - NOTARIES - JUDICIAL FUNCTIONS - INTERNATIONAL JURISDICTION - RECOGNITION.

I. RELEVANCIA DE LA CUESTIÓN

1. Cualquier observador de la evolución normativa y jurisprudencial del sistema de Derecho internacional privado europeo y autónomo habrá advertido la paulatina evolución de la definición de "órgano jurisdiccional" establecido en los diferentes Reglamentos. Como se irá viendo a lo largo de este trabajo, los conceptos divergen según el Reglamento, e incluso según el sector al que se aplicable, y tampoco existe una sincronización entre el Derecho europeo y el nacional, a menos en una primera aproximación. Bastará una lectura del Reglamento (UE) 650/2012, de sucesiones, para identificar una tendencia, posteriormente confirmada en otros instrumentos, que establece el concepto de tribunal no por la autoridad interviniente sino por la realización de una función jurisdiccional[1]. Sin embargo, nuestra normativa autónoma parece seguir utilizando como criterio de delimitación el órgano o autoridad interviniente, tal y como recoge en los arts. 1, 9 y D.A.3ª de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), aplicables, respectivamente, a los sectores de la competencia judicial internacional y del reconocimiento registral de documentos públicos extranjeros.

Ahora bien, el acento en la función jurisdiccional, allí donde se ha recogido, dista de dejar cerrada la cuestión de identificar quién asume el rol de órgano jurisdiccional en cada caso. Es cierto, que en coherencia con la ampliación del concepto de tribunal, los Reglamentos han ido incorporando el sistema de listado que cada Estado debe remitir a la Comisión, relacionando quiénes asumen el carácter de órganos jurisdiccionales en el mismo. Aun así, es abundante la jurisprudencia del TJUE sobre esta cuestión. Ciñéndonos al ámbito civil, en el sector patrimonial, el problema se ha manifestado en relación con los notarios croatas, cuando emiten mandamientos de ejecución (asuntos *Zulfikarpašić* y *Pula Parking*[2]); en el régimen sucesorio, en relación con los jueces alemanes o notarios lituanos y

[1] *Vid.* J. Carrascosa González, "El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XVII, 2016/2017, pp. 189 ss, esp. pp. 270 ss.

[2] SSTJ 9 marzo 2017, asunto C–484/15: *Zulfikarpašić* (EU:C:2017:199) y asunto C–551/15: *Pula Parking* (ECLI:EU:C:2017:193).

polacos cuando emiten certificados sucesorios nacionales (asuntos *Oberlé*, *WB* y *E.E.*, aún pendiente de sentencia[3]).

2. La identificación de quién actúa como "órgano jurisdiccional" en cada caso es relevante, entre otras cosas, para determinar si el "órgano interviniente" queda sujeto (o no) a las reglas de competencia judicial internacional; si el acto que emite es una resolución judicial o un documento público, a los efectos del reconocimiento y de quién puede certificarlo como tal; o, si su actuación determina (o no) una situación de litispendencia respecto de otro procedimiento que se abra en otro Estado. A ello debe añadirse, el llamativo movimiento asincrónico, al menos en apariencia, entre una función jurisdiccional asumida por notarios y el rechazo a considerar que ejercen un verdadero poder público, lo que explica el consolidado criterio del TJUE de entender como una discriminación contraria al Derecho de la UE la exigencia del requisito de la nacionalidad del Estado para ejercer la profesión[4].

3. La determinación de órgano jurisdiccional podría ser, probablemente, sencilla en una época de monopolio y concentración de actividades en órganos judiciales, entendidos en sentido estricto. A medida en que, por cuestiones de agilización y economía procesal, entran a realizar tales actividades Letrados de la Administración de Justicia, notarios u otros profesionales, se dificulta determinar en cada caso si actúan o no como tribunal. Y, conviene retener que esa identificación es el fundamento del sistema de eficacia transfronteriza de resoluciones judiciales, basada en la confianza mutua de que el órgano de origen ha actuado conforme a unas premisas y garantías de procedimiento compartidas. Se abre entonces la necesidad de establecer un concepto autónomo de función jurisdiccional, al margen de criterios fijados unilateralmente por los Estados miembros, a pesar de que el sistema de listados enviados a la Comisión pudiera generar una apariencia de lo contrario. A un análisis de todo ello, dedicaremos las líneas que siguen.

[3] SSSTJ 21 junio 2018, as.untoC–20/17: *Oberlé* (ECLI:EU:C:2018:485); de 23 mayo 2019, asunto C–658/17: *WB* (ECLI:EU:C:2019:444); y el asunto pendiente C–80/19: *E.E.*, con las Conclusiones del Abogado General M. Campos Sánchez–Bordona, de 26 marzo 2020 (ECLI:EU:C:2020:230).

[4] *Vid. infra* nos 16 ss.

II. CARACTERES IDENTITARIOS Y CONCEPTO AUTÓNOMO

1. De la autoridad interviniente a la función jurisdiccional

4. Cuando se realiza un examen comparado de los diferentes Reglamentos UE claramente se observan diferentes criterios de órgano jurisdiccional que van desde la ausencia de definición en Bruselas I bis hasta la amplitud de Bruselas II bis, pasando por una concepción amplia, pero condicionada, en el Reglamento (UE) nº 650/2012, de sucesiones, continuada en los Reglamentos (UE) nº 2016/1103 y 2016/1104, sobre regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas. No puede ni siquiera trazarse una división entre Reglamentos en el ámbito patrimonial y los aplicables en el sector del Derecho de familia o sucesiones. En este sentido, el Reglamento monitorio comparte definición con Bruselas II bis. Esta diversidad, lejos de deberse a un descuido del "legislador europeo", evidencia una cuestión que no ha sido pacífica ni ha pasado inadvertida, como muestran los documentos preparatorios de los instrumentos. En ese contexto, la Comisión propuso, por ejemplo, una concepción amplia del concepto de tribunal para Bruselas I bis, que sería finalmente rechazada[5]. Puede intuirse, en consecuencia, cierta premeditación en la disparidad de posiciones normativas adoptadas. Cabe plantearse si esa distinción en la literalidad de las normas no soporta un concepto autónomo de órgano jurisdiccional extrapolable a todos los instrumentos. En este contexto, la jurisprudencia del TJUE puede ser una pauta hermenéutica para inducir y, en su caso, para validar un concepto unívoco.

5. Cuando un Reglamento tipo Bruselas I bis, menciona al órgano judicial está pensando exclusivamente en las autoridades adscritas formalmente a la organización judicial de cada Estado, cuestión que, a su vez, depende de los diferentes diseños estatales. Esta adscripción formal, conlleva una presunción *iuris tantum* sobre su carácter de órgano jurisdiccional pendiente de confirmación conforme a un criterio autónomo que no puede fijarse unilateralmente[6]. Tal dato ya plantea, en consecuencia, una cuestión

[5] *Vid. infra*, nº 2.

[6] *Cf.* Conclusiones al asunto *Pula Parking* del Abogado General Bobek, de 27 octubre 2016, Considerando90: "(…) El enfoque por defecto debe ser institucional: los órganos jurisdiccionales que forman parte de la estructura judicial normal de un Estado miembro deben simplemente presumirse 'órganos jurisdiccionales' a efectos del Reglamento nº 1215/2012, sin que sea necesario ningún examen individual adicional. Además, esto es una expresión de confianza mutua: sin perjuicio de que se demuestre categórica y claramente otra cosa, a lo que se denomina un órgano jurisdiccional, lo denominaré un órgano jurisdiccional."

previa sobre el encaje del órgano nacional dentro del concepto europeo, aspecto de fiscalización (imposible) por parte de las autoridades de otro Estado si partiéramos de una aplicación estricta del principio de reconocimiento mutuo o confianza mutua en los sistemas jurídicos de otro Estado.

Ahora bien, las primeras dudas surgen cuando, dentro de la propia Administración de Justicia, se delegan o reparten funciones con los secretarios judiciales o, en el caso español actual, Letrados de la Administración de Justicia. En este contexto, Bruselas I bis, que presupone un concepto tan estricto de órgano jurisdiccional, ha equiparado expresamente a los secretarios judiciales para un ámbito concreto de actuación [la liquidación de costas prevista en el art. 2.a)] y a otras autoridades nacionales (los notarios húngaros y el servicio de cobro ejecutivo sueco) para un procedimiento específico (los procedimientos abreviados de requerimiento de pago del art. 3). Ya anticipamos que esta enumeración no debe considerarse como *numerus clausus*, y, en cualquier caso solo tendrá repercusión a los efectos del reconocimiento o eficacia transfronteriza del acto adoptado, pero no lo tendría respecto de la competencia judicial internacional[7].

6. El problema de identificar quién es "órgano jurisdiccional" es más complejo cuando la delimitación ya no depende de la autoridad sino de la "función jurisdiccional" que pueden ejercer otras autoridades o profesionales intervinientes externos a la estructura judicial (señaladamente, los notarios) y, sin embargo, ejercen funciones jurisdiccionales por atribución legal[8], por delegación del órgano judicial o bajo el control judicial. En este contexto, resulta imprescindible utilizar un estándar mínimo común de órgano jurisdiccional, presupuesto del régimen de libre circulación de resoluciones. No hay resolución sin órgano jurisdiccional y la emisión de resoluciones judiciales trasfronterizas requiere una determinación configuración del órgano que las dicta para que el reconocimiento y la confianza mutuos puedan funcionar.

En este sentido, la idea de la confianza mutua en la Administración de Justicia de otros Estados miembros presupone el ejercicio de una actividad de manera imparcial y garantía del derecho de contradicción de las partes,

[7] En el caso de los secretarios judiciales o funcionarios adscritos a los órganos judiciales no puede plantearse propiamente un problema de competencia judicial internacional porque son "auxiliares" del tribunal, cuya competencia previa sí tendrá que haberse determinado.

[8] En el Derecho español, no cabe entender que ningún otro órgano que no sea juez o tribunal pueden ejercer, como titulares, la potestad jurisdiccional, dado el monopolio jurisdiccional y el principio de legalidad reservados por el art. 117.3º CE.

criterios derivados de la jurisprudencia del TJUE en relación con el art. 267 TFUE[9]. Y esos criterios son los que aparecen en el Reglamento de sucesiones. Y es aquí donde puede plantearse la duda sobre una interpretación extensiva y "universal" del concepto de órgano jurisdiccional o si, por el contrario, la interpretación debe realizarse en el contexto de cada disposición y con el objetivo que dicha normativa pretenda alcanzar[10].

2. El valor de las Comunicaciones a la Comisión

7. La primera cuestión que conviene recordar es que la calificación autónoma está en contra de asumir automáticamente las notificaciones unilaterales de los Estados identificando quiénes son órganos jurisdiccionales para cada Reglamento, incluso en aquellos casos en los que el interviniente esté formalmente adscrito a la organización judicial del Estado. Como he indicado, en estos casos, podemos hablar de una presunción *iuris tantum*, como lo sería el propio listado enviado a la Comisión; lo determinante es que el órgano en cuestión supere el test fijado para la aplicación de las normas europeas.

En efecto, el TJUE, en el asunto *WB*, ha confirmado el carácter no definitivo el listado incluido en la Comunicación que realizan los Estados a la Comisión, siguiendo la técnica prevista en los Reglamentos de alimentos, de sucesiones o, los más recientes, de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de uniones registradas[11]. La pregunta se realizó en dicho asunto *WB* a los efectos de saber si, en el caso, los notarios polacos podían ser considerados tribunal a pesar de no estar incluido en la lista comunicada por Polonia. La cuestión también podía plantearse a la inversa, esto es: saber si un órgano comunicado como "tribunal" puede dejar de valorarse como tal a pesar de la comunicación estatal. Ambos extremos fueron respondidos de manera afirmativa por el TJUE recordando el carácter del listado como mera presunción y la imposibilidad de delimitación unilateral del concepto dada la finalidad del Reglamento de

[9] Dicha jurisprudencia se refiere a la determinación de quién es "órgano jurisdiccional" a los efectos de plantear la cuestión prejudicial ante el TJUE (*vid. infra*, nº 12). Aunque esa jurisprudencia también refiere el requisito de la independencia, tal requisito no es aplicable a la definición de órgano jurisdiccional en los Reglamentos de DIPr porque en este ámbito, como se verá, cabe el ejercicio de una función jurisdiccional por delegación o bajo el control judicial.

[10] *Vid.* STJUE 13 octubre 2016, asunto C-294/15: *Mikołajczyk* (EU:C:2016:772), ap. 44; STJUE en el asunto *Zulfikarpašić*, ap. 32.

[11] El listado por países de otras autoridades y otros profesionales del Derecho, asimilados a un tribunal, notificados a la Comisión, está disponible en [<https://ejustice.europa.eu/content_succession–380–fr.do?clang=es>].

asegurar la correcta administración de justicia en la UE[12]. Tal aspecto resulta especialmente relevante a la hora de cuestionar, por exceso y por defecto, las comunicaciones realizadas por España en relación con el ejercicio de "funciones jurisdiccionales" por parte de los notarios[13].

8. En esta misma clave, la indicación expresa incluida en el Reglamento Bruselas I bis, o en el Reglamento nº 805/2004, sobre el título ejecutivo europeo, mencionando a notarios suecos o húngaros, tampoco debe considerarse excluyente respecto de los órganos que no aparezcan mencionados. Por una parte, existe una razón temporal derivada de la sucesiva incorporación de nuevos Estados sin que ello haya provocado una modificación en el articulado de los Reglamentos. Claramente ha ocurrido con el caso de la incorporación de Croacia y la valoración, en su caso, de los notarios croatas como órganos jurisdiccionales[14]. Por otra parte, porque la ausencia de mención expresa del órgano en el Reglamento correspondiente no ha impedido al TJUE entrara a analizar el carácter del órgano en cuestión, como muestran los asuntos *Zulfikarpašić* y *Pula Parking*. Obviamente, una interpretación literal excluyente del art. 3 de Bruselas I bis hubiera servido para rechazar de plano cualquier análisis extensivo.

3. Condiciones y control de la cualidad de órgano jurisdiccional

A) La actividad decisora

9. Existen, hasta la fecha, dos tipos de pautas para construir la interpretación autónoma: la línea jurisprudencial del TJUE en relación con el art. 267 TFUE y la definición de los Reglamentos que siguen el modelo de sucesiones, que parten de una delimitación funcional. Las claves de tal calificación son procesales y materiales. Las primeras consisten en garantías de procedimiento, esto es, que la autoridad o profesional actúen con imparcialidad y garantizando el derecho de las partes a ser oídas; las segundas se refieren a la resolución dictada: equivalencia de efectos con las

[12] *Vid* el fundamento 46 de la STJUE en el asunto *WB*; sobre sus consecuencias, véanse las Conclusiones del Abogado General (Considerandos 64 ss.). Debe indicarse, no obstante, que esta posición no es unánime. Así A. Bonomi y P. Wautelet [*El Derecho europeo de sucesiones (Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 julio 2012,* Cizur Menor, Thomson Reuters / Aranzadi, 2015, p. 139] considera la lista vinculante, basándose en el criterio sentado por el propio TJUE en relación con el Reglamento de insolvencia (STJUE 21 enero 2010, asunto C–444/07: *MG Probud Gdynia*, ECLI:EU:C:2010:24).

[13] *Vid. infra*, nos 30 y 41.

[14] Asuntos (*Ibrica Zulfikarpašić* y *Pula Parking*. *Vid*., sin embargo, que la STJUE en *Pula Parking* entiende irrelevante esa cuestión temporal (*vid.* Considerando 46).

judiciales y revisables en vía judicial. Esta calificación funcional parte del acto que se adopta, no sigue un criterio orgánico, por el tipo de autoridad. De este modo, se equipara la función jurisdiccional con el concepto de resolución judicial; por ser más precisos, con el concepto de resolución judicial con eficacia transfronteriza.

10. Esa función jurisdiccional puede realizarse por titularidad propia (jueces y tribunales) o por delegación o bajo control judicial. La "delegación" en otras autoridades o funcionarios no ha de entenderse en todos los casos como la necesidad de que exista un acto expreso o específico por parte del juez o tribunal, sino que puede ser la propia ley la que realice una "distribución" de funciones entre el juez y otros "auxiliares" adscritos al propio órgano judicial. Tal ha sucedido así, por ejemplo, con la Ley de reforma de la Oficina Judicial[15] o con la Ley de Jurisdicción Voluntaria que ha permitido "externalizar" determinados procedimientos en otras autoridades o profesionales, ajenas a la organización judicial, pero sometidas, en todo caso, a un control judicial.

11. El criterio de la función jurisdiccional está vinculado con la idea de resolución judicial; implica el ejercicio de una actividad decisora por parte de la autoridad interviniente[16]. Es requisito que la intervención del órgano tenga un componente activo no dependiente de lo dispuesto o acordado por las partes, el acto resultante sea vinculante para las partes y no sea mero reflejo de conocimiento de una realidad[17]. Quedarían fueran, por tanto, las funciones meramente homologadora y autenticadora de los notarios. Podría suscitarse alguna duda sobre la realización de una función jurisdiccional si esta se identificara exclusivamente como la competencia para resolver un litigio[18]. Debe considerarse que la gran mayoría de la actividad "delegada" a

[15] Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, BOE 4.11. 2009.

[16] Esa caracterización en función de la actividad "decisora" aparece en la definición de resolución de los Reglamentos, considerando que es tal "cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional".

[17] En ese mismo sentido *vid.* A. Bonomi y P. Wautelet, *op. cit.*, pp. 129–130. *Vid.* que ello también permite incluir los *default jugments* británicos que se dictan en rebeldía pero con previa valoración y decisión por el juez de que la solicitud del acreedor cumple condiciones legales (*vid.* A. Dickinson y E. Lein (Eds.), *The Brussels I Regulation Recast,* Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 95–96).

[18] En este sentido, la STJUE 2 junio 1994, asunto C–414/92: *Kleinmottoren* (ECLI:EU:C:1994: 221) entendió que, para poder ser calificado de "resolución", en el sentido del Convenio "*el acto debe proceder de un órgano jurisdiccional perteneciente a un Estado contratante y que, en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, resuelva sobre los puntos controvertidos entre las partes*" (Considerando 17); necesidad de litigio que se reitera en la STJUE de 24 marzo 2011, asunto C–344/09: *Dan Bengtsson*, ECLI:EU:C:2011:174, Considerando 19).

notarios lo es en relación con supuestos en los que existe mutuo acuerdo entre las partes, sin la presencia, por tanto, de una controversia sobre la que decidir[19]. Que exista una actividad decisora no conlleva necesariamente que tenga que ser contenciosa. Es irrelevante asimismo que responda a un sistema de justicia rogada. Los actos de jurisdicción voluntaria, en los que no existe controversia o esta es de baja intensidad[20], también quedan incluidos en los Reglamentos, que desconocen la distinción jurisdicción contenciosa y voluntaria[21]. Así lo dice expresamente el Considerando 59 del Reglamento de sucesiones[22]. Por tanto, la existencia de controversia no es requisito imprescindible para identificar una "función jurisdiccional" en el ámbito de los Reglamentos. Evidentemente, tampoco podrá utilizarse en el contexto de los Reglamentos la delimitación realizada en nuestro Derecho autónomo sobre la jurisdicción voluntaria ni a los efectos de la competencia judicial internacional ni a los efectos del reconocimiento[23].

12. Sin embargo, sí es necesario para identificar la función jurisdiccional que la competencia no dependa exclusivamente de la voluntad de las partes, en el sentido indicado que no sea mero reflejo de esta y además que la "decisión" sea vinculante para estas[24]. En esta clave debe interpretarse la jurisprudencia del TJUE sobre el carácter "no consensual" de la actividad realizada por el órgano para que pueda identificarse una verdadera función jurisdiccional. Ello implica que el carácter activo del órgano interviniente debe manifestarse en una verdadera "decisión" por parte del órgano, que

[19] Existen algunos casos excepcionales en los que los notarios van a intervenir aún existiendo controversia; *vid. infra*, nº 36, en relación con la partición de la herencia.

[20] Como ejemplos de litigios de "baja intensidad" podría ponerse el art. 86 LJV, en relación con la intervención judicial en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad; o el art. 90, para supuestos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales.

[21] *Vid.* la jurisprudencia en ese sentido.

[22] Subraya la idea el Abogado General Y. Bot, en sus Conclusiones de 28 febrero 2019, en el asunto *WB*, Considerando 86. *Vid.* también en ese sentido, en relación con Bruselas I bis, P. de Miguel Asensio, "La Ley de Jurisdicción Voluntaria y Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 147 ss, esp. p. 153.

[23] *Vid*. arts. 1, 9 y D.A. 3ª LJV, que determinan la aplicación de LJV a los expedientes de jurisdicción voluntaria que se tramitan ante órganos jurisdiccionales.

[24] *Vid.* en esa clave la jurisprudencia del TJUE en relación con el art. 267 TFUE (y su antecedente, el art. 177 TCE): STJUE 17 septiembre 1997, asunto C–54/96: *Dorsch Consult* (EU:C:1997:413), en relación con la Comisión federal de Control alemana, que indica que, para apreciar si el organismo remitente posee el carácter de un órgano jurisdiccional en el sentido del art. 177 del Tratado, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta un conjunto de elementos, como son el origen legal del órgano, su permanencia, el carácter obligatorio de su jurisdicción (Considerando 23); STJUE 6 octubre 2015, en relación con el Tribunal Català de Contractes del Sector Públic (C–203/14: *Consorci Sanitari del Maresme*, EU:C:2015:664, Considerando 23); en relación con una comisión municipal encargada de controlar el medio ambiente, STJUE 24 marzo 2011 (asunto C–344/09: *Dan Bengtsson,* ECLI:EU:C:2011:174).

puede reflejarse en los actos de aprobación atribuidos a los notarios o Letrados de la Administración de Justicia con la nueva LJV y que ha modificado, en parte, la actividad tradicional del notariado[25]. Un divorcio por mutuo acuerdo incorpora una voluntad (no contenciosa) de las partes, pero el acto adoptado es de obligado cumplimiento y produce efectos al margen de dicha voluntad, incluyendo el control de lesividad que puede realizar el notario. En consecuencia, el componente decisor debe interpretarse en ese contexto como la competencia de los notarios para aprobar un acto. El resto de sus actividades, al margen del ejercicio de la función jurisdiccional, tendrán la eficacia de documentos públicos, con las condiciones establecidas para estos.

La necesidad de decisión excluye los actos de mediación extrajudicial y las transacciones judiciales, dado que unos y otras, solo incorporan y dependen de la voluntad de las partes. Claramente, la regulación separada de las transacciones judiciales en los Reglamentos nos advierte de su singularidad, y su naturaleza esencialmente contractual[26], y también evidencia que no toda actividad realizada por o ante un juez equivale a un ejercicio de la función jurisdiccional.

La respuesta debe matizarse en supuestos de conciliación intrajudicial, que puede suscitar problemas a efectos de valorar una litispendencia internacional o de reconocimiento de sus acuerdos. Así se planteó en el asunto *Schlömp*, en relación con una posible litispendencia vinculada a una conciliación previa ante un órgano de conciliación suiza, considerado "tribunal" a estos efectos[27]. En realidad, aquí la calificación funcional estaría plenamente justificada al margen de que formal (o materialmente) el órgano de conciliación sea juez (o no). Esa misma calificación funcional debe ser consecuente con el principio de unidad y economía procesal del Estado en cuestión[28]. Y el carácter preceptivo de la conciliación previa podría afectar a la igualdad de la posición procesal de las partes si no se equiparase el órgano a un tribunal[29]. El componente decisor de la autoridad interviniente

[25] *Vid.* I. Gomá Lanzón, "Nuevas atribuciones y función notarial", en C.P. Barrio del Olmo (coord.), *Jurisdicción Voluntaria Notarial*, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 41 ss, esp. pp. 47 ss. refiriéndose a ello como "decisiones". Más adelante nos detendremos en algún ejemplo en relación con la aprobación de la partición judicial o del divorcio por mutuo acuerdo.

[26] STJUE en el asunto *Kleinmottoren*, Considerando 18.

[27] STJUE 20 diciembre 2017, asunto C–467/16: *Schlömp*, ECLI:EU:C:2017:993.

[28] *Cf.* P. de Miguel Asensio, *loc. cit.*, p. 160.

[29] La práctica y la doctrina suizas adoptan, por lo general, el enfoque funcional, y estiman que el momento en el que se presenta la solicitud ante el *Schlichtungsbehörde* es el momento decisivo a los efectos de los arts. 27 y 30 del Convenio de Lugano II; A. Bucher (ed.), *Convention de Lugano,* Basilea, 2011, art. 30, ap. 4. Para una interpretación funcional equivalente respecto del Reglamento nº 1215/2012, *vid.* R. Fentiman, en U. Magnus y P. Mankowski (eds.), *European Commentaries on Private International Law (Brussels I bis Regulation)*, vol. I, Colonia, Otto

no desaparece dado que, según se resaltó en el asunto *Schlömp,* asume la competencia que tiene para "resolver", con una decisión vinculante, procesos que no alcancen una determinada cuantía. Estarían excluidos aquellos supuestos en los que la mediación es extrajudicial y solo incorpora el acuerdo de las partes[30].

De todo ello, se deriva el concepto autónomo basado en la autoridad con poder decisor que actúa de manera imparcial, con garantía de audiencia a las partes, con sujeción a la ley y no vinculada por el acuerdo de las partes.

13. El concepto autónomo requiere, finalmente, que las resoluciones sean equivalentes a las resoluciones judiciales sobre la misma materia. Tal característica requiere ser confrontada en los Derechos nacionales para verificar esa equivalencia de efectos. Así, en el ámbito de la LJV española esa equivalencia se predica respecto de todo acto adoptado por una autoridad no judicial cuando exista una competencia concurrente con los Letrados de la Administración de Justicia[31], lo que implica que la "resolución" tendrá efectos vinculantes para el resto de los órganos y estará dotada fuerza de cosa juzgada formal[32]. No tendrá fuerza de cosa juzgada material porque tampoco tienen ese efecto las resoluciones de jurisdicción voluntaria procedentes de órganos judiciales.

B) La autoridad calificadora

14. Queda la duda de cómo y quién puede fiscalizar que el órgano en cuestión sea "órgano jurisdiccional", duda razonable si consideramos el contexto general de la confianza mutua y de la prohibición de revisión de

Schmidt, 2016, art. 32, ap. 6. La cuestión objeto de estudio queda abierta en el análisis de S. Leible, en Th. Rauscher (ed), *Europäisches Zivilprozess– und Kollisionsrecht (Brüssel Ia–VO)*, 4ª ed., vol. I, Colonia, Verlag Otto Schmidt, 2016, art. 29, ap. 6. En la práctica británica, *vid.* en este contexto el análisis del caso *Lehman Brothers*, defendiendo esta interpretación amplia de la litispendencia (en el sentido del art. 32 de Bruselas I bis) si debe acudirse al órgano de conciliación de manera preceptiva en el Estado en cuestión y este tiene competencia para resolver [*vid.* en A. Dickinson y E. Lein (ed.), *op. cit.*, p. 110, nota 274].

[30] En este contexto cabría entender la conciliación prevista en los arts. 139 a 148 LJV que se limita a incorporar un acuerdo entre las partes y cuya eficacia es contractual (*cf.* P. de Miguel Asensio, *loc. cit.*, p. 176).

[31] *Cf.* el art. 19.3º LJV. Resaltan este dato, y sus consecuencias para el DIPr español, P. de Miguel Asensio, *loc. cit.*, p. 163.

[32] La misma regla, y la misma equiparación con base en el art. 19 LJV, justifica la aplicación de las reglas de reconocimiento P. de Miguel Asensio, *loc. cit.*, p. 181; I. Heredia Cervantes, "Eficacia en España de resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria", en M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 105–133, esp. p. 110.

fondo y de control de la competencia judicial internacional, salvo las conocidas excepciones de Bruselas I bis. Está claro que la calificación autónoma de tribunal es un mensaje dirigido a los Estados miembros para que, desde su propio sistema de organización judicial y extrajudicial, detecten e identifiquen las autoridades que cumplen con los parámetros europeos. Ello supone que desde cada Estado debe decidirse si la autoridad o profesional en cuestión debe entenderse vinculado por las reglas de competencia judicial internacional, decidiendo si son o no tribunal a esos efectos. Parece claro que también serán las autoridades del Estado de origen las que examinen y decidan sobre el carácter de sus órganos cuando van a emitir los certificados de la resolución o del documento, según sea el caso, para su posterior reconocimiento. Con esto delante, deberían enviarse los listados a la Comisión, en los Reglamentos que sigan este sistema. Ahora bien, como se ha indicado estos listados no son vinculantes, además de no estar previstos en todos los Reglamentos ni cubrir toda la problemática que puede producirse. En este contexto se ha originado la jurisprudencia del TJUE: en unos casos, basada en un control de oficio realizado por el propio TJUE en el ámbito del art. 267 TFUE; en otros casos, con base en cuestiones prejudiciales planteadas desde el propio Estado de origen para identificar quiénes son tribunales a los efectos de los Reglamentos[33].

15. Pero la cuestión es más compleja cuando la duda sobre la calificación como tribunal se suscita por las autoridades del Estado requerido, para el que se solicite el reconocimiento o ejecución, y deba determinar si el título de origen es una resolución (dictada por un "tribunal" en ejercicio de su función jurisdiccional) o un documento público (emitido por quien no ha ejercido una función jurisdiccional). Un indicio para tal determinación puede ser el certificado que acompaña a la resolución, que puede acreditar el carácter de resolución o de documento del título que se aporta, pero ese certificado además de no ser preceptivo en los Reglamentos en el ámbito de familia y de sucesiones, no es vinculante en ningún caso[34]. En consecuencia, las autoridades del Estado requerido pueden controlar si el órgano de origen cumple, o no, con la calificación autónoma de tribunal. No creo que la

[33] En el asunto *Oberlé*, la cuestión prejudicial se planteó por el tribunal alemán a los efectos de determinar si dichos tribunales estaban vinculados por el art. 4 del Reglamento de sucesiones para emitir un certificado de sucesiones nacional; en el asunto *WB*, las dudas se plantearon por los tribunales polacos para determinar si el notario polaco actuaba como tribunal cuando emitía un certificado sucesorio nacional; y en el asunto *E.E.,* también son los tribunales lituanos los que se plantean la cuestión en relación con los certificados sucesorios expedidos por los notarios del propio país. Asimismo en los asuntos *Zulfikarpašić* y *Pula Parking*, los que suscitan la cuestión prejudicial son los tribunales croatas en relación con la actividad de los notarios de la misma nacionalidad.

[34] *Vid*. al respecto P. Jiménez Blanco, "La ejecución forzosa de las resoluciones judiciales en el marco de los Reglamentos europeos", *REDI*, vol. LXX, 2018, pp. 101 ss, esp. pp. 108 ss.

confianza mutua pueda impedir una fiscalización y menos en escenarios donde la calificación de tribunal es relevante en el momento mismo de pendencia del proceso, sin tener todavía resolución. Esto explica las dudas suscitadas por el tribunal alemán, en el asunto *Schlömp*, en relación con el órgano suizo de conciliación y una posible litispendencia. Asimismo, en el asunto *Gothaer*[35] se establece que la calificación de lo que debe entenderse por resolución judicial no debe quedar a la apreciación del Estado de origen. En el sector del reconocimiento y la ejecución queda, en todo caso, por determinar en qué momento procesal, y si procede de oficio o a instancia de parte, puede la autoridad requerida controlar la cualidad de la autoridad de origen. Además, siguiendo la metodología del TJUE, el pronunciamiento sobre el carácter del órgano requiere un análisis casuístico y confrontando las normas nacionales con el parámetro común europeo.

4. Consecuencias de la calificación autónoma

A) Función jurisdiccional y ejercicio del poder público

16. El concepto de "órgano jurisdiccional" utilizado en los Reglamentos de DIPr no es sinónimo de "ejercicio de poder público". En efecto, la posibilidad de realizar una función jurisdiccional a través de una delegación o sometimiento a un control judicial elimina el componente de titularidad y ejercicio propio de poder público, lo que permite conciliar la consideración de un notario como órgano jurisdiccional a los efectos de los Reglamentos con la jurisprudencia del TJUE que considera una discriminación incompatible con el Derecho UE exigir un requisito de nacionalidad a los notarios[36]. Ese es el argumento de mayor peso que garantiza la compatibilidad entre ambas perspectivas de análisis. No ha sido este, sin embargo, el argumento para desvirtuar el componente de poder público de los notarios en la jurisprudencia del TJUE, que ha puesto más el acento en el "carácter consensual" de los procedimientos en los que interviene el notario, con remisión a los tribunales en otro caso[37]. Aparte del hecho de que esa

[35] STJUE 15 noviembre 2012, asunto C–456/11: *Gothaer* (EU:C:2012:719), aps. 31 y 32, en relación con un pronunciamiento judicial sobre la eficacia de cláusula de sumisión.

[36] Ver la perspectiva crítica sobre dicha jurisprudencia en P. Blanco–Morales Limones ("Las nociones de función pública y de autoridad pública en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, nº 328, mayo 2012, pp. 25–38) y defiende que, ante la ausencia de armonización, debe mantenerse la excepción a la libertad de establecimiento y prestación de servicios en este ámbito fundada en razones imperiosas de interés general: en concreto, garantizar la legalidad y seguridad jurídica de los actos celebrados entre particulares.

[37] *Vid.* SSTJUE 24 mayo 2011: *Comisión c. Hungría* (C–392/15, EU:C:2017:73); *Comisión c. Austria* (C–53/08, EU:C:2011:338), en relación con la actividad del notario (*Gerichtskommissär*) en el marco de determinados procedimientos no contenciosos; *Comisión c. Francia* (C–50/08,

regla no siempre se va a cumplir, como se verá más adelante, el presupuesto del mutuo acuerdo no elimina la necesidad de un acto "aprobación" por parte de la autoridad, como ocurre en los supuestos divorcios o de disolución de parejas registradas de mutuo acuerdo[38].

17. Por otra parte, el ejercicio de una función jurisdiccional por delegación o sujeta a control judicial provoca, necesariamente, que las reglas de competencia judicial internacional de los jueces y tribunales se extiendan a quienes actúen por delegación o bajo su control. Razones procesales justifican que los notarios o profesionales deben encontrarse en el mismo Estado que los jueces y tribunales que van a ejercer el control y revisión de los actos emanados de aquellos. ¿Qué sentido tendría que la intervención de un notario español fuera recurrible, posibilidad incierta y no previsible, ante un juez francés cuyo criterio de competencia además desconocemos? Es decir, la distribución de competencias entre tribunales y profesionales equivaldría a un reparto de competencias similar a las reglas de reparto de competencia territorial, objetiva y funcional, de los Estados miembros, de modo que operaría supeditadas al cumplimiento previo de las normas de competencia judicial internacional establecidas en los Reglamentos[39]. Cabe recordar que dichas normas funcionan en todos los Reglamentos, excepto para algunos casos de competencia territorial en Bruselas I bis, solo como normas de carácter general, sin prejuzgar ninguna competencia concreta sobre los órganos internos.

B) Alcance de la *vis attractiva* del reconocimiento de resoluciones

18. La calificación funcional como tribunal es accesoria respecto del acto o qué es lo que se dicta, no respecto a quién lo dicta. Se produce entonces una necesaria *vis attractiva* ejercida por el reconocimiento (de las

CLI:EU:C:2011:335); *Comisión c. Luxemburgo* (C–51/08, ECLI:EU:C:2011:336), en relación con las funciones del notario en materia de embargo de inmuebles; *Comisión c. República Helénica* (asunto C–61/08, ECLI:EU:C:2011:340), sobre las competencias de los notarios en materia de ejecución forzosa. *Vid.* también la STJUE 10 septiembre 2015, *Comisión c. Letonia* (C–151/14, ECLI:EU:C:2015:577) y de 15 marzo 2018, *Comisión c. República Checa* (C–575/16, EU:C:2018:186) sobre las competencias del notario en materia sucesoria y divorcios mutuo acuerdo.

[38] *Vid.* en el asunto *Comisión c. Hungría*, para la disolución de uniones civiles registradas; y en el caso *Comisión c. Letonia*, en relación con divorcios por mutuo acuerdo. Se ha intenta aplicar aquí el criterio sobre el "carácter consensual" que ha utilizado la jurisprudencia TJUE en relación con el art. 267 TFUE, a la que se cita expresamente, cuando en realidad en este contexto se utiliza el término en un sentido diverso.

[39] Tal planteamiento, basado en criterios de funcionalidad y tutela judicial efectiva, se ha defendido por M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho Procesal Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2007, p. 119); *vid.* también P. de Miguel Asensio, *loc. cit.*, p. 154.

resoluciones) que atrae a la competencia judicial internacional, porque es aquél, no conviene olvidarlo, la verdadera finalidad general y transversal a los Reglamentos europeos de DIPr La definición de órgano jurisdiccional y función jurisdiccional, con todas las garantías procedimentales establecidas, está orientada hacia una definición autónoma de "resolución con eficacia transfronteriza", objetivo esencial de las normas europeas. Y esta caracterización, a su vez, implica:

— Que un tribunal, sin estar vinculado por las reglas de competencia judicial internacional, podría dictar una resolución, pero no dotada de eficacia transfronteriza conforme a los Reglamentos. Así se verá en relación con resoluciones dictadas *inaudita parte*[40].
— Que las mismas reglas de competencia judicial internacional pueden extenderse como presupuesto para el otorgamiento de documentos públicos o acuerdos privados registrados con la eficacia transfronteriza específica establecida en determinados Reglamentos. Así se verá en relación con los certificados sucesorios nacionales o los acuerdos privados de divorcio[41]. En la misma línea cabe ver la eficacia transfronteriza de un procedimiento de mediación extrajudicial, como el establecido en el art. 8 del Reglamento de sucesiones[42].

19. En cualquier caso, el sistema garantista establecido para el ejercicio de la función jurisdiccional tiene sentido a los efectos del reconocimiento, pero que no tiene por qué ser igual (o en la misma medida) para el sector de la competencia judicial internacional. De ahí puede derivarse una asimetría en la identificación de tribunal dependiendo de su incidencia en el sector de la competencia judicial internacional o del reconocimiento, lo que puede justificar la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional aunque no se dicte una resolución. Se impone, por tanto, un análisis singularizado por Reglamentos para valorar, en cada caso, otras funciones que pueden desempeñar las reglas de competencia judicial al margen del reconocimiento.

20. Finalmente, también es relevante considerar que un tribunal, entendido en sentido estricto, puede dictar actos que no son resoluciones

[40] *Vid. infra*, nº 23.
[41] *Vid. infra*, nos 31 y 39.
[42] En el ámbito del Derecho autónomo español, esta perspectiva funcional se ha utilizado para defender el sometimiento de los actos de conciliación a los mismos criterios de competencia judicial internacional que sería aplicables para el proceso judicial (P. de Miguel Asensio, *loc. cit.*, p. 160) a pesar de que el acto final que adopten no implique, propiamente, un acto jurisdiccional y quedaría, por tanto, sometido a las reglas de eficacia de los documentos.

judiciales. Toda resolución judicial requiere un tribunal, pero puede haber actos judiciales que no son resolución, lo que liberaría al órgano de la sujeción a las reglas de competencia judicial internacional y el acto adoptado no quedaría sometido a las reglas de reconocimiento propio de las resoluciones. Así ocurriría cuando el juez realice una función meramente homologadora o probatoria; el caso de las transacciones judiciales ya ha sido comentado y, realmente, es el único acto judicial "no jurisdiccional" expresamente previsto en los Reglamentos. El STJUE, en el asunto *Gothaer*[43], ya se había mostrado partidario de una interpretación amplia del concepto de resolución judicial precisamente para evitar, en la medida de lo posible, actos que los demás tribunales no estuvieran obligados a reconocer. Pero ello no elimina el necesario cumplimiento de las exigencias procesales (imparcialidad, bilateralidad) y materiales (facultad de apreciación y decisora) para caracterizar el acto resultante como resolución. Esto significa que el resto de los actos dictados por juez, actuando al margen de su función jurisdiccional, no deberán ser tratados como resolución.

III. Análisis por materias

1. Patrimonial

21. El Reglamento Bruselas I bis no contiene una definición expresa de órgano jurisdiccional; o, por mejor decir, la mención expresa de los notarios húngaros o suecos en el art. 3 presupone una concepción estricta de órgano jurisdiccional. El planteamiento no responde a un olvido o descuido del legislador europeo en este punto, sino a una verdadera toma de posición por su parte. En este sentido, la Propuesta de Reglamento[44] preveía una definición del concepto de "tribunal" que incluía "cualquier autoridad designada por un Estado miembro como competente en los asuntos que entren dentro del ámbito de aplicación del […] Reglamento", propuesta que, finalmente, no fructificó[45]. Del *íter* seguido en el proceso de formación del precepto, pueden deducirse dos cosas: la más evidente, es que tenían delante las definiciones de los Reglamentos Bruselas II bis y 4/2009 que no quisieron incorporar; la oculta, es la interpretación política que evidencia una "desconfianza" hacia la designación de tribunal que pudieran hacer

[43] *Cf.* aps. 31 y 32 de la Sentencia.

[44] Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [COM(2010) 748 final], relativa a la refundición del Reglamento nº 44/2001. Sobre estos antecedentes *vid.* A. Dickinson y E. Lein, *op. cit.*, pp. 109–110.

[45] Subraya esta idea el propio TJUE en el asunto *Pula Parking.*

otros Estados[46]. Resulta, en este contexto, llamativo que el Convenio de Lugano (art. 62) optara por una concepción amplia del concepto de órgano jurisdiccional. En parte, puede deberse a la permanencia de los alimentos en su ámbito de aplicación, sector en el que suele ser habitual la intervención de autoridades administrativas; así lo confirma la definición de órgano jurisdiccional seguida en el Reglamento 4/2009. Pero, en todo caso, el informe del F. Pocar al Convenio de Lugano confirma la idea de que dicho instrumento optaba claramente por una calificación funcional[47].

22. ¿Cabe derivar una conclusión diferente para el marco de Bruselas I bis? No lo parece si nos atenemos a los criterios del TJUE y que se han aplicado también a Bruselas I bis, interpretando el concepto de tribunal en clave de función jurisdiccional con los requisitos orgánicos, procesales y materiales indicados[48]. En este contexto, surge la duda interpretativa si la mención a los secretarios judiciales (en relación con la liquidación de costas) o a los notarios húngaros y suecos (para el ámbito de procedimientos abreviados relativos a requerimientos de pago) es excluyente de una posible función jurisdiccional por parte de los secretarios judiciales, cuando dicten otras medidas, o de otros notarios de otros Estados miembros, cuando intervengan en procesos similares. De haber sido así, habría sido superflua cualquier valoración por parte del TJUE en el asunto *Pula Parking*; una mera referencia al enunciado de Bruselas I bis habría bastado. Nos inclinamos, por tanto, por una respuesta no excluyente[49]: identificada una función jurisdiccional de un órgano sus decisiones deberían ser resoluciones judiciales transfronterizas dictadas, en consecuencia, por un tribunal. Tal interpretación también sería extensiva al Reglamento (CE) 805/2004, que tampoco incluye, al igual que Bruselas I bis, una definición genérica de órgano jurisdiccional. En consecuencia, procede determinar qué funciones de notarios o de secretarios judiciales podrían considerarse como "jurisdiccionales" y, en consecuencia, sus actos como resoluciones judiciales.

[46] *Cf.* A. Dyckinson y E. Lein, *op. cit.*, p. 110.

[47] Así se puso de manifiesto en el asunto *Schlömp*, en relación con la interpretación del carácter de tribunal de órgano suizo conciliación. Véase en este sentido el Informe de F. Pocar, que hace también prevalecer en este caso el carácter funcional y por su adscripción oficial en virtud del Derecho nacional (*vid.* el comentario al art. 62 en el citado Informe, DO C–319 de 23.12.2009).

[48] Las citadas Sentencias TJUE, en los asuntos *Kleinmottoren* y *Gothaer*, son exponentes de esta línea, exponiendo los tres criterios necesarios para identificar un órgano jurisdiccional: el orgánico (independencia e imparcialidad), procesal (protección del derecho de defensa) y material (facultad de apreciación por el órgano en su función decisora).

[49] P. Mankowski, en U. Magnus y P. Mankowski (*op. cit.*, vol. I, p. 104), sin embargo, lo considera excluyente; un criterio más amplio puede observarse en A. Staudinger [en Th. Rauscher (coord.), vol. I, pp. 192–193].

23. La posible inclusión de otros notarios en el marco del Reglamento Bruselas I bis, en concreto de los notarios croatas, se ha planteado ante el TJUE en dos asuntos. El caso *Zulfikarpašić* tenía como contexto el Reglamento 805/2004 y se trataba de determinar si el mandamiento de ejecución del notario podría certificarse como título ejecutivo europeo[50]. La respuesta es que el notario no actuaba en este caso como órgano jurisdiccional porque el mandamiento de ejecución no se había dictado en un procedimiento judicial contradictorio con notificación previa al deudor y faltaba, por tanto, un requisito material establecido en el Reglamento 805/2004[51]. En consecuencia, no se cumplía el presupuesto de una Administración de Justicia de origen garantista que permitiera reconocimiento mutuo de las resoluciones por la vía de un título ejecutivo europeo.

La idea de reconocimiento y confianzas mutuas vuelve a aparecer en la Sentencia *Pula Parking*: se trataba del mismo procedimiento que en el caso anterior pero aquí la cuestión era saber si las normas de competencia judicial internacional de Bruselas I bis vinculaban a los notarios croatas cuando emiten tales mandamientos de ejecución[52]; nuevamente el tema de la ausencia de contradicción previa a la adopción del mandamiento fue determinante para considerar que el notario no era órgano jurisdiccional y, por tanto, no estaba sujeto a las reglas de competencia del Reglamento. Se consideró irrelevante, a estos efectos, que tal mandamiento de ejecución pudiera ser objeto de oposición posterior, remitida al órgano jurisdiccional

[50] En el asunto *Zulfikarpašić* pretendía certificarse como resolución; no había posibilidad de utilizar la alternativa de certificación como documento público, porque no constaba la aceptación expresa por el deudor requerida en el art. 3.1º.d) Reglamento (CE) nº 805/2004.

[51] Conforme al Reglamento (CE) nº 805/2004, la libre circulación de resoluciones judiciales, certificadas para la ejecutividad inmediata, requiere el respeto de derechos de defensa (Considerando 10) y la idea de reconocimiento mutuo (Considerando 3) se basa en la confianza recíproca en la Administración de Justicia (Considerando 18), lo que supone que supone "en particular, que las resoluciones cuya ejecución se solicita en un Estado miembro distinto del de origen hayan sido dictadas en un procedimiento judicial que ofrezca garantías de independencia e imparcialidad y que respete el principio de contradicción" (Considerando 43 de la STJUE *Zulfikarpašić*). Lo determinante es que la resolución dictada por el notario no cumple material ni procesalmente las condiciones fijadas por el Reglamento nº 805/2004 que requiere, conforme al art. 12 del Reglamento, que los procedimientos judiciales cumplan con las normas mínimas a las que se refiere el Capítulo III y, entre estas, se incluye la notificación previa al deudor para poder preparar su defensa.

[52] En efecto, la observancia del principio de confianza recíproca en la Administración de justicia en los Estados miembros de la Unión que subyace a la aplicación de dicho Reglamento supone, en particular, que las resoluciones cuya ejecución se solicita en otro Estado miembro hayan sido dictadas en un procedimiento judicial que ofrezca garantías de independencia e imparcialidad y respete el principio de contradicción (*vid.* Considerando 54 de la Sentencia *Pula Parking*).

competente para su resolución[53]. Claramente se observa aquí la *vis attractiva* del reconocimiento: dado que el mandamiento de ejecución no va a ser considerada una resolución con eficacia transfronteriza, el órgano no realiza una función jurisdiccional a los efectos de Bruselas I bis.

En cualquier caso, procede examinar con precisión el alcance del principio de contradicción o bilateralidad en este contexto. Es resolución judicial a efectos de Bruselas I bis (y, por tanto, el órgano que la dicta es tribunal) una decisión adoptada en el marco de un procedimiento no contradictorio en instancia, pero siempre que se notifique al deudor la resolución antes de que se solicite su reconocimiento y ejecución en otro Estado[54]. Con ello se integran los procedimientos sumarios de protección del crédito, de carácter no contradictorio, que se van extendiendo en los Estados miembros, y que cumplen los parámetros del reconocimiento en la medida en que la resolución que se dicte o el certificado mismo haya sido notificado antes de la ejecución al deudor (art. 43.1º Bruselas I bis)[55]. La idea es la misma que subyace en medidas cautelares en el art. 2.a) de Bruselas I bis.

Esto explicaría que requerimientos de pago realizados por los notarios húngaros serían resoluciones transfronterizas y, en consecuencia, los notarios sean considerados órganos jurisdiccionales. Así, puede verse una descripción del procedimiento en la STJUE en el asunto *Comisión c. Hungría* (C–392/15): existe una fase declarativa, mediante un procedimiento sumario que se realiza *inaudita parte*, ante el notario. Posteriormente, cuando no conste oposición del deudor, se convertirá en exigible y se iniciará la fase de ejecución forzosa[56]. No se advierte con claridad la

[53] Según se consta en el marco normativo incluido en los antecedentes de la Sentencia *Pula Parking* la *Ovršni zakon* los notarios resolverán sobre las solicitudes de ejecución basadas en documentos auténticos (art. 278). En ese momento cabe deducir que se otorga mandamiento de ejecución sin contradicción previa. El art. 283, ap. 1, de la misma Ley dispone que el notario incluirá, a petición del solicitante, la fórmula ejecutoria en una copia del mandamiento de ejecución que haya emitido si, en un plazo de ocho días a partir de la expiración del plazo para formular oposición, ésta no se formula. De conformidad con la resolución de remisión, con arreglo al art. 282, ap. 3, de la Ley sobre la ejecución forzosa, el notario ante el que se formule dentro de plazo una oposición admisible y fundamentada contra un mandamiento emitido por éste transmitirá el expediente para su evaluación al órgano jurisdiccional competente. El órgano jurisdiccional deberá adoptar una resolución sobre la oposición de conformidad con los artículos 57 y 58 de la ley..

[54] STJUE 14 octubre 2004, asunto C–39/02: *Mærsk Olie & Gas* (EU:C:2004:615), ap. 50. *Cf.* también A. Dickinson y E. Lein (eds.), *op. cit.*, p. 103.

[55] La misma idea se encontraría en el art. 45.1º.b) de Bruselas I bis, que presupone procedimiento no contradictorio en instancia pero en el que posteriormente hubo la posibilidad de defenderse mediante recurso en el Estado de origen y no se hizo. *Vid.* al respecto L. Merrett, en U. Magnus y P. Mankowski, vol. I, *op. cit.*, pp. 98–99.

[56] La Normativa húngara, que se cita en el art. 3.b) de Bruselas I bis, consta descrita en la STJUE *Comisión c. Hungría*: "10. El art. 1, ap. 1, de la fizetési meghagyásos eljárásról szóló 2009. évi L.

diferencia esencial entre el procedimiento húngaro y el croata, que justifique considerar como tribunal solo a los primeros. El fundamento del TJUE en *Pula Parking*, para negar la cualidad de órgano jurisdiccional al notario croata, es que la solicitud para la expedición del mandato de ejecución no tiene carácter contradictorio; sin embargo, sí se produce una notificación posterior al deudor que será, en su caso, dirimida por el juez. Si ello no conlleva la adopción de actos ejecutivos, hasta que el mandamiento sea firme, la bilateralidad del procedimiento podría entenderse cumplida de manera similar al procedimiento húngaro, aspecto, sin embargo, en el que TJUE no profundizó.

Más allá de esto, no parece próxima la posibilidad de extender más allá el concepto de resolución y permitir la eficacia transfronteriza de resoluciones dictadas *ex parte* con carácter general. Aunque se haya producido flexibilización en este punto, como la aludida posibilidad de que la contradicción se relegue a una segunda instancia, no prosperó la tentativa prevista en la Propuesta del Reglamento de hacer una interpretación amplia de resolución que incluyera medidas ordenadas *ex parte*[57]. Cabe preguntarse entonces, ¿qué ocurre con las autoridades que dictan medidas que se ejecutan *inaudita parte*? No son resoluciones con eficacia transfronteriza, por tanto, la autoridad que la dicta no ejerce una función jurisdiccional en el sentido del Reglamento, ni está vinculado en

törvény (Ley nº L de 2009, relativa al procedimiento de requerimiento de pago) (Magyar Közlöny 2009/85; en lo sucesivo, 'Ley relativa al procedimiento de requerimiento de pago'), establece que el procedimiento de emisión de requerimientos de pago es un procedimiento atribuido a la competencia de los notarios no contencioso y simplificado de naturaleza civil que tiene por objeto el cobro de créditos pecuniarios.

11. Conforme al art. 2 de dicha Ley, tal procedimiento tiene los mismos efectos que un procedimiento ante un órgano jurisdiccional.

12. El art. 9, ap. 1, de la Ley relativa al procedimiento de requerimiento de pago establece que las peticiones de emisión de requerimientos de pago presentadas por vía electrónica, salvo en los casos de dispensa, se repartirán automáticamente y por partes iguales entre las residencias notariales con arreglo al sistema del Colegio Nacional de Notarios de Hungría.

13. En virtud del art. 18, aps. 1 y 3, de la Ley relativa al procedimiento de requerimiento de pago, en el procedimiento de emisión de requerimientos de pago no procederá la audiencia a la parte ni el recibimiento a prueba.

La ejecución forzosa se abre con la *Ley y de la bírósági végrehajtásról szóló 1994. évi LIII. törvény* (Ley n.º LIII de 1994 sobre la ejecución forzosa judicial, Magyar Közlöny 1994/51) establecen que, a petición del acreedor, el notario procederá a ordenar la ejecución del requerimiento de pago sin oír al deudor cuando, en ausencia de oposición, el requerimiento de que se trata se haya convertido en exigible. Para imponer al deudor las medidas de apremio tendentes al cobro del crédito será necesaria la orden de ejecución.

[57] La definición prevista en el documento COM (2019) 748, antecedente de Bruselas I bis incluía las medidas ordenadas sin que el demandado fuere citado a comparecer y que estuvieren destinadas a ser ejecutadas sin necesidad de notificación previa al demandado, siempre que este tuviere derecho a impugnar posteriormente la medida en virtud del Derecho nacional del Estado miembro de origen.

consecuencia por sus reglas de competencia judicial internacional. Solo cabría valorar su eficacia de acuerdo con el Derecho autónomo correspondiente[58].

24. En cualquier caso, los procedimientos sumarios de requerimientos de pago abren un ámbito en que se va generalizando la asunción de competencias por autoridades no judiciales. Esto explica el modelo del proceso monitorio europeo del Reglamento 1896/2006, que extiende el concepto de "órgano jurisdiccional" a cualquier autoridad de un Estado miembro con competencia para conocer de los requerimientos europeos de pago (art. 5.3º). En España, el problema no se plantea porque se atribuye en exclusiva el monitorio europeo al Juzgado de Primera Instancia[59]. Lo mismo ocurre con el procedimiento de escasa cuantía[60]. Pero en otros Estados miembros cabría pensar que una autoridad no judicial puede iniciar y continuar con este procedimiento[61]. Este aspecto es importante porque un secretario judicial o un notario podría ser considerado órgano jurisdiccional a efectos de un proceso monitorio europeo; en consecuencia, no tendría sentido cuestionar esta cualidad en Bruselas I bis cuando se tramitara un requerimiento de pago en un proceso monitorio nacional que fuera equivalente en su configuración.

Y es precisamente en este escenario donde cabe plantearse la consideración de los Letrados de la Administración de Justicia españoles como órganos jurisdiccionales a la vista de las competencias asumidas en los procesos monitorios después de la LO de 2009 de reforma de la Oficina Judicial. Es más, cabría incluso valorar su consideración en el marco de las funciones asignadas por la Ley de Jurisdicción Voluntaria. Ya hemos indicado que no compartimos una interpretación excluyente del art. 2.a) de Bruselas I bis, limitada en este punto a admitir solo como "resolución" el acto de liquidación de costas del secretario judicial que, en la práctica, se admitió solo por su carácter auxiliar al tribunal que dicta la sentencia principal[62]. En

[58] Aunque es una cuestión discutida la aplicación exclusiva y excluyente de Bruselas I bis para el reconocimiento, el Considerando 33 de Bruselas I bis remite con claridad al Derecho autónomo para permitir el reconocimiento de una medida provisional o cautelar dictada *ex parte*; este Considerando se ha considerado como una excepción de interpretación estricta [A. Dickinson y E. Lein (eds.), *op. cit.*, p. 103].

[59] Disposición Final Vigésimo Tercera LEC.

[60] Disposición Final Vigésimo Cuarta LEC.

[61] En el portal Europeo de e–Justicia pueden encontrarse los listados de autoridades por paíse: [<https://e–justice.europa.eu>], dentro del Atlas Judicial Europeo en materia de justicia civil.

[62] La determinación por parte del funcionario judicial del importe de las costas del proceso se califica de "resolución" debido a que, "el [funcionario] actúa como órgano del Tribunal que ha conocido del fondo del asunto y, en caso de impugnación, un órgano jurisdiccional propiamente dicho resuelve sobre las costas" (*cf.* en la STJUE, en el asunto *Kleinmotoren*, ap. 16).

consecuencia, no observamos razón para excluir su función como órgano jurisdiccional en la tramitación y resolución de los procedimientos monitorios nacionales en supuestos de rebeldía, en los que se permite que el Letrado de la Administración de Justicia español dicte un "decreto" que es título para despachar ejecución[63]. Su caracterización como órgano jurisdiccional puede entenderse irrelevante a los efectos de la competencia judicial internacional, dado que funcionalmente está adscrito a un tribunal cuyas reglas de competencia va a seguir. Sin embargo, sí es relevante a los efectos del reconocimiento del decreto que dicta en la medida en que se le considere como resolución judicial con eficacia transfronteriza, beneficiándose en consecuencias de las reglas de reconocimiento de Bruselas I bis.

25. Queda por determinar la ubicación de los Letrados cuando realizan funciones, en el ámbito patrimonial, asignadas por la LJV, que se refieren a expedientes de deslinde de fincas no inscritas atribuidas[64] o la competencia que pudieran corresponderle en materia de actos de conciliación[65]. No parece advertirse una función jurisdiccional en estos casos, dado que la intervención del Letrado se limita a un mero reflejo del acuerdo de las partes, sin que se recabe ningún papel decisor o de aprobación por parte de aquél.

2. Sucesiones

A) Asimetría entre competencia judicial internacional y reconocimiento de resoluciones

26. El Reglamento 650/2012 de sucesiones ha sido, sin duda, el revulsivo hacia un concepto extenso o funcional de "tribunal" motivada, fundamentalmente, por las competencias asumidas por los notarios en muchos Estados miembros[66]. Se cumplen en el art. 3.2º todos los parámetros del concepto autónomo ya indicados, abarcando a todas las autoridades y profesionales del Derecho con competencias en materia sucesoria que ejerzan funciones jurisdiccionales, o actúen por delegación de

[63] Art. 456.6º.d) LOPJ en relación con el art. 816 LEC.

[64] Arts. 104 a 107 LJV.

[65] *A*rts. 139 a 18 LJV.

[66] Es interesante analizar los antecedentes en este punto del Reglamento de sucesiones, en los que se optó por la denominación "tribunal", ajustándose a la versión inglesa "*courts*", en vez del término "órgano jurisdiccional" que, posteriormente, se consolidaría en otros Reglamentos (*vid.* al respecto M. Álvarez Torné, *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales,* Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 124 ss.).

poderes de un órgano judicial o actúen bajo su control, y las cumplan garantías procesales (imparcialidad y contradicción) y materiales (equivalencia y revisión judicial de las resoluciones). El Reglamento se limita a una distribución de competencia entre los Estados miembros, al margen de que, desde el punto de vista interno, sea atribuido a jueces, a notarios o a encargados del registro. Hay que considerar que, incluso dentro del propio Estado, puede haber diferencias en el régimen de autoridad competente.

La identificación de tribunal sigue el sistema del listado enviado por los Estados miembros a la Comisión y, en ese contexto, se sitúa en la Comunicación realizada España[67], sobre la que volveremos más adelante. Esa identificación debería partir de la calificación funcional. Así lo confirma una lectura de los Considerandos del Reglamento: los notarios y oficinas de registro son tribunal cuando ejercen funciones jurisdiccionales y, en esa medida, están vinculados por las reglas de competencia judicial internacional del Reglamento (Considerando 20); pero no lo son cuando no ejercen funciones jurisdiccionales, idea que se reitera en el Considerando 21; y los actos expedidos por notarios son resoluciones cuando actúan como "tribunal" (Considerando 22). El planteamiento formal que se deriva de estos Considerandos se basa en una equivalencia tribunal – notario con función jurisdiccional – vinculación a las normas de competencia judicial internacional del Reglamento – resolución. El resultado lógico sería que los órganos que no ejerzan funciones jurisdiccionales no quedarían vinculados por las normas de competencia del Reglamento. Sin embargo, la jurisprudencia posterior del TJUE suscita algunas dudas sobre este punto, además de quedar abierto el interrogante sobre la aplicación de las reglas de competencia a los órganos judiciales (entendidos en sentido estricto) cuando ellos mismos no ejerzan ellos mismos funciones jurisdiccionales.

27. La equivalencia indicada sobre la aplicación de los criterios de competencia exclusivamente a los órganos que realizan una función jurisdiccional y dictan resoluciones no se cumple en todos casos; dicho de otro modo, la *vis attractiva* del reconocimiento sobre las reglas de competencia judicial no se confirma en el Reglamento de sucesiones para todos los supuestos. Así puede deducirse de la STJUE en el asunto *Oberlé*: en el caso concreto, se trataba de determinar la competencia de un tribunal alemán para emitir un certificado sucesorio nacional invocando las normas de competencia alemanas (situación de los bienes o nacionalidad del causante) al margen del art. 4 del Reglamento de sucesiones (residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento); el TJUE concluyó

[67] [<https://e–justice.europa.eu/content_succession–380–es–es.do?member=1#a_53>].

con la necesaria sujeción del tribunal alemán a las reglas del Reglamento y, por tanto, con su incompetencia para emitir un certificado sucesorio en ese caso. Lo relevante de la Sentencia es que se admite que puede haber tribunal sin resolución, en la medida en que el certificado sucesorio no lo es[68] y, por tanto, se rompe la accesoriedad de las reglas de competencia judicial respecto del reconocimiento. A diferencia de Bruselas I bis, las reglas de competencia judicial en el Reglamento de sucesiones no se configuran exclusivamente a los efectos de permitir la libre circulación de resoluciones, sino que, como se confirmó en el asunto *Oberlé*, tienen una función propia de distribución e identificación de competencia de los "órganos" de un Estado con el fin de permitir el tratamiento unitario de la sucesión, evitando decisiones inconciliables estableciendo que los tribunales pueden conocer de la totalidad de la sucesión[69]. La propia Sentencia *Oberlé* menciona otros criterios de competencia judicial del Reglamento que evidencian su aplicación en relación con actos no jurisdiccionales, como el art. 13, aplicable a la aceptación o renuncia de la herencia, de un legado o de la legítima.

Cabe deducir, entonces, que las reglas de competencia judicial del Reglamento se aplican siempre que intervenga un juez, aunque este en el caso concreto actúe como un notario, esto es, no realice una función jurisdiccional. Se hace primar el criterio orgánico sobre el funcional. En realidad, no podemos decir que esta solución sea desconocida en el Derecho español; baste recordar que el art. 9 LJV extiende automáticamente la aplicación de los criterios de competencia judicial internacional solo a los supuestos en los que la autoridad interviniente sea la judicial.

28. Este planteamiento nos suscita, de inmediato, un interrogante. Si la definición de "tribunal" queda despojada de función jurisdiccional y se amplía a otras autoridades y profesionales, ¿significa que los notarios quedarán vinculados, en todo caso, por las reglas de competencia del Reglamento de sucesiones al margen del tipo de actividad que desempeñen? Si la respuesta fuera afirmativa, ello contradiría el citado Considerando 20. Si la respuesta fuera negativa, obliga a delimitar el ejercicio de función

[68] *Cf.* ap. 42 STJUE en el asunto *Oberlé*: "(…) la regla para determinar la competencia establecida en el mencionado art. 4 se refiere también a los procedimientos que no concluyen con la adopción de una resolución judicial". Además, admite que los certificados sucesorios nacionales son actos de jurisdicción voluntaria y "las resoluciones relativas a la expedición de tales certificados contienen únicamente constataciones de hecho, con exclusión de todo elemento que pueda adquirir fuerza de cosa juzgada" (ap. 38).

[69] El Tribunal de Justicia ha declarado que una interpretación de las disposiciones del Reglamento nº 650/2012 que supusiera la fragmentación de la sucesión *mortis causa* sería incompatible con los objetivos del citado Reglamento, *vid.* en este sentido, STJUE 12 octubre 2017, asunto C–218/16: *Kubicka*, EU:C:2017:755, ap. 57.

jurisdiccional solo cuando intervengan notarios u otros profesionales, lo que significa, en realidad, volver a la pauta general sobre el concepto de órgano jurisdiccional. En esa dirección apuntan las Conclusiones del Abogado General en el asunto *E.E*. Y esta delimitación deberá necesariamente hacerse de manera casuística, analizando de manera singular si cada acto responde o no a los criterios autónomos de función jurisdiccional.

29. Conforme al criterio autónomo de concepto de órgano jurisdiccional ya se ha indicado que el componente de "decisión" es consustancial a la función jurisdiccional, lo que requiere una conducta activa por parte del órgano interviniente. No es necesaria la controversia de las partes puesto que, como recuerda el Considerando 59 del Reglamento, también quedan incluidos los actos de jurisdicción voluntaria. En los términos ya indicados, es irrelevante a estos efectos que el órgano actúe como justicia rogada, a instancia de partes, y también que exista un acuerdo entre las partes intervinientes. Tales argumentos, utilizados en el asunto *WB* para entender que un certificado sucesorio polaco no puede considerarse resolución para el Reglamento 650/2012, no son concluyentes[70]. Sí resulta necesario identificar un elemento decisor o de aprobación a los efectos de caracterizar la medida adoptada como resolución o, en caso contrario, como documento público. La decisión podría entenderse aquí como una intervención constitutiva por parte del notario o profesional interviniente, que demuestre que no cumple una función de mera autenticación, de fedatario o de recepción y vinculación por la voluntad de las partes.

A todo ello puede ayudar, como pauta hermenéutica, el Considerando 63 del Reglamento cuando ejemplifica cuáles pueden ser los actos jurídicos o las relaciones jurídicas consignados en un documento público: entre los actos jurídicos, el acuerdo entre las partes sobre la partición o distribución de la herencia, un testamento, un pacto sucesorio u otra declaración de voluntad. En cuanto a las relaciones jurídicas, se menciona la determinación de los herederos y beneficiarios conforme a la ley rectora de la sucesión, las partes alícuotas o la existencia de legítima. Esta enumeración referida al

[70] El problema de base del asunto *WB* se refería a si la certificación de un certificado sucesorio nacional debía ir como certificación de una resolución judicial [art. 3.1º.g) Reglamento sucesiones en relación con el Anexo I del Reglamento 1329/2014] o como una certificación de un documento público [art. 3.1º.i) en relación con el Anexo II del mismo Reglamento]. La argumentación seguida en este caso por el TJUE está, en realidad, extraída de la citada jurisprudencia del TJUE sobre el art. 267 TFUE y se refiere, por tanto, a la ausencia de ejercicio de poder público por parte de los notarios cuando intervienen en procedimientos en los que hay mutuo acuerdo de las partes y la posibilidad de revisión judicial en caso de controversia; *vid.* en este contexto, el análisis de las funciones sucesorias de los notarios austríacos, actuando como *Gerichtskommissär*, en la STJUE en el asunto *Comisión c. Austria*; la misma argumentación puede verse en la STJUE en el asunto *Comisión c. República Checa*.

contenido de los documentos públicos me parece muy útil para delimitar estos frente a las resoluciones. Tal distinción es relevante, como es sabido, a los efectos de los títulos y las condiciones de reconocimiento. Mientras que el reconocimiento de resoluciones está contemplado en el Reglamento para todos sus efectos (con la limitación del efecto registral sobre bienes), la eficacia de los documentos públicos solo se contempla parcialmente: por un lado, se encuentra el título específico del certificado sucesorio europeo; por otro lado, para los documentos nacionales solo se contempla el efecto probatorio y el ejecutivo, pero no su efecto constitutivo y registral, que seguirán sometidos al Derecho autónomo de los Estados miembros[71].

30. En esta clave, se impone entonces una revisión del listado enviado por España a la Comisión, cuestión que ya tradicionalmente había enfrentado a nuestra doctrina y sobre la que se sigue debatiendo[72]. A los efectos del art. 3.2º (esto es, del concepto de órgano jurisdiccional), se ha incluido en el listado la actividad de los notarios en cuanto a: las declaraciones de herederos abintestato (arts. 55 y 56 de la Ley del Notariado[73]); los procedimientos de presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, ológrafos y orales (arts. 57 a 65); y la formación de inventario (arts. 67 a 68). La aplicación del concepto autónomo de órgano

[71] El efecto ejecutivo de los documentos públicos se ha venido incluyendo en los diversos Reglamentos europeos. Una regulación específica del efecto probatorio apareció en el art. 59 del Reglamento 650/2012, de sucesiones, que se reiteró en los arts. 58 de los Reglamentos 2016/1103, sobre regímenes económicos matrimoniales, y 2016/1104, sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas. Sin embargo, para el efecto constitutivo registral debe acudirse a nuestro Derecho autónomo, a la Disposición Adicional Tercera de la LJV.

[72] Antes del listado remitido por España, existía una importante discrepancia en torno al carácter de tribunal del notario: *vid.* una referencia a las diferentes posiciones en A. Bonomi y P. Wautelet, *op. cit.*, nota 84; M. Alvarez Torné, *op. cit.*, p. 131; P. Rodríguez Mateos, "La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea", *REEI*, nº 27, 2014, pp. 1 ss, esp. pp. 8 ss.; F.M. Mariño Pardo, "Actas de declaración de herederos abintestato a favor de ascendientes y descendientes, cónyuge, pareja o parientes colaterales", en C.P. Barrio del Olmo, *op. cit.*, pp. 479 ss, esp. pp. 496 ss. Incluso, en la actualidad, se mantienen posiciones enfrentadas sobre esta cuestión: F.M. Mariño Pardo, "Doctrina y algunas consecuencias sobre las actuaciones de los notarios españoles en el marco del Reglamento 650/2012 a partir de la STJUE 23 mayo 2019", *La Ley: Unión Europea*, nº 74, 31 octubre 2019; I. Espiñeira Soto, "Competencia internacional del Notariado Español en expedientes de jurisdicción voluntaria al hilo de una STJUE", [<https://www.notariosyregistradores.com>]. Por su parte, J. Carrascosa González ("Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* nº 6, 2014, pp. 1 ss, esp. p. 15), negando cualquier función jurisdiccional por parte de los notarios españoles, sin embargo, asume las consecuencias derivadas de la comunicación a la Comisión realizada por España (*vid. id.*, *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, Murcia, Colección "Derecho y letras", 2019, pp. 131 ss).

[73] *Vid.* las modificaciones a la Ley del Notariado conforme a la Disposición Final Undécima de la LJV.

jurisdiccional obliga a una revisión de esta Comunicación, tanto por exceso como por defecto. Así trataré de mostrarlo en relación con cada acto.

B) Competencias notariales no jurisdiccionales

31. La emisión de las declaraciones de herederos abintestato o certificados sucesorios nacionales es, sin duda, el acto más controvertido en la doctrina y en la práctica[74]. En el Derecho español, estas declaraciones de herederos, después de la LJV, han pasado a ser competencia exclusiva de los notarios, frente al sistema anterior de competencia compartida con los jueces (arts. 55 y 56 LN). Tales declaraciones conviven con el título del certificado sucesorio europeo que tienen sus propios criterios de concesión y de eficacia.

De la jurisprudencia *Oberlé* y *WB* puede derivarse que la emisión de los certificados sucesorios no se realiza en ejercicio de una función jurisdiccional. En el mismo sentido se derivaría del citado Considerando 63 del Reglamento. La caracterización como documento público del certificado sucesorio nacional deriva de la ausencia de una verdadera competencia resolutoria, pero no por la in/existencia de disputa, sino porque la intervención del notario, aunque compruebe el cumplimiento de los requisitos normativos, no aprueba nada. La conclusión parece, entonces, evidente: que tales certificados deben ser tratados como documentos públicos para valorar su eficacia transfronteriza. Ahora bien, conforme a *Oberlé*, esto no impide que siendo un juez (en sentido estricto) el que deba emitir el certificado, el mismo esté vinculado por las reglas de competencia del Reglamento, planteamiento que, sin embargo, no parece extensible a los notarios cuando realice esa misma actividad[75]. Es decir, para la aplicación de las reglas de competencia judicial internacional se seguiría el criterio orgánico, no el criterio funcional. Cuesta admitir este planteamiento formalista basado en quién actúe (juez o notario) aunque desempeñen la

[74] P. de Miguel Asensio (*loc. cit.,* pp. 165 ss.), se muestra a favor de considerar la declaración de herederos como actividad "jurisdiccional"; también lo considera así I.A. Calvo Vidal, "La competencia notarial en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones", *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* t. LIV, 2013/2014, pp. 169 ss, esp. pp. 177 ss.; lo rechaza J. Carrascosa González (*op. cit.*, p. 122) pero asume que se apliquen las normas de competencia del Reglamento (p. 135), al igual que I. Espiñeira Soto (*loc. cit.*); F.M. Mariño Pardo ("Doctrina…", *loc. cit.*, pp. 22–23) muestra sus dudas al respecto. *Vid.* la cuestión en Derecho comparado, con dudas sobre el acta de notoriedad francesa de declaración de herederos, en Ch. Hertel, en Th. Rauscher, *op. cit.*, vol. IV, 4ª ed., pp. 230–321).

[75] Tal planteamiento tiene una incidencia práctica directa en el asunto *E.E.* pendiente ante el TJUE, en relación con la vinculación a las reglas de competencia judicial del Reglamento por parte de un notario lituano que emite un certificado sucesorio, con una posición contraria por parte del Abogado General M. Campos Sánchez–Bordona, de 26 marzo 2020. Curiosamente, la única referencia a *Oberlé* aparecen en la nota 23.

misma función en el caso concreto y el valor del certificado sucesorio nacional sea el mismo en ambos casos. Si la finalidad de las normas de competencia judicial es garantizar el tratamiento unitario de la sucesión y evitar resoluciones/documentos inconciliables no resulta coherente diferenciar en función de quién lo haya emitido[76]. Negar la función jurisdiccional también debería ser aplicable a la actividad realizada por el juez cuando esté actúa como notario; o, por el contrario, las normas de competencia también deberían servir para los certificados sucesorios emitidos por el notario, aunque no sea tribunal[77].

La opción de sujetar, en todo caso, la competencia de los notarios a los criterios del Reglamento parece excesiva si consideramos que tales certificados no son resolución, es decir, no se dictan en ejercicio de la función jurisdiccional. Como se ha indicado, el Considerando 20 no sustentaría tal extensión. Cuestión diferente es que el certificado sucesorio nacional pretendiera beneficiarse del régimen de eficacia transfronteriza regulada en el propio Reglamento, en concreto, los efectos legitimador y registral incluidos en el art. 69 del mismo. Para este caso, el art. 62.3º del Reglamento exige que las autoridades lo hayan expedido con arreglo a lo dispuesto al Capítulo VI del Reglamento, lo que implicaría la sujeción a las reglas de competencia del Reglamento (conforme al art. 64). En este contexto, las mismas reglas de competencia del Reglamento servirían a los efectos de emitir los certificados sucesorios europeos (sea por jueces o por notarios) y también los certificados sucesorios nacionales que pretendieran tener una eficacia transfronteriza similar. Esto encajaría con la finalidad ordenadora de las normas de competencia establecidas en el Reglamento, tal y como se había establecido en la Sentencia *Oberlé*, y evitaría certificados sucesorios nacionales inconciliables en el marco del propio Reglamento. Nada obstaría, sin embargo, que siguieran emitiéndose certificados sucesorios nacionales al margen de estos criterios de competencia que, desde la perspectiva del Reglamento, solo tendrían asegurada su eficacia probatoria (ex art. 59), mientras que, para el resto de los efectos, dependerían de los Derechos autónomos nacionales.

Desde otra perspectiva, también puede tener claras ventajas de política legislativa armonizar criterios internos de la competencia notarial con reglas de competencia judicial internacional. En la medida en que los notarios ejerzan funciones "delegadas" o "revisables" por los órganos judiciales, puede justificarse que se utilicen los mismos criterios de

[76] *Vid.* Ch. Hertel, en Th. Rauscher, *op. cit.*, vol. V, p. 470.

[77] En el mismo sentido, A. Bonomi y P. Wautelet, *op. cit.*, p. 144. Para el ámbito del Derecho español, los aps. 11 y 14 de la Disposición Final Vigésima Sexta LEC, establecen, respectivamente, la competencia de jueces y notarios para expedir el certificado sucesorio europeo.

competencia "judicial internacional" a favor de los tribunales de ese mismo Estado que serán los encargados de controlar los actos notariales[78].

32. La Comunicación remitida a la Comisión también incluye los procedimientos de presentación, adveración, apertura y protocolización de los testamentos cerrados, ológrafos y orales. Tales procedimientos se entran dentro de la competencia para autenticar documentos que tienen los notarios y no se advierte en los mismos ningún elemento decisor que les haga susceptibles de quedar vinculados a las reglas de competencia judicial internacional. La formalización del testamento tendrá las consecuencias que correspondan a los documentos públicos, pero las reglas de competencia de los notarios no se regirían en este caso por el Reglamento de sucesiones[79].

33. Finalmente, se menciona en la citada Comunicación la actividad notarial sobre la realización del inventario (arts. 67 y 68 LN). Dicha competencia notarial implicará una mera constatación de hecho, y no existe ningún elemento decisor en este ámbito. Cuestión diferente es la vinculación que pueda darse, en el caso concreto, con la declaración de limitación de responsabilidad respecto a las deudas, incluida en la competencia establecida por el art. 13 del Reglamento. Esta accesoriedad justificaría la extensión de este criterio de competencia a la realización del inventario[80]. Algo similar ocurre en nuestro Derecho interno con la competencia exclusiva de los notarios, en supuestos no contenciosos, para la realización del inventario de bienes gananciales, siguiendo las reglas de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario[81]. También es necesario considerar que los herederos intervendrán en el proceso de realización del inventario como regla general, de modo solo es necesario llamar al contador en caso de desacuerdo[82].

---

[78] *Vid.* buen ejemplo en el art. 95.e) del Código Notarial polaco, que consta en los antecedentes del asunto *WB*: el notario denegará el otorgamiento de la escritura de declaración de herederos si no existe competencia de los órganos jurisdiccionales en esta materia; tal y como se aclara en las Conclusiones del Abogado General (nota 8), la referencia debe entenderse como competencia judicial internacional de los tribunales polacos.

[79] F.M. Mariño Pardo ("Doctrina y algunas consecuencias…", *loc. cit.*, pp. 19 y 20) se muestra contrario a aplicar las normas de competencia del Reglamento de sucesiones, porque en estos casos el control de legalidad del notario se limita a cuestiones de forma; un criterio parcialmente divergente sostiene, en particular con la adveración, I. Espiñeira Soto (*loc. cit.*). Ch. Hertel (en Th. Rauscher, *op. cit.*, p. 231) también subraya que la protocolización de testamentos no supone función jurisdiccional y, por tanto, no queda sujeta a las reglas de competencia del Reglamento.

[80] *Vid.* I. Espiñeira Soto, *loc. cit.*

[81] *Vid.* art. 1010 Cc, en relación con la formación previa del inventario y la competencia exclusiva del Notario, o en su caso, de la autoridad consular (arts. 1011–1012 Cc) con citación a acreedores y legatarios (art. 1014 Cc). *Vid.* asimismo el art. 1410 en relación con el art. 1402 Cc.

[82] *Vid.* M. Moreno Velasco ("La liquidación de la sociedad de gananciales derivada de la muerte de uno de los cónyuges (Especial referencia al procedimiento aplicable)", *La Ley*, nº 1315, 7 enero

C) Notarios como tribunal en el Reglamento de sucesiones

34. La Comunicación enviada a la Comisión no menciona otras funciones notariales en materia sucesoria, a pesar de su relevancia en la práctica y sus consecuencias para la aplicación del Reglamento. En concreto nos referimos a los actos de aceptación o repudiación de la herencia y de partición de la misma.

35. Los actos de aceptación o repudiación de la herencia realizados ante una autoridad no suponen el ejercicio de ninguna función jurisdiccional, sino la recepción de una declaración de voluntad y, por tanto, han de considerarse claramente como actos incluidos en documento público a los efectos de su eficacia transfronteriza. Las autoridades intervienen en estos supuestos como meras receptoras de la voluntad de los intervinientes. Sin embargo, el notario sí sería considerado en este caso como tribunal a los efectos de aplicar el criterio de competencia judicial internacional del art. 13 del Reglamento de sucesiones, criterio que no exige el ejercicio de función jurisdiccional y que, conforme al Considerando 32, incluye a los notarios[83]. Nos encontramos con una clara excepción a la aplicación de las normas de competencia judicial internacional a los notarios solo cuando ejerzan funciones jurisdiccionales.

36. Por otra parte, inexplicablemente tampoco se mencionan en la Comunicación, a pesar de su relevancia práctica, los actos de partición de la herencia, que deben realizarse en cada caso valorando si la intervención de la autoridad solo es el reflejo del acuerdo de las partes o, por el contrario, o tiene un poder decisor. Conforme al art. 843 Cc en la versión dada por la Disposición Final Primera, apartado setenta y uno, de la LJV, el notario o el Letrado de la Administración de Justicia son competentes para aprobar la partición. Tal función notarial debería añadirse al listado enviado a la Comisión[84], en concreto, la partición de la herencia realizada mediante

2010, p. 2) en relación con los arts. 782 ss LEC. Si debe contarse, al menos, con el consentimiento tácito de los herederos, ello presupone que requieren que sean previamente llamados.

[83] *Vid.* art. 1008 Cc, reformado por la Disposición final primera de la LJV, indicando que la repudiación de la herencia deberá hacerse ante Notario en instrumento público; nótese que la condición deberá cumplirse cuando resulte aplicable el Código civil a la sucesión, dado que el art. 13 Reglamento sucesiones parte de un criterio de *forum legis*. La validez de esta repudiciación dependerá de la ley rectora de la sucesión y en cuanto a la forma del art. 28 (*cf.* A. Bonomi y P. Wautelet, *op. cit.*, p. 208).

[84] En este mismo sentido se pronuncia F.M. Mariño Pardo ("Doctrina y algunas consecuencias…", *loc. cit.,* pp. 20–21); muestra más dudas en este punto I. Espiñeira Soto (*loc. cit.*) vinculando la intervención del notario al Derecho rector de la sucesión.

contador partidor dativo (art. 1057.2º Cc) que supone intervención de los notarios en caso de desacuerdo de los herederos[85]. Obsérvese que la partición judicial es alternativa a la partición notarial[86] y su aprobación por el notario tiene un carácter constitutivo[87]. En este contexto, en el Derecho comparado se parte de la función jurisdiccional del notario para proceder a la liquidación y partición judicial de una herencia, cuya actividad se mide por imparcialidad y principio de contradicción y con sometimiento a las reglas de procedimiento del art. 6 CEDH[88]. La aprobación notarial estará sujeta a control judicial, pero por motivos tasados no dependientes del mero desacuerdo de un heredero o legatario[89].

37. Finalmente, también debe incluirse dentro de las competencias "jurisdiccionales" notariales la aprobación del pago en metálico de la legítima, salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, contemplada en el art. 843 Cc y que se ha incluido en el catálogo de "decisiones" que puede adoptar el notario después de la LJV[90].

3. Familia

A) Divorcios notariales y divorcios privados

38. El Reglamento Bruselas II bis parte de una concepción amplia de órgano jurisdiccional, incluyendo al "juez" como juez o autoridad con competencias equivalentes a las del juez en las materias reguladas por el presente Reglamento (art. 2.1º). No existe una enumeración de quiénes ostentan tal cualidad conforme a los Derechos nacionales, ni se prevé una

[85]Art. 1057, párrafo 2, Cc establece.: "No habiendo testamento, contador–partidor en él designado o vacante el cargo, el Secretario judicial o el Notario, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50 por 100 del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuere conocido, podrá nombrar un contador–partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento Civil y del Notariado establecen para la designación de peritos. La partición así realizada requerirá aprobación del Secretario judicial o del Notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios.".

[86] *Vid.* en este punto el art. 782. LEC, relativo a la solicitud de división judicial de la herencia.

[87] *Cf.* I. Gomá Lanzón, *loc. cit.*, p. 48; P. de Miguel Asensio, *loc. cit.*, p. 181.

[88] *Vid.*, para el caso del Derecho francés y belga, A.Bonomi y P. Wautelet, *op. cit.*, pp. 142–143, con referencia a las SSTEDH 28 noviembre 2000, *Siegel c. France*, 36350/97 y 3 octubre 2003, *Kanoun c. Francia,* 35589/97.

[89] *Vid.* C. Pérez Ramos, "Renuncia, prórroga del plazo de albacea y del contador–partidor, nombramiento del contador–partidor dativo y aprobación de la participación otorgada por el mismo cuando no exista confirmación expresa de todos los herederos y legatarios", en C.P. Barrio del Olmo, *op. cit.*, pp. 657 ss, esp. pp. 800–801.

[90] *Vid*. C. Pérez Ramos, *ibid.*, pp. 633 ss.

comunicación a la Comisión de un listado en relación con este punto[91]. Ello ha permitido incluir no solo a jueces, sino también a notarios o autoridades administrativas que, sobre todo en materia de menores, desempeñan funciones y dictan resoluciones sobre responsabilidad parental[92]. En relación con las crisis matrimoniales, la identificación de la función jurisdiccional es relativamente sencilla a partir del ámbito material del Reglamento: decisiones de divorcio, separación judicial, nulidad o medidas sobre menores[93]. En esa misma clave se manifiesta el art. 3.2º, en relación con el Considerando 13, del Reglamento Roma III, que debe interpretarse de manera coherente con Bruselas II bis[94].

La amplitud de la caracterización de "órgano jurisdiccional" lleva a omitir cualquier referencia al ejercicio de función jurisdiccional. Ello tendría la consecuencia que todo notario, aunque no ejerciera funciones jurisdiccionales, estaría sometido a las normas de competencia del Reglamento. Sin embargo, nuevamente la *vis attractiva* del reconocimiento nos da la verdadera dimensión de quién asume el rol de órgano jurisdiccional. El ejercicio de una función jurisdiccional (propia o delegada) seguirá siendo presupuesto para la existencia de una resolución y, por tanto, para diferenciarla respecto de los documentos públicos y de otras figuras.

A los efectos del RB II bis es irrelevante que haya mutuo acuerdo o no para el divorcio, pero es preceptiva la intervención de una autoridad con función constitutiva para que sigamos hablando de "decisión"[95]. Y es en este ámbito donde surge un problema de delimitación entre una resolución de divorcio y

[91] El listado previsto en el art. 68 del Reglamento solo es en relación con los órganos encargados del reconocimiento o execuátur y sus correspondientes recursos.

[92] *Vid*. W. Pintens, en U. Magnus y P. Mankowski, *European Commentaries on Private International Law (Brussels IIbis Regulation)*, vol. IV, Múnich, Dr. Otto Schmidt, 2017, p. 83.

[93] Interpretación amplia que ya se encontraba en el art. 1 del Convenio de La Haya, de 1 junio 1970, sobre reconocimiento de resoluciones de divorcio y separación judicial, que establecía su aplicación al reconocimiento de los divorcios y de las separaciones legales que se hayan obtenido en otro Estado contratante como consecuencia de un procedimiento judicial "*u otro oficialmente reconocido en este último*" y que produzca efectos legales en el mismo.

[94] STJUE 20 diciembre 2017, asunto C–372/16: *Sanhyouni*, ECLI:EU:C:2017:988.

[95] En el marco de los divorcios, se ha asimilado la función constitutiva a la función jurisdiccional (*cf.* A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 254); Th. Rauscher (en Th. Rauscher, *op. cit.*, vol. IV, 4ª ed., 2015, p. 50) claramente se refiere a la intervención de cualquier autoridad (administrativa, registro civil, etc,) con carácter constitutivo. Se suscita aquí la duda sobre si un registro constitutivo implica que el encargado del mismo sea considerado autoridad a estos efectos (*vid.* A. Gandía Sellens y C. Zimmer, "Los divorcios privados y el Reglamento Roma III – Reflexiones a la luz de la STJUE 20 diciembre 2017, asunto C–372/16, *Sanhyouni c. Mamish*", en *Bitácora Millenium DIPr*, 2018, nº 8, p. 10. Tal duda se despejará con el nuevo texto refundido de Bruselas II bis, que incorpora el acuerdo registrado siempre que tenga eficacia ejecutiva en el Estado de origen (*vid.* el Considerando 14 del Reglamento 2019/1111).

los acuerdos de divorcio entre cónyuges que queden meramente incorporados en un documento o en un registro, esto es, los denominados divorcios privados. A tal efecto, se ha propuesto una clasificación[96] que parte de tres supuestos de divorcio: divorcios en los que una autoridad no judicial interviene con carácter constitutivo; divorcios en los que una autoridad no judicial interviene como mera fedataria; y divorcios privados, basados en un mero acuerdo entre los cónyuges, sin intervención de autoridad, tal y como se analizó en el asunto *Sahyouni*[97]. En el marco los RB II bis y RR III solo estarían contemplados los dos primeros, que darían lugar, respectivamente, a una resolución dictada por un notario o a un documento público emitido por un notario. El tercer supuesto parece excluido de su ámbito y claramente se expresó así por el TJUE en el citado asunto *Sahyouni*. Sin embargo, el texto refundido del RB II bis (el Reglamento 2019/1111)[98], amplía el catálogo para incluir no sólo divorcios no judiciales (notariales) que ya funcionan en Estados UE, incluido España, sino también con el "divorcio privado" habilitado, por ejemplo, en el art. 229.3º del *Code civil* francés[99].

39. El resultado sería el siguiente:

— Es resolución judicial todo acuerdo que apruebe el órgano después de haber realizado una comprobación de fondo de conformidad con el

[96] *Vid.* A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 305.

[97] En el asunto *Sahyouni*, el TJUE rechazó la aplicación de Roma III a un divorcio privado islámico basado en una declaración de voluntad unilateral del marido formulada ante autoridad religiosa en Siria. Además del citado comentario de A. Gandía Sellens y C. Zimmer (*loc. cit.*), pueden mencionarse otros comentarios como los S. Álvarez González, "*Sahyouni* más allá del espejo. Un comentario posible a la STJ de 20 diciembre 2017 (C–372/16)", en M.V. Cuartero Rubio (coord.) "Crónica de Derecho internacional privado", *REEI*, vol. 35, 2018, pp. 15–20; P. Diago Diago, "Inclusión de los "divorcios privados" en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010", *La Ley Unión Europea*, nº 58, 30 abril 2018; C. Azcárraga Monzonís y P. Quinzá Redondo, "Comentario del Auto del TJUE de 12 mayo 2016 en el asunto C–281/15", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, nº 102, pp. 549–562; C.M. Caamiña Domínguez,"Divorcio privado dictado por un tribunal religioso de un tercer Estado: asunto C–281/15, *Soha Sahyouni y Raja Mamisch*", *CDT*, vol. 9, 2017, nº 2, pp. 629–634.

[98] Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 junio 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 (versión refundida), DO nº L 178 de 2.7.2019.

[99] Resulta imprescindible en este contexto la consulta al Considerando 14 del Reglamento 2019/1111. El art. 229.1º *Code civil* francés establece: "*Lorsque les époux s'entendent sur la rupture du mariage et ses effets, ils constatent, assistés chacun par un avocat, leur accord dans une convention prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par leurs avocats et établi dans les conditions prévues à l'article 1374.*

Cette convention est déposée au rang des minutes d'un notaire, qui contrôle le respect des exigences formelles prévues aux 1° à 6° de l'article 229–3. Il s'assure également que le projet de convention n'a pas été signé avant l'expiration du délai de réflexion prévu à l'article 229–4.

Ce dépôt donne ses effets à la convention en lui conférant date certaine et force exécutoire.".

Derecho (=eficacia constitutiva). El elemento constitutivo es determinante y así se ha utilizado ya en la práctica española en relación con el reconocimiento de los divorcios notariales cubanos[100].

— Es documento público un acuerdo que adquiere fuerza vinculante tras la intervención formal de una autoridad. En dicho caso, la autoridad interviene como un mero fedatario.
— Y, finalmente, está el acuerdo privado entre los cónyuges pero que haya sido registrado[101]. Encajaría en este supuesto el modelo del art. 229 Code civil francés.

En estos dos últimos casos, la inexistencia de función jurisdiccional por parte del notario o del registro implicaría su ausencia de sometimiento a las reglas de competencia judicial de Bruselas II bis. Pero el art. 64 Reglamento permite la utilización de los criterios de competencia como control indirecto para permitir dotar de eficacia transfronteriza al documento público o al acuerdo registrado: en efecto, tal eficacia está garantizada cuando hayan sido formalizados o registrados por una autoridad competente conforme a los criterios del Capítulo II[102]. Esta vía opera de manera similar al art. 62.3º del Reglamento de sucesiones en relación con los certificados sucesorios nacionales. La consecuencia más importante es que las normas de competencia judicial internacional no funcionarían como reglas directas, pero sí indirectas a efectos del reconocimiento. Se establecería en el propio Reglamento europeo una eficacia constitutiva (la derivada de la disolución del vínculo matrimonial por divorcio), y no solo eficacia probatoria o ejecutiva, a un documento público o a un acuerdo entre las partes. Es significativo en este contexto que el art. 65 del Reglamento 2019/1111 exija, como presupuesto, que el documento que tenga "efecto jurídico vinculante" en el Estado de origen[103]. Tales documentos y

[100] En el mismo sentido, J. Carrascosa González, "El Notariado…", *loc. cit.*, p. 279, es partidario de considerar resoluciones, en el sentido de Bruselas II bis, los divorcios dictados por notarios. *Vid.* en general en relación con el reconocimiento de los divorcios notariales, J.C Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2018, pp. 480 ss.

[101] El ap. 3) del art. 2.2º del Reglamento 2019/1111 define al "acuerdo", a efectos del capítulo IV, como "un documento que no es un documento público, que ha sido firmado por las partes en materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y que ha sido registrado por una autoridad pública comunicada a la Comisión con este fin por un Estado miembro de conformidad con el art. 103".

[102] El art. 64 establece la aplicación de la sección 4ª, dentro del Capítulo IV relativo al reconocimiento "a los documentos públicos que hayan sido formalizados o registrados, y a los acuerdos que hayan sido registrados en un Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al capítulo II".

[103] La diferencia es sustancial respecto del art. 46 de Bruselas II bis que solo se refería a la eficacia ejecutiva de los documentos y acuerdos, que no están supeditados ni a registro ni al cumplimiento de unos criterios de competencia específicos.

acuerdos quedan, en consecuencia, sometidos a un reconocimiento procesal, no conflictual, lo que impide un control de ley aplicada en el Estado requerido.

40. Desde la perspectiva española, la consecuencia más importante de todo esto es que la competencia de los notarios españoles cuando intervienen en el divorcio[104] tendrán la cualidad de los órganos jurisdiccionales porque su función es la de aprobar el divorcio después de haber comprobado los requisitos de fondo y demás presupuestos que les habilitan a dictar ese divorcio. Esto obliga a interpretar el art. 54 de la Ley del Notariado como criterio de competencia territorial que debe adaptarse a los criterios de competencia judicial internacional del Reglamento[105]. Estamos ante uno de los supuestos en los que el notario asume un poder "decisor", no vinculado por la voluntad de las partes, dado que puede realizar un control de lesividad; es decir, puede denegarlo si, a su juicio, es dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos menores no emancipados. Las decisiones notariales producen, en este contexto, los mismos efectos que la decisión judicial, y serán recurribles judicialmente[106].

B) Intervención en regímenes económicos matrimoniales o de uniones registradas

41. La definición de órgano jurisdiccional en los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 copia el modelo del Reglamento de sucesiones, y sus Considerandos 29 y 30 reproducen el esquema de equivalencia entre función jurisdiccional y sometimiento a los criterios de competencia del Reglamento. Del mismo modo, se sigue el sistema del listado remitido por cada Estado. En este punto, la Comunicación realizada por España en relación con los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104 se dice literalmente que: "En España no existen autoridades con las

[104] *Vid*. arts. 82 y 87 Cc. El art. 89 queda redactado del siguiente modo: "Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el art. 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil."

[105] En la misma clave, J. Carracosa González, "El Notariado…", *loc. cit.*, pp. 273 ss; P. de Miguel Asensio, *loc. cit.*, p. 167. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, la estrecha vinculación entre divorcio notarial español y aplicación del Derecho español como criterio adicional de competencia de notarios, *vid.* en J.M. Vara González y J. Pérez Hereza, "Separación y divorcio ante notario", en C.P. Barrio del Olmo, *op. cit.*, pp. 393 ss.

[106] J.M. Vara González y J. Pérez Hereza, *loc. cit.*, p. 378.

características y alcance del art. 3.2º en el ámbito de aplicación de este Reglamento"[107]. Conforme al análisis que se viene realizando en este trabajo, no compartimos esta declaración, dado que, como se verá seguidamente, existen supuestos en el Derecho español en los que el notario tiene funciones jurisdiccionales en el ámbito de la liquidación del régimen matrimonial y, en consecuencia, debe ser considerado como tal a los efectos del art. 3.2 º del Reglamento.

42. La intervención de los notarios para la disolución y liquidación del régimen matrimonial o de los efectos patrimoniales de las uniones registradas sí creemos que asume una función decisora de carácter constitutivo de manera similar a lo que ocurre con los divorcios notariales. Nuevamente en este caso el presupuesto del mutuo acuerdo no elimina esa función jurisdiccional porque no se trata del mero reflejo de la voluntad de las partes, aunque ello sea relevante a los efectos de eliminar el componente del ejercicio de poder público por parte de los notarios[108]. Del mismo modo, la eventual delegación (*ad hoc* o legal) en los notarios no eliminan su carácter de órgano jurisdiccional aunque también tenga sus consecuencias para negar el ejercicio de ese poder público[109].

---

[107] *Vid.* Comunicación española en el Portal Europeo de eJusticia: [<https://e–justice.europa.eu/ content_matters_of_matrimonial_property_regimes–559–es.do>]; [<https://e–justice.europa.eu/ content_matters_of_the_property_consequences_of_registered_partnerships–560–es–es.do?member=1>] (última actualización de la página de 12 febrero 2019). La comunicación que aquí nos interesa es la del art. 65.1º en relación con el art. 3.2º. En esta comunicación, Italia, por ejemplo, ha incluido a los abogados, cuando ejerzan sus funciones en el marco del régimen de soluciones amistosas (*negoziazione assistita)* en virtud del art. 6 del Decreto Ley nº 132/2014; y a los funcionarios del Registro Civil (*Ufficiali di Stato Civile*), cuando ejerzan sus funciones en el marco del régimen de simplificación previsto en el art. 12 Decreto Ley nº 132/2014. Suecia ha mencionado al Encargado de distribuir el patrimonio en caso de divorcio (*bodelningsförrättare*); al administrador de la herencia (*boutredningsman*); en los procedimientos sumarios relativos a requerimientos de pago o asistencia, la Agencia Nacional de Ejecución Forzosa (*krono–fogdemyndigheten*) [el mismo, por cierto, que figura en el art. 3.b) de Bruselas I bis].

[108] Argumento utilizado, *v.gr*., en la STJUE, as. *Comisión c. Letonia*, C–151/14, aps. 68 y 70.

[109] El ejemplo en este caso es el 255.10 Code civil francés, que se refiere a la función de los notarios actuando como delegado de la autoridad judicial (P. Franzina, "Jurisdiction in Matters Relating to Property Regimes under EU Private International Law", *Yearbook PIL*, 2017/2018, pp. 159 ss, esp. p. 162); en otros casos, se ha entendido que los notarios franceses no reunirían la cualidad de órgano jurisdiccional (N. Joubert, "La dernière pierre (provisoire?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés", *Rev. crit. dr. int. pr.,* 2017, pp. 1 ss, esp. p. 9); en este sentido, también se ha pronunciado la Circular del Ministerio de Justicia de 24 abril 2019 (JUS1911990c, nº CIV/05, [<http://circulaire.legifrance.gouv.fr, ficha 2, p. 1>]indicando que los notarios franceses no entran dentro del concepto de órgano jurisdiccional aunque intervengan en el proceso de liquidación del divorcio. Francia, en este sentido, no los ha incluido tampoco en su Comunicación a la Comisión en el marco del art. 3.2º de Reglamento de sucesiones.

En este contexto, la competencia de los notarios se vinculará a la competencia por accesoriedad con el proceso de divorcio, dado su intervención se va a producir cuando, en un divorcio por mutuo acuerdo, se acompañe una propuesta de acuerdo sobre la liquidación del régimen económico matrimonial[110]. Si se ha considerado que un notario que aprueba un divorcio por mutuo acuerdo es tribunal para Bruselas II bis, en coherencia debe serlo también a los efectos de la liquidación de ese régimen. Es irrelevante a los efectos de la competencia judicial internacional prevista en el art. 5 del Reglamento 2016/1103 que los notarios actúen en el ejercicio de "función jurisdiccional", aunque los notarios españoles sí la ejercen cuando aprueban el divorcio de mutuo acuerdo, en los términos ya indicados. En cualquier caso, el "órgano jurisdiccional" en cuestión atrae para el Estado correspondiente la competencia para la liquidación del régimen matrimonial, aunque divorcio y liquidación se efectuasen por diferentes autoridades[111]. En consecuencia, para el caso del Derecho español, los notarios que aprueban el divorcio de mutuo acuerdo quedan sometidos a las reglas de competencia judicial internacional del Reglamento 2016/1103 en lo que se refiere a la liquidación del régimen matrimonial[112]. Ello significa que podrían producirse desajustes entre las reglas de competencia judicial internacional para esta liquidación y las normas de competencia interna de los notarios, correspondiente al último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes (art. 54.1º Ley del Notariado)[113]. Si existen competencia judicial

[110] *Vid*. también P. Quinzá Redondo, "La unificación –fragmentada– del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103", *RGDE*, nº41, 2017, pp. 180 ss, esp. pp. 189–190, para incluir a notarios que intervengan en la liquidación del régimen económico matrimonial. En este sentido, *vid.* el art. 95 Cc "La sentencia firme, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador, en su caso, producirán, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto", en relación con el art. 1392 Cc que suprimió la exigencia de separación "judicial".

[111] *Vid.* el problema en I. Barrière Brousse, "Le patrimoine des couples internationaux dans l'espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés", *Journ. dr. int.,* 2017, pp. 485 ss, esp. p. 506.

[112] Hay que tener en cuenta que la intervención notarial en este ámbito supone la aprobación del convenio regulador establecido en el art. 90 Cc que incluye el acuerdo sobre la liquidación del régimen matrimonial. En este sentido, I. Paz–Ares Rodríguez ("El divorcio ante notario: cuestiones internas y transfronterizas", en M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros (dirs.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 119 ss, esp. p. 206, nota 190) distingue entre la actividad no jurisdiccional del notario cuando autoriza una escritura de capitulaciones que disuelve o liquida el REM, de la actividad jurisdiccional que realiza el notario cuando la liquidación se efectúa en el marco de un procedimiento de divorcio.

[113] Un desajuste podría derivar de la inexistencia de criterio basado en la autonomía de la voluntad en el art. 54 LN que podría operar en el marco del art. 5.2º del Reglamento REM (*vid.* M.

internacional para el divorcio, dicha accesoriedad ha de extenderse a la liquidación al margen de la normativa interna. A la inversa, si tal competencia internacional no existe, resultarán irrelevantes las reglas de competencia interna establecidas al efecto.

43. Más problemática es la cuestión, en el Derecho español, en relación con la disolución y liquidación del régimen patrimonial de las parejas no registradas, al no existir una normativa estatal en la materia y una gran disparidad en las soluciones alcanzadas por las Comunidades Autónomas. Si, conforme a la normativa correspondiente, las parejas pueden acudir ante notario para formalizarla en escritura pública, también podrán proceder a su disolución y, en su caso, liquidación del régimen patrimonial. Tal función habría de entenderse como jurisdiccional y, por tanto, la autoridad interviniente como tribunal en el sentido del art. 3.2º del Reglamento 2016/1104[114].

44. Sin embargo, no existirá función jurisdiccional en la emisión notarial de actas de notoriedad del régimen económico matrimonial[115]; en estos casos, parece que funciona claramente como fedatario y ningún dato decisor o constitutivo se vislumbra en su intervención[116]. Su funcionamiento sería similar a los certificados sucesorios y tiene una finalidad claramente probatoria del régimen matrimonial legal cuando no existe constancia registral. Por tanto, los notarios no estarían sujetos para su expedición a las reglas de competencia judicial del Reglamento y sus actos serán considerados como documentos públicos. Evidentemente, tampoco ejercerán facultades o función jurisdiccional cuando otorguen capitulaciones matrimoniales, limitándose en ese caso a recoger la voluntad de los cónyuges, al margen de las comprobaciones legales que realicen[117].

IV. CONCLUSIONES

45. Las diferencias en los Reglamentos en cuanto a la definición de "órgano jurisdiccional" o, incluso, su ausencia como ocurre en Bruselas I bis,

Guzmán Zapater e I. Paz–Ares Roddríguez, "La competencia judicial internacional en materia de disolución del régimen económico del matrimonio en el Reglamento UE nº 2016/1103", en M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros, *op. cit.*, pp. 277 ss, esp. p. 295) aunque la amplitud de la competencia territorial notarial a la residencia de cualquiera de los solicitantes minimizaría la posibilidad de inconciliabilidad.

[114] *Vid. supra* las Comunicaciones de Italia y en Suecia en ese sentido.

[115] Art. 53 LN en la redacción dada por la Disposición final undécima de la LJV.

[116] Art. 49 LN en relación con el art. 209 RN.

[117] En el mismo sentido, P. Quinzá Redondo, *loc. cit.,* pp. 189–190.

no impide que se establezca un concepto autónomo aplicable transversalmente a todos los instrumentos. Se trata de un concepto funcional, no orgánico, vinculado a una actividad decisora reglada con exigencias procesales (imparcialidad y contradicción) y materiales (equivalencia con las resoluciones judiciales y revisables judicialmente).

46. La aplicación del concepto autónomo permite entender que las menciones específicas incluidas en Bruselas I bis no son exhaustivas. Asimismo, permite entender que las comunicaciones enviadas por los Estados a la Comisión, indicando qué profesionales asumen en el propio Estado el carácter de tribunal, no son vinculantes.

47. Con carácter general, el concepto de órgano jurisdiccional se determina a partir de la *vis attractiva* del reconocimiento de resoluciones. Ello implica que la sujeción de los órganos a los criterios de competencia judicial internacional de los Reglamentos solo resulta necesaria cuando se dicten resoluciones con la eficacia transfronteriza establecida en los mismos instrumentos. Tal *vis attractiva* solo ha excepcionado, hasta el momento, para la emisión judicial de los certificados sucesorios nacionales, donde se ha operado con el criterio orgánico. Se ha dado el paso de equiparar el notario al juez, pero no se ha procedido, en la misma medida, a equiparar al juez con el notario cuando corresponda.

48. Esa *vis attractiva* del reconocimiento permite que, de modo indirecto, los criterios de competencia judicial internacional de los Reglamentos puedan utilizarse como condición para la eficacia transfronteriza del efecto legitimador y registral de los certificados sucesorios nacionales (equiparados al certificado sucesorio europeo) y del efecto constitutivo de los acuerdos de divorcio entre cónyuges incorporados a documentos públicos o registrados en el Estado competente. Se trata de la regulación de una eficacia transfronteriza hasta ahora inédita en los Reglamentos.

49. La aplicación del concepto autónomo de órgano jurisdiccional da como resultado una obligada relectura de las comunicaciones realizadas por España sobre autoridades equivalentes a tribunales a los efectos de los Reglamentos de sucesiones o de regímenes económicos matrimoniales, así como de uniones registradas.

En el primer caso, cabe eliminar la mención de los notarios en relación con la emisión de certificados sucesorios nacionales o sus funciones de autenticación de testamentos; sin embargo, sí debería haberse incluido su acto de aprobación de la partición de la herencia.

En el segundo caso, cabe criticar la ausencia de mención en la comunicación a los notarios españoles cuando, con ocasión de los divorcios de mutuo acuerdo, intervienen aprobando la liquidación del régimen económico matrimonial.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez González, S.: "*Sahyouni* más allá del espejo. Un comentario posible a la STJ de 20 diciembre 2017 (C–372/16)", en M.V. Cuartero Rubio (coord.) "Crónica de Derecho internacional privado", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 35, 2018, pp. 15–20.

Álvarez Torné, M.: *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales,* Madrid, Marcial Pons, 2013.

Azcárraga Monzonís C. y Quinzá Redondo, P.:"Comentario del Auto del TJUE de 12 mayo 2016 en el asunto C–281/15", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, nº 102, pp. 549–562.

Barrière Brousse, I.: "Le patrimoine des couples internationaux dans l'espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés", *Journ. dr. int.,* 2017, pp. 485 ss.

Blanco–Morales Limones, P.: "Las nociones de función pública y de autoridad pública en la Unión Europea", *Noticias de la Unión Europea*, nº 328, mayo 2012, pp. 25 ss.

Bonomi, A. y Wautelet, P.: *El Derecho europeo de sucesiones (Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 julio 2012,* Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters/Aranzadi, 2015.

Bucher, A. (ed.): *Convention de Lugano,* Basilea, Helbing Lichtenhahn, 2011.

Caamiña Domínguez, C.M.: "Divorcio privado dictado por un tribunal religioso de un tercer Estado: asunto C–281/15: *Soha Sahyouni y Raja Mamisch*", *CDT,* vol. 9, 2017, nº 2, pp. 629 ss.

Calvo Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, Vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018.

Calvo Vidal, I.A.: "La competencia notarial en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones", *Anales de la Academia Matritense del Notariado,* t. LIV, 2013/2014, pp. 169 ss.

Carrascosa González, J.: "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* nº 6, 2014, pp. 1 ss.

—— : "El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, t. XVII, 2016/2017, pp. 189 ss.

—— : *El Reglamento sucesorio europeo: análisis crítico*, Murcia, Colección "Derecho y letras", 2019.

Diago Diago, P.: "Inclusión de los "divorcios privados" en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010", *La Ley: Unión Europea*, nº 58, 30 abril 2018.

Dickinson, A. y Lein, E. (eds.): *The Brussels I Regulation Recast,* Oxford, Oxford University Press, 2015.

Espiñeira Soto, I.: "Competencia internacional del Notariado Español en expedientes de jurisdicción voluntaria al hilo de una STJUE" [<https://www.notariosyregistradores.com>].

Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado*, 10ª ed., Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2018.

Franzina, P.: "Jurisdiction in Matters Relating to Property Regimes under EU Private International Law", *Yearb. Priv. Int'l L.*, 2017/2018, pp. 159 ss.

Gandía Sellens, A. y Zimmer, C.: "Los divorcios privados y el Reglamento Roma III – Reflexiones a la luz de la STJUE de 20 diciembre 2017, asunto C–372/16, *Sanhyouni c. Mamish*", en *Bitácora Millenium DIPr,* 2018, nº 8.

Gomá Lanzón, I.: "Nuevas atribuciones y función notarial", en Barrio del Olmo, C.P. (Coord.), *Jurisdicción Voluntaria Notarial*, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 41 ss.

Guzmán Zapater, M. y Paz–Ares Rodríguez, I.: "La competencia judicial internacional en materia de disolución del régimen económico del matrimonio en el Reglamento UE nº 2016/1103", en M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros (Dir.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 277 ss.

Heredia Cervantes, I.: "Eficacia en España de resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria", en M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota (dir.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 105 ss.

Jiménez Blanco, P.: "La ejecución forzosa de las resoluciones judiciales en el marco de los Reglamentos europeos", *REDI*, vol. 70, 201, pp. 101 ss.

Joubert, N.: "La dernière pierre (provisoire ?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale. Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés", *Rev. crit. dr. int. pr.,* 2017, pp. 1 ss.

Magnus, U. y Mankowski, P. (eds.): *European Commentaries on Private International Law (Brussels I bis Regulation),* vol. I, Colonia, Otto Schmidt, 2016.

—— : *European Commentaries on Private International Law (Brussels IIbis Regulation)*, Vol. IV, Múnich, Dr. Otto Schmidt, 2017.

Mariño Pardo, M.P.: "Actas de declaración de herederos abintestato a favor de ascendientes y descendientes, cónyuge, pareja o parientes colaterales", en Barrio del Olmo, C.P. (coord.), *Jurisdicción Voluntaria Notarial*, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 479 ss.

– : 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 mayo 2019", *La Ley Unión Europea*, nº 74, 31 octubre 2019.

Miguel Asensio, P. de: "La Ley de Jurisdicción Voluntaria y Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 147 ss.

Moreno Velasco, M.: "La liquidación de la sociedad de gananciales derivada de la muerte de uno de los cónyuges (Especial referencia al procedimiento aplicable)", *La Ley*, nº 1315, 7 de enero 2010.

Paz–Ares Rodríguez, I.: "El divorcio ante notario: cuestiones internas y transfronterizas", en M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros (dir.), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 119 ss.

Pérez Ramos, C.: "Renuncia, prórroga del plazo de albacea y del contador–partidor, nombramiento del contador–partidor dativo y aprobación de la participación otorgada por el mismo cuando no exista confirmación expresa de todos los herederos y legatarios", en Barrio del Olmo, C.P. (Coord.), *Jurisdicción Voluntaria Notarial*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 633 ss.

Quinzá Redondo, P.: "La unificación –fragmentada– del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103", *RGDE*, nº 41, 2017, pp. 180 ss.

Rauscher, Th. (ed.), *Europäisches Zivilprozess– und Kollisionsrecht (Brüssel Ia–VO)*, vol. I, 4ª ed., Colonia, Verlag Otto Schmidt, 2016.

Rauscher, Th. (ed.), *Europäisches Zivilprozess– und Kollisionsrecht*, vol. IV, 4ª ed., Colonia, Verlag Otto Schmidt, 2015.

Rodríguez Mateos, P.: "La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea", *REEI*, nº 27, 2014, pp. 1 ss.

Vara González, J.M. y Pérez Hereza, J.: "Separación y divorcio ante notario", en Barrio del Olmo, C.P. (coord.), *Jurisdicción Voluntaria Notarial*, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 393 ss.

Virgós Soriano, M. y Garcimartín Alférez, F.J.: *Derecho Procesal Internacional. Litigación* Internacional, 2ª ed., Cizur Menor, Thomson/Civitas, 2007.

Recibido: 14 abril 2020
Aceptado: 16 mayo2020

Una trilogía inacabada: menores, violencia de género y secuestro internacional

Lorena SALES PALLARÉS *
Chiara MARULLO **

SUMARIO: I. Introducción. II. El estado de la cuestión: un primer golpe de vista. III. Identificar las deficiencias para proponer soluciones. IV. La revisión de las normas de sustracción internacional de menores. V. Obras son amores y no buenas razones: algunas valoraciones finales.

RESUMEN: Siendo crecientes tanto el número de víctimas de violencia de género como el de sustracciones internacionales, no sigue la misma dirección la denegación de retornos de menores secuestrados. La causa está en una problemática difícil de resolver, ¿cómo hemos de manejar las órdenes de restitución inmediata de los menores cuando el secuestrador es víctima de violencia de género y el secuestro ha sido el modo desesperado de proteger al menor?. La proliferación de normativas y reformas legales, las luces y sombras de la aplicación de la Ley de protección integral de la violencia de género, y el modo de entender y aplicar el Convenio de La Haya de 1980 pensado para un prototipo que ya no es el mayoritario contribuyen a generar un caos en un momento en el que paradójicamente los menores han pasado a ser el centro de toda la atención.

PALABRAS CLAVE: SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES ‑ VIOLENCIA DE GÉNERO – OPOSICIÓN AL RETORNO – MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO – CONVENIO DE LA HAYA DE SUSTRACCIÓN DE MENORES DE 1980.

An unfinished trilogy: minors, gender violence and international child abduction

ABSTRAC: Although the number of victims of gender–based violence and international abductions appears to have increased, the denial of returns of abducted children is not moving in the same direction. The cause lies in a problem that is difficult to solve: what should we do with orders for the immediate return of children when the abductor is a victim of gender–based violence and the abduction has been a desperate way to protect the child? The proliferation of

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Castilla–La Mancha. ORCID 0000–0002–7163–0902. ResearcherID: B–4502–2019.
** Profesora (A.) Contratada Doctora de Derecho internacional privado. Universitat Jaume I de Castelló.

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 163–187
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.06

regulations and legal reforms, the lights and shadows of the application of the Law for the Integral Protection of Gender Violence, and the way of understanding and applying the Hague Convention of 1980 designed for a prototype that is no longer the most used, have contribute to generating chaos at a time when paradoxically children have become the focus of all attention.

KEYWORDS: INTERNATIONAL CHILD ABDUCTION – GENDER VIOLENCE – OPPOSING RETURN – CHILDREN EXPOSED TO GENDER VIOLENCE – HAGUE CONVENTION.

I. INTRODUCCIÓN

En el año 2006 se publicaba un trabajo[1] donde se hacía referencia a dos temas que en ese momento estaban en boca de todos: el secuestro de menores y la violencia de género. Lamentablemente, en el 2020 seguimos en esa misma encrucijada, a pesar del impulso que parece que tanto la legislación como la jurisprudencia no dejan de dar para acabar con estas situaciones, aunque no sabemos si estos impulsos son para sentirse optimista como trataremos de mostrar en este trabajo.

El hecho de que la figura del menor haya sido impulsada y reconocida como el motor que justifica las reformas legales a las que hemos asistido en los últimos años, ha supuesto incorporar una pieza más a este tablero conformando así una particular "trilogía". Y ello, porque si bien es cierto que en el análisis que se hiciera de los secuestros internacionales de menores los mismos ya estaban en la ponderación de la situación, o en los casos de violencia de género aparecieran también aunque fueran de modo colateral, ha sido en fechas recientes, como luego pondremos de relieve, cuando la figura del menor ha emergido con entidad propia. Esta adición no está revestida *a priori* de connotaciones positivas o negativas; la incorporación de nuevos elementos, aunque pueda dificultar la resolución, también puede conllevar alcanzar una mayor justicia material, de modo que al atender a más factores se alcance una solución más justa y ajustada para los integrantes del conjunto. Sin embargo, también conlleva más dificultades, ya que hay que atender a más criterios subordinados a su vez a principios y objetivos no siempre coincidentes.

En todo caso, afirmó a mediados del siglo XIX R.W. Emerson, que los sabios ponen su confianza en las ideas y no en las circunstancias. Y la idea de mejorar los problemas que surgen con los retornos de los menores secuestrados cuando son víctimas de violencia o lo es su progenitor / secuestrador, al margen de otras circunstancias, sigue siendo encomiable y

[1] Nos referimos al trabajo de M. Requejo Isidro, "Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea", *AEDIPr,* t. VI, 2006, pp. 179–194.

buena, y por tanto, merece que nuestra confianza siga puesta en la consecución de tal fin.

Es cierto que la percepción que del cúmulo de estos asuntos se tiene es bastante negativa. Basta revisar la prensa para encontrar de manera continuada casos de secuestros internacionales[2]; por no hablar del goteo de cifras que se acumulan también diariamente en la prensa sobre el tema de la violencia de género[3]. Solo teniendo en cuenta los últimos cinco años, las 265 víctimas de violencia de género han dejado a casi el mismo número de menores huérfanos, y a casi medio centenar de menores directamente asesinados por progenitores o parejas convivientes en la última década[4].

Pero por ello es necesario recordar de donde partíamos para poder apreciar y entender el avance real que se ha producido. Esto no significa que no debamos exigir una mayor y más profunda renovación y mejora de estas situaciones jurídicas, sino que debemos ser conscientes de que hay límites a pesar de las mejoras. En este sentido, hablar de una trilogía inacabada queremos que signifique una propuesta a la realización material de una verdadera armonización en este campo, donde, a pesar de los avances, sigue quedando margen de mejora. Advertía S. Álvarez González que el Derecho privado había dejado de verse como un instrumento "neutral" de organización de la sociedad para pasar a considerarse un instrumento "al servicio de su transformación"[5].

---

[2] El *caso Juana Rivas* haya sido posiblemente el asunto más mediático, y mediatizado, que se ha producido en España en los últimos años, y sirvió para poner sobre la mesa muchos claroscuros, en el sentido de que era necesaria una integración de la protección de los menores como víctimas de maltrato, pero protegiendo al mismo tiempo tanto la entrega como la restitución en los casos de secuestros internacionales. Un recopilatorio del caso puede consultarse en [<https://cadenaser.com/tag/caso_juana_rivas/a/>] o en [<https://elpais.com/noticias/caso–juana–rivas/>] (datos consultados a 10 abril 2020). Para un análisis jurídico del caso *vid*. J. Martínez Calvo y Mª. J. Sánchez Cano, "Estudio jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del Derecho internacional privado y del Derecho Civil", *CDT*, vol. 12, nº 1, 2020, pp. 728–762; L.A. Pérez Martín, "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", *La protección del menor: Situación y cuestiones actuales*, V. Bastante Granell y R. López San Luis (dirs.), Granada, Comares, 2019, pp. 73–88.

[3] Los datos sobre violencia de género pueden consultarse desde la página del Ministerio del Interior ([<http://www.violenciagenero.igualdad.gob.es/violenciaEnCifras/victimasMortales/fichaMujeres/home.htm>]), que arrojan un total de 1051 mujeres asesinadas por sus parejas desde el 1 enero 2003 hasta abril de 2020 que cerramos esta parte del trabajo.

[4] Datos obtenidos en [<https://www.savethechildren.es/barometro–infancia/violencia–genero>] (actualizados a 17 octubre 2018). Hay que tener en cuenta en todo caso que no hay datos de menores asesinados por alguno de sus progenitores hasta 2013, lo que debería hacernos reflexionar sobre la doble invisibilidad de esta violencia sobre los menores.

[5] S. Álvarez González, "La determinación de la ley aplicable a los pactos sucesorios. ¿Hasta dónde el *favor validitatis*?, *Dereito*, vol. 22, 2013, noviembre, pp. 41–60, p. 45.

Nos proponemos así, repensar el modo en el que hay que afrontar las órdenes de retorno por sustracción de menores cuando la violencia de género es causa o motivo de la misma, tratando de proponer algunos criterios o interpretaciones necesarias para que se mejoren de forma material, los parámetros a los que atenerse ante este tipo de situaciones que se dan cada vez con mayor frecuencia. Para hacerlo utilizaremos los tres elementos que enmarcan el título de nuestra contribución: los menores, la violencia de género[6] y los secuestros internacionales, intentando relacionarlos y viendo cómo pueden interactuar entre sí para alcanzar un mejor resultado.

La dificultad más obvia será cómo articular un sistema general de restitución inmediata del menor, con la protección a dispensar al sustractor cuando la oposición al retorno se base en una causa vinculada o apoyada en la violencia de género. La extensión en la interpretación no ya de la propia violencia, sino de su encaje en la excepción de grave riesgo que recoge el art. 131º.b) del Convenio de 1980, es en el fondo lo que vamos a tratar de analizar.

II. Estado de la cuestión: un primer golpe de vista

En un reciente trabajo de B. Campuzano[7] se decía que "en la actualidad, muchas de las dificultades que entraña el Derecho internacional privado como disciplina jurídica están causadas por el complejo entramado de disposiciones normativas susceptibles de aplicarse a cada caso concreto […]. Este problema ocurre especialmente en aquellos sectores jurídicos donde han proliferado las iniciativas unificadoras a nivel internacional, entre los que cabría mencionar las cuestiones de responsabilidad parental y protección de menores, que ahora nos ocupan. La Conferencia de La Haya

[6] Es importante hacer notar que durante el desarrollo del trabajo se hablará de manera indistinta de violencia de género, violencia familiar o violencia doméstica. Esto obedece a que, a pesar de conocer las connotaciones y diferencias a todos los niveles que tiene cada categoría jurídica, en los textos internacionales no siempre encontraremos una correspondencia con nuestros conceptos, por lo que hemos preferido hacer un uso laxo del término sin entrar en el fondo conceptual del término ya que no es ese el sentido de nuestro trabajo. De este modo son interesantes las reflexiones que contiene el documento [Proyecto de] Guía de buenas prácticas sobre el art. 13.1º.b) del Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Parte V – Art. 13.1º.b), Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños octubre de 2017 (accesible en [<https://assets.hcch.net/docs/13a63e16–fdf4–488b–9368–123c96cdcf67.pdf>]), y al que nos remitimos, concretamente a su Anexo III, pp. 11 ss.

[7] B. Campuzano Díaz, "El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 octubre 1996 sobre responsabilidad parental", *CDT*, vol. 12, nº 1, 2020, pp. 97–117.

ha elaborado diversos convenios internacionales en materia de protección de menores, en algunos casos sustituyendo a convenios previamente aprobados, que no han impedido que la Unión Europea también quisiera entrar a regular esta cuestión". Todos, instituciones, operadores jurídicos, doctrina, legisladores,… hemos querido poner nuestro granito de arena en este noble fin de proteger a los menores que se ven inmersos en procesos de violencia familiar o secuestros internacionales.

Esto explica de algún modo que las últimas décadas hayan sido descritas como una época puerocéntrica[8]; y ciertamente lo ha sido, lo sigue siendo de hecho, lo cual no ha significado necesariamente que hayamos resuelto los problemas que tratábamos de atajar: regular pensando en y para los menores.

De hecho, con el *overbooking* de normas promulgadas hemos provocado que en ocasiones lo más sencillo no haya sido lo más fácil, y con esto nos referimos a que partiendo de un principio tan claro como es el interés superior del menor, llevarlo a su consecución no es, ni mucho menos, fácil de conseguir. Y esto no porque no sea fácil determinar este interés sobre el menor[9] (que no siempre lo es, todo sea dicho), sino porque el modo de articularlo sobre los instrumentos jurídicos con los que contamos, hacen que esta labor sea un auténtico juego de malabares y nosotros directores de un circo de tres pistas jurídico[10]. Si este

[8] No solo desde nuestra especialidad se destaca esta nota, que pone de relieve A. Durán Ayago, "El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural", en A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (eds.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 295–318, sino que desde otros sectores del derecho también se apunta, como señala H. Corral Talciani, "Claves para entender el derecho de familia contemporáneo", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, nº 1, 2002, pp. 25–34, p. 29, que "[D]iversos tópicos como el del "interés superior del niño", la distinción entre "pareja parental" y "pareja conyugal" para imponer la indisolubilidad de la primera a pesar de la disolución de la segunda, llevan a pensar que el Derecho de Familia va en camino de transformarse en un Derecho puerocéntrico; esto es, en un sistema en el cual "el niño" pasa a ser la figura que recibe todo tipo de privilegios y beneficios legales, incluso a veces a despecho y en contraposición de sus propios padres o ascendientes. El criterio del "enfantroi" es saludado como uno de los mitos fundadores del Derecho de Familia contemporáneo".

[9] La modificación de la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 23.7.2015, ha supuesto que la LO de Protección Jurídica del Menor vea modificado su art. 2, incorporándose así el principio del interés superior del menor en el articulado, de modo que se ha plasmado en una norma imperativa de obligado cumplimiento dicho principio general, vinculando por tanto desde su entrada en vigor y de forma directa al juez en toda toma de decisiones que puedan afectar al menor, como pone de relieve J.M. De Torres Perea, "Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial", *Diario La Ley*, nº 8737, Sección Doctrina, 8 abril 2016.

[10] La manifestación más patente de lo que decimos es que al listado (inabarcable) que podemos hacer de normas de distintos rangos que garantizan, protegen o recogen los derechos de los menores, se ha añadido el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, de 8 enero 2019 (accesible en [<https://www.mscbs. gob.

interés superior del menor lo hemos de predicar en los asuntos de secuestros internacionales de menores, empieza a ser más difícil de matizar; y si le añadimos el plus de que la sustractora[11] es víctima de violencia de género[12] tenemos la tormenta jurídica perfecta.

En España desde 2010 el Ministerio del Interior lleva contabilizados 2700 casos de secuestros internacionales de menores[13], que no son sino otra forma de violencia sobre los menores y que como ya hemos apuntado, hunde sus raíces en muchas ocasiones en la violencia de género. Esto nos lleva en la práctica a una problemática difícil de resolver, en el sentido de cómo manejar las órdenes de restitución inmediata de los menores cuando el secuestrador es víctima de violencia de género y el secuestro ha sido el modo desesperado de proteger al menor.

La proliferación de normativas, como apuntábamos el inicio, las reformas legales habidas tanto desde la vertiente penal[14] como jurisdiccional[15], y las luces y sombras que se han constatado en la propia aplicación de la Ley de

es/normativa/audiencia/docs/LO_proteccion_integral_violencia_menores.pdf>]), que si acaba viendo la luz no hará sino corroborar la infoxicación que el tema arrastra.

[11] Ya hace tiempo que señalan el cambio de paradigma A.L. Calvo Caravaca, y J. Carrascosa González, en el sentido de que en los últimos años más del 70% de los secuestradores son mujeres madres del hijo que "secuestran" y cuya custodia ostentan, ante la amenaza de padres maltratadores, huyendo de la violencia y abusos del padre maltratador que tiene el derecho de visita. En el mismo sentido ratifican esta tendencia los trabajos elaborados por N. Lowe & V. Stephens, "A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Global Report", *The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention – October 2017*, HCCH, (Prel. Doc. nº 11 A of September 2017–Part I Global report, Prel. Doc. nº 11 B of September 2017–Part II Regional report, Prel. Doc nº 11 C of July 2018–Part III National reports), donde se apunta (Part I, p. 3), que en el año 2015 el 73% de los secuestradores eran madres que en un 93% de los casos ostentaban la custodia de esos menores.

[12] Como recoge acertadamente I. Reig Fabado, "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: Retorno vs. violencia familiar o doméstica", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, nº 1, 2018, pp. 610–619.

[13] Datos extraídos del Informe "Personas desaparecidas. España. 2019", emitido por el Centro Nacional de Desaparecidos de la Secretaría de Estado de Seguridad (Ministerio del Interior", accesible en [<http://www.interior.gob.es/documents/10180/9814700/2019_ 02_21+INFORME+DE+PERSONAS+DESAPARECIDAS.PDF/72e112d3–ce2f–4653–8527–6e5c5649e4ce>] (datos consultados a 20 marzo 2020).

[14] Nos referimos a las recientes reformas del Código Penal, LO 1/2015 y LO 2/2015, ambas de 30 de marzo, y Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito, que transpone la Directiva 2012/29/UE.

[15] LO 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE 22.7.2015, en cuya Exposición de Motivos se destaca que "la lucha contra la violencia de género sigue demandando medidas en todos los ámbitos, con la finalidad de erradicar esta lacra social", así como la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 23.7.2015.

protección integral de la violencia de género[16], no hacen sino complicarse aún más cuando se internacionaliza el caso.

III. IDENTIFICAR LAS DEFICIENCIAS PARA PROPONER SOLUCIONES

Como acabamos de señalar, los secuestros internacionales y la violencia de género han conformado desde hace unos años un nuevo prototipo, encarnado en una sustractora, que mayoritariamente además ostenta y ejerce la custodia sobre los menores, que a su vez es víctima de violencia de género. Pero, como también hemos querido poner de manifiesto, la importancia que el menor ha adquirido con las recientes reformas le sitúan en primera línea, haciéndole protagonista y copartícipe a la hora de analizar este nuevo prototipo. Implica ello manejarse con un trío de conceptos: los menores como sujetos a considerar desde esta nueva perspectiva, la secuestradora víctima de violencia de género y los secuestros internacionales. Las trilogías siempre han tenido una fuerte atracción: desde la vertiente más cotidiana expresada en el refranero popular (no hay dos sin tres, a la tercera va la vencida…), como en una traslación más cultural que abarca desde la literatura hasta el cine. Pareciera que uniendo tres puntos alcanzáramos el triángulo de la perfección, y en parte es cierto; aunque en nuestro caso parece que no es así a la vista de los desencuentros que se producen entre los tres vectores que anclan el discurso.

La intención en los siguientes apartados es reflexionar tratando de unir las tres esquinas en las que queda atrapada muchas veces una solución que está buscando desesperadamente ser justa y adecuada fundamentalmente para los menores que se ven atrapados en ella.

Partir de los menores como primer elemento esencial nos obliga a fijar algunos elementos comunes de partida: qué significa, qué buscan o para qué son necesarios estos instrumentos de protección de los menores; pero sobre todo nos obliga a introducir la noción del interés superior del menor como elemento central de doctrina y sobre todo de la jurisprudencia, para entender las situaciones en las que cabe denegar el retorno del menor sustraído.

En un derecho puerocéntrico en el que estamos inmersos resulta paradójico, o tal vez es la consecuencia más lógica de esta involución, el

[16] J. Fernández Nieto, "Sustracción internacional de menores e indisponibilidad del principio universal 'interés superior del menor' en los procesos de violencia de género y custodia: los verdaderos obstáculos en la armonización del derecho de familia europeo", *La Ley Penal*, nº 130, enero–febrero 2018.

menor no siempre ha encontrado la protección que necesita en las normas que estamos construyendo, y protegerlo resulta en ocasiones lo más difícil de hacer.

Sobre el tema del interés superior del menor se ha escrito mucho y muy bien[17], pero el abordaje que ahora interesa resaltar es la evolución que este principio ha experimentado dentro de la concepción del derecho de familia. En este sentido, y como expone De Torres Perea[18], la transformación y el paso que ha supuesto pasar de ser principio del derecho, a ser cláusula general, ha supuesto de facto la capacidad de neutralizar la aplicación de normas imperativas con esta positivización del interés superior del menor[19] que ha culminado en las reformas legales de 2015[20].

[17] Remitimos a los trabajos más recientes, en particular a A. Fernández Pérez, "Aproximación al interés superior del menor en el Derecho internacional privado español", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 151, enero–abril 2018, pp. 107–134; C. Guilarte Martín–Calero, "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, en V.J. Cabedo Mallol y I. Ravetllat Ballesté (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 87–131; S. Torrecuadrada García–Lozano, "El interés superior del niño", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, nº 16, 2016, pp. 131–157; A. Marín Velarde y F. Moreno Mozo, "El interés superior del menor y su relevancia en la sustracción internacional de menores", *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar* (A. Monge Fernández, dir.), Ed. Bosch, 2019, pp. 193–244; M.A. Pérez Álvarez, "Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 mayo 2000 (Interés superior del menor)", *Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, en L. Martínez Vázquez de Castro y P. Escribano Tortajada (coords.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 1329–1365; así como al trabajo de M. Herranz Ballesteros, *El "interés del menor" en los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado*, Valladolid, Lex Nova, 2004.

[18] J.M. De Torres Perea, "Estudio de la función atribuida al interés del menor…", *loc. cit.*, pp. 5.

[19] Como bien señala J.M. De Torres Perea, "Estudio de la función atribuida al interés del menor…", *loc. cit.*, p. 6, tanto la Ley 21/1987 de 11 de noviembre, como el art. 2 LO de Protección Jurídica del Menor 1/1996, introducen un principio general del derecho (el interés superior del menor) en una norma positiva, lo cual permite su lectura en clave de cláusula general. También la doctrina mantuvo esta misma idea como lo afirmaba E. Roca i Trías, "El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado (discurs d'ingrés)", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 93, nº 4, 1994, pp. 915–992, cuando enfatizaba las ventajas y desventajas del hecho de que "el interés superior del menor se había incluido en nuestro derecho en forma de cláusula general, lo cual implicaba ventajas y desventajas".

[20] Nos referimos a las reformas operadas a través de dos normas, la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 23.7.2015 y a la Ley 26/2015, de 28 julio 2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 29.7.2015. Sobre estas normas *vid*. S. Adroher Biosca, "Las reformas legales de 2015 ante los nuevos desafíos en la protección internacional de menores", *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, M. Herranz Ballesteros y M. Vargas Gómez–Urrutia (coords.); M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 333–350, y S. Adroher Biosca, "Las reformas del sistema de protección a la infancia y adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, procesos de elaboración y

Pero no solo se puede seguir esta evolución del sentido y alcance del interés superior del menor en las diferentes modificaciones legislativas, sino que puede extraerse de la lectura de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo[21], y ver cómo se ha ido apuntalando la transformación del principio del interés superior del menor en cláusula general, llegando incluso a neutralizar la aplicación de una norma imperativa. También el TEDH ha impulsado por su parte una evolución de lo que ha de considerarse interés superior del menor, adaptándose a las nuevas situaciones que se le han planteado desde el derecho de familia y a la concepción misma de familia.

Aunque indudablemente el mayor avance lo ha marcado la inclusión como categoría propia dentro de la protección de la violencia de género[22]. Siendo innegable el avance que supuso la LO 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, el análisis revisionista que se hizo de la misma una década después puso de manifiesto la existencia de algunos puntos débiles. Las disposiciones legales habían sido ciegas a una realidad estrechamente vinculada a la violencia sobre las mujeres cuando estas, además, eran madres: los efectos de esa violencia sobre los menores por el maltratador[23].

La identificación de los menores como categoría autónoma de víctimas de la violencia de género cobra así una especial y única situación, mucho más relevante en la medida que queremos relacionar esta situación de violencia de género con la excepción de grave daño prevista en el art. 131º.b) del Convenio de 1980.

Hablar hoy de menores víctimas de violencia de género implica una definición contraria: no nos referimos ni a los menores hijos de mujeres

principales novedades", *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015* (M.V. Mayor del Hoyo, dirª), Cizur Menor, Thomson Reuters–Aranzadi, 2017, pp. 33–65.

[21] Es indicativo de ello la Sentencia del TC 16/2016, de 1 febrero 2016 (BOE 7.3.2016), en la que si bien el TC centra su análisis constitucional en la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1º CE) habida cuenta de la afectación de una menor, el control se extiende a comprobar que la motivación incluye de forma expresa un juicio de ponderación que identifique en el caso el interés superior del menor.

[22] En este punto compartimos y nos remitimos al trabajo de I. Gómez Fernández, "Hijas e hijos víctimas de la violencia de género", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8, 2018, pp. 1–28 (accesible en [<http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_12/spl_25/pdfs/17.pdf>]).

[23] Señala I. Gómez Fernández, "Hijas e hijos víctimas…", *loc. cit.*, p. 4, en este sentido, y coincidimos, en que además de elocuente es sintomático de la invisibilidad de los menores como víctimas de la violencia de género, que los menores en los contextos de violencia de género no han aparecido en las estadísticas hasta el año 2013, y que desde ese año solo han aparecido en los datos de víctimas mortales. Evidencia esto como apunta I. Gómez Fernández, la necesidad de estudios cuantitativos y cualitativos sobre los menores víctimas de la violencia directa, ya sea familiar, doméstica o de género, que ayuden a mostrar la realidad en la que nos movemos para poder diseñar reacciones eficaces desde el Estado de Derecho.

víctimas de violencia, ni a los menores hijos de víctimas que han presenciado esa violencia sobre sus madres como venía siendo la tradicional acepción del concepto. En este momento se puede, y se debe, hablar abiertamente de menores víctimas de violencia de género en sentido propio: menores "expuestos a la violencia de género" que son, por las consecuencias perniciosas que esta exposición tiene sobre su bienestar, víctimas directas de la violencia[24]. ¿Qué ventajas tiene contar con esta definición?

Por un lado nos aporta la tan demandada perspectiva de género[25], pero sobre todo apuesta decididamente por incluirlos de manera expresa como sujetos de derecho y no accesoriamente[26]. La confusión conceptual entre violencia de género y doméstica, ha tenido como consecuencia la no conceptualización de los menores como víctimas de violencia de género, como una violencia que persigue el sometimiento de las mujeres a los hombres, y que se extiende hacia los hijos para conseguir su objetivo. Si el concepto es erróneo, su regulación jurídica, así como las medidas que se adopten para erradicar esta lacra social no serán las adecuadas, además de ser ineficaces[27]. Como víctimas, los menores han de ser protegidos, y sus madres han de encontrar a su vez protección frente a la instrumentalización de los menores para ejercer violencia contra ellas. Y es necesario hacer compatibles ambas dimensiones del discurso para protegerlos de manera lo más adecuada posible a ambos. Los menores no son actores colaterales de la violencia de género, sino que han de ser considerados víctimas directas

[24] P. Reyes Cano, "Menores y violencia de género: de invisibles a visibles", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 49, 2015, pp. 181–217 y P. Reyes Cano, *Menores y violencia de género: nuevos paradigmas*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2018.

[25] Sobre esto *vid*. C. Pauner Chulvi, "Función Legislativa y perspectiva de género: análisis de los informes de impacto por razón de género", *Revista de las Cortes Generales*, nº 77, 2009, pp. 185–222; R. Espinosa Calabuig, "La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado", *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, nº 3, 2019, pp. 36–57; y A. Fernández Pérez, "La inclusión de la perspectiva de género en el Derecho internacional privado", *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica* (M.T. Martín López, coord.), Cizur Menor, Cívitas, 2014, pp. 365–381.

[26] La visibilización de la violencia en la infancia se produjo de forma muy tímida y gradual, en sus inicios, ligada inevitablemente a la violencia que sufren sus madres y no tanto teniéndoles como sujetos directos de esta violencia familiar o doméstica. La Resolución 1714/10 del Consejo de Europa (que reconoció que la exposición de los niños a la violencia contra su madre en el hogar es una forma de abuso psicológico que tiene consecuencias potencialmente graves), inició un camino que desafortunadamente no consiguió mantenerse, provocándose, en palabras de A. Ventura Franch, "El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica", *Revista de Derecho Político*, nº 97, 2016, pp. 179–208, "que la dispersión metodológica y conceptual acaba siendo uno de los motivos que dificulta la erradicación de la violencia: si el concepto de partida es erróneo, su regulación jurídica y las medidas fácticas que se adopten no van a ser efectivas".

[27] *Cf.* P. Reyes Cano, *Menores y violencia de género…*, *op. cit.*, p. 94.

"aunque no lo sean de violencia física o moral infringida contra ellos en primera persona"[28]; la Resolución 1714/2010 del Consejo de Europa[29] dice literalmente:

> "*Domestic violence is, in a majority of cases, violence against women conducted by men from their immediate social environment. Whenever a mother is subjected to violence, there is a great probability that a child witnesses this violence. Every single child exposed to violence at home reacts differently, but witnessing violence against their mother is, in all cases, a form of psychological abuse which has potentially severe consequences*".

En este sentido, el cambio normativo que introdujo la LO 8/2015[30] transformó el art. 1.2ºLO 1/2004[31], en el sentido de reconocer expresamente que los menores son también víctimas de la violencia de género en el ámbito de las relaciones familiares[32]. En el mismo sentido se ha pronunciado el TS en fechas cercanas[33].

¿Por qué es importante este cambio? El caso *Ángela González Carreño v. España*[34] puede explicar y dar luz sobre el modo el que se deben afrontar situaciones de violencia con menores, porque es desde ese planteamiento, desde donde hemos de responder a la cuestión de cómo afrontar la oposición al retorno de menores cuyo secuestro está vinculado a una

[28] *Cf.* I. Gómez Fernández, "Hijas e hijos víctimas…", *loc. cit.*, p. 6.

[29] [<http://www.menoresyviolenciadegenero.es/documentos/normativa–nacional–e–interna–cional–menores–expuestos–violencia–de–genero/Resolucion–1714_2010–Consejo–de–Europa.pdf>].

[30] LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 23.7.2015.

[31] LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección integral contra la violencia de género, BOE 29.12. 2004.

[32] En el mismo sentido lo hace también el art. 10 del Estatuto de la víctima del delito (Ley 4/2015, de 27 de abril, BOE 28.10.2015), cuando dice que "los hijos menores y los menores sujetos a tutela, guarda y custodia de las mujeres víctimas de violencia de género 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" , sabiendo que el Título I se refiere a los derechos básicos de las víctimas, y el Título III a la protección de las mismas.

[33] STS Penal, 247/2018, de 24 mayo 2018 (ROJ: STS:2003/2018– ECLI:ES:TS:2018: 2003).

[34] Un análisis doctrinal del caso y sus consecuencias puede seguirse en M. Kanetake, "María de los Ángeles González Carreño v. Ministry of Justice", *Am. J. Int'l L.*, vol. 113, nº 3, 2019, pp. 586–592; C. Gutiérrez Espada, "La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión", *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, pp. 836–851; R. M. Abril Stoffels, "The "effectiveness" of CEDAW Committee Decisions: Ángela González Carreño v. Spain", *Spanish Yearb. Int'l L.*, nº 19, 2015, pp. 365–372; L. Hernández Llinás, "Hijas e hijos de la mujer maltratada como víctimas de la violencia de género: el caso González Carreño contra España y la STS 1263/2018", *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables: aspectos interdisciplinares*, A. González Monje (coord.), L. M. Bujosa Vadell y M. del Pozo Pérez (dirs.), Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 171–191; F.J. Lousada Arochena, "El caso González Carreño contra España", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2015, nº 37, pp. 6–15.

situación de violencia de género. En este asunto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer condenó a España[35] por no guardar la debida diligencia en tanto en cuanto no se protegieron debidamente los derechos de la autora y su hija, quien consecuencia de ello perdió la vida a manos de su padre. Al margen de otras consideraciones que exceden nuestro interés[36], las recomendaciones generales que realizó el Comité sí que han sido parcialmente atendidas, en particular la relativa a la adopción de "medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visita relativos a los hijos, y para que el ejercicio de los derechos de visita o custodia no pongan en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos. El interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado deberán prevalecer en todas las decisiones que se tomen en la materia".

¿Es posible extrapolar esto a las oposiciones de retorno del menor cuando el secuestro obedece a una huida de la violencia de género? La revisión de algunos de los textos más utilizados en los supuestos de sustracción internacional de menores, y la doctrina emanada por los tribunales en fechas recientes puede ofrecernos algunas respuestas.

IV. La revisión de las normas de sustracción internacional de menores

Aunque hemos afirmado que regulamos por encima de nuestras posibilidades y hemos generado un *overbooking* legislativo en esta materia, lo cierto es que son solo dos los textos que con más profusión usamos en el ámbito de la sustracción internacional de menores[37]: el Convenio de La

[35] *Vid*. Dictamen del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (58° período de sesiones), Comunicación nº 47/2012, *González Carreño c. España*, CEDAW/C/58/D/47/2012, [<https://jurisprudencia.mpd.gov. ar/Jurisprudencia/ González%20Carreño%20v.%20España.pdf>]), según el cual España habría incumplido las obligaciones que le corresponde asumir como Estado parte. Tales incumplimientos se refieren a las obligaciones de prevención de situaciones de violencia de género y a las obligaciones de reparación que a día de hoy sigue sin reparar a pesar de la condena.

[36] Nos referimos a las implicaciones de la STS 1263/2018, de 17 de julio (Roj: STS 2747/2018 – ECLI:ES:TS:2018:2747) que son analizadas por C. Gutiérrez Espada, "La aplicación en España de los dictámenes de comités…", *loc. cit.*, a quien nos remitimos.

[37] Para el estudio de la sustracción internacional de menores nos remitimos a los trabajos más recientes sobre el tema: C.M. Caamiña Domínguez, "Capítulo XXV. Sustracción internacional de menores: Aplicación por el Tribunal Supremo de los instrumentos internacionales vigentes para España", *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado* (A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, coords.), vol. 2, t.. 2, Murcia, ed. Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 587–605;

Haya de 1980 y el Reglamento Bruselas II *bis*. Y ambos han sido recientemente revisados, lo que ha supuesto que respectivamente contemos con una Guía de Buenas Prácticas con una Parte VI dedicada al art. 131º.b)[38], y un nuevo Reglamento 2019/1111, de 25 junio 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[39].

Centrados en el supuesto de una sustracción internacional de menores, el primer problema que nos encontrábamos (en cuanto al Convenio de La Haya de 1980) era que el mismo diseño del texto, obedecía, aun de forma inconsciente pudiera ser, a un prototipo[40] (padre no custodio / secuestrador), que inducía a interpretar bajo esa luz la alusión o la idea de violencia, no como ahora la sentimos y entendemos, sino más bien como un modo de presión hacia el otro progenitor para retornar, bien a la relación, bien al ejercicio de los derechos que sobre los menores tuviera reconocidos. Hasta las Conclusiones de la Quinta Reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento del Convenio en 2006 no aparece (y tampoco lo hace abiertamente en esta ocasión aunque se intuye) el término y la referencia a la "violencia doméstica".

A. Monge Fernández (dir.), *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar,* Barcelona, Bosch, 2019; así como a las referencias bibliográficas que la propia Conferencia de La Haya incluye en su página web (accesibles en [<https://www. hcch. net/es/instruments/conventions/publications1/?dtid=1&cid=24>]).

[38] En adelante nos referiremos a ella como Guía de Buenas Prácticas (2020). La Guía, que se ha dado a conocer el 9 marzo 2020. Sobre la misma vid. el reciente comentario de M. Albornoz, *Nueva Guía de buenas prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores*, fecha de entrada: marzo 17, 2020, disponible en [<http://derechoenaccion. cide.edu/author/maria–mercedes–albornoz/>]. Sobre la necesidad de esta Guía y sus orígenes *vid*. E. Rodríguez Pineau, "La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya", *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, nº. 35, 2018, pp. 1–31 y N. González Martín, "Relatoría de la Séptima Reunión de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio de La Haya del 25 octubre 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, y del Convenio de La Haya del 19 octubre 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, en La Haya, Holanda, 10–17 octubre 2017", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, nº 19, 2019, pp. 459–482.

[39] DO L 178 de 2.7.2019. De acuerdo con su art. 105, el Reglamento entró en vigor a los 20 días de su publicación, aunque será de aplicación a partir del 1 agosto 2022 (a salvo de algunos artículos que entraron en vigor el 22 julio 2019). De acuerdo con las reflexiones de F. Garau ([<http:// conflictuslegum.blogspot.com/2019/07/DO–de–272019–nuevo–reglamento–en.html>]) nos referiremos a este Reglamento por su numeración. Un excelente análisis sobre este Reglamento puede encontrarse en B. Campuzano Díaz, "El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras…", *loc. cit.*

[40] Como bien señala M. Requejo Isidro, "Secuestro de menores…", *loc. cit.,* p. 179–194, esp. p. 181.

Esto implica algo muy serio: las causas tasadas de oposición al retorno del menor en casos de sustracción internacional están diseñadas para un prototipo que ya no es el mayoritario como hemos visto y que no contemplan la violencia familiar entre los motivos que ampararían una oposición al retorno al menos de manera intuitiva o directa. Aún más, incluso aunque de manera tímida se introdujera en ese momento la referencia a la violencia familiar, la percepción y sensibilidad que en ese momento se tenía del tema no es la que se tiene hoy, por lo que la interpretación restrictiva de los motivos que permitían denegar el retorno para mantener el espíritu del Convenio no facilitaban en muchas ocasiones dar entrada a la violencia de género como grave riesgo[41]. Pero paradójicamente, las alegaciones de oposición al retorno del menor por violencia doméstica, familiar o de género, amparados en el art. 13.1º.b) se han incrementado de manera progresiva. Explica tal vez esto, que la Conferencia de La Haya, a través de su Guía de Buenas Prácticas (2020)[42] dedique como hemos señalado anteriormente su Parte VI al estudio del art. 131º.b)[43].

Sin embargo, y en relación con el tema que nos preocupa, la violencia de género y familiar, el Convenio obviamente sigue con el objetivo de retorno inmediato del menor, toda vez que se considera que el propósito único sigue siendo ese, retornar el menor secuestrado, lo que aun siendo lógico y natural nos aleja del prototipo que debería inspirar ahora el Convenio: si en sus orígenes fue fiel reflejo de un instrumento diseñado para proteger a las madres custodias frente a los padres secuestradores, el prototipo ahora es otro, y por tanto, el diseño y las respuestas deberían tomar en cuenta el "patrón", y en consecuencia dar respuestas concretas a este nuevo modelo.

[41] En este sentido, queremos hacer notar que la Guía de Buenas Prácticas, Parte V Mediación, publicada en 2012, señalaba (ap. 262) que: "[E]n los casos de sustracción internacional de niños, las alegaciones de violencia doméstica no son inusuales. Algunas de estas acusaciones pueden resultar ser infundadas pero otras son legítimas y pueden ser la razón por la cual el progenitor sustractor abandonó el país con el niño. La violencia doméstica es un tema muy sensible y es necesario que se lo aborde en consecuencia". Es decir, en 2012 las referencias a la violencia familiar seguían pasando de puntillas sobre estos textos a pesar de que conscientes de lo delicado del tema, se apuntó desde el ap. 10.1º de esta Guía "Tratamiento de la violencia doméstica en los procesos de restitución en virtud del Convenio de La Haya" (aps. 268 a 274), la creación de un Grupo de Trabajo que elaborara la Guía de Buenas Prácticas sobre la interpretación y aplicación del art. 13.1ºb) que ha visto la luz este año 2020. Es decir, a pesar de que desde 2006 se intuía la dificultad de ponderar de manera adecuada las relaciones entre la violencia familiar y las sustracciones internacionales, no ha sido hasta este 2020 que se ha decidido abordar la cuestión.

[42] En todo caso, es merecedor de confianza, al menos inicialmente, que se haya optado por no modificar el texto de 1980 sino por elaborar una Guía actualizada al contexto social actual.

[43] De manera particular sin embargo la referencia más concreta la hallamos en los apartados 57 a 59 de la Guía donde además de señalar la interpretación de los casos de violencia doméstica se acompaña de jurisprudencia.

No significa esto que no se ha tenido en cuenta, porque sí se ha hecho, sino que tal vez podría haber ido un poco más allá. Cierto es que la Guía ofrece de manera pormenorizada el razonamiento a seguir por el Tribunal que está conociendo de la sustracción, separando en dos etapas su labor: una primera en la que debe ver si la naturaleza de las alegaciones son lo suficientemente detalladas y fundadas como para poder constituir un grave riesgo[44]; y una segunda en la que debe determinar si la excepción de grave riesgo para el menor al momento de su retorno está establecida. Para ello, tendrá que valorar todas las pruebas y circunstancias del caso, incluyendo las medidas de protección existentes o que se puedan implementar[45].

En este sentido, piénsese que el vigente art. 11.4º Reglamento 2201/2003[46] justifica que los órganos jurisdiccionales no puedan denegar la restitución de un menor cuando se demuestre que han sido adoptadas medidas adecuadas para garantizar su protección tras su restitución, a pesar de que se esté invocado un grave daño o violencia sobre el mismo; es más, como bien apunta R. Espinosa[47], "el TJUE ha interpretado de un modo demasiado estricto el cumplimiento del art. 11.8º Reglamento 2201/2003, sin siquiera dar opción a excepciones como ha reflejado la jurisprudencia. Ello ha provocado un claro conflicto interpretativo en torno a la protección de los derechos fundamentales y la misma concepción del interés del menor en este tipo de casos". En la práctica esto supone que si potencialmente adopto "medidas adecuadas para

[44] *Cf.* Guía de Buenas Prácticas (2020) párrafo 40. Ofrece en este sentido la referencia marcada por el as. *E.S. s/ Reintegro de hijo*, 11 junio de 2013, Corte Suprema de Justicia de la Nación (Argentina) [INCADAT: HC/E/AR 1305], donde y en lo que a la violencia se refiere mantiene el tribunal (Considerando 4º) "[…] en lo que hace a la excepción contemplada por el arto 13, inc. b, del CH 1980, al margen de que la progenitora recurrente no invocó el tema de los maltratos o de violencia familiar al contestar el pedido de restitución, el débil planteo efectuado por aquélla en sus presentaciones –examinado en el punto VII.i del dictamen de la señora Procuradora Fiscal subrogante– sumado al carácter riguroso con que se debe ponderar el material fáctico de la causa a los efectos de no frustrar la efectividad del CH 1980, impiden tener por configurada la citada excepción; más aún si se tiene en cuenta que la progenitora ya ha invocado ante los tribunales holandeses alegaciones del tenor de las mencionadas y, frente a ello, tales jueces resolvieron la ampliación del régimen de contacto entre padre e hijo (conf. fs. 68/72)". En el mismo sentido podemos encontrar los casos *L.R.C., a favor de I.C.R., y E.C.R., contra el Juzgado de Niñez y Adolescencia y El Tribunal de Familia*, de 17 mayo 2013, Costa Rica, [INCADAT: HC/E/CR 1320], donde el Tribuna encontró que no había sido acreditada la existencia de violencia doméstica alegada por la madre, además de que no se habían solicitado medidas de protección ni en Estados Unidos ni en Costa Rica que ayudaran a fundamentar en todo caso esta violencia.

[45] Guía de Buenas Prácticas (2020) párrafo 41.

[46] Art. 11.4º Reglamento 2201/2003. "Los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 si se demuestra que se han adoptado medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución".

[47] R. Espinosa Calabuig, "La (olvidada) perspectiva…", *loc. cit.*, pp. 36–57, esp. p. 45.

garantizar la protección del menor tras su restitución", éste ha de ser devuelto, sin caber motivos para denegar la restitución.

De nuevo vemos problemas en varios sentidos: ¿cómo cabe probar que son adecuadas estas medidas? Y aun siendo adecuadas, en qué sentido se han de interpretar, ¿en el de entender que lo son para no seguir provocando daños sobre el menor, o en el de entender que son medidas tendentes a garantizar que el menor esté mejor? ¿Cómo encajar este sistema con una definición de menores víctimas de violencia de género, en el sentido de que el daño y el riesgo ya se ha producido desde el mismo momento que el menor ha convivido en una situación de violencia familiar?, ¿qué medida cabe hacia futuro sobre un menor al que vamos a hacer convivir de nuevo con el causante de su victimización? Buenas intenciones en todo caso, que no es poco, tendentes a mejorar pero que siguen marcándonos problemas sostenidos en el tiempo difíciles de resolver[48].

La reforma abordada por el Reglamento 2019/1111 concede, consciente de la gravedad del asunto, una mayor importancia al tema de la sustracción internacional de menores a sabiendas de la necesidad de adecuar la aplicación e interpretación de estos textos a la luz de la jurisprudencia del TEDH, mucho más favorable a interpretar de manera menos rígida el interés superior del menor casuísticamente y sin que obligatoriamente la protección de este interés pase por el retorno al Estado del que el progenitor custodio huye. Entenderlo de otro modo podría acabar implicando una doble victimización consecuencia de una mayor preocupación por la defensa a toda costa del "biopoder"[49] que de las consecuencias nocivas que su estricta aplicación tiene sobre los menores y su situación concreta, en una suerte de lucha entre biopoder y bioética.

De hecho el Reglamento 2019/1111, incorpora, a diferencia del Reglamento 2201/2003, un Capítulo III (arts. 22 a 29) dedicado a la Sustracción internacional de menores, que se complementa además con

[48] Tampoco queremos sesgar o ignorar los problemas reales que encuentran estos temas como señala N. González Martín, "Relatoría de la Séptima Reunión de la Comisión Especial…", *loc. cit.*, p. 465, cuando recoge que "se reforzó la idea que alegar violencia doméstica, de manera infundada, es algo nocivo y grave, y sólo de manera excepcional puede generar en uno de los padres la necesidad de salir de su residencia habitual. Dicha excepción, cuando se utiliza con la intención de demorar o ralentizar el proceso, se torna en contra de la idea primigenia que es proteger ante una situación palpable de riesgo; no obstante, se ha convertido en habitual y peligroso por el abuso patente, dejando en la indefensión situaciones claras de riesgo grave que se descartan ante la falta de credibilidad por parte de quien recibe sistemáticamente la solicitud de excepción del art. 13.1º.b), o incluso, cuando la excepción se interpreta de manera amplia o banal".

[49] En el sentido defendido por J. Flores Rodríguez, "Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania: ¿Bioética o biopoder?", *Diario la Ley*, nº 9388, 2 abril 2019, p. 6.

otra serie de objetivos que deberán contribuir a mejorar aspectos relacionados con los casos de sustracción internacional[50]. Junto a esto y teniendo en cuenta las consecuencias y los problemas que el arraigo conlleva, el nuevo texto comunitario va a impulsar procedimientos tramitados con urgencia, de modo que su art. 24 prevé que en total el procedimiento de restitución debe ser resuelto en 12 semanas, incluyendo el posible recurso que se pueda interponer contra la resolución que dicte el Juzgado de primera instancia.

¿Qué sucede con el tema de la violencia de género? El problema como hemos señalado es probatorio, y por tanto, la resolución de estos casos ha de venir de la mano de la creación de un sistema de cooperación y de reforzamiento de la prueba, ya que la imposibilidad de demostrar el maltrato o la violencia doméstica haría de nuevo, como viene sucediendo, justificar la devolución del menor al maltratador, y por tanto, estaríamos de nuevo en el mismo punto del que tratamos de salir. En todo caso parece una mejora, y así lo queremos ver hasta que no se demuestre con la aplicación del nuevo texto legal tal extremo contrario.

V. OBRAS SON AMORES Y NO BUENAS RAZONES: ALGUNAS VALORACIONES FINALES

No podemos (ni queremos) olvidar que el Convenio tenía y tiene como finalidad primordial la restitución inmediata del menor, al entenderse que la defensa del interés superior del menor secuestrado solo se consigue restituyéndolo al Estado y al progenitor del que ha sido sustraído. Por tanto, la necesaria interpretación restrictiva de las causas de denegación, ajustada a derecho y a la finalidad perseguida por el Convenio, unida a la ausencia de un marco sólido jurídicamente como socialmente hablando sobre la

[50] Como bien señala R. Espinosa Calabuig, "La (olvidada) perspectiva…", *loc. cit.*, p. 46 ss, se han tenido en cuenta otros objetivos, la armonización de ciertas reglas para el procedimiento de ejecución y, sobre todo, la aclaración del alcance y significado de muchas reglas necesarias a la vista de la situación real en los tribunales: desde la completa abolición del exequatur en las decisiones sobre responsabilidad parental, ya que elimina en su art. 34 la necesidad de exequátur, estableciendo que, si las resoluciones que dicta un Estado miembro sobre cuestiones relativas a la responsabilidad parental tienen fuerza ejecutiva en dicho Estado, también la tendrán en otro Estado miembro sin obligación de acudir a un procedimiento especial que así lo declare. Esta medida se adapta para fomentar la confianza mutua entre los distintos Estados miembro. Sobre la oportunidad del menor de expresar sus opiniones, cuando recoge, en su art. 27.1º, la obligación de escuchar a la persona que solicita la restitución del menor como requisito imprescindible para poder denegar la misma. Esto es esencial para asegurar que el procedimiento consta de las mayores garantías posibles y no se genere indefensión a ninguna de las partes; las de su traslado a otro Estado miembro o las de circulación de acuerdos e instrumentos auténticos.

violencia de género, estaban implicando una casi imposible interpretación del grave riesgo del art. 13.1º.b) en los casos de violencia doméstica a pesar del número creciente de alegaciones por esta causa.

Ello ha provocado que contemos ahora con un mayor número de respuestas judiciales en las que se aborda si hay que retornar a un menor secuestrado por un progenitor víctima de maltrato o violencia familiar; pero justamente por ello nos encontramos ante una mayor disparidad de respuestas judiciales ante circunstancias similares[51]. La dificultad radica en los matices que en la práctica encontramos y que impiden dar una respuesta genérica sobre si debemos interpretar el daño grave de modo más amplio cuando se trata de situaciones de violencia familiar o si debe prevalecer el retorno del menor para que no pierda su sentido el objetivo del Convenio.

Prueba de las dificultades a la que nos referimos y que pueden ilustrar hasta donde de complejo puede resultar el tema, son los asuntos del AAP Cádiz 22 febrero 2011[52], la SAP Cádiz 25 septiembre 2019[53] o la STC 16/2016, de 1 febrero 2016[54].

En el caso que resuelve el AAP de Cádiz, se denegó la restitución del menor sustraído por la madre a Estados Unidos, confirmándose de ese modo lo dispuesto en primera instancia. La demandada se había trasladado desde Estados Unidos a España con sus tres hijos, aunque solo el menor era hijo del marido actual, un nacional norteamericano quien era el que instaba el retorno del menor por considerar que se había producido un secuestro internacional. La existencia de denuncias por violencia familiar en Estados Unidos, a pesar de que ni se ratificaron ni llegaron a juicio aunque sí se llegó a dictar el equivalente a una orden de alejamiento que impedía a su marido acercarse a ella y a sus tres hijos, hicieron que el tribunal llegara a la conclusión de que:

> "[…] existe un conjunto indiciario de medios probatorios más que suficientes para llegar a la misma conclusivo que la Juez *a quo* en el sentido de que existe una situación que puede poner en peligro al menor, siendo lo más beneficioso para él permanecer, por el momento, en compañía de su madre y hermanos, situación fáctica en la que se siente perfectamente integrado, por lo que procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de y la íntegra confirmación del auto apelado cuya fundamentación jurídica y valoración probatoria se dan por reproducidas, y todo ello sin perjuicio de la decisión que pueda tomar tanto el Juez civil que haya de conocer de las medidas relativas a la crisis matrimonial como el Juez penal que haya de conocer de la sustracción de menores".

[51] M. Requejo Isidro, "Secuestro de menores…", *loc. cit.*, pp. 179 ss y R. Espinosa Calabuig, "La (olvidada) perspectiva…", *loc. cit.*, pp. 44 ss.

[52] AAP Cádiz 5ª 22 febrero 2011 (Roj: AAP CA 30/2011 – ECLI:ES:APCA:2011:30A).

[53] SAP Cádiz 25 septiembre 2019 (Roj: SAP CA 1410/2019 – ECLI:ES:APCA:2019:1410).

[54] STC 2ª 16/2016, 1 febrero 2016, BOE 7.3.2016.

El Tribunal, a pesar de entender que el supuesto se enmarcaba dentro del ámbito de cooperación internacional regulado por el Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores de 1980 (FD Primero), encontró que se daba la causa para denegar el retorno recogida en el art. 131º.b) en base a la documental aportada[55].

La SAP Cádiz 25 septiembre 2019 recoge un traslado ilícito de menores desde su residencia habitual hacia España ocurrido en enero de 2018. Producido el secuestro el padre opta por no notificar y activar la orden de restitución de los menores, al tiempo que decide fijar también en España su residencia habitual. De esta manera, obviando la ilicitud del traslado, el padre se relaciona de manera natural con los menores ejerciendo sus derechos durante los meses siguientes, produciéndose en ese tiempo presuntamente un maltrato hacia el menor en julio de 2018, lo que origina una serie de actuaciones judiciales[56] que devienen en enero de 2019, en la presentación, ahora sí, de una demanda por sustracción internacional de menores contra la madre. Entiende el tribunal que a pesar de que efectivamente se produjo una sustracción internacional[57] el ap. 1º.b) permitiría a España denegar ese retorno apoyándose en el grave riesgo atendiendo al interés del menor, "superior al de recurrente" en este supuesto para el Tribunal. El Tribunal opta así por una interpretación coral del interés superior del menor y del grave riesgo ante las diligencias previas por el maltrato sufrido por el menor, lo que desaconsejaría en cualquier caso el retorno.

Hasta nuestro Tribunal Constitucional llegó el asunto de *Desireé Vicente y Philippe Kitsos*. Promovido expediente de sustracción internacional de menores en noviembre de 2013, intentaba el padre de la menor que ésta fuera restituida a Suiza desde España, donde había sido desplazada por su madre en agosto de ese mismo año. En abril de 2014 el Juzgado de Violencia sobre la Mujer desestimaba la solicitud de restitución al amparo de la excepción de grave riesgo prevista en el art. 13.1º.b), ya que tanto en Suiza como en España existían denuncias de violencia de género; incluso llegó a

[55] Si atendemos en este caso concreto a todo lo que hemos estado diciendo, una ponderación adecuada tanto de la finalidad del Convenio, como de la valoración de las pruebas que sustentan el grave daño para el menor por la violencia doméstica sufrida por su madre, no debería haberse resuelto con una denegación al retorno viendo la jurisprudencia en casos similares.

[56] Se dicta Auto en septiembre de 2018 suspendiendo las visitas, se inicia un proceso de divorcio y posteriormente se reinician las visitas y el contacto entre el padre y el menor en un Punto de Encuentro Familiar.

[57] Y que cabe apreciar la aplicación del art. 13.1º.a) que articula la excepción a la restitución de los menores si la persona que se opone a la restitución demuestra que "la persona que se hubiera hecho cargo de los menores había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención".

razonar el tribunal que inicialmente conoció del asunto, que la sustracción estuviera motivada por la huida de la madre a un episodio de violencia producido en esas fechas en Suiza. A pesar de las pruebas aportadas, la Audiencia Provincial no entendió del mismo modo los hechos, poniendo el énfasis en que de manera objetiva se había producido un traslado ilícito, y que debía acordarse el retorno para asegurar el interés superior del menor, ya que no apreciaba grave riesgo sobre la menor a pesar de las denuncias presentadas por la madre[58].

Como puede verse, a pesar de ser tres supuestos similares, las diferentes soluciones y argumentaciones proporcionadas, lejos de aclarar un modo de concebir el grave riesgo nos aboca a una casuística poco esclarecedora, donde a pesar de la dificultad de entraña dibujar unos perfiles mucho más precisos de lo que constituye un grave riesgo en casos de violencia familiar se hace cada vez más evidente la necesidad de unos contornos más definidos.

La Guía de Buenas Prácticas (2020) está llamada a ser el faro que vaya a guiar las decisiones de los tribunales, y en este sentido al menos es cierto que recoge un apartado específico en el que reflexiona sobre la violencia doméstica como causa de la sustracción[59]. Sin embargo nos generan algunas dudas cómo se ha abordado el tema, en el sentido de que se mantiene que las pruebas de la existencia de una situación de violencia en el hogar, por sí mismas, no son suficientes para establecer la existencia de un riesgo grave para el niño. O que si el Estado receptor ofrece (potencialmente) garantías para ayudar a estas víctimas, la devolución del menor no debería rechazarse.

Es llamativo en este sentido ver lo delicado del asunto, ya que disponer de medios/garantías no supone la efectiva protección como muestra el caso *Jessica Lenahan (Gonzales) y otros contra Estados Unidos*, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos[60]. Como quedó acreditado, el hecho de que se concediera a la Sra. Lenahan una orden de protección, y que el Estado sabía que ésta se enfrentaba a un daño real e inminente, instando a los agentes a actuar diligentemente y con todo el esfuerzo razonable para proteger a la víctima y a sus hijas, no fue suficiente, pues tras haber

[58] El Tribunal Constitucional ante el recurso de amparo que se motivó por parte de la madre ordenaba finalmente en 2016 suspender de nuevo la orden de retorno a Suiza al anular el Autor de la Audiencia Provincial.

[59] Epígrafes 57 a 59 de la Guía de Buenas Prácticas (2020).

[60] Decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, J*essica Lenahan (Gonzales) y otros vs. Estados Unidos*, Caso nº 12.626. Informe nº 80/11, de 21 julio 2011. Sobre este casi *vid.* el trabajo de A. Salom Lucas, "Una mirada al exterior en la violencia sobre la mujer: vulneración de derechos humanos en la casuística a nivel mundial", *Revista Digital Violencia Doméstica y de Género,* nº 24, 2020, pp. 1–14.

contactado la Sra. Lenahan con la policía, ocho veces el 22 junio 1999, y haberles referido ésta la vigencia de la orden, "se basaron en sus propias percepciones personales para determinar que, pese a que las niñas no estaban con su progenitor custodio (su madre), estaban en un lugar seguro, pues estaban con su padre".

En el mismo sentido encontramos el pronunciamiento al asunto *X. (the mother) against Y. (the father)*[61], donde se restituyó a la niña a Perth (Australia) a pesar de que la sustractora afirmaba que durante la relación con el padre de la menor era víctima frecuente de violencia doméstica presenciada por la menor. El Tribunal consideró que, "aunque se hubiera probado la violencia doméstica", este hecho no sería suficiente para afirmar que la restitución de la menor la expondría a daños físicos o psicológicos o la colocaría en una situación intolerable, ya que como señalaba en su pronunciamiento, en Australia hay instituciones y centros de protección contra la violencia doméstica, por lo que no podría decirse que las instituciones australianas no fueran capaces de ayudar de manera adecuada a la madre y a su hija y que por lo tanto la restitución de la menor le supusiera un grave daño en el sentido del art. 131º.b).

Resulta bastante llamativo que en 2018 se considere que aunque hubiera sido probada la violencia, esto no "justificara" ni el hecho mismo de la sustracción del menor ni la oposición al retorno inmediato.

Entendiendo el carácter restrictivo de las excepciones y asumiendo que es positivo en su conjunto[62], ¿por qué no realizar una valoración amplia en el sentido de tener en cuenta el Convenio de Estambul, según el cual los menores son víctimas de violencia doméstica aunque solamente presencien algún episodio? Más en España desde las reformas operadas en 2015. De este modo, al recaer la carga de la prueba para acreditar que nos encontramos ante una situación excepcional para el no retorno en el propio menor (la víctima), podría beneficiarse con mayor fuerza de la integración del principio del interés superior del menor; podría conseguirse tal vez de este modo, que cuando nos encontráramos ante casos de retención ilícita en un ambiente de violencia doméstica, prevaleciera la posición del menor frente a la ponderación del interés de sus progenitores, que aun siendo

[61] *District Court of The Hague*, 22 February 2018, Case C/09/545612, Application number: FA RK 18–1. [INCADAT HC/E/NL 1391].

[62] Y que conforman una línea jurisprudencial amplia como se verifica con los asuntos STEDH (Sección III) 6 diciembre 2007, caso *Maumosseau y Washington v. Francia*, As. 39388/05, Case–Law N. 103, Ap. 73; STEDH 1ª 8 enero 2009, caso *Neulinger y Shuruk v. Suiza*; United States Court of Appeals for the Second Circuit, 8 julio 2014, caso *Ermini v. Vittori*, N. 13–2025 (L), 13–2199 (XAP), Referencia INCADAT HC/E/US 1273; o en España el Auto AP Barcelona 18ª 21 enero 2010, nº 10/2010, Rec. 774/2009 [ECLI: ES:APB:2010:786A], o la SAP Málaga 6ª 30 abril 2015, nº 243/2015, Rec. 132/2014 [ECLI: ES:APMA:2015:2349].

legítimo debería estar subordinado al interés del menor y tratarse como complementario a éste, nunca como interés primordial y superior a tener en cuenta[63].

Igual de llamativo el hecho de que tampoco este caso *X. (the mother) against Y. (the father)* pudiera encuadrarse en el grave daño del art. 13.1º.b). ¿De qué medidas de protección distintas a las existentes durante el tiempo de permanencia de la madre y el menor en Australia está hablando el Tribunal para considerar que su retorno sería seguro? Porque, obviamente que Australia tiene medios para ayudar a las víctimas, pero ¿no debería replantearse el Tribunal que si huyeron fue porque esas medidas no habían funcionado y no las había protegido debidamente?

Desgraciadamente como los apuntados hay muchos más casos[64], la mayoría desalentadores en lo relativo a una protección "material" de los menores víctimas de violencia de género sustraídos por uno de sus progenitores para defenderle de ese entorno.

Cierto es que la labor del Derecho internacional privado es la de promover la aplicación de sus normas de la manera más adecuada a sus objetivos y fines, pero vivimos inmersos en una sociedad que cada día tiende más a la tolerancia 0 frente al maltrato. No deberíamos ser inmunes a esa sensibilidad política y social. Tampoco deberíamos relajar la interpretación de las excepciones para volverlas normas generales, pero deberíamos ser capaces de encontrar un justo equilibrio.

Obras son amores… nos hemos cargado de razones y de textos legales, pero nuestra trilogía sigue inacabada. Nos queda esperanza: en el margen de actuación de los tribunales de la mano de una Guía de Buenas Prácticas (2020), y en la aplicación práctica del nuevo Reglamento 2019/1111. También nos queda el miedo de no saber salir de estas tres esquinas en las que nos hemos quedado confinados.

BIBLIOGRAFÍA

Abril Stoffels, R.M.:"The "effectiveness" of CEDAW Committee Decisions: Ángela González Carreño v. Spain", *Spanish Yearb. Int'l L.*, nº 19, 2015, pp. 365–372.

[63] STC (Sala Segunda), 1 de febrero 2016, nº 16/2016, Rec. 2937/2015, BOE 7.3.2016, [ECLI:ES:TC:2016:16].

[64] INCADAT [<https://www.incadat.com/es>], supone la base de datos jurídica más importante sobre sustracción internacional de menores y a ella nos remitimos para comprobar el incesante aumento de resoluciones sobre sustracciones.

Adroher Biosca, S.: "Las reformas del sistema de protección a la infancia y adolescencia por Leyes 8/2015 y 26/2015: razones, procesos de elaboración y principales novedades", en M.V. Mayor del Hoyo, *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor, Thomson Reuters–Aranzadi, 2017, pp. 33–65.

—— : "Las reformas legales de 2015 ante los nuevos desafíos en la protección internacional de menores", en M. Herranz Ballesteros y M. Vargas Gómez–Urrutia (coords.); M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota (dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 333–350.

Albornoz, Mª. M.: *Nueva Guía de buenas prácticas: la excepción de grave riesgo en la restitución internacional de menores*, fecha de entrada: marzo 17, 2020, disponible en [<http://derechoenaccion.cide.edu/author/maria–mercedes–albornoz/>].

Álvarez González, S.: "La determinación de la ley aplicable a los pactos sucesorios. ¿Hasta dónde el favor validitatis?", *Dereito*, vol. 22, 2013, noviembre, pp. 41–60.

Caamiña Domínguez, C. M.: "Capítulo XXV. Sustracción internacional de menores: Aplicación por el Tribunal Supremo de los instrumentos internacionales vigentes para España", en A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González (Coords.), *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*, vol. 2, t. 2, Murcia, Ed. Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 587–605.

Campuzano Díaz, B.: "El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 octubre 1996 sobre responsabilidad parental", *CDT*, vol. 12, nº 1, 2020, pp. 97–117.

Corral Talciani, H.: "Claves para entender el derecho de familia contemporáneo", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 29, nº 1, 2002, pp. 25–34.

De Torres Perea, J.M.: "Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial", *Diario La Ley*, nº 8737, Sección Doctrina, 8 abril 2016.

Durán Ayago, A.: "El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural", en A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos Ruiz (eds.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Editorial Colex, 2004, pp. 295–318.

Espinosa Calabuig, R.: "La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado", *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, nº 3, 2019, pp. 36–57.

Fernández Nieto, J.: "Sustracción internacional de menores e indisponibilidad del principio universal 'interés superior del menor' en los procesos de violencia de género y custodia: los verdaderos obstáculos en la armonización del derecho de familia europeo", *La Ley Penal*, nº 130, enero–febrero 2018.

Fernández Pérez, A.: "Aproximación al interés superior del menor en el Derecho internacional privado español", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 151, enero–abril 2018, pp.107–134.

—— : "La inclusión de la perspectiva de género en el Derecho internacional privado", en M.T. Martín López (coord.), *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Madrid, Cívitas, 2014, pp. 365–381.

Flores Rodríguez, J.: "Atrapados en un vientre de alquiler en Ucrania: ¿Bioética o biopoder?", *Diario la Ley*, nº 9388, 2 abril 2019.

Gómez Fernández, I.: "Hijas e hijos víctimas de la violencia de género", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 8, 2018, pp. 1–28.

González Martín, N.: "Relatoría de la Séptima Reunión de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio de La Haya del 25 octubre 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, y del Convenio de La Haya del 19 octubre 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, en La Haya, Países Bajos, 10–17 octubre 2017", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, nº 19, 2019, pp. 459–482.

Guilarte Martín–Calero, C.: "El interés superior del niño: la nueva configuración del artículo de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de protección jurídica del menor", en V.J. Cabedo Mallol, I. Ravetllat Ballesté (coords.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 87–131.

Gutiérrez Espada, C.: "La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión", *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 10, nº 2, 2018, pp. 836–851.

Hernández Llinás, L.: "Hijas e hijos de la mujer maltratada como víctimas de la violencia de género: el caso González Carreño contra España y la STS 1263/2018", en A. González Monje (Coord.), L. M. Bujosa Vadell y M. del Pozo Pérez (dirs.), *Proceso penal y víctimas especialmente vulnerables: aspectos interdisciplinares*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2019, pp. 171–191.

Herranz Ballesteros, M.: *El "interés del menor" en los convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado*, Valladolid, Lex Nova, 2004.

Kanetake, M.: "María de los Ángeles González Carreño v. Ministry of Justice", *American Journal of International Law*, vol. 113, nº 3, 2019, pp. 586–592.

Lousada Arochena, F.J.: "El caso González Carreño contra España", *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2015, nº 37, pp. 6–15.

Lowe, N. & Stephens, V.: "A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction, Global Report", en *The Seventh Meeting of the Special Commission on the Practical Operation of the 1980 Hague Child Abduction Convention and the 1996 Hague Child Protection Convention* – October 2017, HCCH, (Prel. Doc. Nº 11 A of September 2017–Part I Global report, Prel. Doc. Nº 11 B of September 2017–Part II Regional report, Prel. Doc nº 11 C of July 2018–Part III National reports).

Marín Velarde, A. y Moreno Mozo, F.: "El interés superior del menor y su relevancia en la sustracción internacional de menores", *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, en A. Monge Fernández (dir.), Barcelona, Bosch, 2019, pp. 193–244.

Martínez Calvo, J. y Sánchez Cano, Mª. J.; "Estudio jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del Derecho internacional privado y del Derecho Civil", *CDT*, vol. 12, nº 1, 2020, pp. 728–762.

Monge Fernández, A.: *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Barcelona, Bosch, 2019.

Pauner Chulvi, C.: "Función Legislativa y perspectiva de género: análisis de los informes de impacto por razón de género", *Revista de las Cortes Generales*, nº 77, 2009, pp. 185–222.

Pérez Álvarez, M.A.: "Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, de 29 mayo 2000 (Interés superior del menor)", en L. Martínez Vázquez de Castro y P. Escribano Tortajada (coords.), *Comentarios a las sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 1329–1365.

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 V. Bastante Granell y R. López San Luis (dirs.), *La protección del menor: Situación y cuestiones actuales*, Granada, Comares, 2019, pp. 73–88.

Reig Fabado, I.: "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: Retorno vs. violencia familiar o doméstica", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.10, Nº 1, 2018, pp.610–619.

Requejo Isidro, M.: "Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea", *AEDIPr,* t. VI, 2006, pp.179–194.

Reyes Cano, P.: "Menores y violencia de género: de invisibles a visibles", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 49, 2015, pp.181–217.

Reyes Cano, P.: *Menores y violencia de género: nuevos paradigmas*, Tesis Doctoral, Universidad de Granada, 2018.

Roca i Trías, E.: "El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado (discurs d'ingrés)", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. 93, Nº 4, 1994, pp. 915–992.

Rodríguez Pineau, E.: "La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya", *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, nº 35, 2018, pp.1–31.

Salom Lucas, A.: "Una mirada al exterior en la violencia sobre la mujer: vulneración de derechos humanos en la causística a nivel mundial", *Revista Digital Violencia Doméstica y de Género,* nº 24–abril, 2020, pp.1–14.

Torrecuadrada García–Lozano, S.: "El interés superior del niño", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, nº 16, 2016, pp. 131–157.

Ventura Franch, A.: "El Convenio de Estambul y los sujetos de la violencia de género. El cuestionamiento de la violencia doméstica como categoría jurídica", *Revista de Derecho Político*, nº 97, 2016, pp.179–208.

Recibido: 30 marzo 2020
Aceptado: 12 mayo 2020

Los criterios de competencia en el Reglamento (UE) 2019/1111: especial referencia a la autonomía de la voluntad y al "interés superior del menor"

Monserrat GUZMÁN PECES*

SUMARIO: I. Introducción. II. Delimitación del ámbito de estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 a las materias relativas a la responsabilidad parental y a la sustracción o retención ilícita. III. Carácter de los foros y tipos de conexiones. 1. Residencia habitual del menor. 2. Autonomía de la voluntad en la elección del Tribunal competente: A) Requisitos y limitaciones; B) Alcance de la conexión de la nacionalidad del menor. 3. Foros residuales: A) La presencia del menor; B) La búsqueda del órgano jurisdiccional mejor situado. IV. El procedimiento en materia de sustracción internacional de menores. V. Valoración final.

RESUMEN: En materia de responsabilidad parental se ha publicado el Reglamento (UE) 2019/1111, que sustituirá al denominado Bruselas II bis. El citado Reglamento introduce considerables novedades en materia de competencia que resulta preciso analizar. En particular en este trabajo se tratará de abordar el alcance de la autonomía de la voluntad a la hora de establece la autoridad jurisdiccional competente para decidir sobre los derechos de guarda y custodia, incluso en los supuestos de traslado o retención ilícitos. A su vez, el Reglamento amplía el criterio basado en el principio de proximidad respecto de la conexión residencia habitual y, extiende las conexiones residuales a otros supuestos. Con toda esta casuística de posibles foros, se trataría de concluir si el "interés superior del menor" queda salvaguardado con las reformas planteadas.

PALABRAS CLAVE: REGLAMENTO (UE) 2019/1111 – COMPETENCIA JUDICIAL– RESPONSABILIDAD PARENTAL – INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

The rules of jurisdiction in the Regulation (EU) 2019/1111: Special reference in the choice of Court and the "best interest of the child

ABSTRACT: Regarding parental reponsibility, Regulation (EU) 2019/1111 has been published, which will replace the called Brusells II bis. The mentioned Regulation introduces considerable developments in the field of competition that need to be analyzed. Particularly in this paper we will try to address the scope of the jurisdictional order election agreements when establishing the

* Profesora Contratada Doctora de Derecho internacional privado de la Universidad de Alcalá (Madrid).

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 189–213
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.07

competent jurisdictional authority to decide on the rights of parental responsability, even in cases of international child abduction or ilegal retention. In turn, the Regulation extendes the criterion based on the principle of proximity with respect to the habitual residence connection and expands the residual connections to other cases. With all this casuistry of posible forums, we would try to conclude if the "best interest of the child" is safeguarded with the proposed reforms.

KEYWORDS: REGULATION (EU) 2019/1111 – THE RULES OF JURISDICTION – PARENTAL RESPONSIBILITY – BEST INTEREST OF CHILD.

I. INTRODUCCIÓN

En la solución de conflictos en el ámbito familiar, se vienen produciendo importantes avances en la integración europea en los ámbitos propios del Derecho internacional privado de los Estados miembros, especialmente a la hora de determinar los órganos jurisdiccionales competentes y, a la hora de dotar de eficacia en el foro a una resolución emanada de un Juez o autoridad de un Estado miembro. En este ámbito se precisan de normas propias de funcionamiento, adaptadas a un nuevo escenario internacional en el que los Reglamentos de la Unión Europea, como instrumento legislativo clave de armonización, están ocupando un papel predominante a la hora de establecer el reparto competencial y determinar el derecho aplicable en el ámbito civil y en particular en materia familiar. En este trabajo se intentará analizar los aspectos relativos a la responsabilidad parental y la sustracción internacional de menores, delimitando el enfoque a los aspectos más novedosos que introduce el Reglamento (UE) 2019/1111[1] en relación con su antecesor el RB II bis. El impulso de europeización al que nos referimos, tiene como objetivo llevar a su máxima expresión el denominado espacio de libertad, seguridad y justicia; el principio de cooperación reforzada y, el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en el ámbito familiar. En particular, en este sector, han visto ya la luz tres Reglamentos: en materia matrimonial y en el ámbito de la responsabilidad parental se promulgó el Reglamento (CE) 1347/2000 (RB II), derogado posteriormente por el Reglamento (UE) 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial[2];

[1] DO L 178 de 2.7.2019.

[2] El Reglamento (UE) 2201/2003, denominado RB II bis amplió el ámbito de eficacia material con respecto al RB II, dado que incluyó la sustracción civil de menores en el ámbito europeo e, incorporó por referencia los mecanismos de cooperación de autoridades centrales previstos en el Convenio de la Haya de 1980 en relación a la retención y sustracción ilícita de menores en el ámbito familiar. Es precisamente en el ámbito de la ejecución de las decisiones relativas a derechos de visita y de retorno dónde se han planteado ciertas problemáticas a lo largo de estos años de vigencia. *Vid*. E. Rodríguez Pineau, "Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003", *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 265 ss. *Vid*. también P. Orejudo Prieto de los

responsabilidad parental y sustracción internacional de menores (RB II bis)[3] que a su vez será sustituido en su totalidad el 1 de agosto de 2022 por el Reglamento (UE) 2019/1111 (RB II ter) del mismo ámbito de aplicación[4]. Como la Comisión señala en el Considerando tercero de este último instrumento, resulta necesario fortalecer los derechos de las personas, en particular de los menores, en los procedimientos judiciales y mejorar la comunicación entre las autoridades judiciales y administrativos, reforzando la ejecución de resoluciones en materia de familia con implicaciones transfronterizas. En este trabajo intentaremos aproximarnos a las reglas de competencia de este Reglamento, centrándonos especialmente en las novedades introducidas y, en la articulación de la autonomía de la voluntad en la elección de foro para concluir si, de alguna manera, queda relegado el "interés superior del menor" en relación a otros criterios.

II. Delimitación del ámbito de estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 a las materias relativas a la responsabilidad parental y a la sustracción o retención ilícita

El Reglamento (UE) 2019/1111, en adelante RB II ter, incluye en su ámbito de eficacia material las mismas materias que su antecesor, aunque como veremos a continuación amplía su alcance. El objetivo principal que se propone el legislador de la Unión Europea con esta modificación es aumentar la seguridad jurídica y lograr una mayor eficiencia en este tipo de procesos. Por tanto, en materia de responsabilidad parental y restitución de menores, incluye los procedimientos y las resoluciones judiciales del orden civil; los documentos públicos y acuerdos extrajudiciales. El Reglamento se aplica a todas las resoluciones relativas a la responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor[5] (con independencia de que

Mozos, "Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)", *La Ley: Unión Europea*, nº 21, 2014, pp. 5–22.

[3] M. Guzmán Peces, "La competencia judicial en materia de nulidad, separación y divorcio; responsabilidad parental y sustracción civil de menores en Derecho internacional privado español", *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho Español y de la Unión Europea,* M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 243–276.

[4] Los arts. 92, 93 y 103 RB II ter, entraron en vigor el 22 julio 2019.

[5] Sobre este aspecto, debe tenerse en cuenta que en este mismo ámbito existe el Convenio de la Haya de 19 octubre 1996, sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, que ha sido ratificado por la mayor parte de los Estados miembros. Este Convenio resultará de aplicación en las relaciones entre un Estado miembro y un tercer Estado, pero en lo relativo a las relaciones entre Estados miembros, por lo que respecta a la determinación de la competencia y

estén vinculadas a un procedimiento en materia matrimonial u a otro procedimiento). También en relación a los bienes del menor, resulta de aplicación respecto de la designación de la persona encargada de administrarlos, representar, prestar asistencia al menor, así como de la gestión de los mismos. Además incluye cualquier tipo de acogimiento en un centro u hogar de acogida, o los de carácter educativo (excluyendo los de tipo punitivo como consecuencia de acciones del menor), conforme al Derecho y a los procedimientos nacionales, quedando excluidos el acogimiento con fines adoptivos, el acogimiento por un progenitor o pariente cercano.

El RB II ter califica de manera autónoma algunos términos, siguiendo la estela de su antecesor. Entre ellos se encuentra la noción de "órgano jurisdiccional" que en el RB II bis incluye a jueces o autoridades con competencia en las materias reguladas, y en el RB II ter abarca a cualquier autoridad de un Estado miembro. Por su parte en el Considerando decimocuarto, se precisa que comprende cualquier autoridad administrativa u otras autoridades como los notarios con competencia en materia matrimonial y de responsabilidad parental. No en vano el RB II ter garantiza la libre circulación de documentos públicos y acuerdos registrados por una autoridad pública competente, lo que incluye la obligación de comunicar por parte de los Estados miembros a la Comisión, conforme al art. 103, este tipo de autoridades.

Por lo que respecta a la noción de "resolución", en el RB II ter se encuentran incluidas las órdenes o fallos procedentes de una decisión de un órgano jurisdiccional y también comprende las dictadas de conformidad con el Convenio de la Haya de 1980 que ordenen la restitución de un menor a otro Estado miembro. También abarca, las medidas provisionales y cautelares ordenadas por un órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del asunto o, aquellas otras complementarias a una orden de restitución, que tengan como objetivo evitar cualquier riesgo para el menor (psíquico o físico de conformidad con el art. 13.1º.b) del Convenio de la Haya de 1980). El RB II bis únicamente contemplaba las resoluciones judiciales (incluidas las sentencias o autos) en materia de nulidad, separación judicial o divorcio y medidas de responsabilidad parental. Para finalizar este apartado, cabe mencionar como novedad que el RB II ter contempla en su ámbito de aplicación material los documentos públicos, entendiendo por tales, aquellos que son formalizados o registrados oficialmente por autoridad pública u, otra habilitada a tal efecto. Adicionalmente se dota de eficacia a los acuerdos firmados por las partes y

el reconocimiento de decisiones en su ámbito de eficacia, prevalecerá el RB II bis o RB II ter a partir de su entrada en vigor en julio de 2022.

registrados por una autoridad pública competente en los términos que subrayábamos anteriormente.

En cuanto a la calificación del término "responsabilidad parental", se define en términos idénticos que en la versión anterior y, por lo que respecta a los "titulares de la responsabilidad parental" se concreta mucho más, puesto que puede ostentar el derecho, cualquier persona, institución u organismo que tenga atribuida la responsabilidad parental sobre un menor.

III. CARÁCTER DE LOS FOROS Y TIPOS DE CONEXIONES

La estructura y los tipos de foros son muy similares a como se configuran en el RB II bis. En el RB II ter, la competencia de un orden jurisdiccional de un Estado miembro, se puede articular a título principal (arts. 7, 8, 9, 10, 11,12, 13 y 14) o, vinculada a un procedimiento en materia de nulidad, separación judicial y divorcio. En este último punto, si bien en el RB II bis expresamente se contemplaba en el art. 12, en esta nueva versión no se concreta. Pero como veremos más adelante, teniendo en cuenta que las partes pueden elegir el órgano jurisdiccional, cumpliendo una serie de condiciones, no encontraríamos obstáculos *a priori*. En efecto, con carácter general resultan competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor. El art. 7 RB II ter, atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales de la residencia del menor en el momento que se presenta el asunto, por lo tanto se establece una cláusula para evitar el conflicto móvil, que posteriormente admite excepciones, por ejemplo atendiendo al cambio de residencia. A partir de aquí cobra protagonismo la autonomía de la voluntad de las partes, tanto en el ámbito de la responsabilidad parental como de la sustracción o retención ilícita. Las partes pueden elegir el órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en determinadas circunstancias, y dicha elección se puede configurar con carácter exclusivo.

A continuación se prevén una serie de supuestos, que actúan como conexiones subsidiarias: En primer lugar, se plantea una *prorrogatio fori*, a favor de los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro mejor situado[6] (art. 12 RB II ter y 15 RB II bis) siempre que exista una "vinculación

[6] Esta cuestión se regulaba en el art. 15 RB II bis. *Vid*. al respeto, B. Campuzano Díaz, "El Art. 15 del Reglamento 2201/2003 y la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. Nota a la Sentencia del TJUE de 4 octubre 2018, IQ y JO As. 478/17", *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 452–461. *Vid*. también en relación a la apreciación del *forum non conveniens*, S. Álvarez González, "Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado Miembro e interés superior del menor. STJUE 27 octubre de 2016,

especial", concepto jurídico que el propio instrumento concreta y, que fue objeto de interpretación por parte del TJUE[7]. En segundo lugar, se contemplan dos supuestos específicos: el primero, cuando no se pueda determinar la residencia habitual del niño, que resultará competente el juez del Estado miembro en el que se encuentre el menor[8] (art. 11) y, en segundo lugar, si no se puede determinar la competencia en virtud del Reglamento, se podrá aplicar la legislación nacional para determinar ésta (art. 14).

1. Residencia habitual del menor

En el RB II ter, tampoco se avanza en una calificación autónoma en relación a la noción residencia habitual del menor[9]. El art. 8 establece una previsión, en términos similares al RB II bis, sobre el mantenimiento de la competencia en relación con los derechos de visita[10]. En el supuesto de que el menor cambie de residencia, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la anterior residencia habitual del menor seguirán siendo competentes, excepcionalmente, durante los tres meses siguientes al cambio para modificar una resolución sobre los derechos de visita dictada en dicho Estado Miembro. Es preciso que la persona a la que se concedió el derecho de visita, siga viviendo en el Estado de la anterior residencia habitual del menor. Lo anterior no se aplica si dicho titular acepta la competencia de los órganos jurisdiccionales de la nueva residencia del menor.

En relación a esta competencia hay que tener en cuenta dos consideraciones: La primera, que el menor no adquiere una nueva residencia si no es de acuerdo a lo establecido en la ley y, en particular, siempre que el traslado no se califique como ilícito (el nuevo Reglamento lo

C–428/15: D", *La Ley: Unión Europea*, nº 43, 30 diciembre 2016, pp. 2–4. Y del mismo autor una visión muy crítica sobre la falta de flexibilidad en la interpretación del TJUE en relación al "órgano jurisdiccional mejor situado", *vid.* "De nuevo sobre la interpretación y alcance del art. 15 del Reglamento Bruselas II bis (Una alternativa efímera a la STJ 4 octubre 2018)", *La Ley: Unión Europea*, nº 66, 31 enero 2019, pp. 1–16.

[7] STJUE 3ª 12 noviembre 2014, asunt *L contra M*. TJCE/2014/441.

[8] Este criterio también se aplicará en el caso de menores refugiados o desplazados a causa de los "disturbios" producidos en el país de origen. La redacción literal de este precepto tampoco parece plenamente satisfactoria, porque pueden quedar al margen determinados supuestos no amparados en la consideración de disturbios.

[9] *Cf*. L.A. Pérez Martín, "Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales", *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho Español y de la Unión Europea* (M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros, dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, esp. pp. 952– 957.

[10] *Vid*. STJUE 1ª 31 mayo 2018, asunto *N.V. contra G.B*. El Tribunal interpreta extensamente el concepto de "derecho de visita" al incluir el derecho de visita de los abuelos a los nietos.

define). Y por otro lado, que esta previsión se configura de manera excepcional, supeditada a que el titular del derecho de visita no acepte la competencia de los órganos jurisdiccionales de la nueva residencia habitual del menor y, sometida a un plazo de caducidad de tres meses. En estos casos, el elemento fundamental para que se pueda producir un cambio de residencia, es la aquiescencia –o al menos la no oposición– de los titulares de la responsabilidad parental y demás partes del proceso[11].

En los supuestos de cambio de residencia legal del menor, ante la falta de consentimiento de un progenitor al traslado del menor, pasados tres meses, la competencia del órgano jurisdiccional de la anterior residencia, decae a favor de la nueva residencia (apartado segundo del art. 8). El problema surge, por la falta de un criterio autónomo de residencia habitual[12], a diferencia de lo que sucede con otras conexiones como "Estado miembro más vinculado". Esta cuestión ya se planteó en el RB II bis y en el RB II ter se mantiene en el art. 8 en términos similares. Parece claro, que una estancia superior a tres meses e inferior a seis meses en un Estado, no resulta un criterio claro, para entender que el menor tiene una nueva residencia, excepto si se dan otros índices de arraigo que permitan inducir una permanencia más estable. Entre esos índices podrían valorarse la escolarización del menor; la presencia de otros familiares en este Estado; la vinculación laboral del progenitor custodio con ese Estado, etc. En el caso de que no se den alguno de estos criterios, no cabe más remedio que acudir al criterio fáctico, de la presencia del menor en un determinado territorio.

Por otro lado, "la presencia menor" se ha considerado por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, requisito ineludible para apreciar la residencia habitual de un menor en un Estado. En efecto, en la STJUE 2018/236 (asunto *UD contra XB*)[13] se planteó una cuestión prejudicial y, el TJUE entendió que es preciso que un menor se encuentre físicamente presente en un Estado miembro para que pueda considerarse que reside habitualmente en él. En el litigio mencionado, la demandante (en avanzado estado de gestación) alegaba que mediante presiones fue obligada a dar a luz y permanecer en un tercer Estado (Bangladesh).

---

[11] M. Guzmán Peces, "Problemática en la coordinación de instrumentos normativos aplicables a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual", *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2015, pp. 489–522.

[12] La apreciación de la residencia habitual se ha debatido en numerosas Sentencias del Tribunal de Justicia. *V.gr*., STUE 9 octubre 2014, asunto C–376/14: *C contra M*. *Vid*. también en el caso de menores de corta edad, la STJUE (Sala Primera) de 22 diciembre 2010, asunto *Mercredi*.

[13] STJUE 1ª 17 octubre 2018, asunto *UD contra XB,* TJCE/2018/236. www.aranzadi.digital.es. *Vid.* B. Campuzano Díaz, "Una nueva Sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003. Sentencia de 17 octubre 2018, UD y XB AS. 393/18 PPU", *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 462–471.

Por su parte, en caso de traslado o retención ilícita del menor, el art. 9 del RB II ter establece la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de la residencia habitual del menor inmediatamente antes del traslado o retención ilícita, hasta que el menor adquiera la residencia habitual en otro Estado miembro y, se den otra serie de requisitos, todos ellos en conducentes a entender la existencia de conformidad al traslado por parte de los titulares de la responsabilidad parental. Se requiere que los titulares de la responsabilidad parental (personas físicas o jurídicas), que tengan atribuido el derecho de custodia, hayan dado su conformidad al traslado o retención. Alternativamente es necesario el transcurso de un mínimo de un año desde que el titular de la responsabilidad parental tuviera conocimiento del paradero del menor y, éste se haya integrado en el nuevo entorno, y se den una serie de circunstancias que indiquen o bien, inacción procesal por parte del titular del derecho de custodia y, esto se produce cuando no se ha presentado una demanda de restitución, o haya desistimiento. También en el caso de presentación de la demanda puede haber sido denegada o, haberse dictado una resolución sobre el derecho de custodia y, la restitución no sea una medida contemplada.

No obstante la principal novedad en este ámbito es que la regla general de competencia decae si, los titulares de la responsabilidad parental y las partes en el proceso, han convenido la competencia de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en los términos preceptuados en el art. 10. La inclusión de la elección de foro, cuando el menor ha sido sustraído o retenido ilícitamente, debe considerarse muy positiva aunque dudo de su funcionalidad, dado que en este ámbito el principal problema es la localización del menor y la falta de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental. También está previsto que las partes en cualquier momento del procedimiento, puedan acudir a la mediación como fórmula alternativa de resolución de litigios (art. 25 RB II ter). El principio del "interés superior del menor" actuará como criterio modulador para avanzar en la vía de la mediación o, en el procedimiento contencioso.

2. La autonomía de la voluntad en la elección del Tribunal competente

En el RB II bis se establece la prórroga de competencia en varios supuestos. En efecto, en un litigio relativo a la responsabilidad parental vinculado a un procedimiento de nulidad, separación judicial o divorcio, el apartado primero del art. 12 bajo la rúbrica de "Prórroga de la competencia", extiende la competencia a los órganos jurisdiccionales competentes conforme al art. 3 del RB II bis[14]. Para ello se requiere que al menos uno de los cónyuges ejerza la

[14] STS Civ 1ª, nº 710/2015 de 16 diciembre, RJ/2015/6185.

responsabilidad parental sobre el menor y, conforme al apartado b) "…la competencia de dichos órganos jurisdiccionales haya sido aceptada expresamente o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o, por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional y responda al "interés superior del menor"[15].

Asimismo en el apartado tercero se establece otro foro, en procedimientos distintos a los del apartado primero, cuando exista una "vinculación estrecha" con los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro y, se concreta este concepto jurídico, cuando se señala que éstos pueden ser los de la residencia habitual de alguno de los titulares de la responsabilidad parental o, los de la nacionalidad del menor. Además se exige que la competencia haya sido aceptada expresamente o, de forma inequívoca, por todas las partes en el procedimiento y la competencia responda al "interés superior del menor"[16].

Pues bien, esta cuestión se planteó en 2014 en la Sentencia del TJUE (Sala Tercera) asunto *L contra M*[17]. El TJUE señaló que la competencia debía ser "aceptada expresamente o de cualquier forma inequívoca por todas las partes en el momento de presentar el asunto ante el órgano jurisdiccional". Conforme al RB II bis, habría que interpretar dicho artículo en consonancia con el art. 16 que exige la acreditación de la extensión de la competencia, resultando necesario el consentimiento expreso o, cuando menos inequívoco, a más tardar en el momento de presentación el escrito demanda o documento equivalente. El TJUE indicó que este requisito no se daba cuando el Tribunal conocía del asunto a instancia de una sola de las partes y, cuando la otra parte instó ante ese mismo órgano jurisdiccional otro procedimiento en una fecha posterior, impugnando además la competencia en el primer procedimiento. En otro asunto, el TJUE, en el asunto *Saponaro y Xylina* en 2018[18], entendió que el fiscal constituye una parte en el proceso y, en este caso no constaba la oposición del fiscal. El Tribunal concluyó señalando la aceptación inequívoca a la prórroga de competencia de todas las partes, ejercitada por los progenitores del menor.

[15] STJUE 1 octubre 2014. La prórroga de competencia del apartado tercero del art. 12, se extingue al recaer una sentencia firme en dicho procedimiento. En efecto, aunque la prórroga de la competencia en materia de responsabilidad parental se aceptara por los titulares y respondiera al interés superior del menor, tal competencia puede que no siga respondiendo a ese criterio en un momento posterior.

[16] *Vid*. A. Borrás Rodríguez, "El 'interés del menor' como factor de progreso y unificación del Derecho internacional y privado", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. IV, 1994, pp. 47–99. *Vid*., también, A. Fernández Pérez, "Aproximación al interés superior del menor en el Derecho internacional privado español", *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, 2018, pp. 107–134.

[17] STJUE 12 noviembre 2014.

[18] STJUE 19 abril 2018.

Por su parte, el RB II ter concreta la elección de foro por las partes en el art. 10. En la línea de los Reglamentos de última generación, se introduce la posibilidad de que las partes en un procedimiento sobre responsabilidad parental atribuyan la competencia a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, distinto al de la residencia habitual del menor. Dicha elección, se encuentra condicionada por el cumplimiento de tres requisitos: En primer lugar, que sea un foro "estrechamente vinculado" con el menor, configurándose como un concepto jurídico indeterminado. No obstante el Reglamento establece que al menos en tres supuestos, existe esta conexión, aunque no establece un *numerus clausus*. Se dan estas circunstancias cuando, o bien, al menos uno de los titulares de la responsabilidad parental tenga su residencia habitual en dicho Estado Miembro; o, en él radique la antigua residencia habitual del menor o, el menor sea nacional de dicho Estado miembro. La prórroga de competencia ya estaba prevista en el RB II bis (art. 12), en primer término, vinculada al foro de competencia del art. 3 en materia de nulidad matrimonial, separación o divorcio. Para ello se requería el cumplimiento de varias condiciones, esto es, que al menos uno de los cónyuges ejerciera la responsabilidad parental respecto del menor y; los cónyuges o cualquier otro titular de la responsabilidad parental la aceptaran expresamente y, dicha prórroga respondiera al interés superior del menor. En segundo término, de modo semejante a la actual redacción, el apartado tercero del art. 12, preveía también la iniciación del procedimiento en materia de responsabilidad parental, ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro distinto al de la residencia habitual del menor, si éste se encontraba "vinculado estrechamente" a dicho Estado. Concurre esta circunstancia, si uno de los titulares de la responsabilidad parental tenía su residencia habitual en él o, si el menor era nacional de ese Estado miembro, siempre que dicha competencia fuese aceptada por todas las partes y respondiera al "interés superior del menor".

La principal diferencia es que la prórroga ya no se establece expresamente respecto del foro de competencia del art. 3 en materia de nulidad matrimonial, separación y divorcio. No obstante desaparece del texto dispositivo pero se conserva en los Considerandos del RB II ter, en particular en el vigésimo tercero. Teniendo en cuenta que al articular la conexión "vinculación estrecha" no se establece, como señalábamos con anterioridad, un *numerus clausus* y, que en los Considerandos se contempla, se podría entender que no existe ningún obstáculo para prorrogar la competencia a favor de dichos órganos jurisdiccionales, siempre claro está, que no se oponga al "interés superior del menor".

El TJUE (Sala Tercera) en la Sentencia 5 septiembre 2019[19], tuvo ocasión de pronunciarse sobre si la elección de un determinado foro en relación con

[19] STJUE 3ª 5 septiembre 2019, as. C–468/18.

las obligaciones alimenticias en base al art. 3.a) del Reglamento (UE) 4/2009 podría redundar en "interés del menor". En este asunto se presentó una única demanda con tres pretensiones (divorcio, responsabilidad parental y obligación de alimentos con respecto al menor). El Tribunal de Primera Instancia de Constanza, Rumanía (coincidente con la residencia habitual del demandado) decidió suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial. El TJUE entendió que la competencia de los Tribunales rumanos para el divorcio (nacionalidad común de los cónyuges) podría resultar adecuada para la disolución del vínculo y, para la determinación de las obligaciones alimenticias, como domicilio del demandado, pero precisó constituía un foro que no respondía al "interés superior del menor" en materia de responsabilidad parental.

A) Requisitos y limitaciones

La elección de foro se encuentra condicionada por la existencia de un acuerdo libre entre las partes y, de cualquier otro titular de la responsabilidad parental, en el momento de la presentación del asunto ante el órgano jurisdiccional o, si las partes aceptan expresamente la competencia durante dicho procedimiento. Dicha competencia debe responder al "interés superior del menor" que se consagra como principio informador para la determinación de la competencia. El RB II ter califica también de manera autónoma el concepto de "titularidad de la responsabilidad parental". Si bien en el art 2 del RB II bis se configuraba como, el conjunto de derechos y obligaciones conferidas a una persona física o jurídica, el apartado octavo en relación con su titularidad, sólo se refería a –personas– sin ningún tipo de especificación. El RB II ter concreta mucho más este concepto, cuando señala que pueden ostentar la titularidad "cualquier persona, institución u organismo".

En cuanto a la validez del acuerdo de elección de foro, se requiere que las partes (aquí se incluye no sólo a los titulares de la responsabilidad parental sino también a otras personas interesadas), lo manifiesten mediante acuerdo por escrito (fechado y firmado) o, lo hagan constar en el acta judicial con arreglo a la legislación nacional. Se considerará realizada por escrito, toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo (se utiliza la misma fórmula que en el resto de Reglamentos UE). El Reglamento ha previsto el supuesto en el que después de la presentación de la demanda sobre responsabilidad parental, aparezcan personas que pasen a ser partes en el procedimiento. En este caso pueden prestar su consentimiento con posterioridad, aunque bastaría con que no existiese oposición expresa al acuerdo de elección de

foro. Pues bien, si el citado acuerdo es válido en atención a los criterios anteriormente enunciados (tanto de carácter material como formal), se configura como un foro exclusivo y por tanto excluyente, con respecto a cualquier foro, incluido el de la residencia habitual. A este respecto habría que efectuar algunas consideraciones:

En primer lugar, hay que tener en cuenta que en algunas ocasiones la responsabilidad parental resulta una materia conexa a los procedimientos de separación judicial o divorcio y, en el ámbito matrimonial habría que acudir a los foros del art. 3. Y no está previsto del revés, es decir, que el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente como consecuencia del acuerdo, resulte competente para un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, si no coincide con los preceptuados en el citado artículo. Al hilo de esta reflexión, se podría haber establecido la elección de foro en el ámbito matrimonial para alinearlo a las conexiones previstas en los Reglamentos de Derecho aplicable.

En segundo lugar, los titulares de la responsabilidad parental y otras partes del procedimiento tienen que acordarlo. Para que exista dicho acuerdo, no tiene que existir una ruptura dramática de las relaciones personales y familiares y, si estamos en ese supuesto, es probable que se haya podido llegar a un acuerdo de mediación previo[20] y, por tanto, no sea necesario acudir a ningún órgano jurisdiccional para dilucidar la responsabilidad parental. Recordemos que el RB II ter contempla y fomenta los acuerdos de mediación en este ámbito[21].

[20] En el ámbito de la Unión Europea, a partir de la publicación del Libro Verde de 2002 sobre las alternativas de resolución de conflictos, se sientan las bases en el ámbito de la mediación de lo que finalmente se plasmará en la Directiva (UE) 2008/52 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 mayo 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Asimismo el Parlamento Europeo ha efectuado varios seguimientos a lo largo de estos años para calibrar el impacto de la citada Directiva en las diversas legislaciones europeas. Por citar los más relevantes, destaca el Informe del Parlamento Europeo de 2014 sobre el relanzamiento de la mediación para el incremento del número de asuntos; el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación de la Directiva (COM 2016–0542); también la recopilación de la Dirección General de Políticas Interiores de la Unión sobre la implementación de la Directiva de Mediación de 2016. Todos ellos culminan en la Resolución del Parlamento Europeo de 12 septiembre de 2017 en la que se abordan una serie de propuestas de mejora. *Vid*., al respecto, A. Fernández Pérez, "Mediación familiar transfronteriza en el ámbito europeo", *La Ley, Derecho de Familia,* nº 17, enero–marzo, 2018, pp. 1–28 y, de la misma autora "La mediación en la sustracción internacional de menores desde la perspectiva Europea", *Desarrollos Modernos del Derecho internacional privado Libro Homenaje al Dr. Pereznieto Castro*, México, Tirant Lo Blanch, 2017, pp. 349–389. *Vid*. también, M.C. Chéliz Inglés, *La sustracción internacional de menores y la mediación: Retos y vías prácticas de solución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

[21] M. Guzmán Peces, "La implementación de la Directiva (UE) 2008/52 relativa a la mediación en asuntos transfronterizos", *Arbitraje. Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, nº 2, 2018, pp. 465–482.

En tercer lugar, la elección se supedita a la existencia de una "vinculación estrecha" con el órgano jurisdiccional elegido y, se da esta conexión en los supuestos de residencia habitual de los titulares de la responsabilidad parental o, de la anterior residencia del menor o, en el caso de que el menor sea nacional de un Estado miembro distinto del que tiene su residencia habitual. En el caso de la nacionalidad, puede que no exista demasiada vinculación con el menor, aunque sí con los titulares de la responsabilidad parental, no obstante a esta cuestión nos referiremos en el siguiente epígrafe.

En cuarto lugar, se señala que el acuerdo deberá atender al principio del "interés superior del menor". En relación al órgano jurisdiccional elegido por los titulares de la responsabilidad parental, con el acuerdo de las partes (incluido el Fiscal), se plantea la duda sobre lo que sucedería si el Juez elegido valora que dicho acuerdo no resulta positivo para el menor, de acuerdo al citado principio. La pregunta es si podría remitir el asunto a otro órgano jurisdiccional mejor situado y, si éste puede o debe declararse incompetente, en tal caso, atendiendo a la existencia de un foro exclusivo. A nuestro juicio, todas estas incógnitas se plantearán y tendrá que ir desgranando el TJUE a través de su labor interpretativa.

B) Alcance de la conexión de la nacionalidad del menor

El RB II ter preceptúa que las partes pueden elegir el orden jurisdiccional del Estado miembro de la nacionalidad del menor. Este foro puede que no presente ningún tipo de vinculación, al margen de ser el foro elegido y aceptado. En este sentido cabría señalar que tal y como está configurado, el foro de la nacionalidad del menor, se convertiría en un foro exclusivo y, por tanto excluyente. No deja de ser paradójico que fruto de esta elección adquiera un papel tan preponderante, cuando ha dejado de ser un foro primordial en materia de protección de menores. En la actualidad se tiende a la búsqueda de una conexión que refleje en mayor medida el centro efectivo de la vida de la persona[22] y así, se ha considerado en el ámbito de la Conferencia de la Haya, en particular en el Convenio de sustracción civil de menores de 1980; en el Convenio de la Haya de 1996, en el Reglamento de obligaciones alimenticias de 2009 y, en el Reglamento precedente (RB II bis) por citar algunos ejemplos.

[22] El RB II ter, en el considerando vigésimo, concibe con carácter prioritario el foro de la residencia habitual del menor, al considerar el criterio de proximidad beneficioso para el "interés prioritario del menor" y, prevé la posibilidad de acudir a otros foros con carácter excepcional. En cambio, el foro elegido por las partes resta protagonismo al de la residencia habitual en el articulado del Reglamento si se dan los requisitos para ello.

Dicho lo anterior, la conexión nacionalidad se perpetúa, como conexión subsidiaria, en el ámbito competencial en materia de estatuto personal y familiar, tanto en el ámbito interno, como en la mayor parte de los Reglamentos de la Unión Europea de última generación (en materia sucesoria, obligaciones alimenticias, régimen económico matrimonial, etc.). En el RB II bis, en materia de crisis matrimoniales, en dos supuestos puede resultar competente la autoridad judicial de un Estado miembro y, no cabe olvidar que se puede sustanciar por el mismo órgano jurisdiccional la disolución judicial del vínculo y las medidas de responsabilidad parental. También, como señala la Profesora Pérez Vera[23], puede derivarse de esta conexión cierta vinculación sociológica y cultural en relación con las partes o, su nota de estabilidad (nada desdeñable) en un mundo globalizado caracterizado por continuos cambios de residencia y domicilio.

3. Foros residuales

A) La presencia del menor

Como la conexión principal del RB II ter gira en torno a la residencia habitual del menor, cuando no pueda determinarse ésta o, no exista acuerdo de elección de foro, el art. 11 (antes art. 13 RB II bis) atribuye la competencia para la determinación de la responsabilidad parental a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que esté presente el menor, atendiendo a criterios fácticos. Se podría entender que esta conexión atiende al denominado "principio de proximidad" con carácter informal. Este supuesto se puede plantear cuando existen continuos cambios o traslados del menor en el ámbito de la Unión Europea, pero también se contempla, de acuerdo al apartado segundo, para menores refugiados y desplazados internacionalmente a causa de disturbios ocurridos en el Estado miembro de su residencia habitual.

De la redacción del precepto, se desprende que cualquier menor al que se le haya concedido el estatuto de refugiado (con independencia de si procede de otro Estado miembro o, de un tercer Estado), a los efectos de determinar el ejercicio de la responsabilidad parental, habrá que acudir al órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se encuentre. Sobre esta cuestión, entendemos que en aras del "interés prioritario del menor", desde el momento en el que los representantes legales o tutores del menor

[23] E. Pérez Vera, "Determinación y prueba de la nacionalidad", *Crisis matrimoniales*…, *loc. cit*. p. 908. La autora analiza los elementos que inciden en la pervivencia de esta conexión en materia familiar y, también plantea las dificultades que puede plantear su determinación en los supuestos, cada vez más abundantes, de plurinacionalidad.

solicitan el estatuto de refugiado, se estaría dentro del ámbito de aplicación de la norma. Por otro lado, en cuanto a los menores desplazados se limita, a mi juicio inexplicablemente, el ámbito de eficacia de la norma, a los disturbios en el seno de la Unión Europea.

B) La búsqueda del órgano jurisdiccional mejor situado

En el RB II ter (art. 12), del mismo modo que en su predecesor (art. 15), está previsto, con carácter excepcional, la remisión del asunto, por parte de un órgano jurisdiccional competente, a otro mejor situado de un Estado miembro para valorar el interés superior del menor. Se requiere que el menor mantenga un "vínculo estrecho" con dicho Estado para que la competencia responda al "interés superior del menor" en cada caso particular[24]. La única limitación vendría del hecho de que los titulares de la responsabilidad parental hubieran establecido un acuerdo de elección de foro en las condiciones previstas en el art. 10.

A estos efectos, se considera que existe una "vinculación estrecha" con dicho Estado miembro, en varios supuestos: Si dicho Estado se convierte en la residencia habitual después de la presentación de la demanda ante el primer orden jurisdiccional; o bien, el menor ha residido de manera habitual en dicho Estado miembro; o es nacional del mismo; o uno de los titulares de la responsabilidad parental reside habitualmente en dicho Estado miembro; o si el asunto se refiere a medidas de protección del menor relacionadas con la administración, conservación o disposición de los bienes que se encuentre en dicho Estado miembro.

El procedimiento comenzaría con la suspensión del conocimiento del caso, de oficio o a instancia de parte, para informar al juez del otro Estado miembro de la causa y de la posibilidad de remisión del asunto. Para ello se fija un plazo (no especificado aunque se entiende que breve). Si dicho órgano jurisdiccional se considera competente, atendiendo a las circunstancias específicas del caso y, del "interés superior del menor", se podrá declarar competente y, aquí si se fija un plazo de seis semanas que comenzaría a contar desde que se haya presentado la solicitud o, haya recibido la solicitud de conformidad. Si en el plazo de siete semanas el órgano jurisdiccional, del Estado miembro que conoció en primer término, no ha recibido la aceptación del otro órgano jurisdiccional, deberá seguir ejerciendo su competencia. La principal diferencia con el RB II bis en el procedimiento de remisión es, el establecimiento de plazos concretos en el proceso. El cumplimiento de estos plazos, que si bien responden al "interés

[24] *Vid. supra nota*, 6.

superior de menor", van a requerir de un gran esfuerzo, en todos los ámbitos de la Administración de Justicia, no tanto por la comunicación entre órdenes jurisdiccionales, sino porqué será necesario el estudio del expediente, traducción de diversos documentos, en su caso, y un pronunciamiento de Juzgados nacionales, que como en el caso español, vienen reclamando desde hace tiempo una mejor dotación de medios humanos y técnicos para hacer frente a un número crecientes de litigios en el ámbito familiar.

IV. El procedimiento en materia de sustracción civil de menores

En este ámbito, la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro se concreta en el art. 9 RB II ter, atendiendo al criterio de la residencia habitual del menor, apreciada en el momento inmediatamente anterior a producirse el traslado ilícito y hasta que el menor adquiera una nueva residencia en otro Estado miembro. Hasta aquí no se aprecia ninguna diferencia con la anterior regulación, sino fuera porque el citado precepto comienza señalando "sin perjuicio del art. 10", que consagra el acuerdo por las partes de elección del órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en los términos que anteriormente señalábamos en el ámbito de la responsabilidad parental. Sin duda el legislador de la Unión Europea apuesta decididamente por la autonomía de la voluntad en esta sede, máxime cuando se ha producido un incumplimiento o infracción, calificada como ilícita, de los derechos de custodia sobre un menor. Avanzando más, también constituye una novedad la formulación expresa en el art. 25 de la resolución de litigios por métodos alternativos a la jurisdicción[25]. Se fomenta a las partes el acudir, lo antes posible y en cualquier momento del procedimiento, a la mediación. En efecto, el juez debe "invitar" a las partes, bien directamente o, con la asistencia de la autoridad central, a explorar esta vía u otras alternativas de resolución de conflictos. Tan sólo en dos supuestos el Juez puede apreciar que es contraproducente esta vía, esto es, siempre que se oponga al principio del "interés superior del menor" o, que atendiendo a las circunstancias concretas, conlleve un retraso indebido del procedimiento[26]. Por lo tanto, el citado principio se convierte en un límite a la resolución de litigios por métodos alternativos a la jurisdicción.

[25] *Vid*. L.A. Pérez Martín, "La mediación en el ámbito internacional y nacional", *Crisis matrimoniales…*, *op. cit.*, pp. 105–108.

[26] Del tenor literal del art. 25 RB II ter se deduce claramente el carácter no obligatorio de la mediación.

A partir de aquí, el RB II ter cambia la redacción de algunas disposiciones e introduce elementos nuevos en la línea de agilizar el procedimiento; facilitar el intercambio de información entre las autoridades centrales y el órgano jurisdiccional competente y; con el objetivo de tratar de garantizar que el menor no sufra ningún riesgo si se autoriza la restitución[27]. El Capítulo III del RB II ter, dedicado a la sustracción internacional de menores, comienza señalando en el art. 22 el procedimiento de restitución de un menor[28] (de dieciséis años) que ha sido trasladado o retenido de modo ilícito del Estado miembro en el que tenía su residencia habitual a otro Estado miembro. La relación existente entre el Convenio de la Haya de 1980 y el citado Reglamento es de complementariedad y, en esa línea, la nueva redacción contribuye a fomentar la cooperación entre los dos instrumentos, como vamos a poner de manifiesto a continuación.

El procedimiento de restitución, conforme al art. 23, se inicia cuando a instancia de parte (persona, institución u organismo) se alega la violación de un derecho de custodia y se solicita una orden de restitución con arreglo al Convenio de la Haya de 1980. Se puede solicitar directamente al órgano jurisdiccional competente con la intervención de la autoridad central o prescindiendo de ella. En el caso de que ésta sea requerida, actuará con urgencia, de tal manera que acusará recibo de la solicitud en el plazo de cinco días hábiles e informará sin dilación indebida a la autoridad central del Estado miembro requirente (dónde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o retención ilícito) o al solicitante, de todas las actuaciones iniciales efectuadas o que se vayan a realizar. Así mismo la autoridad central requirente podrá solicitar, la aportación de información o documentación adicional para valorar la solicitud.

En cuanto al procedimiento judicial, también se introducen algunos cambios en aras de agilizar al máximo la tramitación. De este modo, se insta a los órganos jurisdiccionales a que actúen con la máxima urgencia en la sustanciación de la demanda. Se distingue entre las actuaciones jurisdiccionales de primera instancia y las de nivel superior. Está previsto que, conforme al art. 24, desde la iniciación del proceso, salvo que concurran circunstancias excepcionales, se dicte una resolución en el plazo máximo de

[27] *Vid*. C. González Beilfuss, "La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111", *Relaciones transfronterizas, Globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas, 2020, pp. 383–395.

[28] Si bien el RB II ter, en su ámbito de aplicación señala que resulta de aplicación a todo menor de dieciocho años de edad, el Convenio de la Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, en el art. 4 dispone que dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años. Por tanto, en este ámbito (sustracción o retención) se produciría esta limitación de edad al aplicar los mecanismos del Convenio entre Estados parte.

seis semanas. Si se recurre la decisión, los órganos jurisdiccionales superiores deben dictar resolución en el plazo máximo también de seis semanas, a contar desde que se hayan efectuado todos los trámites procesales y el órgano jurisdiccional haya podido examinar el recurso. En este momento procesal, el Juez (si lo estima beneficioso para el "interés superior del menor") debe fomentar a las partes acudir a la mediación o a cualquier método alternativo de resolución de conflictos[29]. Por su parte, el órgano jurisdiccional del Estado miembro, atendido a la edad y grado de madurez del menor, de acuerdo con su procedimiento nacional, tiene la obligación de escuchar al menor y tomar en cuenta sus opiniones en los procedimientos de restitución.

De hecho, ésta es una cuestión que ha planteado un gran debate debido a que el RB II bis permite denegar el reconocimiento de decisiones relativas a la responsabilidad parental[30] en el caso de que no se hubiera efectuado el trámite de audiencia del menor[31] (y el RB II ter lo mantiene en el art. 39.2)

[29] De la lectura del articulado no se puede extraer la obligatoriedad de acudir al proceso de mediación y, en todo caso, habrá que atender al "interés superior del menor" en cada caso concreto. En el ámbito interno el apartado duodécimo del art. 778 quinquies de la LEC española se prevé este extremo cuando señala que "En cualquier momento del proceso, ambas partes podrán solicitar la suspensión del mismo de conformidad con lo previsto en el art. 19.4º, para someterse a mediación. También el Juez podrá en cualquier momento, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, proponer una solución de mediación si, atendiendo a las circunstancias concurrentes, estima posible que lleguen a un acuerdo, sin que ello deba suponer un retraso injustificado del proceso. En tales casos, el Letrado de la Administración de Justicia acordará la suspensión por el tiempo necesario para tramitar la mediación. La Entidad Publica que tenga las funciones de protección del menor puede intervenir como mediadora si así se solicitase de oficio, por las partes o por el Ministerio Fiscal. La duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones, sin que en ningún caso pueda la suspensión del proceso para mediación exceder del plazo legalmente previsto en este Capítulo. El procedimiento judicial se reanudará si lo solicita cualquiera de las partes o, en caso de alcanzarse un acuerdo en la mediación, que deberá ser aprobado por el Juez teniendo en cuenta la normativa vigente y el interés superior del niño". *Cf.* C. González Beilfuss, "La sustracción de menores…", *loc. cit.* p. 396.

[30] Por lo que respecta al reconocimiento el Reglamento garantiza el reconocimiento automático de toda resolución sin necesidad de un procedimiento intermedio y limitando los motivos de denegación para las resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental a causas tasadas: cuando el reconocimiento sea manifiestamente contrario al orden público; el demandado se vea en la imposibilidad de defenderse debido a una notificación tardía del escrito de demanda; el reconocimiento sea inconciliable con cualquier otra resolución; además, para las decisiones en materia de responsabilidad parental, hay dos motivos adicionales de no reconocimiento, esto es, cuando el niño no pudo ser oído; o una persona que alegaba que la resolución supone un obstáculo al ejercicio de su responsabilidad parental no fue oída. Y respecto de las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución de menores se suprime el trámite de execuátur. *Vid.* STJUE 19 noviembre 2015, *asunto P / Q,* TJCE/2015/374. www.aranzadidigital.es.

[31] Una visión muy crítica al respecto puede encontrarse en C. González Beilfuss, "Relaciones e interacciones entre Derecho Comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de Familia Europeo en la construcción de un espacio judicial común", *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 173 y 174.

configurándose éste como un derecho fundamental reconocido en diversos instrumentos internacionales sobre los Derechos del niño. Además el procedimiento del derecho de audiencia de los menores puede variar de unos Estados a otros, lo que significa que en esta materia tan sensible sería deseable una mayor armonización en el ámbito civil y procesal para evitar que la decisión del Estado de origen se oponga al orden público nacional del Estado requerido y, todo ello en detrimento del "interés prioritario del menor", puesto que especialmente en el ámbito de la sustracción civil de menores[32] se produce una carrera contra el tiempo, para evitar que la circunstancias cambien y el menor se acabe integrando en el lugar al que ha sido trasladado de manera ilícita.

El órgano jurisdiccional del Estado miembro requerido puede acordar la restitución o proceder a su denegación. En el supuesto de denegación, resulta obligatorio que la parte solicitante sea oída. En el supuesto que dicho Juez esté valorando la no restitución atendiendo al apartado b) del art. 13 del Convenio de la Haya de 1980, porque entiende que la restitución pueda exponer al menor a un peligro físico, psíquico o, una situación intolerable, no puede acordarla si llega al convencimiento por cualquier medio que se va a garantizar la protección del menor tras su restitución y, para ello puede ponerse en contacto con las autoridades competentes del Estado miembro requirente. Y si así lo estimase conveniente, tiene la posibilidad de dictar medidas provisionales (incluidas las cautelares) para garantizar que en el supuesto de restitución del menor, se le proteja de sufrir cualquier riesgo, de los que mencionaba anteriormente. Si finalmente se produce la denegación de la restitución conforme al ap. b) del art. 13 del Convenio, el art. 29 RB II ter, contempla un procedimiento específico, que comienza con la expedición de un certificado (en la forma prevista en el anexo I del RB II ter). Ahora bien, está previsto que coetáneamente el órgano jurisdiccional en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado ilícito, conozca de una demanda sobre el fondo del derecho de custodia. En ese supuesto, el Juez emisor de la resolución de no restitución, debe transmitir en el plazo máximo de un mes (directamente o, a través de una autoridad central), a el otro orden jurisdiccional una copia de la resolución, un certificado conforme al modelo del anexo I, un acta o cualquier otro documento que considere pertinente. En cualquier caso, una resolución relativa al fondo de los derechos de custodia, con independencia de la existencia de una resolución de no restitución, resultará ejecutiva en

[32] Incluso en el supuesto de que un Juez dicte una resolución de no restitución, debe transferir el expediente a la jurisdicción competente del Estado miembro donde el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado. Esta jurisdicción tiene la última palabra para decidir si debe restituirse o no al menor.

otro Estado miembro, con arreglo al procedimiento previsto en el propio Reglamento.

Una vez dictada la resolución, debe ser ejecutada con urgencia, el art. 28 establece un plazo de seis semanas, a contar desde el inicio de los trámites para la ejecución. Si transcurrido dicho plazo no se ha producido, tanto la parte que solicitó la ejecución como la autoridad central, pueden solicitar la exposición de los motivos de dicho retraso. Habría que destacar que desde que se presenta la solicitud de restitución hasta que se obtiene la orden de restitución, dependiendo de la existencia de un recurso, pueden transcurrir de dos a cuatro meses, período que dependerá también de la prospección durante el procedimiento de métodos alternativos a la resolución del conflicto. No obstante la mayor parte de los problemas y retrasos se plantean en la localización del menor, que si bien, en el ámbito de la Unión Europea, suele constituir una tarea menos costosa, se complica con terceros Estados y, más aún si no han ratificado el Convenio de la Haya de 1980.

El transcurso del tiempo desde que se produce el traslado o retención ilícita del menor, puede contribuir a la adquisición de una nueva residencia habitual como consecuencia de la integración del menor en el lugar al que ha sido trasladado ilícitamente[33]. Estos supuestos se presentan normalmente cuando se ha producido el traslado o retención sin el consentimiento del otro progenitor custodio; cuando todavía no se ha planteado una demanda relativa a la responsabilidad parental o incluso, en el caso de haberse presentado, todavía no existe una resolución judicial firme de atribución de la guardia y custodia. El RB II ter matiza mucho más estas cuestiones que su antecesor, dado que impide la adquisición de una nueva residencia si el traslado del menor no se ha calificado de "lícito", cuestión que nos parece de vital importancia.

Finalmente, respecto a las resoluciones relativas al derecho de visita y a la restitución de menores, el RB II ter, las contemplan en la Sección 2ª. Se califican de "resoluciones privilegiadas" y, serán objeto de reconocimiento sin que sea necesario acudir a ningún procedimiento especial y, sin que sea posible oponerse al mismo, salvo que sea irreconciliable con una resolución posterior en materia de responsabilidad parental sobre el mismo menor. Así mismo también se establece el carácter ejecutivo de las mismas, siendo necesario aportar una copia auténtica de la resolución y el certificado expedido por el órgano jurisdiccional en los términos previstos en el art. 47 y, siempre que todas las partes afectadas hayan tenido la oportunidad de ser oídas; se haya dado al menor la posibilidad de expresar su opinión y en

[33] *Vid*. E. Rodríguez Pineau, "Sustracción internacional de menores, orden de retorno europea, exequátur y casación", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 110, 2019, esp. pp. 10–12.

esencia se hayan garantizado los derechos de defensa de las partes en el proceso.

V. VALORACIÓN FINAL

En el ámbito de las relaciones jurídicas familiares internacionales, cada vez se producen más conflictos en relación a la guarda y custodia y derechos de visita, que acaban dando lugar a sustracciones y retenciones ilícitas de los menores, localizadas en el espacio de la Unión Europea. El RB II ter, de modificación del RB II bis, establece una serie de mecanismos útiles para encauzar algunos de los problemas que se han ido planteando a lo largo de estos años y, que han dado lugar a numerosas Sentencias provenientes de órdenes jurisdiccionales españoles y del TJUE. El Reglamento presenta un carácter transfronterizo, pero limitado a las autoridades y órganos jurisdiccionales de los Estados Miembros, por lo que si alguno de los titulares de la responsabilidad parental, escapa del ámbito de eficacia al fijar su residencia en un tercer Estado y, se traslada con el menor de manera ilícita a dicho Estado, pasaremos del escenario de la integración al de la cooperación o, coordinación de soluciones[34]. Si existe retención o traslado ilícito de un menor a un Estado no miembro, habrá que acudir al Convenio de la Haya sobre sustracción internacional de menores de 1980 o, a los Convenios bilaterales suscritos por los Estados miembros si el menor se encuentra en un Estado parte de los mismos.

Una de las problemáticas que se plantean en relación con las materias de justicia civil, viene de la mano de la existencia de una competencia legislativa exclusiva de la Comunidad, por lo que debe establecerse un procedimiento para autorizar a los Estados miembros a modificar un acuerdo existente o, celebrar uno nuevo con un tercer Estado, especialmente cuando la Comunidad no haya ejercitado su competencia externa con dichos Estados para la firma de acuerdos en este ámbito. Los Estados miembros deben comunicar su intención a la Comisión y, si así se considera adecuado se podrá autorizar la celebración de acuerdos de carácter bilateral o regional.

[34] *Vid.* J.M. Espinar Vicente, "Dos apuntes críticos sobre el actual Derecho internacional privado español", *Relaciones transfronterizas, Globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas, 2020, pp. 272 y 273, en los que el autor pone de manifiesto el problema de coordinación de las fuentes de producción normativa, en los distintos escenarios. También *vid*. del mismo autor, *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid, 1997, pp. 106–115. *Vid*. también en el mismo sentido, Ch. P. Pamboukis, "Droit Intenational Privé holistique: Droit Uniforme et Droit Internacional Privé, Cours general de Droit International privé", *Recueil des Cours*, t. 330, 2008, en especial pp. 417–428. El autor plantea las dificultades de articulación de reglas en el modelo de integración por la multiplicidad de espacios jurídicos.

El Reglamento (CE) 664/ 200 regula este procedimiento en materia matrimonial, responsabilidad parental y obligaciones alimenticias. A pesar de estar previsto, no se está haciendo uso de esta facultad y, en el caso español al margen del Convenio de la Haya de 1980 (incorporado en el RB II bis y ter) que es de cooperación de autoridades centrales, el de Luxemburgo de 1980, el de la Haya de 1996 en materia de protección de menores y, el Convenio bilateral con Marruecos no disponemos de otros instrumentos, cuestión que dificulta en gran medida dar una respuesta adecuada al creciente aumento de casos de menores trasladados fuera de la Unión Europea, en los que resulta necesario instar el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia de responsabilidad parental y de órdenes de restitución de menores trasladados o retenidos ilícitamente[35].

Con independencia de estas cuestiones, el RB II ter, introduce importantes modificaciones de carácter técnico y material con respecto a su antecesor que van a contribuir a una mejora en su funcionamiento (sobre todo por la clarificación de cuestiones procesales, garantías, plazos, intervención de autoridades no jurisdiccionales, etc.). El Reglamento pretende unificar aspectos procedimentales, pero no debemos olvidar que pueden entrar en contradicción con la *lex fori* como ley rectora de las cuestiones procesales. Las principales novedades vendrían, en primer lugar, por la apuesta decidida por la mediación (sin establecer su obligatoriedad, dado que se "invita" a las partes a acudir a esta fórmula de solución de litigios) en cualquier fase del procedimiento, de oficio o, a instancia de parte, siempre que sea en aras del "interés superior del menor" y que no implique una dilatación indebida del proceso. Y, en segundo lugar, se detecta una concreción mayor en las reglas para la determinación del Juez competente.

Al margen de los foros residuales o, de las especialidades previstas, con carácter general, la competencia de los Jueces de los Estados miembros se articula atendiendo al "principio de proximidad", que en este caso, viene representado por la residencia habitual del menor. Por su parte, la elección del foro por las partes (que no se concibe en el ámbito matrimonial curiosamente), siempre que no exista oposición y, con los límites establecidos (art. 10) se erige como una competencia de carácter exclusivo y excluyente. No obstante, atendiendo a los requisitos requeridos, el

[35] *Vid*. Dictámen del Comité Económico y Social Europeo sobre 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». Como observación específica el citado Comité señalaba "es necesario regular los casos en los que uno de los progenitores no proviene de la Unión. La migración y el intercambio global de bienes y servicios conllevan un aumento de estos casos. El CESE considera necesaria la conclusión de acuerdos bilaterales, en particular con países que no han suscrito el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores" (DO C 125 de 21.4.2017).

ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes en esta fase (judicialización del proceso) revestirá un carácter residual, desde mi punto de vista, dado que la ruptura de la relación personal y familiar dificulta llegar a este tipo de acuerdos, máxime cuando con carácter previo, se ha fomentado la exploración de métodos alternativos para solucionar el conflicto y, no se han obtenido resultados.

Por último, cabe destacar que el "interés superior del menor", no solo queda salvaguardado sino que se refuerza aún más en este Reglamento. Entre las notas caracterizadoras, destaca su transversalidad, dado que se contempla como un principio rector en todo tipo de actuaciones (de carácter administrativo o judicial) en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores. Por otro lado, cabría señalar su funcionalidad vertebradora, al actuar como criterio modulador a la hora de establecer las reglas de competencia de los Estados miembros en este ámbito. Incluso, dependiendo del caso concreto, puede impedir el funcionamiento del principio de proximidad y, de la autonomía de la voluntad de las partes en la elección de foro, si el órgano jurisdiccional considera que el foro resultante de la elección de las partes se opone al "interés superior del menor". Y como no podría ser de otro modo, puede constituir un límite para acudir a la mediación como método alternativo de solución de los conflictos familiares en el ámbito europeo.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez González, S.: "Responsabilidad parental, transferencia de la competencia a los órganos jurisdiccionales de otro Estado Miembro e interés superior del menor. STJUE 27 octubre de 2016, C–428/15: D", *La Ley: Unión Europea*, nº 43, 30 diciembre 2016.

—: "De nuevo sobre la interpretación y alcance del art. 15 del Reglamento Bruselas II bis (Una alternativa efímera a la STJ 4 octubre 2018), nº 66, 31 enero de 2019, pp. 1–16 [<https://laleydigital.laleynext.es>].

Borrás Rodríguez, A.: "El 'interés del menor' como factor de progreso y unificación del Derecho internacional y privado", *Revista Jurídica de Cataluña*, vol. IV, 1994, pp. 47–99.

Campuzano Díaz, B.: "Una nueva Sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003. Sentencia de 17 octubre 2018, UD y XB AS. 393/18 PPU", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2019, vol. 11, nº 2, pp. 462–471.

—: "El Art. 15 del Reglamento 2201/2003 y la remisión a un órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. Nota a la Sentencia del TJUE de 4 octubre 2018, IQ y JO As. 478/17", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 452–461.

Chéliz Inglés, Mª. C.: *La sustracción internacional de menores y la mediación: Retos y vías prácticas de solución*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019.

Espinar Vicente, J.M.: "Dos apuntes críticos sobre el actual Derecho internacional privado español", *Relaciones transfronterizas, Globalización y Derecho. Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas, 2020, pp. 261–277.

—: *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1997.

Fernández Pérez, A.: "Aproximación al interés superior del menor en el Derecho internacional privado español", *Boletín Mexicano de derecho comparado*, 2018, pp. 107–13.

—: "Mediación familiar transfronteriza en el ámbito europeo", *La Ley, Derecho de Familia,* nº 17, enero–marzo, 2018, pp. 1–28.

—: "La mediación en la sustracción internacional de menores desde la perspectiva Europea", *Desarrollos Modernos del Derecho internacional privado Libro Homenaje al Dr. Pereznieto Castro, L.,* Tirant Lo Blanch, México, 2017, pp. 349–389.

González Beilfuss, C.: "Sustracción internacional de niños y ejercicio transnacional de los derechos de visita", *Sustracción internacional de menores y adopción internacional*, Madrid, Colex, 2004, pp. 89–114.

—: "Relaciones e interacciones entre Derecho Comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de Familia Europeo en la construcción de un espacio judicial común", *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 117 y 190.

—: "La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111", *Relaciones transfronterizas, Globalización y Derecho*, Homenaje al Profesor Doctor José Carlos Fernández Rozas, 1ª ed., Civitas, 2020, pp. 383–395.

—: "La competencia judicial en materia de nulidad, separación y divorcio; responsabilidad parental y sustracción civil de menores en Derecho internacional privado español", *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho Español y de la Unión Europea,* M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros (Dirs.), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 243–276.

—: "Problemática en la coordinación de instrumentos normativos aplicables a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual", *AEDIPr*, vol. XIV–XV, 2015, pp. 489–522.

—: "La implementación de la Directiva (UE) 2008/52 relativa a la mediación en asuntos transfronterizos", *Revista de Arbitraje comercial y de inversiones*, vol. XI, nº 2, 2018, pp. 465–482.

Jiménez Blanco, P.: *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008.

Lagarde, P.: "Le príncipe de proximité dans le droit de l´homme en droit comparé, *R. des C*. t. 196, 1986–I, pp. 26–129.

Orejudo Prieto de los Mozos, P.:"Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)", *La Ley: Unión Europea*, nº 21, 2014, pp. 5–22.

Pamboukis, CH. P.:"Droit Intenational Privé holistique: Droit Uniforme et Droit Internacional Privé, Cours general de Droit International privé", *Recueil des Cours*, t. 330, 2008.

Pérez Martín, L.A.: "Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales", *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho Español y de la Unión Europea,* M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros (Dirs.), Tirant lo Blanch, 2018, pp. 927–963.

—— : "La mediación en el ámbito internacional y nacional", *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho Español y de la Unión Europea,* M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 85–117.

Pérez Vera, E.: "Determinación y prueba de la nacionalidad", *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho Español y de la Unión Europea,* M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 903–925.

Rodríguez Pineau, E.: "Algunas cuestiones sobre la aplicación del Reglamento CE 2201/2003, *AEDIPr*, t, IV, 2004, pp. 261–286.

—— : "Sustracción internacional de menores, orden de retorno europea, exequátur y casación, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, nº 110, 2019, pp. 1–12. *BIB* 2019/5886.

Recibido: 27 marzo 2020
Aceptado: 12 mayo 2020

La transferencia de datos en las relaciones internacionales con especial atención a las relaciones familiares *

Carmen PARRA RODRÍGUEZ **

SUMARIO: I. Introducción. II. Los instrumentos internacionales relacionados con la transmisión internacional de datos. 1. La regulación internacional de la protección de datos: A) Instrumentos internacionales de alcance universal; B) Instrumentos internacionales de ámbito regional. 2. La regulación de la protección de datos en la Unión Europea. III. La transferencia internacional de datos en las relaciones familiares. 1. Los Convenios de La Haya que incorporan normas sobre protección de datos: A) Convenio de 1993 de Adopción Internacional; B) Convenio de 1996 sobre Protección de Niños; C) Convenio de 2000 sobre Protección de Adultos. D) Convenio de 2007 sobre Cobro de Alimentos. IV. Soluciones desde el Derecho internacional a la transferencia de datos en las relaciones familiares. 1. Soluciones basadas en la cooperación de autoridades: A) Las Autoridades Centrales; B) Creación de una Red de Autoridades de Apoyo. 2. Solución basada en la globalización de la información: A) Convenio internacional sobre la protección de datos; B) Ley uniforme para regular la transferencia internacional de datos. V. Conclusiones.

RESUMEN: El aumento de las relaciones familiares transfronterizas ha supuesto un incremento de la transferencia de datos para cubrir la información requerida por las autoridades de los países con la que estas relaciones mantienen diferentes vínculos. La importancia de este fenómeno puede verse reflejada en la incorporación en los Convenios internacionales de disposiciones que se hacen eco de esta situación. Sin embargo esta trasferencia de datos choca frontalmente con las normas nacionales o regionales que se desarrollan para proteger los derechos fundamentales de las personas. Esta protección variará en función del alcance de las medidas aplicadas tanto a los sujetos como al objeto de la información transferida Es necesario por tanto analizar las soluciones adoptadas en los instrumentos internacionales que se ocupan de la transferencia de datos en las relaciones familiares transfronterizas así como su compatibilidad con las normas nacionales y regionales que se aplican para proteger los datos de las personas. Conocer el alcance de esta situación ayudará a evaluar la efectividad de estos instrumentos así como la utilidad de contar con protocolos o guías que ayuden a los Estados a facilitar estos datos sin vulnerar los derechos de sus ciudadanos más allá de sus fronteras.

* Estudio realizado en el marco del Proyecto PGC 2018–096456–B–100 titulado: "La protección transfronteriza de la transmisión de datos personales a la luz del nuevo Reglamento europeo: Problemas prácticos de aplicación" subvencionado por la Agencia Estatal de Investigación.

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

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 215–244
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.08

PALABRAS CLAVE: TRANSFERENCIA DE DATOS – PROTECCION DE DATOS DERECHO DE FAMILIA – MENORES, RELACIONES TRANSFRONTERIZAS,

The Transfer of Data in Family Relations: Territoriality versus Universality

ABSTRAC: The increase in cross–border family relationships has led to an increase in the transfer of data to cover the information required by the authorities of the countries with which these relationships maintain different links. The importance of this phenomenon can be seen reflected in the incorporation in the international conventions of provisions that echo this situation. However, this data transfer clashes head–on with national or regional regulations that are developed to protect the fundamental rights of individuals. This protection will vary depending on the scope of protection both by the subjects and by the object of the transferred information. It is therefore necessary to analyze the scope of solutions in international instruments dealing with data transfer in cross–border family relationships as well such as its compatibility with national and regional regulations dealing with the protection of personal data. Knowing the scope of this situation will help to evaluate the effectiveness of these instruments as well as the usefulness of having protocols or guides that help States to facilitate this data without violating the rights of their citizens beyond their borders.

KEY WORDS: DATA TRANSFER – DATA PROTECTION – FAMILY LAW – CHILDREN – CROSS ‑BORDER RELATIONS.

I. INTRODUCCIÓN

Es una realidad que cada vez más las relaciones familiares transfronterizas aumentan en función de la globalización y del gran número de personas que se desplazan por motivos laborales, comerciales así como por los movimientos migratorios que afectan al planeta[1]. Esta situación ha propiciado un incremento de la transferencia de datos necesaria para cubrir la información requerida por las autoridades para identificar, proteger o en su caso cumplir con los requisitos legales propios de la población que vive

[1] K. Boele–Woelki, K. Oele–Woelki y otros (eds.), "Convergence and Divergence in Private International Law"*, Liber amicorum Kurt Siehr*, La Haya, Eleven International Publishing, 2010, pp. 259–345; A. Bucher, "La dimensión sociale du droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 341, 2009, pp. 360–415; C. Campiglio, "Los conflictos normo–culturales en el ámbito familiar", *CDT*, vol. 4 nº 2 pp. 5–21; G. Carella, "La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani", en E. Triggiani (coord.), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata,* Nápoles, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 429–475; J. Déprez, "Droit international privé et conflit de civilizations: aspects méthodologiques: les rélations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel", *Recueil des Cours*, t. 211, 1988–IV, pp. 11–341; H.T. Huntington, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Nueva York, Simon & Schuster Paperbacks, 1996; E. Jayme, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Recueil des Cours*, t. 251, 1995, pp. 9–90; P.A. De Miguel Asensio, "Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado", *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp. 541–558. P. Jiménez Blanco, "Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado", *REEI*, nº 35, 2018, pp. 1–19.

dentro de su territorio. Así, por ejemplo, los datos de la cuenta corriente del deudor de alimentos que vive en un país diferente al acreedor, el historial clínico de un menor que va a ser adoptado en otro Estado, los datos médicos de un adulto que va a ser tratado en un hospital extranjero son algunos ejemplos que nos ayudan a visualizar la multiplicación de transferencias que se llevan a cabo en el ámbito internacional.

La importancia de este fenómeno puede verse reflejada en diferentes instrumentos internacionales en el ámbito público y privado que sugieren y en casos obligan a los Estados a establecer pautas de comportamiento para armonizar los espacios de comunicación, evitando el proteccionismo en favor de la cooperación internacional[2]. Sin embargo, esta trasferencia de datos extraterritorial choca frontalmente con las normas nacionales, o en el caso de la Unión Europea regionales, que los Estados desarrollan para proteger los derechos fundamentales de las personas objeto de esta transmisión de datos[3]. Esta protección va a variar dependiendo de los sujetos cuyos datos son cedidos (menores o adultos) o el objeto de la información transferida (datos médicos, personales, genéticos, bancarios…)

Vistos estos precedentes las preguntas que surgen en casos de transmisión de datos en relaciones familiares transfronterizos son las siguientes: ¿qué tipo de información puede ser objeto de transmisión?, ¿qué uso se le puede dar a esta información en un litigio transfronterizo?, ¿existe una regulación que proteja los derechos fundamentales en las relaciones transfronterizas de datos que procedan de las relaciones familiares?.

Para responder a estas preguntas tendremos que analizar el alcance de las soluciones en los instrumentos internacionales que se ocupan de la

[2] N.A. Baarsma, *The Europeanisation of international family law*, La Haya, M.C. Asser Press, 2011; B. Campuzano Diaz, "La política legislativa de la UE DIPR de familia una valoración en conjunto, *CDT,* vol. 5, nº 2, pp. 234–264; N. Dethloff, "Arguments for the unification and harmonisation of family law in Europe", *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europ*e, en K. Boele–Woelki (ed.), Ámberes, Intersentia, 2003, pp. 52–84; M. Fallon, "Constraints of Internal Market Law on Family Law", en J. Meeusen, y otros (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2007, pp. 149–181; M. Fallon, P. Lagarde, y S. Poillot–Peruzzetto (dirs.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruselas, P.I.E. Peter Lang, p. 201; F.J. Jiménez Muñoz, "Armonización, convergencia y divergencia del Derecho de familia en Europa", *Revista Crítica de Derecho Europeo,* nº 768, p. 2083–2111; C.T. Kotubi, "External competente of the European Community in The Hague Conference on Private International Law: community harmonisation and worldwide unification", *Netherlands Int'l L. Rev.*, 2001, p. 20–45; H. Van Loon, y A. Schulz, "The European Community and The Hague Conference on Private International Law", *Justice, liberty, security: new challenges for EU external relations*, B. Martenczuk y S. Van Thiel (eds.), Brussels University Press, 2008, pp. 257–282.

[3] R. Baratta, "Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia", *AEDIPr,* t.. XVI, 2016, pp. 103–126.

transferencia de datos así como su compatibilidad con las normas nacionales y regionales que regulan la protección de datos de las personas cuyos datos son transferidos.

Conocer la dimensión de esta relación ayudará a evaluar la efectividad de estos instrumentos, así como la utilidad de contar con protocolos o guías que ayuden a los Estados a facilitar estos datos sin vulnerar los derechos de los ciudadanos más allá de sus fronteras.

II. Los instrumentos internacionales relacionados con la transmisión internacional de datos

En la actualidad, ha sido la popularización en el uso de Internet y de las redes sociales, así como el análisis avanzado de datos o el crecimiento del Internet de las Cosas, entre otros factores, los que han cambiado la manera de comunicarse la sociedad[4].

La transferencia de datos personales a través de las fronteras nacionales es un hecho de la vida contemporánea que hace que la comunidad global esté cada vez más interconectada, de tal manera que en la mayoría de los Estados las personas pueden llegar a obtener información de cualquier parte del mundo con un teclado y una conexión a Internet.

A medida que surgen nuevas tecnologías, el almacenamiento de datos se está volviendo geográficamente indeterminado. La computación y almacenamiento "en la nube" así como el creciente aumento de los servicios móviles están cambiando las reglas relativas a los sistemas de protección, privacidad, seguridad y confidencialidad. Es por ello que urge buscar sistemas de cooperación que sirvan para eliminar las restricciones nacionales innecesarias o irrazonables a los flujos de datos transfronterizos que crean barreras tanto a nivel comercial como personal o familiar.

Para ello, los Estados se han preparado para cooperar entre sí a través de mecanismos y procedimientos que garanticen el respeto de los datos transferidos de manera responsable a través de sus fronteras. Sin embargo, la realidad demuestra que existen diferencias en las reglas y regulaciones nacionales tanto en el contenido de los derechos protegidos como en el procedimiento utilizado para garantizar dicha protección, ello genera confusión, conflicto y contradicciones que afectan al flujo internacional de datos.

[4] *Vid.* N. Remolina, *Recolección internacional de datos: un reto del mundo post–internet*, Madrid, AEPD, 2015; A.I. Herrán Ortiz, *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de información*, Bilbao, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, 2003.

Para lograr una política práctica y efectiva de la protección de datos se deberían contemplar líneas de actuación que permitieran conciliar por un lado, las diferencias en los enfoques nacionales para la protección de la privacidad con las realidades modernas del flujo de datos global, los derechos de las personas para acceder a los datos en un contexto transnacional, y finalmente, constatar que tanto los datos como su procesamiento son fundamentales para impulsar el desarrollo y la innovación de los Estados. Para lograr estos objetivos los instrumentos internacionales de protección de datos buscan un equilibrio adecuado para animar a los Estados a potenciar la colaboración en un marco seguro.

1. La regulación internacional de la protección de datos

Desde que en la última mitad del siglo XX proliferaron los sistemas de comunicación electrónica de datos, han sido numerosos los instrumentos internacionales que se han ocupado de regular el efecto y los límites que podrían afectar a los derechos humanos, especialmente los relacionados con los denominados derechos personalísimos entre los que se encuentran el derecho a la vida, a la salud, a la libertad, al honor, a la intimidad, a la privacidad o a la propia imagen entre otros. Estos instrumentos internacionales han inspirado la mayor parte de las legislaciones nacionales si bien, el hecho de que muchos de ellos no fueran obligatorios ha dado lugar a adaptaciones e interpretaciones en función de los Principios y las particularidades propios de cada Estado. Dentro de este amplio abanico legislativo debemos distinguir varias categorías en función del alcance de su regulación (ámbito comercial, familiar…) en función del alcance territorial de los mismos (regional o universal) o en función de la acción protegida (transmisión, almacenamiento, acceso, rectificación…).

A pesar de las diferencias que todos estos instrumentos puedan comportar es cierto que comparten una serie de Principios que han permitido retroalimentar las soluciones a nivel global ayudando a crear reglas universales. Por ello vamos a analizar en primer lugar algunos de los instrumentos internacionales que establecen normas en torno a la protección de datos personales.

A) Instrumentos internacionales de alcance universal

La globalización así como la comunicación electrónica se han instalado en nuestra sociedad mejorando en el mayor de los casos la vida de las personas. No obstante, el aumento en el conocimiento de datos personales dentro del

sector privado, así como la recopilación de información personal a través de Internet (conocido como *Big Data*) ha puesto en sobre aviso a los Organismos internacionales que velan por la protección de los Derechos Humanos[5].

Así por ejemplo, la Resolución 45/95 de la Asamblea General, de 14 diciembre 1990 Naciones Unidas[6] estableció una serie de reglas aplicables al uso de archivos de datos personales informatizados, dejando a los Estados libertad para legislar siempre que respetasen los límites establecidos en la citada Resolución. El documento cuenta con dos grandes apartados, uno dedicado a los Principios relativos a las garantías mínimas que deben prever las legislaciones nacionales, y otro relativo a la aplicación de las Directrices de los archivos de datos contenidos en Organizaciones internacionales gubernamentales.

En su art. 9 se refiere al flujo transfronterizo de datos:

— Cuando la legislación de dos o más países afectados por un flujo transfronterizo de datos ofrezca salvaguardas similares para la protección de la intimidad, la información debe poder circular tan libremente como dentro de cada uno de los territorios afectados.
— En caso de que no existan salvaguardas recíprocas, no deberán imponerse limitaciones indebidas a tal circulación, sino solamente en la medida en que lo exija la protección de la intimidad.

Tal como se puede apreciar las directrices de Naciones Unidas permiten el flujo internacional de datos entre Estados siempre que existan los mismos niveles de protección, limitando solamente el tráfico cuando se vulnere el derecho a la intimidad.

Fruto de este interés se ha nombrado por parte del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas un Relator Especial sobre el derecho a la privacidad[7] cuya misión principal es la de estudiar tendencias, desarrollos y desafíos en relación con el derecho a la privacidad y hacer recomendaciones para garantizar su promoción y protección en relación con las nuevas tecnologías, identificando posibles obstáculos para su

[5] *Vid.* A. Garriga Domínguez, *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, 2ª Madrid, Dykinson, 2009.

[6] Asamblea General de la ONU, Principios rectores sobre la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales, adoptada mediante Resolución A/Res/45/95, de 14 diciembre 1990, disponible en inglés en [<http://www.refworld.org/docid/3ddcafaac.html>] (consultado 5 enero 2020)

[7] [<https://www.ohchr.org/EN/Issues/Privacy/SR/Pages/SRPrivacyIndex.aspx>] (consultado 11 enero 2020).

implantación así como promoviendo Principios y mejoras en las prácticas de este Principio a nivel nacional, regional e internacional[8].

Del mismo modo el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante ACNUR) ha creado un Protocolo para la transferencia de datos a terceros que puede servir como referencia dado el carácter sensible de los datos utilizados por esta Agencia internacional[9].

ACNUR, al igual que la Asamblea General de Naciones Unidas, a la que se remite en su texto, exige un nivel de protección similar respecto a los datos transferidos entre dos Estados reforzando la protección en los Principios de información, confidencialidad, seguridad y control sobre los datos transferidos. Otro de los elementos de protección que establece ACNUR es la exigencia, en la medida de lo posible, de firmar un acuerdo con el receptor de los datos en el que se incluya el tipo de datos transferidos, el uso que se hará de ellos, así como las medidas de protección y seguridad de las que serán objeto. También establece pautas para comprometer al tercero en su política de protección y permitir el monitoreo de los datos durante el tiempo en el que estén depositados. Por último ACNUR establece reglas especiales en la transferencia cuando los destinatarios sean Organismos nacionales o internacionales los que deban usar los datos estableciendo un compromiso especial en cuanto a su uso, dándoles un papel protagonista como garantes de las buenas prácticas en el respeto de los Principios que inspiran el flujo internacional de datos.

B) Instrumentos internacionales de ámbito regional

A nivel regional destacan varias Organizaciones que tienen como finalidad establecer reglas y prácticas dentro de su territorio. A continuación se citarán a modo ejemplificativo las que mayor repercusión han tenido en la protección de la transmisión de datos.

Es el caso de las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante OCDE) que regulan la protección de la privacidad y los flujos transfronterizos de datos personales[10] recogiendo en

[8] En esta misma línea el 18 diciembre 2013 se adoptó en la Asamblea General de las Naciones Unidas una Resolución sobre "el derecho a la privacidad en la era digital", demuestran el creciente interés internacional en los derechos de protección de datos [<https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/68/167>] (Consultado 11 enero 2020).

[9] UN High Commissioner for Refugees (UNHCR), *Policy on the Protection of Personal Data of Persons of Concern to UNHCR*, May 2015 [<https://www.refworld.org/docid/55643c1d4.html>] (consultado 5 enero 2020).

[10] *OECD guidelines governing the protection of privacy and trans border flows of personal data (C(80)58/FINAL, as amended on 11 July 2013 by C(2013)79).* www.ocde.org. (consultado 5 enero

su Preámbulo la definición de transferencia de datos personales como "el movimiento de datos personales a través de las fronteras nacionales"[11].

El Principio que protege la OCDE en la transferencia de datos es el de privacidad, haciendo a los Estados responsables de cualquier violación que pudiera hacerse en relación al mismo. En este sentido, la OCDE considera este documento como un estándar mínimo que en cualquier caso los Estados deben completar. Así por ejemplo, en su Parte 4 establece que los Estados pueden invocar de forma restrictiva sus normas de orden público y de soberanía para impedir el libre tráfico de datos si bien podrán controlar dicha transmisión teniendo en cuenta la naturaleza, el contexto y el carácter sensible del dato.

El Consejo de Europa ha recogido este mandato en el art. 12 del Convenio 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal[12] protegiendo el derecho a la vida privada contenido en el art. 8 de su Tratado Constitutivo[13] e invocado en diversas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH)[14]. El contar con instrumentos de control, como es el caso del TEDH y

2020). La actual regulación es el fruto de la revisión de la primera Guía de esta Organización que fue redactada en 1980.

[11] Preamble e) "*Transborder flows of personal data" means movements of personal data across national borders*

[12] Convenio 108 para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal [<https://www.coe.int/en/web/data–protection/convention 108–and–protocol>] (consultado 1 marzo 2020. Art. 12. *Flujos transfronterizos de datos de carácter personal y el derecho interno.* 1. Las disposiciones que siguen se aplicarán a las transmisiones a través de las fronteras nacionales, por cualquier medio que fuere, de datos de carácter personal que sean objeto de un tratamiento automatizado o reunidos con el fin de someterlos a ese tratamiento. / 2. Una Parte no podrá, con el fin de proteger la vida privada, prohibir o someter a una autorización especial los flujos transfronterizos de datos de carácter personal con destino al territorio de otra Parte. / 3. Sin embargo, cualquier Parte tendrá la facultad de establecer una excepción a las disposiciones del párrafo 2: a En la medida en que su legislación prevea una reglamentación específica para determinadas categorías de datos de carácter personal o de ficheros automatizados de datos de carácter personal, por razón de la naturaleza de dichos datos o ficheros, a menos que la reglamentación de la otra Parte establezca una protección equivalente; b cuando la transmisión se lleve a cabo a partir de su territorio hacia el territorio de un Estado no contratante por intermedio del territorio de otra Parte, con el fin de evitar que dichas transmisiones tengan como resultado burlar la legislación de la Parte a que se refiere el comienzo del presente párrafo.

[13] Convención para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Art. 8. *El derecho al respeto de la vida privada y familiar*. 1. Todas las personas tienen derecho al respeto por su vida privada y familiar, su casa y su correspondencia./ 2. No deberá existir interferencia de una autoridad pública con el ejercicio de este derecho excepto aquella que sea de acorde con la ley y necesaria en una sociedad democrática interesada en la seguridad nacional, seguridad pública o el bienestar económico del país, la prevención del desorden o el crimen, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de otros.

[14] [<https://www.echr.coe.int/Pages/home. aspx?p=home>] (consultado 1 marzo 2020). *Vid. Liberty y otros c. Reino Unido,* nº 58243/00 párr.62 y 63, TEDH 2008; *Marper c. Reino Unido (GS),*

actuar en un entorno en el que sus Estados cuentan con legislaciones que se ocupan de la protección y del flujo internacional de datos, ha permitido que la regulación en este Convenio sea más permisiva a la hora de establecer excepciones en la transmisión de datos por razones de seguridad.

El Convenio 108 ha sido modificado por el Protocolo 223[15] del Consejo de Europa (aún no en vigor) en cuyo art. 14[16] impide prohibir la transferencia de datos por razones de protección salvo para el caso en que pueda existir un riesgo real y grave en el Estado de destino. En estos casos siempre queda la duda de saber quién decide donde está el peligro.

También elimina la posibilidad de utilizar un tercer Estado como pantalla para cometer fraude de ley, permitiendo finalmente a los Estados que pertenezcan a una Organización internacional regional utilizar el sistema de protección establecida por ella.

Se puede decir que el Consejo de Europa con esta reforma ha ampliado las excepciones creando barreras a la transferencia internacional de datos para que los Estados puedan crear normativas que protejan a sus súbditos en supuestos de relaciones transfronterizas. Sin embargo, al mismo tiempo permite que las personas físicas o jurídicas puedan autorizar la transmisión de sus datos si, una vez que hayan sido informadas, consideran necesario o útil realizar la transferencia. Esta posibilidad deja de nuevo abierta una vía incierta en cuanto a la protección de los derechos de las personas vulnerables ya que este sistema permite tomar decisiones que afectarán a menores o a adultos con capacidades limitadas por parte de sus representantes sin que esté asegurada la protección de sus derechos.

Habrá que esperar a que el Protocolo entre en vigor para conocer los efectos de esta medida[17]. Mientras tanto, el Consejo de Europa ha editado un Manual de legislación europea en materia de la protección de datos[18] para ayudar a los Estados a proteger los derechos de sus ciudadanos.

En América la Organización de Estados Americanos (en adelante OEA) regula los aspectos relativos a la protección de datos en su Órgano

nº 30562/04 y 20566/04, párr. 102, TEDH 2008–V; *Rotaru c. Rumania (GS),* nº 28, nº 28341/95, párr.46, TEDH 2000–V; *Weber y Saravia c. Alemania,* nº 54934/00;párr.79, TEDH 2006–XI.

[15] Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data. CETS nº 223. [<https://www.coe.int/en/ web/ conventions/full–list/–/conventions/treaty/223>] (consultado 11 enero 2020). Este Protocolo entrará en vigor el 11 octubre 2023 si lo han ratificado 38 Estados miembros.

[16] El art. 14 ha sustituido al art.12 del Convenio 108.

[17] El Protocolo está previsto que entre en vigor el 11 octubre 2023 una vez que hayan ratificado su texto 38 países miembros del Consejo de Europa.

[18] Consejo Europa, "Manual de legislación europea en materia de la protección de datos", 2014.

denominado Comité Jurídico Interamericano[19]. El propósito de los Principios de la OEA sobre Privacidad y Protección de Datos Personales es establecer un marco para salvaguardar los derechos del individuo respecto a la protección de sus datos personales y su autodeterminación informativa. Los Principios se basan en normas y estándares internacionalmente reconocidos siendo su principal objetivo proteger a las personas de la recopilación, uso, retención y divulgación ilícita o innecesaria de sus datos personales.

Con estos Principios la OEA pretende ofrecer una guía para la preparación e implementación de las legislaciones nacionales en torno a la protección de datos. El documento elaborado por el Comité es orientativo y recoge prácticamente todas las directrices dictadas por los Organismos internacionales. Establece un listado de Principios que se debe respetar en torno al dato recogido (claridad, consentimiento, uso moderado, confidencialidad, protección, precisión…) regulando así mismo la transferencia de datos en el contexto americano. En relación a la transferencia internacional de datos, estos Principios establecen un estándar común para evaluar la privacidad de los Estados Miembros de la OEA, siendo su objetivo principal la armonización entre los diferentes sistemas legislativos que permite preservar la privacidad al tiempo que faculta la transmisión de flujos de datos seguros.

Dado que no todos los Estados de la OEA ofrecen el mismo nivel de protección, exigir reglas idénticas relativas a la privacidad como condición previa para las transferencias transfronterizas de datos entre los Estados miembros podría restringir indebidamente los flujos transfronterizos en detrimento de los derechos individuales de los nacionales de estos Estados. Por esta razón, estos Principios no son obligatorios ofreciendo un marco de armonización que respeta las diferencias entre los Estados. En este sentido avala las transferencias internacionales de datos personales entre Estados miembros siempre que estos ofrezcan un nivel similar de protección o en el caso de que ésta no exista, los Principios permiten que se puedan tomar individualmente medidas de protección efectivos.

Desde la Organización denominada *Asia–Pacific Economic Cooperation* (en adelante APEC)[20] la transferencia de datos internacionales se regulan a través de los Principios contenidos en un documento que controla un Subcomité creado dentro de esta Organización[21]. El texto dedica la mayor

[19] *Inter–American Juridical Committee Principles on Privacy and Data Protection 86th Regular Session 23–27, 2015 OEA/Ser.Q CJI/doc. 474/15 rev.2 Rio de Janeiro, Brazil March 26, 2015* [<http:// www.oas.org/es/sla/ddi/boletines_informativos_Proteccion_datos_personales_CJI_informe_Abr–2015.html>].

[20] [<https://www.apec.org/About–Us/About–APEC>].

[21] [<https://www.apec.org/Groups/Committee–on–Trade–and–Investment/Digital–Economy–teering–Group>].

parte de su articulado a la protección de datos interna dejando para el final (en tres apartados) las cuestiones que afectan a la transferencia internacional de datos con Estados terceros. A pesar de su carácter económico establece una serie de pautas que pueden aplicarse a cualquier sector en la transmisión de datos ya que regula básicamente mecanismos de cooperación que permiten a los Estados compartir información de manera rápida y sistemática tomando como base, al igual que el resto de Organizaciones analizadas, el Principio de privacidad y el de confidencialidad. Así mismo, alienta a los Estados a desarrollar marcos o mecanismos para el reconocimiento mutuo o la aceptación de reglas con alcance transfronterizo que rompan las barreras que se puedan crear entre los Estados.

Por último la región africana también cuenta con una Organización internacional llamada *Economic Community of West African States* (en adelante ECOWAS)[22] que ofrece a los Estados de la región orientaciones en materia de transmisión de datos personales[23] más allá de los puramente económicos[24].Si bien su regulación no es exhaustiva, recoge en su Capítulo V los Principios que deben tener los datos personales de los nacionales de los Estados miembros (similar a las anteriores Organizaciones) dedicando el art. 36 a la transferencia de datos a Estados no miembros de ECOWAS a los que les exige tener un nivel de protección que respete la privacidad y los derechos individuales de las personas.

En conclusión, se puede decir que a pesar de la fragmentación existente a nivel territorial las Organizaciones internacionales que agrupan a los Estados en los cinco continentes ofrecen Principios similares en cuanto a la protección de los datos coincidiendo todas ellas en la importancia de la privacidad. Así mismo exigen que las autoridades controlen el consentimiento, la confidencialidad, el uso, la seguridad y el control de los datos. Por otro lado, todas son partidarias de apoyar el flujo transfronterizo de datos si bien exigen un nivel de protección similar al existente en el Estado de emisión de datos que puede ser ofrecido bien por la legislación nacional como por la propia de la Organización internacional.

---

[22] [<https://www.ecowas.int/>].

[23] *Thirty–Seventh Session of the Authority of Heads of State and Government. Supplementary Act A1SA.1F01F10 on personal data protection* [<https://www.ejiltalk.org/the–growing–importance–of–data–protection–in–public–international–law/>].

[24] El texto se ocupa del tratamiento de datos sensibles y datos de salud en las definiciones contenidas en el art. 1 del texto: "*Sensitive data means personal data relating to an individual's religious, philosophical, political, trade union opinions or activities, to his sexual life, racial origin or health, relating to social measures, proceedings, and criminal or administrative sanctions. Health data means any information about the physical and mental health of the data subject, including the above–mentioned genetic data".*

Por último, todas ellas cuentan con autoridades públicas de control que supervisan la normativa y responden a las dudas que su aplicación pueda plantear[25].

En cualquier caso el punto débil de estos instrumentos internacionales se encuentra en la falta de obligatoriedad de las reglas establecidas, así como por la ausencia de criterios uniformes para determinar las excepciones a la transferencia internacional de datos.

2. La regulación de la protección de datos en la Unión Europea

La singularidad de la Unión Europea como Organización de integración le da, en el caso de la regulación de la protección de datos, un status diferente al del resto de las Organizaciones internacionales ya que las normas que rigen las relaciones entre sus Estados miembros no son de carácter convencional sino que utiliza una legislación propia que sustituye en las relaciones intracomunitarias a la legislación estatal. A ello se une además su carácter tanto económico como político que le permite salir del ámbito comercial para tratar temas de derecho de familia y de protección de la persona.

Respecto a la regulación de la protección de datos de carácter personal la CDFUE la incluye en su art. 8[26].

1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.
2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación.
3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.

[25] En la OEA y en ECOWAS lo realiza el *Data controller,* en la APEC el *Personal information controller* y en ACNUR es el controlador de datos. En todos los casos se refiere a la persona física o jurídica, entidad privada, autoridad pública u otro organismo con la responsabilidad del almacenamiento, procesamiento, uso, protección y difusión de los datos en cuestión. *Vid.* P. Grimalt Servera, "Deberes y responsabilidad en materia de protección de datos", en S. Cavanillas Múgica (coord.). *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar*, Granada, Comares, 2005.

[26] Junto al art. 8 también están relacionados el art. 6 "Derecho a la libertad y la seguridad", art. 7 "Respeto de la vida privada y familiar" y el art. 11 "Libertad de expresión y de información".

Esta base legal, obligatoria para los Estados miembros que la han ratificado, ha servido para dar fundamento a una regulación específica que se ha realizado de manera progresiva.

En primer lugar, la Directiva 95/46 ha permitido armonizar las legislaciones de los Estados miembros[27] estableciendo una serie de pautas que se repiten en el resto de los países del mundo que han optado por regular la protección de datos. La Directiva, en relación con las normas internacionales expuestas, lleva a cabo una regulación más exhaustiva, si bien los Principios en los que se basa (privacidad, intimidad, confidencialidad…) son los mismos contenidos en la Reglas y Principios de las Organizaciones internacionales analizadas. Ello se debe a que la Directiva contaba ya con un marco normativo que ha aproximado la legislación en los Estados miembros, completando la protección de datos en sus Estados miembros. La Directiva recogió todos los Principios relativos a la calidad de los datos y se ocupó de la legitimación de su tratamiento ofreciendo participar al interesado si así fuera necesario. Estableció como novedad en su Capítulo III un sistema de recursos judiciales, responsabilidad y sanciones para el caso de incumplimiento de estas normas y en su Capítulo I y se ocupó de la transferencia de datos personales a terceros Estados sólo en los casos en los que fuera necesario, manteniendo el nivel de seguridad, si bien esta interpretación se hizo de forma restrictiva teniendo en cuenta diferentes factores enumerados en la Directiva. No obstante los interesados podrían aceptar la transmisión siempre que estuviera motivada según los criterios contenidos en esta norma.

Posteriormente el Reglamento europeo de protección de datos 2016/679[28] (en adelante el RGPD), que ha sustituido a la Directiva 95/46

[27] Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 octubre 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos DO L 1995, nº.28, p. 31–50. *Vid.* M. Arenas Ramiro, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006*;* M.A. Davara Rodríguez, *La Protección de datos en Europa: principios, derechos y procedimiento,* Madrid, Grupo Asnef Equifax, 1998; A. Rallo Lombarte, R. García Mahamut, *Hacia un Nuevo Derecho Europeo de Protección de Datos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; A. Téllez Aguilera, *La protección de datos en la Unión Europea. Divergencias normativas y anhelos unificadores*, Madrid, Edisofer, 2002; A. Prieto Andrés, "La nueva Directiva europea sobre el tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones", *La Ley*. Año XXIII, nº 5620, 26 septiembre 2002, pp. 1–3.

[28] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, 27 abril 2016, relativo a la protección de las personas 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. DO 2016 L 119, p. 1–88; M. Arias Pou, "Definiciones a efectos del Reglamento General de Protección de Datos", en J.L. Piñar Mañas, (dir.). *Reglamento General de Protección de Datos, hacia un modelo europeo de privacidad*, Madrid, Reus, 2016; J. López Calvo, *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Madrid, Sepin, 2017; J. Fernández Conte y D. León Burgos, "Antecedentes y proceso de

desde el 25 mayo 2018[29], ha creado un marco uniforme en el espacio europeo que asegura la transferencia de datos dentro del territorio comunitario. El RGPD ha introducido cambios importantes si bien no todos los que se habían planeado, reforzando visiblemente la protección de los datos de los particulares y manteniendo la vigencia de los Principios sobre protección de datos ya conocidos. Este Reglamento es el resultado de numerosos debates entre los diferentes organismos, empresas, gobiernos y autoridades de protección de datos europeas debido al avance de las nuevas tecnologías en las últimas décadas que han obligado a reforzar la protección en torno a la privacidad y la protección de datos[30].

Si bien el RGPD no desplaza a las legislaciones nacionales éstas no pueden contradecir la letra de la norma comunitaria[31].

El RGPD se centra en el impacto de privacidad estableciendo medidas preventivas adecuadas para proteger al interesado en el deber de información en torno al origen, destino y contenido de los datos[32]. En relación al consentimiento obliga a realizar una declaración al interesado que permita determinar su conformidad, no aceptándose el consentimiento tácito[33]. La transparencia[34] se refuerza en torno a los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición, los derechos de reclamación o queja así como el derecho al olvido[35], mientras que respecto a la seguridad se exige a los entes públicos y privados una actitud proactiva para garantizar un correcto tratamiento y almacenamiento de los datos de los interesados.

Una de las novedades más importante que aporta el RGPD es su dimensión extraterritorial ya que no limita su efecto al territorio de la Unión

reforma sobre la protección de Datos en la Unión Europea", en J.L. Piñar Mañas (dir.), *Reglamento General…*, *op. cit.*

[29] La entrada n vigor se produjo para algunas de sus disposiciones el 25 mayo 2016 entrando plenamente en vigor en 2018.

[30] En su momento la Directiva 95/46 cumplió el mismo propósito dado el progresivo tratamiento de datos en soporte informatizado o el crecimiento en las capacidades de almacenamiento de datos.

[31] En el caso español la LO15/1999, de 13 de diciembre (BOE 14.12.1999) y el RD 1720/2007 de 21 de diciembre (BOE 19.1. 2008).

[32] *Vid.* P. De Barrón Arniches, "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales", *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 61, 2019, pp. 29–65.

[33] Para datos sensibles o datos biométricos la declaración deberá ser expresa

[34] J.L. Piñar Mañas, *Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio*, Madrid, Fundación Alternativas, 2009; *id.*, *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, Madrid, Madrid, 2014; *id.*, *"Objeto del Reglamento"*, en J.L. Piñar Mañas (dir.), *Reglamento General…, op. cit.*.

[35] M. Álvarez Caro, *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, Madrid, Reus, 2015.

Europea si no que lo amplía a todos los datos que estén destinados a ciudadanos o empresas europeas independientemente del lugar de donde procedan.

En definitiva el objetivo RGPD no es otro que el de proteger y velar por el correcto tratamiento de datos de los interesados, permitiendo la libre circulación de datos de los ciudadanos en la Unión Europea ofreciendo un marco general que actúe transversalmente en toda la normativa aplicable.

Junto a estas normas comunitarias el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también está contribuyendo a la consolidación del Derecho Europeo de la protección de datos llevando a cabo una labor interpretativa a través de las cuestiones prejudiciales que los jueces nacionales le presentan y que han servido para uniformizar la aplicación propia de cada Estado miembro[36].

III. LA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS EN LAS RELACIONES FAMILIARES

Una vez expuesto el marco internacional y regional que regula la protección de datos hay que analizar cómo afecta en la vida de las personas. En este sentido las relaciones familiares transfronterizas se han multiplicado en las últimas décadas al mismo nivel que lo han hecho las disputas y conflictos en los tribunales nacionales, planteando en el ámbito judicial una gran incertidumbre en relación a la comunicación de datos que se pueden enviar cuando la información tiene que atravesar una frontera.

[36] *Vid.* STJ 20 mayo 2003, C–465/00 *Österreichischer Rundfunk y otros;* C–138/01, *Rechnungshof c. Österreichischer Rundfunk y otros;* C–139/01, *Christa Neukomm y Joseph Lauermann c. Österreichischer Rundfunk;* STJ 9 marzo 2010, C–518/07, *Comisión Europea c. República Federal de Alemania;* STJ octubre 2012, C–614/10, *Comisión Europea c. República de Austria;* STJ 7 noviembre 2013, C–473/12, *Institut professionnel des agents immobiliers (IPI) contra Geoffrey Englebert y otros;* STJ 8 abril 2014, C–288/12, *Comisión Europea c. Hungría;* STJ de 8 de abril 2014, C–293/12 *Digital Rights Ireland Ltd c. Minister for Communications, Marine and Natural Resources y otros y Kärntner Landesregierung y otros y C–594/12*: *Seitlinger y otros;* STJ 13 mayo 2014, 201, C–131/12 *Google Spain, S.L. y Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González*; STJ 6 octubre 2015, C–62/14, *Maximillian Schrems c. Data Protection Commissioner;* STJ 11 diciembre 2019, C–708/18, *TK c. Asociaţia de Proprietari bloc M5A–ScaraA.* Asuntos pendientes C–520/18 *Ordre des barreaux francophones y germanophone y otros*; C–512/1; *French Data Network y otros*; C–623/17, *Privacy International;* C–78/18, *Comisión c. Hungría (Transparence associative*) en [<http://curia.europa.eu/ juris/ recherche.jsf?language=es>] (consultado 25 febrero 2020). *Vid.* P.A. De Miguel Asensio, Aspectos internacionales de la protección de datos: las sentencias Schrems y Weltimmo del Tribunal de Justicia, *La Ley: Unión Europea,* nº 31, 30 noviembre 2015, pp. 1–11, A. Rallo Lombarte, *El derecho al olvido en internet: Google versus España,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

Independientemente de las soluciones adoptadas por cada Estado, en la mayoría de los casos utilizando la legislación general para la transferencia de datos que aplican a los supuestos objeto de litigio, existe una tendencia a buscar soluciones dentro de Organizaciones internacionales que ofrezcan mecanismos para facilitar tanto el intercambio de información como para establecer criterios comunes que permitan proteger los intereses de las personas.

No debemos de olvidar que son colectivos en muchos casos vulnerables (menores, personas con discapacidad, deudores de alimentos…) que necesitan una protección mayor a la que se encuentra en el ámbito comercial donde los datos que se transmiten no son datos sensibles en contraposición a los datos sensibles que forman parte de las relaciones personales y familiares[37].

1 Los Convenios de La Haya que incorporan normas sobre protección de datos

En este sentido, es la Conferencia de la Haya[38] la Organización internacional que se ocupa de establecer una normativa específica para asegurar la protección y la confidencialidad de los datos que deben ser transmitidos en las relaciones familiares transfronterizas siendo los Convenios que contienen regulación específica sobre la protección de datos los siguientes:

El Convenio de 29 mayo 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional[39] (en adelante Convenio

[37] En este sentido Cristea dice al respecto que "los datos sensibles son datos que nos identifican y que hacen referencia a la ideología, origen racial o étnico, afiliación sindical, la situación patrimonial, la situación financiera, las opiniones políticas, color de pelo, filosóficas, religiosas, las condenas penales, la salud o vida sexual, ente los más significativos, aspectos absolutamente personales e intrínsecos de cada individuo. En base a ello, podemos sostener que tendrán la consideración de datos sensible, aquellos que, en caso de divulgarse de manera indebida, perturbarían la esfera más íntima del ser humano. Porque, no todos los datos personales tienen la categoría de sensibles. Serán considerados datos personales si revelan aspectos de nuestra vida privada, pero serán considerados datos sensibles si son datos que revelan aspectos íntimos de las personas". *Cf.* L. Cristea Iuvaru, La *protección de datos de carácter sensible: Historia digital y Big data en salud,* J.M. Bosch editor, 2018, esp. pp. 44–45; A.I. Herrán Ortiz, *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 263–273; P.L. Murillo de la Cueva "El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales", *Cuadernos de Derecho*, nº 20, 2008, pp. 43–58; *id.*, "La protección de los datos de carácter personal en el horizonte de 2010", *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº. 2, 2009, pp. 131–142; *id.*, "Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa", *Revista de Internet, Derecho y Política* nº 5, 2007, pp. 18–32; J. Gómez Navajas, *La protección de datos personales*; Cizur Menor, Thomson–Civitas, 2005, pp. 425–430.

[38] [<https://www.hcch.net/>].

[39] [<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full–text/?cid=69>].

de 1993 sobre Adopción internacional) en sus arts. 30 y 31, y en relación al contenido de la información con los arts. 15 y 16 del citado texto. El Convenio de 19 octubre 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños[40] (en adelante Convenio de 1996 sobre Protección de Niños) en sus arts. 41 y 42 sobre la protección de datos y con los arts. 32, 34, 36 y 37 en relación a las autoridades que deben transmitir la información en los aspectos que afectan a la protección del menor. El Convenio de 13 enero 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos[41] (en adelante Convenio de 2000 sobre Protección de adultos, que aún no ha entrado en vigor) en sus arts. 39 y 40 dedicados a la protección de datos en relación con los arts. 32 y 35 sobre el papel que desempeñan las autoridades competentes, y por último el Convenio de 23 noviembre 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia[42] (en adelante Convenio de 2007 sobre Cobro de Alimentos) que se ocupa de la protección de datos en sus arts. 38 a 40.

Todos ellos comparten el ser Convenios que se ocupan de la regulación de las relaciones familiares transfronterizas protegiendo los datos de las personas receptoras de dicha protección, utilizando para ello fórmulas similares a las que se han expuesto en otros instrumentos internacionales. Todos consideran necesaria la transmisión de datos si bien al estar dentro de instrumentos convencionales las medidas de excepción por falta de criterios de seguridad en la regulación estatal no aparecen en los textos, siendo solo considerada necesaria la prohibición o el control de la transmisión de datos si puede poner en peligro a la persona interesada.

Para asegurar la privacidad y la confidencialidad de los datos proporcionados por las autoridades nacionales, serán las Autoridades Centrales de cada Estado contratante las que se ocuparán de controlar tanto el contenido de la información como su buen uso.

No obstante, existen diferentes niveles de control dependiendo del objeto del Convenio.

A) Convenio de 1993 de Adopción internacional

En el Convenio de 1993 de Adopción internacional la transmisión de datos la puede hacer la Autoridad Central o los padres adoptivos con autorización pudiendo ser objeto de transmisión de datos sensibles como

[40] [<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70>].
[41] [<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=71>].
[42] [<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=131>].

son la historia médica del niño o la de su familia (art. 30) o la referencia a la religión que profesan los padres adoptantes.

Llama la atención en este sentido que el texto del Convenio, al referirse a los organismos acreditados (arts. 10 a 12) llamadas en España ECAIS (Entidades de Cooperación para las Adopciones Internacionales), no les otorgue funciones específicas en la conservación y transmisión de dato, si bien se les podría pedir responsabilidades por el incumplimiento del deber de privacidad, al considerarlas entidades colaboradoras en el proceso de adopción. No obstante, no hubiera estado de más asignarles un papel protagonista en el proceso ya que son ellas las que gestionan la información que les dan las Autoridades del Estado de origen respecto de los menores adoptados.

Un aspecto no resuelto por este Convenio es el relativo a la transmisión de la información de los padres biológicos para el caso de que éstos no quieran darse a conocer, ya que el derecho a la intimidad entra en conflicto con el derecho del niño a conocer su origen[43], tal como establece el art. 7.1º del Convenio de Derechos del Niño[44]. En estos casos será el Estado de origen del niño quien conservará la información y decidirá sobre el tiempo de almacenamiento y las condiciones para su transmisión siguiendo sus normas sobre protección de datos[45]. En cualquier caso, el uso de los datos se limitará a la finalidad propia del Convenio, responsabilizando a la autoridad de cada Estado de esta obligación en el caso se incumplimiento

Finalmente, el hecho de que el Convenio de adopción sólo se aplique a menores de 18 años da lugar a que el derecho a la información lo tenga de manera efectiva el representante del menor lo que no asegura siempre su protección[46].

---

[43] C. Parra Rodríguez, "El derecho a conocer el origen del adoptado ¿cuestión de Estado*?", La obra jurídica del Consejo de Europa: (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)* P.A. Fernández Sánchez (coord.), 2010, pp. 547–565; J.A.Vela Sánchez, "El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos", *Diario La Ley*, nº 7526 13 diciembre 2010; M.C. Quesada González,"El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", *Anuario de Derecho Civil,* Abril–junio, 1994, pp. 236–302; Ph. Malaurie,"La Cour Européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines : L' affaire *Odièvre*" *La semaine juridique*, 26 marzo 003, nº 26, pp. 530–558, esp. pp. 545–546; M. Ballesteros de los Rios, "El derecho del adoptado a conocer sus orígenes".– *Westlaw es*., BIB 2008/2868, pp. 2–18; F. Hernández, "De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 febrero 2003", *Actualidad civil*, 24, 2003, marginales 593 a 632.

[44] Art. 7.1º. "El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos".

[45] *Vid.* Informe Explicativo del Convenio de adopción [<https://www.hcch.net/es/publications–and–studies/details4/?pid=2279>].

[46] P. Díaz Domínguez, "El papel del menor en la decisión de su propio interés: su derecho a ser oído y escuchado", *Diario La Ley*, nº 9542, 23 diciembre 2019, pp. 1–16.

B) Convenio de 1996 sobre Protección de Niños

Si en el Convenio de adopción el control en la transmisión de datos está relacionada con el Principio de privacidad y confidencialidad respecto al niño y a la familia, en el caso del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños el control se centra en la seguridad del menor. Por ello, los artículos 41 y 42 se ocupan de la protección de datos y de la privacidad en relación con los arts. 32, 34 y 36, prohibiéndose la transmisión de datos en el caso de que tal solicitud o transmisión pueda "poner en peligro la persona o los bienes del niño o constituir una amenaza grave para la libertad o la vida de un miembro de su familia" (art. 37). En este sentido, el Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños[47], considera que el niño se encuentra en un grave peligro cuando sufra una enfermedad que imponga un tratamiento constante, esté expuesto a la droga o a la influencia de una secta, esté en desatención o sea víctima de abuso. Es la Autoridad Central, siempre que se considere necesario, la encargada de proporcionar dicha información ya sea directamente o sea con el concurso de las autoridades públicas o de otros organismos (art. 32).

Aunque el texto del Convenio no lo específica, el Informe Explicativo realizado por el profesor Paul Lagarde [48] considera que las autoridades a las que se hace referencia son sólo autoridades públicas, por ser las únicas que pueden tomar medidas de protección, y no asociaciones u organismos no gubernamentales. Esta limitación de las autoridades a las que se les puede solicitar información solo se justifica para evitar los peligros de una recolección incontrolada de informaciones.

El otro factor que interviene en este control es el interés superior del niño[49] ("si la situación del niño lo exige") que debe servir de guía, tanto a la

[47] Manual Práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños [<https://www.hcch.net/es/publications–and–studies/details4/?pid= 6096&dtid=3>]; *Vid.* J. Pirrung, "Improvements to international child protection as a result of the 1996 Hague Chile Protection Convention", *International Family Law,* 2012, p. 73

[48] *Vid.* Informe Explicativo del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños [<https://www.hcch.net/es/publications–and–studies/details4/?pid=2943&dtid=3>].

[49] El interés superior del niño inspira las soluciones de las legislaciones e internacionales. *Vid.* A. Fernández Pérez, "Aproximación al interés superior del menor en el Derecho internacional privado español", *Boletín mexicano de Derecho comparado*, nueva serie, año L, nº 151, enero–abril de 2018, pp. 107–134; A. Borrás Rodríguez, "El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado", *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 1994, pp. 915–967; I.E. Lázaro González, "El interés superior del niño en la reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia", Familia y Sucesiones. *Cuaderno Jurídico*, nº 114, 2016, pp. 18–26; M.I. de la Iglesia Monje, "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

autoridad requirente como a la autoridad requerida. En cualquier caso, la autoridad requerida no estará nunca obligada a proporcionar las informaciones solicitadas pudiendo disponer de un poder propio de apreciación, ya que se puede dar el caso de que su ley interna no le permita responder a la solicitud de informaciones, particularmente cuando ésta infrinja normas sobre el secreto profesional[50].

Por último, cabe indicar que la protección de datos (art. 41) debe continuar garantizándose después de que el niño alcance la edad de 18 años[51]. En cuanto a la confidencialidad de la información trasmitida (art. 42) se deberá hacer conforme a la ley del Estado de la autoridad destinataria de las informaciones.

C) Convenio de 2000 sobre Protección de Adultos

Un control similar es el que aplica el Convenio de 2000 sobre Protección de Adultos en el que la protección puede ser de carácter personal si se trata de personas discapacitadas o con enfermedades degenerativas o de tipo patrimonial si se trata de proteger los bienes que la persona ha generado a lo largo de su vida y que por razones de cambio en su residencia habitual a otro Estado se convierten en relaciones transfronterizas. En cualquier caso, y dado que el Convenio solo se aplicará en casos internacionales, es importante el control de los datos que se transmitan entre los Estados. El esquema que se utiliza en este Convenio es similar al que se utiliza en la protección de menores permitiendo la comunicación entre las autoridades competentes (han de ser públicas) de los Estados contratantes para pedir información útil para la protección del adulto. De este modo se toman precauciones para evitar los peligros de una recogida descontrolada de datos, ya que la solicitud de información sólo estará autorizada "si así lo requiere la situación del adulto". El Informe explicativo del Convenio[52] sigue diciendo que esta solicitud de información no podrá realizarse cuando la misma pudiera poner en peligro la persona o el patrimonio del adulto, o constituir una amenaza grave para la libertad o la vida de un miembro de su familia (art. 35). Aunque el texto no lo dice expresamente, la autoridad requerida no estará en ningún caso obligada a proporcionar la información solicitada, dejándola a su

su supremo interés", *La Ley,* nº 8590, 2015; M. Marañón Astolfi, El interés del menor en los sistemas español y anglosajón: De la tradicional divergencia a la actual convergencia entre sistemas jurídicos", *Revista de Derecho Privado,* nº 2, marzo–abril, 2018, pp. 65–87.

[50] Informe Explicativo del Convenio de protección de menores [<https://www. hcch.net/es/publications–and–studies/details4/?pid=2943&dtid=3>].

[51] En relación con el artº 2 del Convenio de protección de menores.

[52] [<https://www.hcch.net/es/publications–and–studies/details4/?pid=2951&dtid=3>].

propio criterio de apreciación sin obligarla tampoco a motivar por escrito su decisión de denegar la información. En ocasiones puede darse el caso de que su legislación interna no le permita cursar la solicitud de información por incurrir en la legislación propia del secreto profesional.

El Convenio permite que la información la gestionen las autoridades competentes designadas por cada Estado[53]. Si bien esta flexibilidad de funcionamiento puede ayudar en la tramitación, en otros casos puede obstaculizar el funcionamiento de la cooperación especialmente cuando la autoridad requerida no pueda identificar fácilmente a la autoridad requirente ni valorar su aptitud para obtener los datos necesarios. Para solucionar estos casos, los Estados pueden solicitar que solo las Autoridades Centrales se ocupen de esta actividad. Por último, el Convenio de Protección de Adultos pone el énfasis en la confidencialidad tanto en la información como respecto a la autoridad que la expida ya que de alguna manera ella también es receptora de la información que transmite electrónicamente.(art. 40).

D) Convenio de 2007 sobre Cobro de Alimentos

El Convenio de 2007 sobre Cobro de Alimentos sigue la misma línea de protección que los anteriores si bien el tipo de dato que prevalece en el flujo de información está más relacionado con la supervivencia y la solvencia económica que con la historia de vida de la persona. Por ello los arts. 38 a 40 se centran en aspectos relativos a la confidencialidad y la no divulgación de la información estableciendo un *standard* mínimo de protección para todos los Estados contratantes, ya que no todas las leyes internas tienen el mismo nivel de protección. De no darse esta mínima protección las partes implicadas proporcionarían menos información, lo que podría perjudicar el cobro de los alimentos[54]. Están autorizadas para emitir la información tanto las Autoridades Centrales como las autoridades competentes, a los organismos públicos y a otros organismos sujetos a la supervisión de las autoridades competentes del Estado requirente o del Estado requerido, estando todas ellas comprometidas en tomar las medidas adecuadas frente a sus proveedores de servicios. No obstante, los Estados deben garantizar que la protección de la confidencialidad no vaya en contra del derecho a una defensa justa del demandado en un caso particular, ya sea el acreedor o el deudor.

[53] *Vid.* European Law Institut, Report on the Protection of Adults in International Situations, p. 11 [<https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Protection_of_Adults_in_International_Situations.pdf>].

[54] Así lo establece el Informe Explicativo del Convenio realizado por la Profesora Alegria Borrás y Jennifer Degeling [<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised–sections/ child–support/>].

Asimismo, el Convenio hace especial hincapié en el deber de las autoridades de no divulgar la información obtenida o transmitida especialmente si esto supone poner en peligro a la persona. En este sentido, la autoridad competente no podrá comunicar al demandado informaciones para ayudar a localizar a una parte o al niño si con ello se puede poner en peligro a alguna de las personas interesada, ni tampoco puede proteger a los deudores de las medidas de ejecución. Por otro lado, el Convenio permite a las Autoridades Centrales rechazar una solicitud por falta de datos considerados obligatorios en su ley interna[55].

Como se puede observar ser parte de una Organización internacional ayuda en el flujo internacional de datos pero no lo asegura. Es por ello que se han de buscar soluciones globales que no interfieran en la transmisión de la información y que no discriminen a la persona en función de los Estados donde se desarrollen las relaciones familiares.

IV. Soluciones desde el Derecho internacional a la transferencia de datos en las relaciones familiares

Llegados a este punto hay que buscar soluciones que minimicen la fragmentación legislativa permitiendo la libre circulación de datos entre el mayor número de Estados. Para ello, y en vista de lo expuesto existen dos tendencias, una que propone una aproximación progresiva utilizando sistemas que ya funcionan en la actualidad basados en la cooperación de autoridades. La otra solución, más clásica y utópica, consiste en proponer la elaboración de un Convenio internacional con alcance global que permita el flujo de datos sin tener en cuenta las fronteras. A continuación se analizarán ambas soluciones.

1. Soluciones basadas en la cooperación de autoridades

La falta de una regulación uniforme de la protección de datos ha dado lugar a dos tipologías de Estados. Por un lado, Estados que han desarrollado

[55] Una Autoridad Central puede rechazar dar curso a una solicitud sobre la base de que no se hubiera incluido una dirección personal en la solicitud. Para evitar casos como este se propuso durante la negociación incluir en la solicitud lo que se llama una dirección "a la atención de" (*in the care of*), de forma que el solicitante reciba allí los informes de seguimiento y otros documentos. En muchos Estados, la dirección "a la atención de" es la dirección de la Autoridad Central. Sin embargo, la Autoridad Central requerida podría no estar en condiciones de iniciar un procedimiento en el que aparece una dirección "a la atención de" si su derecho interno exige que la dirección personal del demandante figure en el expediente para aceptar la solicitud. En este caso, la Autoridad Central requirente puede escoger entre comunicar la dirección personal del demandante o abandonar el procedimiento. *Op. cit.* nota 45 *Informe* Explicativo p. 48.

una legislación protectora apoyada por las acciones judiciales que permiten asegurar el cumplimiento de las reglas establecidas, y por otro lado Estados que cuentan con un nivel de protección muy bajo. Para resolver esta dicotomía hay que confiar en Organismos internacionales que incorporen sistemas de control que generen confianza en la transmisión de datos entre los diferentes Estados implicados. El modelo ofrecido por la Conferencia de la Haya puede servir como ejemplo.

A) Autoridades Centrales

La Conferencia de la Haya contempló en un primer momento el mecanismo de la cooperación entre las autoridades de los diversos Estados contratantes llamados a tomar medidas de protección de la persona, sin embargo este sistema retrasaba las soluciones a adoptar por las divergencias en sus legislaciones. Por ello la Conferencia optó por designar en cada Estado contratante una Autoridad central que actuaría como punto de contacto en cada Estado resolviendo dudas y peticiones planteadas por las autoridades de los demás Estados contratantes[56]. Las Autoridades centrales cumplen desde entonces con una misión general de cooperación y de información que da seguridad a las partes al mismo tiempo que establece criterios uniformes en la aplicación del Convenio en cuestión, lo que agiliza su cumplimiento al mismo tiempo que favorece y refuerza las relaciones transfronterizas.

La consulta realizada entre Autoridades centrales de los Estados implicados permite garantizar la privacidad y la confidencialidad en la transmisión de datos asegurando que sólo se utilizarán para el fin requerido[57]. El hecho de que su actuación se registre en un Informe permite crear modelos y formularios que en el futuro ahorrarán tiempo y simplificarán los procesos. Designar Autoridades centrales o figuras afines a ellas no es difícil de conseguir, ya que no se necesita crear un Convenio para ello, basta con la voluntad de los Estados en designar expertos que puedan dar respuestas a las cuestiones que se planteen en las comunicaciones internacionales. A ello hay que unir la coordinación de estas Autoridades centrales con los Supervisores de protección de datos que ya existen en numerosos Estados y en Organizaciones internacionales[58] . Esta

[56] G.A.L. Droz, "Evolution du rôle des autorités administratives dans les Conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye", *Etudes offertes à Pierre Bellet*, París, 1991, p. 129. *Cf.* European Law Institut, Report on the Protection of Adults in International Situations, *op. cit.*, nota 49, sobre la función de los consulados p. 27.

[57] *Vid.* European Law Institut, "Report on the Protection of Adults in International Situations", *op. cit.*, nota 49, pp. 11–12.

[58] Es el caso del Supervisor de protección de datos de la Unión Europea. [<https://edps.europa.eu/edps–homepage_en?lang=es>].

relación servirá para garantizar que, a la hora de tratar datos personales se respeten todos los Principios y Derechos presentes en la normativa nacional, regional e internacional, especialmente el derecho a la intimidad, a la privacidad y al buen uso de los datos de los ciudadanos.

B) Creación de una Red de Autoridades de apoyo

La creación de una Red Internacional de Jueces para coordinar las informaciones que se solicitaban o se recibían como resultado de la aplicación de los Convenios internacionales se realizó por primera vez en la Conferencia de la Haya en 1998 en un seminario dedicado a la protección internacional de menores[59]. La función de esta Red consistía en encargar que cada Estado designara uno o más miembros de la judicatura para que actuaran como canales de comunicación y enlace con sus Autoridades centrales nacionales, con otros jueces dentro de sus propias jurisdicciones y con jueces de otros Estados contratantes, en esta ocasión para resolver cuestiones relativas al Convenio de La Haya de 25 octubre 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores[60].

El éxito de esta iniciativa ha hecho que se plantee como un mecanismo de cooperación aplicable en el resto de Convenios de esta Organización internacional asegurando así que las comunicaciones judiciales directas se realicen respetando los requerimientos jurídicos de las respectivas jurisdicciones[61]. Los Principios por los que se rige esta Red no son obligatorios si bien existe un compromiso de cumplimiento fundado en el interés del buen funcionamiento de las acciones que promueven los instrumentos internacionales. Los Principios se han redactado de forma flexible para evitar su incumplimiento por problemas procedimentales en los diferentes Estados[62].

Esta solución ya experimentada en la Conferencia de La Haya se puede replicar en otros instrumentos internacionales ampliándose también a autoridades administrativas dado que en numerosos sistemas jurídicos las

[59] La información sobre el Seminario Judicial de De Ruwenberg se encuentra disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya en www.hcch.net en "Sección Sustracción de Niños".

[60] *Vid.* Conclusión y Recomendación n° 17, en las Conclusiones y Recomendaciones de la Conferencia Judicial Conjunta CE–HCCH se encuentran disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya en la dirección www.hcch.net en la "Sección Sustracción de menores".

[61] F.J. Forcada Miranda, *Comunicaciones judiciales directas y cooperación jurídica internacional. Una propuesta de guía práctica española para casos específicos a la luz de los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, Tesis Doctoral, UNED, 2017.

[62] *Vid.* Comunicaciones judiciales directas en [<https://www.hcch.net/es/publications–and–studies/details4/?pid=6024&dtid=3>].

relaciones familiares se resuelven fuera del ámbito judicial. Las comunicaciones directas entre autoridades facilitarán la transmisión internacional de datos facilitando en su caso la labor de las Autoridades centrales y en otros casos ofreciendo seguridad y agilidad en la realización de operaciones transfronterizas[63].

2. Solución basada en la globalización de la información

Pensar en un instrumento global que permita la transmisión internacional de datos de modo abierto plantea diferentes cuestiones. Por un lado existe una conciencia social que defiende y apoya la necesidad de un control en el tráfico de datos aunque esta solución implique grandes dificultades para definir sus límites y fijar su contenido. Así por ejemplo numerosos sistemas legales tienen dificultad en establecer la diferencia entre la protección de datos y privacidad, o entre datos sensibles de los que no lo son[64]. Todo ello hace difícil llegar a una definición internacionalmente aceptada de protección de datos como un derecho especial. El otro problema al que se enfrenta la globalización de las soluciones que deben resolver la transmisión internacional de datos está relacionado con su adscripción a los derechos humanos (derecho a la intimidad, a la privacidad). Esta calificación politiza las soluciones ya que acaba convirtiéndose en un reflejo de los puntos de vista morales o políticos de los legisladores[65].

En vista de esta situación dos serían las opciones que se podrían elegir para buscar una solución global a la regulación de la transmisión internacional de datos.

---

[63] Es el caso de la Red europea Eurojust que ha desarrollado un reglamento interno para coordinar la aplicación de la protección de datos en los tribunales de los Estados miembros. Reglamento interno de Eurojust relativo al tratamiento y a la protección de datos personales, DO 2020 L nº 50. *Vid. European Law Institut, Report on the Protection of Adults in International Situations op. cit.*, nota 49 sobre las comunicaciones directas en el Convenio de 2000 sobre protección de adultos en el art. H del Proyecto dice: "Artículo H Comunicaciones directas : 1. A los efectos de la Convención y el presente Reglamento, las autoridades de los Estados miembros podrán cooperar y comunicarse directamente o solicitar información directamente entre ellos, siempre que dicha comunicación respete los derechos de las partes y la confidencialidad de la información, en particular según lo exige el Reglamento (UE) 2016/679 de 27 abril 2016 (Reglamento general de protección de datos)", p. 44.

[64] *Vid. supra,* nota 29.

[65] A. Carty, "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law", *European J. Int'l L.ournal of International Law*, vol. 2, 1991, pp. 66–96; M. Koskenniemi y P. Leino, "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", *Leiden J. Int'l L.*, vol. 15, nº 3, 2002, pp. 553–579.

A) Convenio internacional sobre la Protección de Datos

Esta solución tendría la ventaja de proporcionar un marco legal claro y uniforme. Sin embargo, el problema que se presenta a simple vista es la falta de una Organización internacional que asuma este reto[66]. La experiencia ha demostrado que las iniciativas que se han puesto en marcha para alcanzar una armonización legal han fracasado incluso en sectores muy globales como es el comercial, lo que se complica al actuar en áreas donde existen profundas diferencias culturales entre los Estados como es el caso de las relaciones familiares. No obstante, iniciar la negociación de un tratado internacional podría servir para comenzar a reducir distancias y buscar una aproximación a través de autoridades de cooperación (como las que se han expuesto en el párrafo anterior) que servirían para facilitar la comunicación transfronteriza y comenzar a unificar criterios en torno a los Principios de protección que deben establecer los Estados.

B) Ley uniforme para regular la Transferencia Internacional de Datos

La segunda opción sería considerar la protección de datos desde la cooperación internacional dentro de la fragmentariedad del derecho internacional donde "no hay un meta–sistema jerárquico homogéneo disponible"[67]. Esta solución permitiría una aproximación escalonada utilizando diferentes enfoques para alcanzar el objetivo final que sería la protección de datos a nivel global.

Se trata por tanto de proponer la adopción de una ley modelo internacional sobre protección de datos[68] que los Estados podrían implementar voluntariamente a nivel nacional, y que proporcionaría un punto de partida internacional común para la legislación nacional y regional. Al mismo tiempo la experiencia aportada por las Organizaciones internacionales y por la jurisprudencia emanada por los Tribunales podría desempeñar un papel clave al aportar casos y datos sobre cómo las reglas internacionales sobre protección de datos pueden operar en la práctica.

[66] S. Lecuyer, *Appreciation critique du droit international privé conventionnel. Pour un autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, París, LGDJ, 2007, pp. 207–208.

[67] Fragmentation of international law: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. *Analytical Guide to the Work of the International Law* Commission, 2017, p. 249 [<https://legal.un.org/ilc/guide/1_9.shtml>].

[68] Se trataría de seguir un sistema similar al propuesto en la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

V. CONCLUSIONES

La globalización y el desarrollo de las comunicaciones electrónicas hacen necesario cada vez con más urgencia que los derechos de protección de datos sean aplicables y exigibles a nivel internacional especialmente en un sector tan vulnerable como el de las relaciones familiares donde se manejan datos sensibles que necesitan una especial protección.

La conclusión de un tratado internacional vinculante crearía perspectivas inciertas dadas las diferencias culturales y la falta de una Organización internacional con experiencia en protección de datos para coordinar el trabajo. Es por ello que a día de hoy la universalidad debe ser descartada a favor de la búsqueda de una solución ubicada en la fragmentariedad de la ley.

Esta solución permitirá avanzar progresivamente utilizando la experiencia actual en Convenios que ya establecen mecanismos para asegurar la protección y la privacidad de los datos que deben atravesar fronteras. Hay que intentar que los Estados y la Organizaciones internacionales creen un marco de trabajo común que les permita progresar en la búsqueda de un marco legal internacional para la protección de datos con proyección de futuro, al mismo tiempo que se gana tiempo para encontrar sistemas y mecanismos que permitan que los instrumentos internacionales actuales coexistan e interactúen.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez, Caro, M.: *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital*, Madrid, Reus, 2015.

Arenas Ramiro, M.: *El derecho fundamental a la protección de datos personales en Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006.

Arias Pou, M.: "Definiciones a efectos del Reglamento General de Protección de Datos", en J.L. Piñar Mañas (dir.). *Reglamento General de Protección de Datos, hacia un modelo europeo de privacidad*, Madrid, Reus, 2016.

Baarsma, N.A.: *The Europeanisation of international family law*, La Haya, M.C. Asser Press, 2011; B. Campuzano Diaz, "La política legislativa de la UE DIPr de familia una valoración en conjunto, *CDT,* vol. 5, nº 2, pp. 234–264.

Ballesteros de los Rios, M.: "El derecho del adoptado a conocer sus orígenes".– *Westlaw es*., BIB 2008/2868, pp. 2–18.

Baratta, R.: "Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia", *AEDIPr,* t.. XVI, 2016, pp. 103 –126.

Boele–Woelki, K., Oele–Woelki, K. y otros (eds.): "Convergence and Divergence in Private International Law"*, Liber amicorum Kurt Siehr,* La Haya, Eleven International Publishing, 2010, pp. 259–345.

Borrás Rodríguez, A.: "El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado", *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4, 1994, pp. 915–967.

Bucher, A.: "La dimensión sociale du droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 341, 2009, pp. 360–415.

Campiglio, C.: "Los conflictos normo–culturales en el ámbito familiar", *CDT*, vol. 4 nº 2 pp. 5–21.

Carella, G.: "La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani", en Triggiani (coord.), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata,* Nápoles, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 429–475.

Carty, A.: "Critical International Law: Recent Trends in the Theory of International Law", *European Journal of International Law*, vol. 2, 1991, pp. 66–96.

Cristea Iuvaru, L.: *La protección de datos de carácter sensible: Historia digital y Big data en salud,* J.M. Bosch editor, 2018.

Davara Rodríguez, M.A.: *La Protección de datos en Europa: principios, derechos y procedimiento,* Madrid, Grupo Asnef Equifax, 1998.

De Barrón Arniches, P.: "La pérdida de privacidad en la contratación electrónica (entre el Reglamento de protección de datos y la nueva Directiva de suministro de contenidos digitales", *Cuadernos Europeos de Deusto*, nº 61, 2019, pp. 29–65.

De Miguel Asensio, P.A.: "Aspectos internacionales de la protección de datos: las sentencias Schrems y Weltimmo del Tribunal de Justicia"*, La Ley: Unión Europea,* nº 31, 30 noviembre 2015, Año III, pp. 1–11.

——: "Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado", *Revista de Derecho Privado*, 1998, pp. 541–558.

Déprez, J.: "Droit international privé et conflit de civilizations: aspects méthodologiques: les rélations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel", *Recueil des Cours*, t. 211, 1988–IV, pp. 11–341.

Dethloff, N.: "Arguments for the unification and harmonisation of family law in Europe", *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europ*e, en K. Boele–Woelki (ed.), Ámberes, Intersentia, 2003, pp. 52–84.

Díaz Domínguez, P.: "El papel del menor en la decisión de su propio interés: su derecho a ser oído y escuchado", *Diario La Ley*, nº 9542, Sección Doctrina, 23 diciembre 2019, pp. 1–16.

Droz, G.A.L.: "Evolution du rôle des autorités administratives dans les Conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye", *Etudes offertes à Pierre Bellet*, París, Litec, 1991, pp. 129 ss.

Fallon, M., Lagarde, P. y Poillot–Peruzzetto, S. (dirs.): *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Bruselas, P.I.E. Peter Lang, 2012.

Fallon, M.: "Constraints of Internal Market Law on Family Law", en J. Meeusen, y otros (eds.), *International Family Law for the European Union*, Intersentia, 2007, pp. 149–181.

Fernández Conte, J. y León Burgos, D.: "Antecedentes y proceso de reforma sobre la protección de Datos en la Unión Europea", en J.L. Piñar Mañas (dir.), *Reglamento General de Protección de Datos, hacia un modelo europeo de privacidad.* Madrid, Reus, 2016.

Fernández Pérez, A.: "Aproximación al interés superior del menor en el Derecho internacional privado español", *Boletín mexicano de derecho comparado*, nueva serie, año L, nº 151, enero–abril de 2018, pp. 107–134.

Forcada Miranda, F.J.: *Comunicaciones judiciales directas y cooperación jurídica internacional. Una propuesta de guía práctica española para casos específicos a la luz de los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, Tesis Doctoral, UNED, 2017.

Garriga Domínguez, A.: *Tratamiento de datos personales y derechos fundamentales*, 2ª Madrid, Dykinson, 2009.

Gómez Navajas, J.: *La protección de datos personales* , Cizur Menor, Thomson–Civitas, 2005.

Grimalt Servera, P.: "Deberes y responsabilidad en materia de protección de datos", en S. Cavanillas Múgica (coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar*, Granada, Comares, 2005.

Hernández, F.: "De nuevo sobre el derecho a conocer el propio origen. El asunto *Odièvre* (sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 febrero 2003", *Actualidad civil*, 24, 2003.

Herrán Ortiz, A.I.: *El derecho a la protección de datos personales en la sociedad de información*, Bilbao, Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, 2003.

—: *La violación de la intimidad en la protección de datos personales*, Dykinson, Madrid, 1998.

Huntington, H.T.: *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, Nueva York, Simon & Schuster Paperbacks, 1996.

Iglesia Monje, M.I. de la: "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,* nº 8590, 2015.

Jayme, E.: "Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne", *Recueil des Cours*, t. 251, 1995, pp. 9–90.

Jiménez Blanco, P.: "Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado", *REEI*, nº 35, 2018, pp. 1–19.

Jiménez Muñoz, F.J.: "Armonización, convergencia y divergencia del Derecho de familia en Europa", *Revista Crítica de Derecho Europeo,* nº 768, pp. 2083–2111.

Koskenniemi, M. y Leino, P.: "Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties", *Leiden J. Int'l L.*, vol. 15, nº 3, pp. 553–579.

Kotubi, C.T.: "External competente of the European Community in The Hague Conference on Private International Law: community harmonisation and worldwide unification", *Netherlands Int'l L. Rev.*, 2001, p. 20–45.

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*, nº 114, 2016, pp. 18–26.

Lecuyer, S. *Appreciation critique du droit international privé conventionnel. Pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, París, LGDJ, 2007.

López Calvo, J.: *Comentarios al Reglamento Europeo de Protección de Datos*, Madrid, Sepin, 2017.

Malaurie, Ph.: "La Cour Européenne des droits de l'homme et le "droit" de connaître ses origines: L' affaire *Odièvre*", *La semaine juridique*, 26 marzo 2003, nº 26, pp. 530–558.

Marañón Astolfi, M. "El interés del menor en los sistemas español y anglosajón: De la tradicional divergencia a la actual convergencia entre sistemas jurídicos", *Revista de Derecho Privado,* nº 2, marzo–abril, 2018, pp. 65–87.

Murillo de la Cueva, P.L.: "El derecho a la autodeterminación informativa y la protección de datos personales", *Cuadernos de Derecho* nº 20, 2008, pp. 43–58.

—— : "Perspectivas del derecho a la autodeterminación informativa", *Revista de Internet, Derecho y Política* nº 5, 2007, pp. 18–32.

—— : "La protección de los datos de carácter personal en el horizonte de 2010", *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº. 2, 2009, pp. 131–142.

Parra Rodríguez, C.: "El derecho a conocer el origen del adoptado ¿cuestión de estado*?", La obra jurídica del Consejo de Europa: (en conmemoración del 60 aniversario del Consejo de Europa)* P.A. Fernández Sánchez (coord.), 2010, pp. 547–565.

Piñar Mañas, J.L.: *"Objeto del Reglamento",* en J.L. Piñar Mañas (dir.), *Reglamento General de Protección de Datos, hacia un modelo europeo de privacidad.* Madrid, Reus, 2016.

—— : *Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio*, Madrid, Fundación Alternativas, 2009.

—— : *Transparencia, acceso a la información y protección de datos*, Madrid, Madrid, 2014.

Pirrung, J.: "Improvements to international child protection as a result of the 1996 Hague Chile Protection Convention", *International family law,* 2012, pp. 73 ss.

Prieto Andrés, A.: "La nueva Directiva europea sobre el tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones", *La Ley*. Año XXIII, nº 5620, 26 septiembre 2002, pp. 1–3.

Quesada González, M.C.: "El derecho (¿constitucional?) a conocer el propio origen biológico", *Anuario de Derecho Civil,* Abril–junio, 1994, pp. 236–302.

Rallo Lombarte, A. y García Mahamut, R.: *Hacia un Nuevo Derecho Europeo de Protección de Datos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Rallo Lombarte, A.: *El derecho al olvido en internet: Google versus España,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.

Remolina, N.: *Recolección internacional de datos: un reto del mundo post–internet*, Madrid, AEPD, 2015.

Téllez Aguilera, A.: *La protección de datos en la Unión Europea. Divergencias normativas y anhelos unificadores*, Madrid, Edisofer, 2002.

Van Loon, H. y Schulz, A.; "The European Community and The Hague Conference on Private International Law", *Justice, liberty, security: new challenges for EU external relations*, B. Martenczuk y S. Van Thiel (eds.), Brussels University Press, 2008, pp. 257–282.

Vela Sánchez, J.A.: "El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos", *Diario La Ley*, nº 7526, Sección Doctrina, 13 diciembre 2010.

Recibido: 14 abril 2020
Aceptado: 12 mayo 2020

Viejos problemas y nuevas soluciones en torno a la protección internacional del adulto: el certificado europeo de poderes de representación

Isabel ANTÓN JUÁREZ *

SUMARIO: I. El problema social. II. El problema jurídico. 1. Aproximación inicial. 2. La normativa internacional sobre la protección del adulto y los diferentes modelos de regulación. 3. La normativa internacional privatista española sobre la protección internacional del adulto. A) Introducción; B) Competencia judicial internacional; C) Ley aplicable; D) Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. 4. Las dificultades que se plantean en el Derecho internacional privado europeo. III. Las soluciones actuales para los problemas que se derivan de la protección internacional del adulto en la UE. 1. Introducción. 2. El certificado europeo de poderes de representación. IV. Conclusiones.

RESUMEN: La protección internacional del adulto no se encuentra armonizada en el Derecho internacional privado de la Unión Europea. Esta falta de regulación común provoca una deficiente protección del adulto. Los derechos que se vulneran por esta falta de homogeneización son variados, pero uno de ellos es el derecho a circular libremente por la Unión Europea. En este trabajo se detectarán los problemas jurídicos actuales que presenta la regulación internacional privatista española y como esa disparidad en las normas de Derecho internacional privado entre Estados europeos en esta materia no ayuda a la consecución de un espacio único de seguridad, libertad y de justicia. Por eso, el legislador europeo debería tener presente la protección del adulto como próxima materia a regular, entre las soluciones que se podrían tener en cuenta para mejorar la protección del adulto podría ser la creación de un certificado europeo de poderes de representación similar al certificado sucesorio europeo.

PALABRAS CLAVE: MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD – TUTELA – GERONTOINMIGRACIÓN – PODER DE REPRESENTACIÓN – CERTIFICADO EUROPEO DE PODERES DE REPRESENTACIÓN

Old problems and new solutions regarding the international protection of adult: the european certificate of powers of representation

ABSTRACT: The international protection of adults has not been harmonized in the European private international law. This lack of common regulation causes a poor protection of the adult.

* Profesora titular acreditada de Derecho internacional privado. Universidad Carlos III de Madrid.

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 245–275
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.09

The rights that are violated by this absence of homogenization are variable, but one of them is the right to move freely through the European Union. This paper will detect the current legal problems presented in the Spanish private international law and how this disparity among States in the private international law rules in this field does not help to achieve a unique space of security, freedom and justice. Therefore, some solutions should be taken into consideration in order the protect vulnerable adults among them one could be the creation of a European certificate of powers of representation similar to the European certificate of succession.

KEYWORDS: LEGAL CAPACITY – GUARDIANSHIP – GERONTOIMMIGRATION – POWER OF ATTORNEY – EUROPEAN CERTIFICATE OF POWERS OF REPRESENTATION.

I. EL PROBLEMA SOCIAL

Una persona adulta puede necesitar protección por motivos muy diversos. Una de las principales razones es debido a que se trata una persona de edad avanzada. Este es uno de los motivos más frecuentes[1]. La población europea es cada vez más una población más envejecida[2]. El envejecimiento lleva aparejado la aparición de enfermedades neurodegenerativas como el alzheimer que impiden en la mayoría de los casos que las personas que las sufren puedan gobernarse por sí mismas. Sin embargo, la aparición de enfermadades derivadas de la senectud no es el único motivo. Las personas adultas también pueden necesitar protección debido al sufrimiento de una enfermedad física, ya sea crónica (*v.gr.* esclerosis múltipe) o temporal (*v.gr.* un ictus), a una enfermedad mental (*v.gr.* un trastorno grave de la conducta) o debido a un problema de adicción (*v.gr.* drogas, alcohol, etc.).

De este modo, aunque las razones que pueden llevar a que un adulto necesite protección, bien personal o bien en relación a su patrimonio, pueden ser muy variadas. Todas ellas llevan a una misma realidad: la necesidad de protección legal. Un aspecto importante a destacar y que en él han incidido los dintintos instrumentos legales internacionales sobre la materia como la Convención de Naciones Unidas de 13 diciembre 2006 es que a las personas adultas que necesitan protección se les debe garantizar su dignidad y su igualdad ante la ley[3].

[1] *Vid.* para un mayor detalle sobre esta causa A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, pp. 67– 74.

[2] Según datos de Eurostat del año 2018 la población europea mayor de 67 años suponía un 19,7% de la población europea. Este porcentaje suponía 0,3 puntos porcentuales superior al año 2017 y de un aumento de 2,6 puntos porcentuales si se compara con 2008. Y la perspectiva es que estas cifras van en aumento. Cada vez los europeos tienen menos hijos y la esperanza de vida es cada vez es mayor. Estos dos factores pueden dar lugar a que en el año 2060 más de un cuarto de la población europea supere los 65 años de edad.

[3] BOE 21.4.2008. Esta Convención ha sido ampliamente ratificada, en la actualidad por 181 países, para un mayor detalle sobre su estado *vid.* [<www.un.org/development/desa/disabilities

El art. 12 de esta Convención recoge que "los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica". Este mismo precepto señala ya no solo que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica si no que la debe tener ostentar "*en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida"*. De este modo, se puede apreciar cómo ha habido un importante cambio social y también jurídico en relación a la protección que las personas discapacidad merecen en los últimos treinta años[4].

La conclusión es que no sirve cualquier protección. Los ordenamientos jurídicos deben materializar esos derechos de forma real para asegurar la autonomía y la inclusión en la sociedad de las personas que sufran alguna discapacidad[5]. Por eso, esa protección no solo deberá referirse al derecho sustantivo o al derecho procesal nacional respecto de la configuración de medidas de protección *ex ante* y *ex post* sino también a las normas de Derecho internacional privado. Junto con los derechos a la igualdad y a la dignidad, los adultos vulnerables también tienen derecho a ejercer una de las libertades claves de la UE, la libre circulación entre Estados miembros. Libertad reconocida en el art. 20 TFUE. Sin embargo, como veremos posteriormente, esta libertad a día de hoy no se encuentra garantizada en la UE. Esto es debido a la diferente regulación que existe sobre la protección internacional del adulto en los diferentes Estados miembros tanto a nivel sustantivo como internacional privatista[6]. Por lo tanto, a nuestro juicio, el legislador europeo ya no solo tiene la obligación de ser consciente de las realidades sociales actuales que conciernen a la sociedad europea en esta materia sino que también debe dejar a un lado su inacción. El derecho es una herramienta para proteger a las personas e intentar dar solución a muchos de

/convention–on–the–rights–of–persons–with–disabilities.html>] (consultado el 14 abril 2020). Sobre esta Convención en la doctrina *vid. v.gr.*, P. Harpur, "Embracing the new disability rights paradigm: the importance of the Convention on the rights of Persons with Disabilities", *Disability & Society*, nº 27:1, 2012, pp. 1–14.

[4] Sobre este cambio de paradigma *vid*. sin carácter exhaustivo en la doctrina española I. Campoy Cervera (coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2005, p. 7 ss. En la doctrina extranjera *vid.* M.L. Wehmeyer (coord), *The Story of Intelectual Disability – An evolution of Meaning, Understanding, and Public Perception*, Brookes, 2013, pp. 19 ss, donde los diferentes autores que intervienen en la obra realizan un recorrido muy interesante de las consideraciones sociales y también jurídicas de la discapacidad intelectual desde el año 9.000 a.c hasta la actualidad.

[5] Así lo ha manifestado también el TEDH en sentencias como la de 30 abril 2009, asunto 13444/04, *Glor v. Switserland*, ap. 53 y 84.

[6] *Vid.* P. Franzina, "La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 132 y 139, en particular donde el autor señala un ejemplo donde un ciudadano puede verse desincentivado a trasladarse de un país a otro de la UE debido a esa diferencia tan acuciante en las normas de Derecho internacional privado entre Estados miembros.

los problemas jurídicos que presentan las sociedades actuales. Los problemas jurídicos respecto a la protección internacional del adulto vulnerables son los que van a tratarse en el presente estudio. De este modo, en el presente trabajo no solo se van a identificar algunos de los problemas que plantea la protección internacional del adulto en el Derecho internacional privado español y europeo sino que también se van a aportar soluciones para la mayoría de ellos. Una de esas soluciones podría ser la creación a nivel europeo de un certificado europeo de poderes de representación.

II. El problema jurídico

1. Aproximación inicial

La protección internacional del adulto ha sido un tema estudiado por la doctrina internacional-privatista en diferentes ocasiones[7]. Sin embargo, a pesar de su estudio, la protección internacional del adulto sigue planteando muchas incertidumbres. Uno de los motivos se debe, como ya se ha apuntado, a que no hay existe armonización sobre la materia. A nivel europeo no se cuenta con ninguna directiva que armonice el Derecho material ni tampoco ningún instrumento que cohesione las normas de Derecho internacional privado. Así, *v.gr.*, cuando una persona de nacionalidad alemana de avanzada edad reside en España seis meses al año y sufre de forma repentina una enfermedad que le impide cuidar de sí misma. La necesidad de protección surge de inmediato. Esas decisiones se deben adoptar rápidamente, por lo que se deberá acudir a un juez para solicitar medidas de protección sobre la persona pero también en relación a su patrimonio. Ante este escenario cabría preguntarse qué tribunal español podría ostentar competencia judicial internacional para conocer de este asunto y qué Derecho aplicable resultaría de aplicación. Además, otras cuestiones de diferente calado también pueden plantear estos casos relativos a la protección del adulto. Imaginemos que este señor dispuso ante un notario alemán un poder a favor de su yerno para que éste pudiera gobernar su patrimonio en caso de imposibilidad[8]. ¿Podría ser utilizado

[7] Sin carácter exhaustivo, *vid* A. Durán Ayago, "Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos", en M. Alonso Pérez y E.M. Martínez Gallego, *Protección jurídica de los mayores*, Madrid, La Ley, 2004, pp. 443–470; P. Franzina, "La protezione degli adulti nel diritto internationale privato", Pádua, Cedam, 2012;A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, pp. 37 ss; R. Frimston, A. Ruck Keene, C. Van Overdijk y A. D. Ward (coords.), *The International Protection of Adults*, Oxford University Press, 2015.

[8] *Vid.* sobre este particular la Res. DGRN 23 marzo 2018, nº 4712, FD 6 (BOE 6.4. 2018), donde no se permite la inscripción en el registro de la propiedad español de un bien que se vendió

dicho poder en España? Sobre la efectividad de los poderes tampoco existe uniformidad en Derecho internacional privado europeo, por lo que el juez o el profesional que asesore sobre estos problemas jurídicos deberá tener muy presente dos aspectos: 1) la normativa en materia de Derecho internacional privado sobre la protección internacional del adulto; 2) los diferentes modelos de regulación que existen.

2. La normativa internacional sobre la protección del adulto y los diferentes modelos de regulación

Como ya hemos señalado, la protección internacional del adulto carece de regulación uniforme tanto desde un punto de vista internacional privatista como material en el ámbito europeo. Aunque determinados Reglamentos europeos pueden afectar a la protección del adulto en asuntos transfronterizos, esa afectación es de forma indirecta[9], entre estas normas podrían destacarse el Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 junio 2008 sobre Ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, Roma I)[10] y también el Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 julio 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 adelante, RES)[11].

No obstante, sí que existe cierta uniformidad internacional debido a un Convenio internacional elaborado por la Conferencia de la Haya sobre la protección internacional del adulto (en adelante, CHPIA). Este Convenio de la Haya de 13 enero 2000, en vigor desde 2009, establece un conjunto de normas de Derecho internacional privado sobre la protección de las personas mayores de 18 años[12]. Esta norma regula muy bien determinados

mediante un poder otorgado en Alemania ante notario alemán debido a que se considera que en la escritura de compraventa otorgada ante notario español no existe una reseña adecuada de la extensión de ese poder de representación formalizado en el extranjero.

[9] I. Curry Sumner, "Vulnerable Adults in Europe.European added value of an EU legal instrument on the protection of vulnerable adults", en *Protection of Vulnerable Adults, Accompanying the European Parliament's Legislative Initiative Report (Rapporteur: Joëlle Bergeron*), 2016, pp. 39 ss.

[10] DO L 177/6 de 4 julio 2008.

[11] DO L 201 de 27 julio 2012.

[12] Sobre este Convenio en la doctrina *vid.*entre muchos, A. Bucher, "La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes", *Schweizerische Zeitschnftfir internationa– les and europdischesRecht,* 2000, pp. 37– 59; D. Hill, "The Hague Con– vention on the International Protection of Adults", *Int'l Comp. L Q.,* 2009, pp. 469 ss; P. Franzina, "La Convenzione dell'Aja sulla protezione intemazionale degli adulti nella prospettiva della ratifica italiana", *Riv. dir. int.,* 2015,

aspectos que presentan gran eficiencia en la protección del adulto, sin embargo, otros deberían ser objeto de revisión[13]. Uno de los mayores problemas que presenta este Convenio es la escasa acogida que ha tenido entre los diferentes países europeos. Actualmente, está en vigor en los ordenamientos jurídicos de trece países (nueve de ellos europeos), estos son: Alemania, Austria, Chipre, Estonia, Finlandia, Francia, Letonia, Luxemburgo, Mónaco, Portugal, la República Checa, el Reino Unido (únicamente en relación a Escocia) y Suiza[14]. España no es parte del mismo. Se ha apuntado que uno de los motivos para esa no ratificación fue que podía existir contradicción entre el Convenio de Naciones Unidas de 13 diciembre 2006 (del que España sí que es parte) y el Convenio de la Haya de 13 enero 2000 sobre protección internacional del adulto[15]. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, ambos instrumentos legales internacionales son compatibles y comparten un mismo objetivo: proteger al adulto vulnerable[16].

Así, en atención a este escenario, sobre la regulación internacional en la protección del adulto se podrían diferenciar entre tres grupos de Estados, estos serían[17]: 1) Países que son parte del Convenio de la Haya de 13 enero 2000; 2) Países que no son parte del Convenio de la Haya pero que sus normas nacionales son similares a las del Convenio de la Haya de 2000; 3) Países que tienen una legislación distinta a la del Convenio de la Haya.

La razón también de esta disparidad en la regulación internacional privatista de la protección del adulto vulnerable puede obedecer a los diferentes modelos que existen en la regulación material sobre la materia entre los distintos ordenamientos jurídicos del mundo. Así, podríamos diferenciar entre[18]:

---

pp. 748 ss; P. Lagarde, "La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection intemationale des adultes", *Rev. crit. dr. int. pr.,* 2000, pp 159 ss.;K. Siehr,"Das Haager Überein–kommen Über den internationalen Schutz Erwachsener", *RabelsZ*, 2000, pp. 715–751.

[13] Para un mayor detalle *vid.* lo apuntado por los expertos que han elaborado un informe para el ELI en relación a la protección internacional del adulto, *Report on the European Law Institute, the protection of adults in International Situations*, abril 2020, pp. 46 ss. Disponible en [<https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Protection_of_Adults_in_International_Situations.pdf>].

[14] [<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status–table/?cid= 71>].

[15] M. Álvárez Torné, "Current issues in the protection of adults from the perspective of private international law", *REEI*, nº 32, 2016, p. 4.

[16] *Ibíd.,* p. 4.

[17] P. Franzina, "La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, p. 132 y pp. 131–132.

[18] S. Adroher Biosca, "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *REDI*, vol. LXXI, nº 1, 2019, pp. 166–167. *Vid.* también, R. Caro Gándara, "La protección de adultos discapaces en Derecho comparado. Sistemas más representativos", en M.

a) *El modelo progresivo*. Este modelo es el que siguen países como Alemania[19] o Inglaterra[20]. Las medidas de protección se simplifican con el fin de poder adaptarse al caso concreto. La naturaleza de las vías de protección pueden ser administrativas o judiciales, en estos sistemas se da mucha importancia a la voluntad del adulto vulnerable y a diferencia de los modelos tradicionales se pueden adoptar medidas de protección sin necesidad de que a la persona se la declare incapaz.

b) *El modelo tradicional*. Este sistema se basa en la incapacitación y una vez declarada la misma se deben adoptar las medidas de protección necesarias para suplir esa falta de capacidad. Este sistema es el que se sigue en países como España[21]. Y en la actualidad se podría decir que resulta todavía un sistema rígido, ya que en muchas ocasiones no se adapta bien a las necesidades específicas de los adultos vulnerables.

c) El modelo tradicional flexiblilizado. Este modelo se sigue en países como Francia o Suiza. Estos sistemas aunque se basan en el modelo tradicional se caracterizan por su flexibilidad. Un aspecto a destacar es que se otorga especial importancia a la asistencia del adulto vulnerable. *V.gr.*, en el ordenamiento francés una figura importante es la del *sauvagarde de justice*, es una medida temporal que permite asistir a una persona que por una enfermedad o un trastorno transitorio necesita protección. Con esta medida se la protege pero sin necesidad de modificar su capacidad[22].

Echezarreta Ferrer, *El lugar europeo de retiro. Indicadores de excelencia para administrar la gerontoinmigración de ciudadanos de la Unión Europea en municipios españoles,* Granada, Comares, pp. 303–333 y sobre esa visión de Derecho comparado más reciente *vid.* R. Frimston, y otros, *The international protection of adults*, *op. cit.*, pp. 37 ss.

[19] En el Derecho alemán se modificó su modelo de protección al adulto vulnerable a comienzos de los años noventa. Así, se pasó de un sistema tradicional, donde las medidas de protección eran rígidas y se debían adoptar con posterioridad a la declaración de incapacidad, a un sistema mucho más flexible donde hay una medida de protección que juega un papel clave, los mandatos privados (*Vorsogevollmacht*). Para un mayor detalle *vid.* V. Lipp, "Chapter 22. Germany", en R. Frimston, y otros, *The international protection of adults*, *op. cit.*, pp. 375–385.

[20] *Vid.* C. Van Overdijk, "Chapter 11. England and Wales", en R. Frimston, y otros, *The international protection of adults*, *op. cit.*, pp. 179–216.

[21] J.P. Vargas Muñoz y M.Pereña Vicente (coord.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Madrid, La Ley Wolters Kluwer, 2011, pp. 51 ss.

[22] Para un mayor detalle *vid.* P. Dellas, "Chapter 21. France", en R. Frimston, y otros, *The international protection of adults*, *op. cit.*, pp. 366–367.

3. La normativa internacional privatista española sobre la protección internacional del adulto

A) Introducción

Las normas de Derecho internacional privado aplicables a la protección internacional del adulto en el ordenamiento jurídico español son normas de producción interna. Hasta la profunda reforma del año 2015, la cual supuso la entrada en vigor de dos normas importantes como la Ley 15/2015, de Jurisdicción Voluntaria[23] y la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil[24] entre otras importantes modificaciones[25], no se distinguía entre la protección del menor y la protección del adulto en el sistema español de Derecho internacional privado[26]. Sin embargo, el legislador español aprovechó dicha reforma para adoptar lo que los expertos habían venido señalando desde hacía años, y es que era necesario que el ordenamiento español se adaptara a las nuevas tendencias de protección del adulto y que debía existir una protección internacional separada de la del menor[27].

A pesar de que la doctrina ha considerado necesario la ratificación del CHPIA[28], en la actualidad todavía no se ha producido, por lo que las normas

[23] BOE 3.7.2015.

[24] BOE 31.7.2015.

[25] Entre las modificaciones que se llevaron a cabo destacar las siguientes que afectan al Derecho internacional privado: 1) modificación del art. 22 LOPJ dando lugar a los arts. 22 a 22 nonies mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE 22.7.2015); 2)modificación de los arts. 47 y 107 Cc mediante la disposición final 1ª de la Ley 15/2015, de 2 julio jurisdicción voluntaria (BOE 3.7.2015); 3) modificación de los arts. 9.4º y 9.6º Cc mediante la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE 29.7.2015); 4) modificación de la Ley de adopción internacional mediante la citada Ley 26/2015 y los arts. 41 y 42 Ley 15/2015 de Jurisdicción voluntaria; 5) introducción de los arts. 778 quárter a 778 sexies en la LEC mediante la Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria

[26] Este cambio se debe a la modificación del art. 9.6º Cc mediante la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Para un mayor detalle sobre las modificaciones que supuso esta reforma del año 2015 respecto del citado art. 9.6º Cc, *vid.* C. Vaquero López, "Nuevas normas de Derecho internacional privado estatal en materia de protección de adultos y de menores", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 395–414.

[27] *Vid.* A. Borrás Rodríguez, "La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes", *Pacis Artes, Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, Eurolex, 2015, pp. 1286–1308.

[28] *Vid.* A. Borrás Rodríguez, "Qué ha significado 2014 para la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, p. 716; J.L. Iriarte Ángel, "La protección de adultos en Derecho internacional privado", en A. Borrás Rodríguez y G. Garriga

de Derecho internacional privado existentes en la materia en el ordenamiento español son las que se van a exponer a continuación.

B) Competencia judicial internacional

Las medidas necesarias para proteger a un adulto vulnerable pueden ser variadas y diferentes entre sí. De este modo, se podría diferenciar entre medidas *ex ante* y medidas *ex post*[29]. Las medidas *ex ante* son consecuencia de la concepción actual que existe de combinar la protección con medidas donde el adulto pueda ejercer su autonomía de la voluntad. Así, en el ordenamiento jurídico español podríamos destacar la autotutela[30] y el apoderamiento preventivo[31]. Para realizar este tipo de disposiciones no es necesario acudir al juez si no a un notario, incluso en muchos países se pueden otorgar poderes preventivos de forma privada (*power of attornay*). La competencia judicial internacional aparecería en escena *v.gr.*, cuando ese poder preventivo se impugna y es necesario su análisis por un juez para determinar su existencia, extensión o extinción. La doctrina ha considerado[32] que ante la falta de normas de competencia judicial específicas ostentaría competencia el juez determinado mediante los foros del Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [33] (en adelante, RBI–bis). Sin embargo, el juez competente para la revocación o la modificación de ese poder en cuanto afecta a las medidas que se deben adoptar para proteger al adulto serían los foros de producción interna para las medidas de protección *ex post* del adulto que vamos a estudiar a continuación[34]. El hecho de tener que recurrir a diferentes instrumentos legales internacionales [foros del RBI–*bis* y foros de la *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder judicial* (en adelante LOPJ)] para dirimir asuntos que afectan al adulto vulnerable es consecuencia de la falta de un texto único que

Suau, *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil: homenaje al prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 218.

[29] S. Adroher Biosca, "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *REDI*, vol. LXXI, nº 1, 2019, p. 173.

[30] Arts. 233, 234 y 239 Cc. Para un estudio en profundidad *vid.* I. Serrano García, *Autotutela*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

[31] Art. 1732 Cc.

[32] A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 261.

[33] DO L 351 de 20.12.2012.

[34] *Vid.* sobre este particular, A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 260.

aglutine todos los aspectos derivados de la protección internacional del adulto.

Respecto de las medidas de protección *ex post*, se tratarían de medidas como la modificación de la capacidad o el nombramiento de un tutor, un curador o un guardador de hecho. La adopción de estas medidas se llevan a cabo en su mayoría mediante procesos de jurisdicción voluntaria, ya que en puridad no existe parte contraria, no hay demandado, si no una persona a la que proteger[35]. Sólo cuando existe oposición a la adopción de esas medidas se convierten en procesos contenciosos[36]. Los foros para determinar la competencia judicial internacional se encuentran previstos en la LOPJ y serían los siguientes:

i) Art. 22 quáter letra b[37]. Este foro otorga competencia judicial internacional al juez de la residencia habitual de la persona en España[38]. Este foro no determina el juez territorialmente competente, para ello deberá acudirse al art. 756 LEC. Dos problemas jurídicos podemos destacar en relación a este foro:

1) *Problema jurídico 1: cambio de residencia habitual durante el proceso de incapacitación o de adopción de medidas.* Un ejemplo será la mejor forma presentar el supuesto de hecho en el que nos encontraríamos. Una mujer de nacionalidad danesa ha residido en España durante más de diez años. En enero de 2020, al detectarle una enfermedad mental sus hijos deciden que no permanezca más en España y que regrese a su país de origen donde ellos podrán ocuparse de sus cuidados. Sin embargo, antes de su regreso a Dinamarca, la actual pareja de la señora ha iniciado acciones en España que se modifique su capacidad y se nombre a un tutor.

   La solución a este problema vendría de la mano de regla procesal conocida como *perpetuatio iurisdictionis*. El momento relevante para estimar que el tribunal dispone de un foro de competencia judicial internacional que le otorga competencia para conocer es momento de interponer la demanda. Esto hace que no guarde importancia que las circunstancias que fundamentan el foro cambien tras la presentación

[35] Arts. 43 a 58 Ley 15/2015, de Jurisdicción voluntaria.

[36] Art. 49 Ley 15/2015, de Jurisdicción voluntaria.

[37] Este artículo literalmente dispone lo siguiente: "En materia relacionada con la capacidad de las personas y las medidas de protección de las personas mayores de edad o de sus bienes, cuando estos tuviesen su residencia habitual en España".

[38] El art. 5 CHPIA también prevé la residencia habitual como foro de competencia judicial internacional.

de la demanda. Así, por tanto, no sería relevante que la persona cambiase de domicilio a efectos de que el tribunal no pierde su competencia. Sin embargo, en este tipo de procesos al tratarse de actos de jurisdicción voluntaria puede que este principio no puede aplicarse con total plenitud puesto que el principio de *perpetuatio iurisdictionis* está pensado para la jurisdicción contenciosa[39]. El fin de este principio procesal es evitar que el demandante se quede desprovisto de tutela judicial efectiva. En definitiva, evitar que la inseguridad jurídica aparezca en los procesos cuando las circunstancias cambien durante el mismo y esto implique por que el juez deje de ostentar competencia debido a que el demandado ya no tiene su domicilio en ese Estado. Esto podría dar lugar a fraudes procesales. *V.gr.*, demandado que cambia de domicilio con el fin de evitar que se sustancia un proceso contra él. La cuestión es que no sería nada relevante que se siguiera un proceso en España respecto a una persona que ya no reside en este país y que muy probable que nunca más regrese. Este problema del traslado de domicilio lo soluciona el art. 5.2º CHPIA. Este precepto recoge un foro de competencia judicial internacional que otorga competencia a los tribunales o autoridades de la nueva residencia habitual del adulto vulnerable. Esto solución es correcta, pero cabría preguntarse sobre qué sucede con el proceso iniciado en el primer país. Es decir, ese proceso iniciado en primer lugar se queda pendiente o esos tribunales se deben declarar incompetentes a favor del tribunal de la nueva residencia habitual. El art. 12 CHPIA intenta solucionar esta situación señalando que las medidas adoptadas permanecen en vigor hasta incluso cuando las circunstancias que otorgan competencia hayan cambiado, todo ello hasta el momento que las nuevas autoridades competentes las modifiquen, sustituyan o revoquen.

2) *Problema jurídico 2: protección internacional de personas que ostentan más de una residencia habitual.* En este escenario, el supuesto en el que podría pensarse sería el siguiente: persona de nacionalidad alemana que reside seis meses al año en Berlín y seis meses al año en Valencia. Esta persona sufre un infarto en España que le impide poder seguir gobernándose por sí misma ni tampoco sus múltiples propiedades que tiene en alquiler en varios países europeos. Ante este escenario cabría plantearse qué tribunal podría ostentar competencia judicial internacional para conocer de este asunto. Un tribunal español podría ser competente si se considera que esta persona tiene su centro de

[39] P. Diago Diago, "Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado", *geriatrianet,* 2001, vol. 3, 2001, p. 12.

intereses aquí. En atención al concepto de residencia habitual de una persona física desde un punto de vista civil (art. 40 Cc)[40], se puede considerar que una persona está domiciliada en España aunque sólo resida la mitad del año, el elemento temporal no es determinante. Sin embargo, lo mismo podría suceder con respecto del ordenamiento alemán. Esto podría dar lugar a un conflicto positivo de competencias lo que podría derivar en contradicciones y, en definitiva, en una protección internacional del adulto de baja calidad.

ii) Art. 22 sexies[41]. Este foro cautelar permite adoptar medidas que deben adoptarse con carácter urgente con el fin de proteger al adulto vulnerable. Tales medidas podrían ser el internamiento no voluntario o el nombramiento de un defensor judicial[42] pero también medidas destinadas a salvaguardar su patrimonio. Un problema puede surgir respecto de aquellos adultos vulnerables que tienen su patrimonio en diferentes países. Esta dispersión de los bienes puede hacer necesario que se deban solicitar medidas cautelares en varios países en momentos temporales muy cercanos[43]. Debido a la falta de uniformidad, es muy posible que se adopten medidas diferentes o incluso contradictorias entre unos tribunales y otros. A nuestro juicio, en aras de evitar incoherencias sería necesario que se informara al juez español de que en otros Estados ya se han tomado medidas de protección respecto a bienes situados en ese territorio. Esto evitaría contradicciones. La información la pueden realizar las partes interesadas o incluso la autoridad o tribunal del país donde ya se han tomado medidas de protección. Pero esta segunda vía sólo es posible si entre autoridades de diferentes países hay posibilidad de comunicarse las medidas de protección adoptadas. El art. 9 CHPIA prevé una solución para evitar incoherencias, así establece que las autoridades del Estado donde se encuentren los bienes del adulto serán competentes para tomar medidas de protección, pero a condición de que dichas medidas sean compatibles con otras medidas adoptadas por autoridades competentes de otros Estados[44].

[40] STS 21 noviembre 2017, nº 624/2017, ECLI:ES:TS:2017:4113, FJ 5.

[41] Este artículo señala que "los tribunales españoles serán competentes cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España. Serán también competentes para adoptar estas medidas si lo son para conocer del asunto principal".

[42] S. Adroher Biosca, "La protección de adultos…", *loc. cit.*, p. 172.

[43] Ya advertía sobre ello P. Diago Diago, "Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado", *geriatrianet,* 2001, vol. 3, 2001, p. 12.

[44] Sobre este precepto *vid.* P. Lagarde, *Convention Protection des adultes. Raport explicatif*, Publié par La Conférence de La Haye de droit international privé Bureau Permanent, 2017, p. 64.

iii) Art. 22 octies. Este foro de necesidad permite que un juez español pueda ser competente en la adopción de medidas de protección cuando el asunto presenta vínculos con España y no existe ningún otro tribunal extranjero competente o aún existiendo alguno resulta muy arduo para el adulto vulnerable o sus familiares poder acudir ante ese tribunal extranjero.

C) Ley aplicable

En relación las medidas preventivas o *ex ante* señalar que no existe una norma de conflicto específica en el ordenamiento jurídico español. En ese caso, deberá analizarse la medida concreta para posteriormente calificarla bien como una representación legal, bien como una representación voluntaria o una medida de protección acordada en otro Estado[45]. Para la determinación del Derecho aplicable a los poderes de representación, no existe una norma de conflicto específica para los asuntos que conciernen a adultos vulnerables, por lo que será necesario aplicar el art. 10.11º Cc para determinar el Derecho aplicable al fondo y el art. 11 Cc en relación al Derecho aplicable a la forma[46]. En el caso de una medida de protección adoptada por un tribunal extranjero, la determinación del Derecho aplicable se debería determinar por el art. 9.6º.II Cc. Este precepto también se aplica a las medidas necesarias *ex post* como la constitución de una tutela o el nombramiento de un curador.

Sin embargo, más dudas se plantean sobre si este precepto se debe también aplicar para determinar el Derecho aplicable a las medidas destinadas a modificar la capacidad de las personas. Es decir, si el art. 9.6º C debería ser la norma de conflicto aplicable para la determinación del Derecho aplicable a la declaración de incapacidad del adulto. De este modo, todas las medidas de protección, tanto las que afectan a la capacidad propiamente dicha (declaración de incapacidad) como las que deben decidirse para suplir esa falta de capacidad (nombramiento de un tutor, medidas sobre los bienes, etc.) deberían quedar gobernadas bajo una misma Ley y que la misma debería determinarse en atención a una única norma de conflicto. Esto podría entenderse así porque en el fondo todas son medidas para proteger al adulto vulnerable evitando problemas de adaptación. Sobre este particular debido a su relevancia profundizaremos más adelante.

[45] S. Adroher Biosca, "La protección de adultos…", loc. cit., p. 173.

[46] Para un estudio reciente sobre los poderes de representación *vid.* A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Poderes autorizados por notarios extranjeros y compraventa de inmuebles situados en España", *CDT*, vol. 12, nº 1, 2020, pp. 9–13.

Las modificaciones que tuvieron lugar sobre el art. 9.6º.II Cc fueron básicamente dos:

1) Se amplió el supuesto de hecho. Mientras que en la actual se establece *"la ley aplicable a la protección de las personas mayores de edad"* en la del anterior 9.6º Cc se recogía *"la tutela y demás instituciones de protección"*.
2) Se modificó el punto de conexión. En la redacción anterior al año 2015, el art. 9.6º señalaba

> "La tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste. Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la ley de su residencia habitual".

En el actual, lo siguiente:

> "Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio".

Por lo tanto, uno de los cambios más significativos es el cambio del criterio de la nacionalidad por la residencia habitual[47]. Este cambio persigue acercarse más a la regulación del CHPIA. Sin embargo, todavía la regulación internacional privatista queda lejos de la del Convenio, sobre todo en lo relativo a la autonomía de la voluntad conflictual[48].

Este cambio ha sido positivo y ha superado problemas que la doctrina venía apuntado desde hacía años[49]. *V.gr.* el conflicto móvil. Sin embargo, el art. 9.6º.II Cc origina otros problemas. En particular, nos vamos a centrar en

[47] A la doctrina le ha parecido acertado este cambio, ya que se adapta a los tiempos actuales, donde el constante traslado de las personas hace que la residencia habitual sea el nuevo estatuto personal en el Derecho internacional privado europeo, *vid.* M. Álvárez Torné,"Current issues in the protection of adults from the perspective of private international law", *REEI*, nº 32, 2016, p. 16; A.L.Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Poderes autorizados por notarios extranjeros y compraventa de inmuebles situados en España", *CDT*, vol. 12, nº 1, 2020, p. 34; A. Muñoz Fernández,"Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de los incapaces", *Persona y Derecho*, nº 72, 2015, p. 289.

[48] El art. 15 CHPIA recoge el ejercicio de esa autonomía de la voluntad conflictual mediante los poderes de representación que puede llevar a cabo el adulto.

[49] *Vid per allia* A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2009, pp. 229 ss.

el que anunciamos anteriormente. Es decir, ¿Se podría aplicar el art. 9.6.II Cc también a las modificaciones sobre la capacidad?

Uno de los problemas que ya generaba el art. 9.6.II Cc antes de la reforma era que a las medidas de carácter urgente se debía aplicar la Ley de la residencia habitual del adulto. Pero para la modificación de la capacidad se debía aplicar la Ley determinada por el art. 9.1º Cc. Norma existente en el ordenamiento jurídico español para determinar la Ley aplicable a la capacidad y también por tanto a todas las medidas que la modifiquen incluida la declaración de incapacidad. El hecho de tener que recurrir a normas de conflicto diferentes para proteger a la misma persona podía dar lugar a problemas de adaptación y de coordinación. Esto era así porque para la modificación de la capacidad se debía aplicar la Ley X, ley personal del adulto vulnerable (art. 9.1º Cc). Sin embargo, para nombrar al tutor de forma urgente se debía aplicar la Ley Y, ley de su residencia habitual (antiguo art. 9.6º.II Cc). Esta situación dificultaba la labor del juez y también aumentaba los costes del proceso, tanto conflictuales como procesales.

Tras la reforma del año 2015, cabría plantearse si la situación ha cambiado, ya que es cierto que el legislador modificó el art. 9.6º.II Cc, ampliando de forma considerable su supuesto de hecho, pero no el art. 9.1º Cc. Ese precepto sigue intacto. Si el art. 9.1º Cc hubiera incluido algún apartado exceptuando la aplicación de la ley personal por la ley de la residencia habitual en los procesos de modificación de la capacidad, la solución podría haber sido más evidente. Todas las medidas de protección del adulto se regirían por la misma ley: la de la residencia habitual de la persona. Sin embargo, ese cambio en el art. 9.1º Cc no se produjo. Por lo tanto, los mismos problemas de descoordinación pueden seguir planteándose en la actualidad. De hecho, así al menos lo refleja la escasa jurisprudencia que existe sobre la materia[50]. La doctrina internacional privatista se encuentra dividida sobre este particular. Hay doctrina que entiende que el art. 9.1º Cc ha quedado relegado a unas pocas cuestiones[51]. Pero que todavía alguna de ellas sigue siendo la declaración de la incapacidad[52]. Por otro lado, existe otra vertiente doctrinal que considera que tras la modificación de la redacción del art. 9.6º.II "*Ley aplicable a la protección de las personas(…)*", el término protección debe interpretarse en sentido amplio, conforme a la tendencia actual que existe en la protección de los adultos vulnerables, y que por tanto, en el término "protección" se

[50] SJPI Madrid nº 95 de 29 junio 2018, FJ 4º. Citada por S. Adroher Biosca, "La protección de adultos…", *loc. cit.*, p. 175.

[51] A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Persona física", *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª, Granada, Comares, 2018, p. 6.

[52] *Ibid.*, p. 33.

deben incluir todo tipo de medidas, también aquellas que modifican la capacidad y que pueden implicar la incapacitación de una persona[53].

Desde nuestro punto de vista, esta segunda opción sería la más coherente jurídicamente y la que menos costes implicaría para las personas envueltas en este tipo de procedimientos. Sin embargo, no se puede predicar que así sea en la actualidad. Conforme al sistema de Derecho internacional privado español, la Ley aplicable a la declaración de incapacidad sigue siendo la Ley nacional (art. 9.1º Cc) y la Ley aplicable a las medidas de protección es la Ley de su residencia habitual. (art. 9.6º.II Cc). A nuestro juicio, la posibilidad de que se aplique una única norma de conflicto a la declaración de incapacitación y a las medidas de protección pasaría por la modificación del art. 9.1º Cc. Pero ese cambio a día de hoy no se ha producido.

D) Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras

En relación al reconocimiento y a la ejecución es necesario diferenciar entre medidas de protección adoptadas por una autoridad administrativa o judicial como podrían ser la declaración de incapacidad, la constitución de una tutela o el nombramiento de un curador, de esas medidas de protección que se derivan del ejercicio de la autonomía de la voluntad y que un tercero debe ejercerlas mediante un poder de representación.

En relación a las primeras, ante la falta de instrumento legal europeo o internacional (bien multilateral o bilateral) aplicable a la materia se deberá aplicar el Derecho internacional privado autónomo en la materia. Sobre este particular, si lo que debe desplegar efectos es una decisión judicial o administrativa adoptada en un proceso de jurisdicción voluntaria se deberá acudir al art. 12 la Ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria. Si se trata de una resolución judicial de carácter contencioso se deberá acudir a los arts. 44 a 55 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

En el caso de que se trate de un poder de representación también se podrá aplicar la Ley de cooperación jurídica internacional, en particular a sus arts. 56 y 57, se podría aplicar lo dispuesto para los documentos públicos extranjeros. En relación a los efectos registrales se deberá tener en cuenta el art. 97 de la Ley del Registro Civil. Sobre este particular incidiremos más adelante.

En la actualidad las resoluciones adoptadas en otros Estados europeos deben superar un procedimiento de reconocimiento y/o execuátur como si

[53] S. Adroher Biosca, "La protección de adultos…", *loc. cit.*, p. 175.

de las decisiones de terceros Estados se tratasen. El hecho de que la decisión tenga que superar un procedimiento específico para desplegar efectos implica una traba importante en la protección del adulto en la UE. Esto es así porque en ocasiones esa medida no podrá traspasar la frontera por ser desconocida o aún pudiendo reconocerse, entre otras razones. Otras veces los problemas de protección se derivan porque las medidas de protección en necesitan ser implementadas con urgencia, pero con el sistema actual esa premura no es posible, ya que primero se debe superar un procedimiento de reconocimiento.

4. Las dificultades que se plantean en el Derecho internacional privado europeo

Hasta el momento hemos estudiado los problemas que plantea la regulación de Derecho internacional privado español en relación a la protección internacional del adulto. Son normas que se han modificado recientemente, que se han creado teniendo presente el CHPIA pero que son insuficientes para la consecución de una protección efectiva del adulto vulnerable en asuntos transfronterizos. En parte esto es debido a esa falta de regulación uniforme a nivel europeo, ya que da lugar a que la seguridad jurídica se resienta, ya que no existe certeza sobre si las medidas adoptadas por tribunales españoles van a traspasar la frontera. Esta situación afecta directamente a los derechos de no discriminación, a la inclusión social y a la libre circulación de los adultos vulnerables.

La doctrina lleva advirtiendo desde hace años de las consecuencias de esta falta de uniformidad a nivel europeo, destacando en particular los siguientes riesgos en atención a los diferentes sectores del Derecho internacional privado[54]:

1) La posibilidad de que existan diferentes tribunales de distintos Estados miembros con competencia judicial internacional para conocer del asunto. El hecho de que no exista uniformidad en las normas de competencia judicial internacional puede dar lugar a un conflicto positivo de competencias. Si un juez francés y un juez alemán acaban adoptando ambos medidas para proteger al mismo adulto vulnerable, el riesgo de que dichas medidas resulten contradictorias es elevado. El resultado es que lejos de brindar protección lo que puede existir es una enorme contradicción a lo que se le debe añadir un coste de tiempo y recursos económicos nada despreciable tanto para las personas como para los sistemas judiciales implicados.

[54] P. Franzina, "La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 132–136.

2) Incoherencia en las medidas de protección. La diversidad de las normas de conflicto existentes y de sus puntos de conexión puede dar lugar a que en relación a un mismo caso se deban aplicar leyes diferentes para proteger a la misma persona o a su patrimonio en función del país donde se solicitan tales medidas. *V.gr.*, piénsese en el siguiente asunto donde una mujer de nacionalidad X reside en el Estado miembro Y. Esta mujer dispone de bienes tanto en el Estado de su nacionalidad como en el de su residencia habitual, por lo que es necesario adoptar medidas de protección en ambos Estados. Los puntos de conexión de las normas de conflicto difieren, mientas que en el Estado de su nacionalidad la norma de conflicto señala que se debe aplicar la Ley de su residencia habitual a las medidas de protección, en el ordenamiento donde reside, la norma de conflicto determina que la Ley aplicable debe ser la Ley de su nacionalidad. Esta situación puede provocar lo que hemos señalado anteriormente, un riesgo alto de contradicción e incoherencia en las medidas adoptadas para proteger a una misma persona. A esto se le añade la inseguridad jurídica que provoca que el adulto no pueda previamente conocer qué Derecho concreto es el que rige la protección, obligando a tener que averiguarlo en atención a los sistemas de Derecho internacional privado autónomos de los distintos Estados miembros involucrados en la protección.
3) La inexistencia de normas de conflicto sobre el apoderamiento preventivo. Como ya estudiamos, hay ordenamientos jurídicos como el español donde existe en el Derecho material la figura de los poderes preventivos, sin embargo, no cuentan con una norma de conflicto específica para determinar el Derecho aplicable. También existen otros ordenamientos como el italiano donde ni si quiera en el Derecho material se recoge esta figura[55]. Por lo tanto, la falta de uniformidad sobre los poderes preventivos entre Estados miembros no solo no permite precisar con exactitud en la actualidad si este tipo de poderes podrá ser válido en un Estado miembro diferente al que se otorgaron si no también qué norma de conflicto debe aplicarse al mismo cuando un juez de otro Estado miembro debe determinar su validez.

Todos los problemas que hemos apuntado erosionan los derechos del adulto vulnerable, en general, se menoscaba su derecho a la igualdad y, en particular, a circular libremente por el EEE. El gasto de tiempo y de dinero al tener que acudir de nuevo a una autoridad (administrativa o judicial) a solicitar medidas de protección debido a que *v.gr.* esas medidas ya

[55] *Ibid*., p. 135.

adoptadas no pueden ser reconocidas en otro Estado miembro no debería ser una opción a tener en cuenta en el espacio de libertad, seguridad y justicia europeo en el siglo XXI.

III. LAS SOLUCIONES ACTUALES PARA LOS PROBLEMAS QUE SE DERIVAN DE LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL ADULTO EN LA UE

1. Introducción

Los expertos en esta materia han venido reclamando que para paliar los problemas jurídicos estudiados a lo largo del trabajo sería necesario dos acciones por parte de la UE[56]: 1) Acción externa: la ratificación de la CHPIA por todos los Estados parte de la UE en atención al art. 216 TFUE. La entrada en vigor de este Convenio permite disponer de un Derecho uniforme en la materia, lo que beneficiaría a los asuntos que donde se puedan ver afectados adultos de Estados no europeos pero que sí son parte del Convenio; 2) Acción interna: la creación de un reglamento europeo para que complemente al CHPIA en los asuntos que presenten repercusión únicamente entre los Estados europeos.

Unas de las soluciones más interesantes y útiles para la protección internacional del adulto que se han propuesto por el parlamento europeo[57] y que la doctrina ha secundado ha sido la creación de un <<certificado europeo sobre los poderes de representación>>[58]. El CHPIA prevé un certificado de poderes de representación pero se ha concebido de tal forma que su utilidad en la práctica ha sido escasa[59]. Este certificado europeo que proponemos se concebiría de forma similar al certificado sucesorio europeo (en adelante, CSE) previsto en el RES[60]. El legislador podría beneficiarse de la

[56] Report on the European Law Institute, the protection of adults in International Situations, abril 2020, pp. 21 ss [<https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_ upload/p_eli/Publications/ELI_Protection_of_Adults_in_International_Situations.pdf>].

[57] Resolución del Parlamento europeo de 1 junio 2017 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre la protección de los adultos vulnerables, apartado V y 6 disponible en [<https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA–8–2017–0235_ES.html>]. Ya se señalaba en el informe del parlamento de 24 marzo 2008 la idea de elaborar *"unos formularios comunitarios únicos"* [<https://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=–//EP//TEXT+REPORT+A6–2008 –0460+0+DOC+XML+V0//ES>].

[58] *Vid.* P. Franzina, "La protección internacional de adultos…", *loc. cit.*, p. 142.

[59] Report on the European Law Institute, the protection of adults in International Situations, abril 2020, pp. 41–42 [<https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_ upload/p_eli/Publications/ELI_Protection_of_Adults_in_International_Situations.pdf>].

[60] Sobre el concepto de CES en la doctrina nacional *vid*. I. Antón Juárez, "La prueba de la condición de heredero en la Unión Europea", *CDT*, vol. 10, nº 2, p. 181; I.A. Calvo Vidal, El

experiencia existente sobre el CSE y crear un documento europeo que permita que los poderes de representación puedan ser válidos en todos los Estados miembros sin necesidad de tener que superar un procedimiento de reconocimiento. Este nuevo instrumento europeo iría en consonancia con los sistemas de protección del adulto más modernos, donde la voluntad de la persona es el eje sobre el que debe pivotar la protección. Antes de analizar el certificado de poderes de representación consideramos que sería necesario estudiar el sistema de representación voluntaria en el actual Derecho internacional privado español. Este estudio permitirá apreciar su dificultad, debido a las diferentes leyes que se deben tener presentes y las dificultades que presenta cuando se persigue la protección internacional del adulto.

2. La Ley aplicable al apoderamiento preventivo conforme al Derecho internacional privado español

A) Introducción

La representación de una persona se puede llevar a cabo bien porque existe un contrato de mandato (representación voluntaria) o porque así lo determina una autoridad judicial en un procedimiento de protección (representación legal).

En atención a la representación que surge en virtud de un contrato de mandato "el mandatario" es autorizado por "el mandante" para que le represente en el tráfico jurídico. En definitiva, para que actúe en su nombre. La representación voluntaria se regula en el art. 1259 Cc, es un negocio jurídico unilateral, pero no es un contrato. El Derecho civil distingue el poder de representación del contrato del que se deriva[61]. Este aspecto tiene su influencia en el Derecho internacional privado.

---

certificado sucesorio europeo, Madrid, La Ley Wolters Kluwer, 2015, p. 69; J. Carrascosa González, "Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial", *CDT*, vol. 6, nº 1, 2014, p. 37; A. Fernández Tresguerres, *Las sucesiones 'mortis causa' en Europa: aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 604; M. Medina Ortega, "El certificado sucesorio europeo", *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 907–918; M. RequeJo Isidro, "El certificado sucesorio (o de heredero) europeo: propuestas de regulación", *Diario La Ley*, nº 7185, 2009; en la doctrina extranjera *vid.* A. Davì y A. Zanobetti, "Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea", *loc. cit.*, pp. 132–138; F. Padovini, "Certificato successorio europeo", en P. Franzina y A. Leandro (coords.), *Il Diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Milán, Guiffrè, 2013, p. 199; P. Wautelet, "Chapitre VI. Certificat Sucessoral Européen, en A. Bonomi/ P. Wautelet, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlament nº 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, Bruylant, 2013, p. 702.

[61] A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, p. 262; R. Rueda Valdivia, *La representación voluntaria en la contratación internacional*, Granada, Comares, 1998, p. 22.

En aras de determinar el Derecho aplicable es necesario diferenciar entre el contrato de mandato y el negocio jurídico que surge en virtud del mismo, "la representación voluntaria". Mientras que al contrato de mandato se le aplicarán las normas de conflicto del *Reglamento Roma I* para determinar el Derecho aplicable. A la representación voluntaria se le aplicará la Ley determinada por el art. 10.11º Cc, ya que no existe ninguno instrumento legal internacional aplicable en la materia[62].

Sin embargo, como hemos apuntado a lo largo del trabajo, en la protección internacional del adulto, un escollo importante surge en situaciones como la siguiente: un señor francés residente en Marbella otorgó un poder ante notario en París en 2010 a favor de su mejor amigo para que le representará en caso de que en algún momento no tuviera la capacidad suficiente para gobernarse. En la actualidad existe un procedimiento para proteger al señor francés ante tribunales españoles, así cabe preguntarse qué papel juega ese apoderamiento preventivo en el procedimiento de protección que se está sustanciando en España y cómo puede desplegar efectos un poder otorgado en el extranjero en el ordenamiento jurídico español. Y es más, qué Ley aplicará el juez español para modificar o revocar ese poder de representación otorgado en el extranjero.

B) La Ley aplicable al contrato de mandato

El contrato de mandato, instrumento para llevar a cabo un apoderamiento preventivo, se rige por el Derecho determinado por el Reglamento Roma I. Está Ley es la que establecerá las obligaciones que asumen las partes o en qué supuestos quedaría extinguido el contrato. También las normas de conflicto de este Reglamento permiten determinar el Derecho aplicable al contrato entre el representante y un tercero[63]. Sin embargo, quedarían fuera del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I la capacidad de las partes para celebrar este tipo de contratos (se aplicaría el art 9.1º Cc) y también si el representante puede obligar al representado frente a terceros (a esta cuestión se aplicaría el art. 10.11º Cc y se estudiará más adelante cuando se analice la Ley aplicable a la representación voluntaria).

La Ley aplicable a este contrato la pueden elegir las partes en virtud del art. 3 del citado Reglamento. En defecto de elección, se debería acudir al art.

[62] A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Contratos internacionales II: contratos en particular", en *Derecho internacional privado*, 18ª ed., vol. II, Granada, Comares, 2018, p. 1069.

[63] *Ibíd*., p. 1073.

4.3º del Reglamento Roma I, por lo que resultaría de aplicación la Ley del país con el que el contrato presenta vínculos más estrechos. En concreto, la doctrina ha considerado que dicha Ley podría ser la de la residencia habitual del mandante[64]. Este punto de conexión podría ser un punto de conexión muy adecuado cuando se trata de un mandato preventivo. En atención a este punto conexión, el contrato de mandato podría quedar regulado por una ley próxima y previsible para todas las partes involucradas (mandante, mandatario y tercero).

En cuanto a los aspectos formales del contrato de mandato se deberá atender a lo dispuesto en el art. 11 del Reglamento Roma I. Este precepto diferencia distintos escenarios: 1) si las partes que celebran el contrato de mandato se encuentran en el mismo país al momento de la celebración, la forma del contrato será válida si se ajusta a la Ley que rija el fondo del contrato en base al Reglamento o la Ley del país de celebración (art. 11.1º Reglamento Roma I); 2) si las partes no se encuentran en el mismo país al momento de la celebración, la forma del contrato será válida si se ajusta a lo dispuesto en la Ley que rige el fondo del contrato en base al Reglamento Roma I, o la Ley de los países en los que se encuentra cualquiera de las partes o sus representantes en el momento de la celebración o la ley del país en que cualquiera de las partes tuviera su residencia habitual en ese momento.

C) La Ley aplicable a la representación voluntaria

Respecto a la Ley aplicable a la representación voluntaria, la norma de conflicto aplicable es el art. 10.11º CC[65]. Esta norma se aplica al "fenómeno representativo" y no al contrato de representación o mandato que estudiamos en el apartado anterior. El ámbito de aplicación de la Ley que se determina mediante el art. 10.11º Cc es el siguiente[66]: 1) La vinculación jurídica entre el representado y tercero; 2) Las facultades jurídicas del representante. Los trámites o gestiones que el mandatario está autorizado a realizar en base a ese poder; 3) Los aspectos que tienen que ver con "el

[64] A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson-Reuters-Aranzadi, 2009, p. 264.

[65] Sobre este precepto *vid*. en la doctrina A. Borrás Rodríguez, "Art. 10.11º Cc", *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, t. I, vol. II, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 788–795; J. Carrascosa González, "Art. 10.11", en M. Pasquau Liaño, *Jurisprudencia civil comentada*, t. I, Granada, Comares, 2000, pp. 314–317; J.C. Fernández Rozas, "Art. 10.11º Cc", *Comentario al Código Civil Ministerio de Justicia*, 1991, pp. 133–136.

[66] A.L.Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Contratos internacionales II: contratos en particular", en *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 1072; A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto…, op. cit.*, p. 267.

fondo" del poder. En otras palabras, todo lo que tiene que ver con la existencia del poder, su alcance, su renovación y su extinción.

Los puntos de conexión que recoge este precepto son dos: 1) *La Ley elegida.* Esta elección debe ser expresa. La doctrina ha sostenido diferentes tesis en relación a si la elección debe entenderse trilateral (la elección de ley la realiza el representante, el representado y el tercero), bilateral (la elección de ley la realiza el representante y el representado) o unilateral (la elección de ley la realiza el representado)[67]. A nuestro juicio la elección debería ser unilateral, ya que la representación voluntaria es un negocio unilateral, no es un contrato, por lo que solo el mandante o poderdante es el que debería elegir el Derecho aplicable a la representación voluntaria; 2) La Ley del país donde el representante ejercita las facultades conferidas.

En cuanto a la forma del poder, el art. 10.11º CC no es aplicable, sería de aplicación otra norma de conflicto del CC español, el art. 11. Esta norma de conflicto señala que la Ley aplicable a la forma puede ser el Derecho aplicable del país donde se otorgó el poder. La doctrina ha señalado que este punto de conexión facilita la validez formal de un poder otorgado en el extranjero[68].

D) La Ley aplicable por el juez español a un poder preventivo creado en el extranjero

A lo largo de la exposición debido a que partimos de que el adulto otorga un poder preventivo como medida de protección en un futuro por eso nos hemos referido a las normas de conflicto aplicable al contrato de mandato y a la representación voluntaria. No obstante no se puede pasar por alto otro escenario, también posible en la protección del adulto y es el Derecho aplicable a la representación legal. Esta representación se deriva por imperativo legal y en el caso de los adultos será la Ley aplicable que determine el art. 9.6º.II Cc[69]. *V.gr.* en el caso de que el juez determinara que es necesario nombrar a un tutor para proteger a ese adulto vulnerable, la Ley aplicable a esa representación legal, será el Derecho aplicable a la tutela, Ley que se determina mediante el ya citado art. 9.6º.II Cc.

Sin embargo, qué sucede en esos casos en los que un juez debe adoptar medidas para proteger a un adulto pero éste celebró un contrato de apoderamiento preventivo en el extranjero. Así cabría preguntarse si ese

[67] Para un mayor detalle de las distintas doctrinas *vid*. A.L.Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Contratos internacionales II: contratos en particular", *loc. cit.*, pp. 1070–1071.

[68] *Ibíd*., p. 1073.

[69] A. Muñoz Fernández, *La protección del adulto…, op. cit.*, p. 268.

poder de representación puede continuar o debe el juez español revocarlo y lo que es más importante cuál es Derecho aplicable.

En primer lugar, un aspecto importante es qué medida de protección necesita ese adulto para quedar protegido. No es lo mismo que sea necesario incapacitar al adulto de forma permanente que velar por él y sus bienes durante un tiempo limitado. De este modo, a nuestro juicio, en la medida que sea posible, el juez debería respetar el apoderamiento preventivo siempre que resulte ser suficiente para proteger al adulto. De este modo, ese contrato de mandato debería continuar vigente y regirse por el Derecho aplicable al mismo.

En el caso de que ese adulto que otorgó un poder preventivo en el extranjero ahora deba ser incapacitado y por lo tanto con el poder otorgado no sea suficiente para protegerlo, sería necesario tener en cuenta la Ley aplicable a la incapacidad (*ex* art. 9.1º Cc), la Ley aplicable a la medida de protección para proteger al adulto (*ex* art. 9.6º. II Cc) pero sin perder de vista ese contrato de representación. En un primer momento, como medida preventiva, hasta que se declare la incapacidad, el representante puede ser nombrado por el juez guardador de hecho[70]. Al dictar sentencia el juez deberá decidir si mantiene ese poder de representación, lo modifica o lo revoca teniendo en cuenta el contrato de representación y la Ley que rige el mismo. Como ya ha señalado la doctrina, la opción deseable sería que se pudiera compatibilizar ese negocio jurídico con la medida de protección que se considera mejor opción para proteger al adulto[71]. Esta combinación armónica puede resultar compleja, especialmente en los supuestos en los que resulte de aplicación Leyes de distintos ordenamientos extranjeros. Así, solo en el caso concreto se podrá apreciar en atención a las consideraciones del juez si ese apoderamiento preventivo puede constituir o no una parte importante de la protección del adulto.

E) La validez en España de un poder otorgado en el extranjero

Otro escenario diferente y muy relacionado con la propuesta de un certificado europeo de poderes de representación tiene lugar cuando una persona es representante de otra y quiere hacer uso de ese poder en otro país diferente de donde se otorgó. Antes de analizar la propuesta de certificado europeo de poderes de representación sería necesario saber cómo un poder otorgado en el extranjero puede ser válido en España. La

[70] *Ibíd*., p. 262.
[71] *Ibíd.*, p. 265.

mejor forma de abordar esta explicación es retomando el ejemplo práctico que se exponía en la introducción.

Señor francés residente en Marbella otorga un poder en París en 2010 a favor de su mejor amigo. Este señor francés reside ahora en España, sufre un accidente y se encuentra hospitalizado. Su amigo necesita utilizar el poder para poder hacer frente a varios pagos pero antes de poder actuar en nombre de su amigo con un poder otorgado en el extranjero debe ese poder desplegar efectos en España.

Un poder otorgado en este caso en Francia ante notario francés podrá ser válido en España si se ajusta a los siguientes requisitos[72]: 1) El poder debe ajustarse a la Ley aplicable al fondo (art. 10.11º Cc); 2) El poder debe ajustarse a la Ley aplicable a la forma (art. 11 Cc); 3) También es necesario verificar quién ha sido la autoridad que lo ha emitido y la autenticidad del documento.

En cuanto al *fondo*, en atención al art. 10.11º Cc, la Ley aplicable al fondo del poder será la Ley elegida por el mandante o en su defecto la Ley del país donde se ejercitan las facultades de representación. En este caso, el mandante no eligió expresamente el Derecho aplicable, por lo tanto, es el Derecho español el que debe regir la Ley aplicable al fondo del poder por ser la Ley del país donde se va a utilizar el poder. En relación a la *forma*, será de aplicación el art. 11 Cc, en base a esta norma de conflicto se podría aplicar a la forma el Derecho francés (Ley del país en el que se otorgó) o el Derecho español (Ley aplicable a su contenido).

Respecto a la *autoridad* que otorgó el poder y los *requisitos de autenticidad* que tendría que verificar la autoridad española que estudie la validez de este poder otorgado en el extranjero se debería tener en cuenta lo siguiente: a) Si la autoridad que lo emitió era una autoridad pública extranjera o no. En este caso así era. El poder se otorgó ante notario en París. Al tratarse de un notario extranjero pero de tradición Latina y con el desempeño de funciones similares al notario español, la calificación no debe plantear problemas. Más dificultades se plantean en el caso de que el poder no hubiera sido otorgado por autoridad pública extranjera pero la legislación española así lo exigiera, es necesario analizar qué papel desempeñó esa autoridad pública para poder precisar si actúo de forma similar a un notario español[73]; b) El poder otorgado en el extranjero se debe presentar legalizado o apostillado (art. 323.2.2º LEC) y traducido ante las autoridades españolas (art. 144.1º LEC).

[72] A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Contratos internacionales II: contratos en particular", *loc. cit.*, pp. 1074–1075.

[73] *Ibíd.* p. 1074.

Una vez cumplido todos estos requisitos y verificados por la autoridad española correspondiente, el señor francés podrá ser representado por su amigo en España. Sin embargo, si el señor francés poseyera bienes en Alemania y necesitara que su amigo le representara en ese otro país europeo, *v.gr.*, para vender en su nombre alguno de sus bienes. Antes de poder ejercer tal representación, se debería cerciorar de todos los aspectos de Derecho internacional privado en relación al contrato de mandato, la representación voluntaria y la validez de los poderes otorgados en el extranjero en el ordenamiento alemán.

3. El certificado europeo de poderes de representación

Como hemos estudiado uno de los aspectos sobre los que existe una gran diferencia normativa entre los Estados miembros es lo relativo a los poderes de representación también denominados *private mandates*. De este modo, existen ordenamientos donde es necesario acudir al notario para formalizar un apoderamiento preventivo, sin embargo, existen otros ordenamientos europeos en los que la formalización se podría llevar a cabo con un abogado. Las dificultades de los poderes privados sobre todo tiene que ver con los efectos de los mismos en el tráfico jurídico internacional. Esto es así porque presentan efectos no solo en la relación entre la persona que otorga el poder (el mandante) y la persona que debe ejercitarlo (mandatario) si no también en la relación que podría existir entre el mandante y/o el mandatario y un tercero[74].

Por lo tanto, ese posible certificado europeo de representación se debería concebir como un instrumento que permitiera garantizar efectos uniformes de los poderes de representación con independencia de cuál fuera el país europeo de emisión y el país de destino. A pesar de que existan divergencias en los derechos materiales sobre la representación, pero lo mismo sucede con el Derecho de sucesiones. No en todos los Estados europeos existen las misma normas materiales sobre la sucesión *mortis causa*, pero eso no ha imposibilitado a que exista un certificado europeo que permita acreditar la condición de heredero o legatario en un país europeo distinto a donde se emite sin tener que superar un proceso de revisión adicional sobre su validez. El CSE, al igual que el certificado que proponemos, es un reflejo de la confianza mutua entre ordenamientos europeos. Por lo tanto, nos parece plausible que se vuelva optar por este tipo de instrumento en una materia diferente como es la protección del adulto.

Un aspecto, entre los muchos a tener en cuenta si se llegara a crear este certificado de poderes, sería tener presente todas las áreas del derecho que

[74] R. Frimston, y otros, *The International Protection of Adults*, *op. cit.*, p. 34.

se ven afectadas por este instrumento. Dos de ellas serían el Derecho de los contratos y el Derecho de las personas en relación a su estatus y capacidad. De este modo, se debería tener presente la conexión de ambas disciplinas desde la perspectiva internacional privatista y también desde la perspectiva del Derecho material. Esto es así porque en algunos ordenamientos donde no se prevé el apoderamiento preventivo como figura para proteger al adulto, en caso de incapacidad, el poder de representación cesa[75]. Este sería un aspecto a valorar porque como sucedió con el CSE, algunos derechos materiales europeos se tuvieron que modificar en cierta medida para que el CSE pudiera cuadrar con el Derecho nacional. Por lo tanto, algunas modificaciones del Derecho nacional puede que sean necesarias para que este certificado europeo de poderes de representación pueda crearse.

A nuestro juicio, teniendo en cuenta lo ya analizado en relación al RES en otros trabajos previos[76], las características de este nuevo certificado sobre poderes de representación deberían ser las siguientes[77]:

1) *Complementario y al mismo nivel que otras figuras de los Estados miembros dispusieran en sus ordenamientos nacionales sobre la materia*. No debe concebirse como obligatorio, si no como una opción más a disposición de los ciudadanos europeos. Por lo tanto, su existencia no obsta para que se puedan utilizar otros instrumentos nacionales para probar la condición de representante. Pero de la misma forma que sucede con el CES, las autoridades nacionales no se pueden negar a que se utilice en su estado. No es posible que desincentiven su uso para aplicar una figura nacional análoga.
2) *No constitutivo*. El certificado europeo de poderes de representación no debería concebirse como un documento constitutivo, es decir no atribuiría condición alguna, solo serviría como instrumento de prueba. De igual manera sucede con el CSE. Éste no atribuye condición

[75] Así sucedía en el ordenamiento jurídico español hasta el año 2003. En virtud del art. 11 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección de personas con discapacidad (BOE 19.11.2003) se añadió un segundo apartado al art. 1732 Cc lo que permite que el mandato no se extinga por causa de incapacidad siempre que se hubiera previsto en el mismo que el mandatario puede seguir ejerciendo tales poderes de representación incluso cuando el mandante hubiera devenido incapaz.

[76] *Vid. ad ex*. I. Antón Juárez, "El certificado sucesorio europeo", en A.L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, *Litigación internacional IV. Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones* mortis causa, pp. 315 ss.

[77] *Vid.* sobre este particular el Report on the European Law Institute, the protection of adults in International Situations, abril 2020, pp. 42–55 [<https://www.europeanlawinstitute.eu/ filead min/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Protection_of_Adults_in_International_Situations.pdf>].

de heredero alguna ni tampoco es un requisito para la adquisición de la herencia[78].

3) *Uso acotado*. El certificado europeo de poderes de representación debería utilizarse para los asuntos que presenten un elemento extranjero. Así, del mismo modo que en el CSE, debería poder desplegar efectos tanto en el Estado de emisión como en otro Estado miembro donde se necesite ejercer los poderes de representación[79].

4) *Su naturaleza no debería ser la de una resolución judicial, ni de una transacción judicial o documento público*. El certificado europeo de poderes de representación debe ser un documento europeo, con naturaleza propia y diferente a la de una resolución judicial, transacción judicial o documento público nacional. El hecho de ostentar una naturaleza diferente permite que su naturaleza propia sea "su idoneidad para circular" entre Estados europeos sin necesidad de superar un procedimiento de reconocimiento específico.

5) *Formalista*. Para poder conseguir que validez y efectos sean iguales en todos los Estados europeos es necesario que se base en modelos o formularios uniformes. Así, el procedimiento para su solicitud, expedición, modificación, oposición y revocación será homogéneo. A nuestro juicio, cuanto menos espacio se le deje al Derecho nacional para regular las cuestiones procedimentales que afectan al certificado, mejor, más uniforme será el certificado y menos divergencias existirán entre Estados parte.

6) *Presunción de veracidad*. El certificado debe presumirse válido para demostrar que esa persona representa a otra bien en atención a la Ley que protege al adulto u otra Ley que resulte aplicable a aspectos particulares[80]. Esa otra Ley podría ser la Ley aplicable al contrato de mandato. La persona que aparece como representante debe ser considerada como facultada con todos los poderes que el certificado confiere salvo que se disponga algún tipo de limitación en el mismo. Como ya se ha señalado, el objetivo es que el certificado pueda circular con los mismos efectos entre los Estados miembros. Para ello, la presunción de veracidad no se puede cuestionar. Un problema recurrente en la actualidad con la representación del adulto es la extensión del poder de representación y la situación de inseguridad

[78] I.A. Calvo Vidal, *El certificado sucesorio europeo*, Madrid, La Ley Wolters Kluwer, 2015, p. 69.

[79] Report on the European Law Institute, the protection of adults in International Situations, abril 2020, p. 42 [<https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Protection_of_Adults_in_International_Situations.pdf>].

[80] *Ibíd.*, p. 43.

jurídica en la que queda el tercero (*v.gr.* una entidad bancaria) que se relaciona con el mandatario de un poder. Esa protección del tercero debería ser más amplia que la que se recoge en el art. 17 CHPIA. Este precepto solo opera cuando ambas el representante y el tercero operan en el mismo Estado. La aplicabilidad de esa protección al tercero es dudosa en asuntos transfronterizos[81]. Por ese motivo, se debería seguir lo dispuesto en el art. 69 RES para configurar este nuevo certificado. Sin embargo, a nuestro juicio, se debería ser más preciso que en el CSE e intentar solventar los problemas que deja abierto el art. 69 RES. Así, *v.gr.*, se debería dar solución a problemas que surgen cuando existen dos certificados que acreditan la condición de representante y ambos se han utilizado en el tráfico jurídico, qué actos realizados en torno al mismo son los que despliegan efectos. En otras palabras, ¿qué certificado de poderes de representación prevalecería?¿el nacional o el europeo?. Esta es una cuestión que el art. 69 RES deja abierta. Sin embargo, consideramos que se debe aprovechar la experiencia del CSE para evitar cometer los mismos errores e intentar homogeneizar al máximo el funcionamiento y los problemas que en el tráfico jurídico pueden surgen en torno al mismo.

IV. REFLEXIONES FINALES

La protección internacional del adulto es una obligación pendiente en el Derecho internacional privado europeo. Uno de los motivos que explican esta inacción por parte del legislador europeo es debido a que no existe ninguna homogeneización en materia europea sobre la capacidad de las personas físicas. Es una materia que siempre se ha excluido de las normas de Derecho internacional privado europeo. No obstante, ha llegado el momento de que esa inacción se dejé atrás y se empiecen a tomar medidas concretas con el fin de mejorar la protección internacional del adulto. Entre ellas especialmente deberían considerarse las que hacen partícipe al adulto en su protección, aquellas que son resultado del ejercicio de su autonomía de la voluntad conflictual. Junto con éstas, también se debería pensar en fórmulas que permitan la libre circulación de medidas de protección adoptadas por los tribunales o autoridades de unos estados europeos en otros. Todo ello sin olvidar instrumentos que potencien la consecución de un espacio europeo único de justicia mediante el cual un poder de representación se origina en un Estado y puede válidamente desplegar

[81] Report on the European Law Institute, the protection of adults in International Situations, abril 2020, p. 43 [<https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_ upload/p_eli/ Publications/ELI_Protection_of_Adults_in_International_Situations.pdf>].

efectos en cualquier estado europeo sin cuestionarse el derecho material conforme al cual se ha creado.

BIBLIOGRAFÍA

Adroher Biosca, S.: "La protección de adultos en el Derecho internacional privado español: novedades y retos", *REDI*, vol. LXXI, nº 1, 2019, pp. 163–185.

Álvárez Torné, M.: "Current issues in the protection of adults from the perspective of private international law", *REEI*, nº 32, 2016, pp. 1–18.

Antón Juárez, I.: "El certificado sucesorio europeo", en A.L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, *Litigación internacional IV. Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre sucesiones mortis causa*, pp. 315–362.

Borrás Rodríguez, A.: "La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes", *Pacis Artes, Obra Homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, Eurolex, 2015, pp. 1286–1308.

—: "Qué ha significado 2014 para la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. XIV–XV, 2014–2015, pp. 697–720.

—: "Art. 10.11º Cc", en *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales*, M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, tomo I, vol. II, 2ª ed., Ed. Edersa, Madrid, 1995, pp. 788–795.

Calvo Caravaca A.L. y Carrascosa González, J.: "Poderes autorizados por notarios extranjeros y compraventa de inmuebles situados en España", *CDT*, vol. 12, nº 1, 2020, pp. 9–13.

—: "Persona física", *Derecho internacional privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 3–71.

Campoy Cervera, I. (coord.): *Los derechos de las personas con discapacidad. Perspectivas sociales, jurídicas, políticas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2005.

Carrascosa González, J.: "Art. 10.11", en M. Pasquau Liaño, *Jurisprudencia civil comentada*, t. I, Granada, Comares, 2000, pp. 314–317.

Curry Sumner, I.: "Vulnerable Adults in Europe.European added value of an EU legal instrument on the protection of vulnerable adults", en *Protection of Vulnerable Adults, Accompanying the European Parliament's Legislative Initiative Report* (Rapporteur: Joëlle Bergeron), 2016, pp. 18–99.

Durán Ayago, A.: "Nuevos escenarios en la protección internacional de adultos", en M. Alonso Pérez y E.M. Martínez Gallego, *Protección jurídica de los mayores*, La Ley, 2004, pp. 443–470

Fernández Rozas, J.C.: "Art. 10.11º Cc", *Comentario al Código Civil*, Ministerio de Justicia, 1991, pp. 133–136.

Franzina P.: "La protección internacional de adultos vulnerables: un llamamiento a la acción a nivel de la Unión Europea", *AEDIPr*, t. XVI, 2016, pp. 127–145.

—: "La Convenzione dell'Aja sulla protezione intemazionale degli adulti nella prospettiva della ratifica italiana", *Riv. dir. int.*, 2015, pp. 748 ss.

—: *La protezione degli adulti nel diritto internationale privato*", Pádua, Cedam, 2012.

Frimston, R.: "Key concepts in private international law", en R. Frimston, A. Ruck Keene, C. Van Overdijk, A. D. Ward, *The International Protection of Adults*, Oxford, 2015,pp. 8–36.

Iriarte Ángel, J.L.: "La protección de adultos en Derecho internacional privado", en A. Borrás Rodríguez y G.Garriga Suau, *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil: homenaje al prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 203–218.

Lagarde, P.: *Convention Protection des adultes. Raport explicatif*, Publié par La Conférence de La Haye de droit international privé Bureau Permanent, 2017.

Lipp, V.: "Chapter 22. Germany", en R. Frimston, A. Ruck Keene, C. Van Overdijk, A. D. Ward, *The International Protection of Adults*, Oxford, 2015, pp. 375–385.

Muñoz Fernández, A.: "Intervención pública y autonomía de la voluntad en la protección internacional de los incapaces", *Persona y Derecho*, nº 72, 2015, pp. 287–300.

—: *La protección del adulto en Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2009.

Rueda Valdivia, R.: *La representación voluntaria en la contratación internacional*, Granada, Comares, 1998.

Siehr, K.: "Das Haager Übereinkommen Über den internationalen Schutz Erwachsener", *RabelsZ*, 2000, pp. 715–751.

Van Overdijk, C.: "Chapter 11.England and Wales", en R. Frimston, A. Ruck Keene, C. Van Overdijk, A. Ward, *The International Protection of Adults*, Oxford, 2015, pp. 179–216.

Wehmeyer, M.L (coord): *The Story of Intelectual Disability – An evolution of Meaning*, Understanding, and Public Perception, Brookes, 2013.

Recibido: 13 mayo 2020
Aceptado: 26 mayo 2020

Elección de la ley aplicable a las obligaciones transfronterizas de alimentos

Vésela ANDREEVA ANDREEVA *

SUMARIO**:** I. Introducción. II. Principio de la autonomía de la voluntad. II. Designación de la ley aplicable a los efectos de un procedimiento específico. III. Regulación general de la elección de ley aplicable: art. 8 del Protocolo. Particularidades de la norma. 1. Ámbito de aplicación del art. 8. 2. Posibilidades de elección de ley aplicable: A) La ley de un Estado del cual alguna de las partes tenga la nacionalidad en el momento de la designación. Doble nacionalidad; B) La ley del Estado de la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación; C) La ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones; D) La ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación. 3. Condiciones de validez del convenio de elección de la ley aplicable: art. 8.2º Protocolo: A) Supresión de la renuncia de la obligación de alimentos del ámbito de aplicación de la ley designada; B) Cláusula de protección de la aplicación de una ley manifiestamente injusta para las partes. IV. Consideraciones finales.

RESUMEN: Las crisis matrimoniales, a parte del impacto emocional, presentan una complejidad jurídica importante que requiere una regulación adecuada de los distintos aspectos de estas relaciones. Las obligaciones de alimentos son consecuencia directa de dichas crisis y necesitan una regulación que proporcione seguridad jurídica y previsibilidad a las partes. La aplicación del principio de la autonomía de la voluntad es una de las mayores novedades introducidas por el Protocolo de la Haya sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Esta solución corresponde a la creciente tendencia mostrada por instituciones internacionales al reconocimiento de la libertad de elegir la ley aplicable, incluso en áreas en las que tradicionalmente ha estado excluida. Las disposiciones de los arts. 7 y 8 del Protocolo, aunque de manera limitada, permiten a las partes designar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. El art. 7 regula la elección de la ley aplicable en un procedimiento específico, mientras que el art. 8 permite designar dicha ley en cualquier momento del procedimiento. El presente trabajo pretende ofrecer un análisis de los arts. 7 y 8 del Protocolo y las posibilidades que tienen las partes a designar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

PALABRAS CLAVE: OBLIGACIONES DE ALIMENTOS – AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD – LEY APLICABLE.

Choice of law to transnational maintenance obligations

* Profesora ayudante doctora y miembro del Instituto de Derecho Privado Europeo y Comparado de la Universitat de Girona

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 277–300
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.10

ABSTRACT: Matrimonial crises, apart from the emotional impact, present an important legal complexity that requires a proper legal regulation of the different aspects of these relationships. Maintenance obligations are direct consequence of these crises and need an accurate legal framework that provides legal certainty and predictability to the parties. The acceptance of the principle of party autonomy is one of the main innovations introduced by the Hague Protocol on the law applicable to maintenance obligations. This solution corresponds to the growing trend shown by international institutions to recognize the freedom to choose the applicable law, even in areas where it has traditionally been excluded. The provisions of Articles 7 and 8 of the Protocol, although in a limited way, allow the parties to designate the law applicable to maintenance obligations. Article 7 rules the choice of the applicable law in a specific procedure, while article 8 allows the parties to designate the law at any time of the process. This study pretends to analyses articles 7 and 8 of the Protocol and the possibilities the parties have to designate the applicable law to maintenance obligations.

KEYWORDS: MAINTENANCE OBLIGATIONS – PARTIES' AUTONOMY – CONFLICT ‑OF ‑LAW RULES.

I. INTRODUCCIÓN

1. Las relaciones de familia en un mundo globalizado y cambiante hace tiempo que han traspasado las fronteras nacionales. Las condiciones político–económicas en las que vive una generación se diferencian sustancialmente de las de generaciones anteriores. Estos cambios inciden sobre el Derecho de familia. Las viejas tradiciones contrastan con nuevas circunstancias y obligan al legislador adaptar la normativa existente a la realidad. Las relaciones personales y, sobre todo, las de familia son complicadas, a la vez que complejas y el Derecho intenta regular cada una de ellas con el mayor rigor posible, considerando los intereses de las partes implicadas. Las relaciones, personales y/o patrimoniales, entre los cónyuges, las relaciones entre padres e hijos, los temas de las obligaciones de alimentos están presentes en la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, de las instituciones europeas y del legislador nacional. La complejidad jurídica, tanto en el ámbito de competencia judicial internacional, como de la ley aplicable, requieren soluciones adecuadas, acordes con las nuevas circunstancias que afrontan las familias. Uno de los temas de particular interés es la regulación de las obligaciones de alimentos en una relación con elemento extranjero.

Desde el 18 de junio 2011 en la UE se aplica el Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 diciembre 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos[1] (de aquí en adelante Reglamento

[1] DO nº L 7, de 10 enero 2009

4/2009). De acuerdo con el art. 15 del Reglamento la ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determina por el Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros que están vinculados por este instrumento[2](de aquí en adelante el Protocolo). El Protocolo sustituye entre los Estados contratantes al Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias y al Convenio de La Haya de 24 octubre 1956 sobre obligaciones alimenticias respecto a menores. Incluye una novedad en la regulación de la materia – en una relación con elementos internacionales a las partes se les concede la posibilidad de elegir la ley aplicable a las obligaciones de alimentos. El presente estudio se centra en el análisis de las normas de conflicto previstas en los art. 7 y 8 del Protocolo.

II. PRINCIPIO DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

2. La posibilidad de que las partes designen ley aplicable a sus relaciones es reflejo de la autonomía de la voluntad, principio básico en el Derecho internacional privado que consiste en la reconocida y regulada por las normas jurídicas posibilidad de las partes en una relación con elementos extranjeros elegir la ley que regula dicha relación. Tal designación prevalece sobre el Derecho que resultaría aplicable a falta de elección de ley. Este principio está previsto tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales, como en las fuentes internacionales como regulador de las relaciones con elementos internacionales. Su introducción en los convenios multilaterales es resultado del trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado[3]. La posibilidad de elegir la ley aplicable a las obligaciones de alimentos no está prevista en los Convenios de la Haya de 1956 y 1973 que regulan esta materia[4]. Tradicionalmente, las normas en materia de Derecho de familia tenían carácter imperativo y las partes no podían regular sus derechos y obligaciones. En este contexto, el principio de

[2] El Protocolo se adoptó el 23 noviembre 2007. El texto completo se puede consultar en [<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full–text/?cid=133>]. Con la Decisión del Consejo, 30 noviembre 2009 la UE se adhiere al Protocolo (DO nº 331 de 16 diciembre 2009, páginas 17 a 23; Referencia DO–L–2009–82439).

[3] A. S. de Sousa Gonçalves "El principio de la autonomía de la voluntad en los reglamentos europeos sobre derecho de familia y sucesiones", *La Ley Unión Europea* nº 40, 2016.

[4] Convenio de 24 octubre 1956 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias respecto a Menores, el Convenio de 2 octubre 1973 sobre Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias y Convenio de 2 octubre 1973 sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones relativas a las Obligaciones Alimenticias, *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951–2007)*, coordinación y estudio preliminar de A. Borrás y J.D. González Campos, 2ª ed., Madrid. Marcial Pons, 2008" –y revisada en colaboración con la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.

la autonomía de la voluntad no se aplicaba a las obligaciones de alimentos[5]. Con los años, sin embargo, el ámbito de aplicación del principio se amplia y se establece como base de regulación de las relaciones con elementos extranjeros entre las cuales se encuentran las relaciones de familia[6].

3. La razón principal de la aplicación de la autonomía de la voluntad en las normas europeas que regulan cuestiones específicas en el ámbito de Derecho de familia es la necesidad de conseguir un compromiso en la UE entre los tribunales de países de tradición anglosajona que en su jurisprudencia casi nunca aplican el derecho extranjero, y los tribunales de los Estados del sistema jurídico continental que, en ejecución de las normas de conflicto, aplican la ley extranjera[7]. Aplicar el principio de autonomía de la voluntad a la hora de elegir la ley aplicable llevaría a decisiones judiciales compatibles con ambos sistemas. El motivo principal, es la necesidad de integración en la UE y la creación de un espacio europeo de libre circulación de decisiones judiciales. Con el tiempo, el principio de la autonomía de la voluntad en las relaciones de familia con elementos extranjeros empieza a adoptarse como norma básica en los ordenamientos jurídicos nacionales también. La posibilidad tanto de elegir el tribunal competente, como la ley aplicable presenta importantes ventajas – facilita la solución de los conflictos, aporta previsibilidad para ambas partes, proporciona seguridad jurídica, disminuye los gastos en los procedimientos de prueba del Derecho extranjero.

En primer lugar, el principio de la autonomía de la voluntad proporciona el deseado nivel de seguridad jurídica. Las partes en una obligación de

[5] M. Župan, "Innovations of the 2007 Hague Maintenance Protocol", en P. Beaumont, B. Hess, L. Walker y S. Spancken., *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide,* Oxford and Portland, Oregon, 2014, p. 314

[6] R. Arenas García, "Principios inspiradores del sistema actual de competencia judicial internacional en material de persona y familia", M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota, *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2017, pp. 21–50; P. Jiménez Blanco, "Alcance de la autonomía de la voluntad en los procesos sobre persona y familia", *ibíd*., p. 51–74; P. Gannagé, "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Rev. crit. dr. int. pr*., 1992, vol. 81, nº 3, pp. 425–454; E., Jayme, "Party autonomy in international family and succession law: new tendencies", *Yearb. Pr. Iny'l L.,* 2010, vol. 11, pp. 1–10; I., Nagy, "What function may party autonomy have in international family and succession law?: an European Union perspective", *Nederlands internationaal privaatrecht*, vol. 30, nº 4, 2012, pp. 576–586; T. Yetano, "The constitutionalisation of party autonomy in European family law", *J. Priv. Int'l L.,* vol. 6, nº. 1, 2010, pp. 155–193; S. Peari, "Choice–of–law in family law: Kant, Savigny and the parties' autonomy principle", *Nederlands internationaal privaatrecht*, vol. 30, nº 4, 2012, pp. 597–604; E. A. Oprea "Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe", *Cuadernos de Derecho trnasnacional,* vol.10, nº 2, pp. 579–596: G. Rühl. "Choice of law by the parties", Basedow, J., Hopt, K., Zimmerman, R., *Max Planck encyclopedia of European private law,* 2012, p. 190;

[7] E. Jayme, "Party autonomy...", *loc. cit.*, p. 3

alimentos determinan el Derecho regulador antes de que se produzca el conflicto, de modo que saben con seguridad qué ley estatal regirá su obligación. Los cambios posteriores de la nacionalidad o la residencia habitual de una o de ambas partes no afectan a la ley designada. El Derecho que regula la obligación de alimentos siempre será la elegida en el acuerdo. En segundo lugar, la autonomía de la voluntad conflictual facilita la labor del órgano judicial competente: el tribunal tan sólo ha de comprobar si la ley designada por las partes en su acuerdo permite la elección de ley en materia de obligaciones de alimentos y si se cumplen los requisitos de validez formal. En tercer lugar, las partes pueden elegir una ley material cuyo contenido ya conocen y, a su juicio, protege mejor sus intereses e implica costes más reducidos en cuanto a su prueba o sus efectos[8].

Lo relevante en relación con la materia de alimentos es el hecho de que el principio de autonomía de la voluntad ha estado y está presente en la unificada reglamentación de la competencia judicial internacional en materia de obligaciones de alimentos en el Convenio de Bruselas, el Convenio de Lugano en sus dos redacciones y en el Reglamento 44/2001[9]. El Reglamento 4/2009 en sus arts. 4 y 5 también establece la posibilidad de las partes a que elijan el tribunal competente para resolver la controversia. El Protocolo de la Haya es el instrumento que en la práctica introduce y establece dicho principio en materia conflictual y esta es una de sus principales características. La elección de la ley aplicable se regula de dos maneras –general y especial–. La regulación especial se encuentra en el art. 7 del Protocolo y hace referencia a la designación de la ley aplicable a los efectos de un procedimiento específico incoado en un Estado participante. La norma general está prevista en el art. 8 del Protocolo y permite a las partes elegir, dentro de ciertos límites, la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

II. DESIGNACIÓN DE LA LEY APLICABLE A LOS EFECTOS DE UN PROCEDIMIENTO ESPECÍFICO

4. La posibilidad de que las partes elijan la ley aplicable a su obligación alimenticia está prevista en el art. 7 del Protocolo de La Haya. La disposición

[8] A.L. Caravaca y J. Carrasosa González González, "La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III", *CDT*, vol. 1, nº 1, 2009, pp. 36–71, esp. p. 20

[9] Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 299 de 31.12.1972, p. 32/42, Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Celebrado en Lugano el 16 septiembre 1988, DO L 319 de 25.11.1988, p. 9/48, Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 339 de 21.12.2007, p. 3/41

tiene dos párrafos. El primero contiene una norma de conflicto dispositiva que permite a las partes elegir la ley aplicable si se cumplen determinadas condiciones. El segundo párrafo es una norma imperativa directa que establece la forma de la elección.

El art. 7 tiene un ámbito de aplicación limitado y se aplica tan sólo a las materias previstas en el art. 1.1º del Protocolo: a las obligaciones de alimentos que se basan a una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad. La norma permite a las partes elegir de manera expresa la *lex fori* como la ley aplicable a la obligación de alimentos, pero tan sólo en el marco de un procedimiento específico. Es un acuerdo procesal que tiene validez tan sólo en relación con dicho procedimiento. La aplicación de la disposición se limita al cumplimiento de determinados requisitos previstos en la hipótesis del texto de ambos párrafos – la existencia de una deuda, resultado de la obligación de alimentos; un procedimiento judicial específico relativo a esta obligación y la celebración de un acuerdo entre el deudor y el acreedor. La relación, objeto del conflicto, ha de ser una de las enumeradas en el art. 1.1º. Así que, la autonomía de la voluntad cubre tanto las relaciones entre adultos, como las paterno–filiales. En caso de separación o divorcio, los cónyuges pueden someter sus pretensiones de alimentos a la *lex fori,* lo que facilita el desarrollo del proceso y la resolución de la controversia. Por otro lado, el art. 7 permite designar la ley sustantiva del tribunal competente en demandas de alimentos entre padres e hijos. Esta es una diferencia importante respecto de la autonomía de la voluntad del art. 8 en el que las partes no pueden designar la ley aplicable en relación con los alimentos a favor de menores.

En cuanto al momento procesal, la elección se puede hacer tanto en el marco de un procedimiento ya iniciado ante el órgano judicial de un determinado Estado o en una demanda antes de su incoación. Es irrelevante si el procedimiento se inicia a petición del acreedor o del deudor de la obligación. La elección ha de ser expresa y se debe hacer a través de un acuerdo entre las partes que se puede celebrar antes del inicio del proceso, en el momento de la presentación de la demanda o en un procedimiento ya incoado. En el caso de que la elección se hace durante el proceso, el Protocolo no establece el modo, la forma y el momento de la elección. Estas cuestiones quedan reguladas por las normas procesales del órgano judicial competente.

5. El ap. 2 del art. 7 establece las condiciones de validez del acuerdo de elección de ley aplicable cuando la designación se ha hecho antes de la iniciación del procedimiento. La elección ha de ser objeto de un acuerdo, celebrado libremente y sin coacción, en el que las partes elijan la ley aplicable a la obligación de alimentos. Se debe hacer por escrito y ha de ser

firmado por ambas partes. El Protocolo también reconoce como válidos los acuerdos hechos a través de medíos electrónicos siempre que éstos últimos permitan un registro duradero y acceso posterior al texto del documento. La designación de ley aplicable proporciona previsibilidad y seguridad jurídica dado que las partes conocen de antemano la existencia y la naturaleza de la prestación de alimentos.

Si se dan las condiciones previstas en el ap. 2, se permite a las partes elegir tan sólo la ley del Estado cuyos órganos jurisdiccionales son competentes en un procedimiento específico a resolver la controversia. Si la designación de ley aplicable se hace en un acuerdo antes de inicio del procedimiento, la elección será válida si las partes han determinado expresamente el derecho aplicable o el órgano judicial competente. El ap. 1 del art. 7 del Protocolo formula de manera general que se aplicará el Derecho del Estado cuyos tribunales son competentes en un procedimiento específico y esto no permite determinar con seguridad cuál exactamente es la ley aplicable puesto que la demanda todavía no está presentada y no se ha determinado el tribunal competente[10].

La elección de la *lex fori* se hace tan sólo para los propósitos de un procedimiento específico en un determinado Estado. La ley elegida será válida sólo para el procedimiento en cuestión y no se aplicaría en los procedimientos siguientes a la misma obligación de alimentos, lo que limita "el riesgo de efectos negativos a esa elección"[11]. Si el deudor o el acreedor deciden presentar posteriormente una nueva demanda o modificar la ya presentada ante el mismo órgano judicial o ante las autoridades de otro Estado, la ley designada con anterioridad en el acuerdo no surtirá efecto. En este caso, la ley aplicable se debe determinar de acuerdo con las disposiciones de los art. 3 a 6 del Protocolo. Si se dan las condiciones del art. 7, el tribunal competente está obligado a aplicar su propio derecho sustantivo. De esta manera se facilita la labor tanto del órgano judicial como de las partes que a través del acuerdo de elección de la *lex fori* indirectamente declaran su conocimiento y su consentimiento a la aplicación a la obligación de alimentos de las normas sustantivas del Estado cuyos órganos jurisdiccionales resultan competentes.

[10] A. Bonomi, "Informe explicativo del Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias" [<www.hcch.net>], p. 30

[11] M.A. Rodríguez Vázquez, "¿Qué requisitos deben cumplirse para que se aplique la ley del foro a una obligación alimenticia? El asunto C–214/17, Mölk", *CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 760–767, esp. p. 765

III. Regulación general de la elección de ley aplicable – art. 8 del Protocolo

6. El Protocolo, en su art.8 permite a las partes elegir la ley aplicable a las pretensiones alimenticias. La norma no establece ningún límite en cuanto al momento de la designación, de modo que la elección se puede hacer tanto antes como después del inicio del litigio. La regulación de la designación de la ley aplicable presenta algunas particularidades: del ámbito de aplicación de la norma se excluyen determinadas categorías de personas; se limita la elección de ley al Derecho de determinados Estados; se regula la forma de la designación; se introducen disposiciones específicas sobre la renuncia a la obligación de alimentos y se establece una cláusula de protección de las partes.

1. Ámbito de aplicación del art. 8

7. La aplicación del principio de la autonomía de la voluntad se considera especialmente apropiada en las relaciones entre cónyuges. Se permite que los esposos elijan antes o después de la celebración del matrimonio la ley aplicable que regule las obligaciones de alimentos a lo largo del matrimonio o después del divorcio. De esta manera, el Derecho aplicable se determina con antelación y se evitan las futuras dificultades en caso de que alguna de las partes cambie el lugar de residencia habitual[12]. La posibilidad de elegir la ley aplicable no se extiende a todas las relaciones familiares. La disposición del art. 8 tiene un ámbito de aplicación limitado. Se excluyen dos categorías de personas, los menores de 18 años y los adultos que como consecuencia de una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no pueden proteger sus intereses. Esta regulación tiene una función protectora: pretende evitar posibles abusos y proteger los intereses de personas que no disponen de la capacidad intelectual y jurídica para hacerlo por sí solos. La exclusión de los menores se explica con el hecho de que existe un potencial riesgo de conflicto de intereses cuando la obligación de alimentos se debe por algún progenitor que, al mismo tiempo, también representa legalmente a sus hijos. La edad mínima que establece el Protocolo en su ap. 3 del art. 8 es de 18 años puesto que en la mayoría de los Estados este es el momento en la que se cumple la mayoría de edad.

La segunda categoría incluye las personas vulnerables que son objeto de una protección especial prevista en el Convenio de la Haya de 13 enero 2000

[12] A. Bonomi, *loc. cit*, p. 31, párr. 126.

sobre Protección Internacional de los Adultos[13]. La autonomía de la voluntad no se aplica a esta categoría de adultos vulnerables porque se considera que no tienen la capacidad jurídica de expresar su voluntad y a defender a sus intereses. De modo que, sólo podrá elegirse la ley aplicable a las obligaciones alimenticias cuando se trate de obligaciones entre cónyuges, o respecto de hijos mayores de edad, o para obligaciones que un ascendiente reclame a sus descendientes u otros, obligados legamente a darles alimentos.

8. Una de las formas más habituales para determinar el régimen aplicable a las obligaciones de alimentos es a través de un acuerdo antes de la celebración del matrimonio. Los acuerdos prematrimoniales son una figura contractual poco aplicada en países como España. Sin embargo, son ampliamente utilizados en los países de tradición anglosajona. En el Derecho alemán también encuentran una regulación específica los acuerdos prematrimoniales que incluyen cláusulas de obligación de alimentos, son objeto de "control social" por parte del Tribunal Constitucional alemán que pretende proteger los intereses de las personas vulnerables ofreciendo una protección especial a las esposas embarazadas[14]. En este sentido, interés especial tiene el asunto *Friedl vs. Friedl*[15]. Se trata de un acuerdo prematrimonial celebrado entre ciudadanos alemanes ante un notario en Alemania. En el pacto las partes designan como ley aplicable en caso de divorcio, el derecho alemán, y más en concreto, las disposiciones que determinan el régimen de separación de bienes adquiridos durante el matrimonio, y una pequeña pensión para la esposa. Posteriormente, la pareja se traslada a Canadá y establece su residencia habitual durante un largo periodo de tiempo en la provincia de Columbia Británica. Años más tarde la pareja se separa y los tribunales canadienses se declaran competentes para conocer la demanda de divorcio. El órgano judicial aplica el "control social" previsto por el Derecho alemán y determina que la esposa al estar embarazada, ha estado obligada a firmar el documento. Al analizar el caso, el tribunal declara nulo el acuerdo y consecuentemente, como ley aplicable al divorcio, al reparto de los bienes, a la pensión compensatoria y a la pensión de alimentos a los hijos determina la normativa canadiense. De acuerdo con sus disposiciones, los bienes adquiridos durante el matrimonio

[13] El texto del Convenio de la Haya de 13 enero 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos se puede consultar en: [<https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full–text/?cid=71>], *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado…*, *op. cit.*

[14] E. Jayme, "Party autonomy…", *loc. cit.*, p. 5

[15] Friedl vs. Friedl, del 09/09/2008, BCSC, Docket: 38294, el texto de la sentencia se puede consultar en [<https://app.justis.com/case/carola–heide–friedl–v–hans–peter–friedl/over- view/c5 KdoZutn1Wca>].

se tienen que dividir entre los cónyuges y que la pensión compensatoria a la esposa y la pensión a los hijos se ha de pagar cada mes. En su decisión, el tribunal argumenta que antes de aplicar la ley elegida por las partes en el acuerdo, es preciso comprobar si se dan las condiciones especiales para considerar nulo el pacto. La comprobación se hace con el fin de proteger las personas espacialmente vulnerables que resultan ser los acreedores de las obligaciones de alimentos.

2. Posibilidades de elección de ley aplicable

9. La autonomía de la voluntad que tienen las partes en una obligación de alimentos no es ilimitada. El ap. 1 del art. 8 prevé 6 posibilidades entre las que las partes pueden escoger. Aunque fuera limitada, la elección prevista en el art. 8 es más amplia que la regulada en el art. 7 que tan sólo permite elegir la *lex fori.* Las posibilidades de elección están enumeradas de manera alternativa de modo que las partes pueden elegir cualquiera de estas leyes como reguladora de la obligación de alimentos. La ley designada rige la totalidad de la pretensión alimenticia, tanto la existencia como su naturaleza. La designación se ha de hacer por ambas partes y en cualquier momento de la relación, tanto antes como después del nacimiento del litigio. La elección de ley no se hace "únicamente a los efectos de un procedimiento específico", no está relacionada con determinado procedimiento y regula las obligaciones de alimentos entre las partes desde el momento de la designación hasta el momento en el que deciden modificarla o renunciar la ley elegida. El ejercicio de la autonomía de la voluntad de acuerdo con el art. 8 desplaza la ley aplicable a falta de elección (válida) prevista en los art. 3–6 del Protocolo. En último lugar, el cambio en el estatus personal de alguna de las partes del litigio no influye sobre la elección de ley aplicable a las pretensiones alimenticias.

A) La ley de un Estado del cual alguna de las partes tenga la nacionalidad en el momento de la designación

La primera posibilidad que tiene las partes para elegir la ley aplicable a las obligaciones de alimentos, de acuerdo con el ap. 1, a) del art. 8 es la ley del Estado del que uno de los implicados es nacional en el momento de la designación. El Protocolo utiliza como punto de conexión un criterio personal: la nacionalidad del acreedor o del deudor. Ellos deciden cuál de sus leyes nacionales regulará la obligación de alimentos. Se toma en consideración la nacionalidad en el momento de la celebración del acuerdo. Sin embargo, el Protocolo no regula el supuesto en el que la persona cuyo

Derecho nacional se ha elegido, tiene doble nacionalidad. Ante el silencio de la norma en el Informe Explicativo se admite que las partes pueden escoger la nacionalidad con la que vincular la ley aplicable[16]. Se ha optado por una interpretación más amplia con el objetivo de proporcionar seguridad jurídica y garantizar la libertad de las partes a elegir la ley que mejor defenderá sus intereses.

Por lo tanto, la conexión a tener en cuenta en cada uno de los supuestos de doble o múltiple nacionalidad que prevé el art. 9.9º Cc español, no se aplicaría. La norma de conflicto española establece un mecanismo que determina la nacionalidad efectiva a los efectos del Derecho aplicable[17]. Así pues, la norma distingue tres supuestos. En primer lugar, establece que las situaciones de doble nacionalidad prevista en los tratados internacionales en los que España es parte, quedan reguladas por estos convenios. Si nada se establece, entonces la nacionalidad que se toma en consideración para determinar a ley aplicable será la que coincide con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. Consecuentemente, en un conflicto sobre obligaciones alimenticias en aplicación del art. 8 del Protocolo, el tribunal competente no ha de acudir a sus propias normas de conflicto para determinar la nacionalidad efectiva a la hora de designar la ley aplicable. La persona que ostenta la doble nacionalidad puede elegir la nacionalidad y vincularla con la ley que mejor proteja sus intereses.

B) La ley del Estado de la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación

10. La posibilidad de las partes a elegir la ley del Estado de la residencia habitual de una de ellas se establece en el art. 8.1º.b. Se puede escoger tanto la ley sustantiva del Estado de la residencia habitual del deudor, como del acreedor. Regulada de esta manera, la norma establece una condición temporal: se toma en consideración la residencia habitual en el momento de la designación de la ley aplicable en el acuerdo celebrado entre las partes. La concreción de la residencia habitual como criterio para determinar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias puede presentar dificultades importantes en la práctica. El concepto de *residencia habitual* no se define ni en el Reglamento 4/2009, ni tampoco en el Protocolo de la Haya[18]. La

[16] Bonomi, A., *Informe explicativo…, loc. cit.,* ap. 131, p 32

[17] J.C. Fernández Rozas y P. Rodríguez Mateos, "Art. 9, ap. 9 del Código Civil: Ley aplicable a los individuos que ostentan más de una nacionalidad", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995. pp. 392–428,

[18] Tampoco hay una definición del concepto en el Reglamento (CE) nº 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, por el que se

doctrina estima que la intención del legislador europeo era que sea el tribunal nacional que resulta internacionalmente competente, él que determine cuál es exactamente el lugar en el que la desarrolla su vida[19]. Esta tarea, sin embargo, que no ha sido fácil, como lo demuestran las numerosas decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de aquí en adelante TJUE)[20]. El Tribunal de Luxemburgo ha subrayado que todos los términos empleados en los Reglamentos europeos deben interpretarse de manera autónoma con el fin de garantizar una aplicación uniforme de los instrumentos europeos y evitar que se adopten resoluciones judiciales contradictorias[21]. Es un concepto autónomo del Derecho europeo distinto de la consideración que puedan tener los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados Miembros. En su jurisprudencia el TJUE lo define como "*el centro de vida e intereses*" de la persona, esto es, el lugar en el que permanece voluntariamente y donde tiene su vida familiar, social y profesional, donde se sitúa si vivienda habitual o patrimonio[22]. En este

deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000; Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial; y, 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 octubre 1996.

[19] J. Carrascosa González, "Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante", *CDT*, vol. 8, nº1, marzo 2016, p. 62; L.A. Pérez Martín "Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el Derecho europeo. comentario de la sentencia de 24 julio 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona", *CDT,* vol. 12, nº 1, marzo 2020, pp. 657–672, esp. p. 662

[20] *V.gr*., asuntos: C–523/07, *A* – ECLI:EU:C:2009:225; C–497/10, *Mercredi v. Chaffe* ECLI:EU:C:2010:829; C–376/14, *C v. M* – ECLI:EU:C:2014:2268; C–111/17, OL v. PQ –ECLI:EU: C:2017:436; C–393/18, UD v. XB – ECLI:EU:C:2018:835; C–468/18, *R v P* – ECLI:EU:C:2019:666.

[21] La doctrina ha analizado el término de *residencia habitual* como punto de conexión para determinar la ley aplicable en materia de Derecho de familia: J. Carrascosa González, "Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro", en *Protección de menores y Derecho internacional privado* (A. Cebrián Salvat e I. Llorente Martínez, dirs.), Granada, Comares, 2019, pp. 307–323, esp. pp. 311–312; L. A. Pérez Martín, "Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales",*Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial* (M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros, dirs.) Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 927–963, esp. p. 946; L.A. Pérez Martín, "Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en el derecho de familia internacional", *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 469–494.

[22] STJUE 9 octubre 2014, Asunto C–376/14: *M*, , ECLI:EU:C:2014:2268; B. Campuzano Díaz, "Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 octubre 2018, UD y XB, AS. 393/18 PPU*", CDT*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 462–471. En el ámbito de Derecho de familia y más en concreto, en relación con la protección de los menores en su jurisprudencia el TJUE establece los factores que se han de tomar en consideración para determinar su residencia habitual: la duración, la regularidad, las condiciones y los motivos de la estancia en el territorio de otro Estado miembro, si la familia se ha mudado o no a dicho Estado, si el menor tiene o no la nacionalidad de ese otro Estado, si en ese otro Estado el menor está escolarizado o no, si conoce o no el idioma, si está integrado y qué tipo de relaciones sociales tiene en ese otro Estado.

sentido, la residencia habitual como punto de conexión para determinar la ley aplicable presenta un vínculo suficientemente estrecho entre el lugar en el que la persona desarrolla su vida y el Estado, cuya ley se ha de aplicar. Si el acreedor o el deudor residen de manera temporal en un Estado, esta residencia no se utilizará a los efectos del art. 3 del Protocolo. Ha de haber una conexión más duradera entre la persona interesada y el lugar en el que reside. Lo relevante, sin embargo, en cuanto a la aplicación del art. 8.1º.b, es el objetivo que tiene la norma – con la elección de la ley aplicable se pretende garantizar una estabilidad y previsibilidad al margen de todo cambio posterior a la designación. El cambio de la residencia habitual no incide sobre la elección de la ley aplicable prevista en el acuerdo.

C) La ley elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones

11. La determinación del Derecho aplicable prevista en el art. 8.1º.c) del Protocolo tiene un ámbito de aplicación personal estrecho. La disposición se aplica sólo entre cónyuges y ex–cónyuges en relación con sus relaciones patrimoniales. La norma prevé dos posibilidades de elección. La primera se da si las partes ya han designado la ley aplicable a su relación. Además, es necesario que la ley, elegida en el acuerdo, reconozca la autonomía de la voluntad en esta materia. Si se cumplen estas condiciones, los cónyuges o los ex–cónyuges pueden elegir a las obligaciones de alimentos la misma ley que regulará sus relaciones patrimoniales. El Derecho aplicable al régimen económico matrimonial no se regula por el Protocolo. Se determina por el Reglamento 2016/1103 para los Estados que lo aplican, o por las normas internas de Derecho internacional privado de los EM en los que no se aplica[23]. Las posibilidades de elección previstas en el Protocolo coinciden con algunas de las opciones que tienen las partes de acuerdo con el art. 22 Reglamento 2016/1103[24]. La norma europea permite designar la ley del

[23] El Reglamento 2016/1103 se aplica en Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Chipre, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia, de modo que de acuerdo con el art. 8.1º.c del Protocolo de la Haya de 2007, la ley aplicable a las obligaciones de alimentos queda vinculada con las disposiciones 22 a 26 del Reglamento. J.C. Fernández Rozas, "Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *La Ley: Unión Europea*, IV, nº 8835, 2016 pp. 1–29; F.B. Iriarte Ángel, "Aplicación del Reglamento 2016/1103 y conflictos de leyes internacionales e internos en materia de régimen económico matrimonial". *Actualidad Civil*, nº 6, 2019; P. Quinzá Redondo, "El Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial: una aproximación general", *La Ley La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 17, 2018;

[24] B. Añoveros Terradas, "Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 462–469

Estado en el que los cónyuges o futuros cónyuges, o uno de ellos, tengan su residencia habitual o su nacionalidad en el momento de la celebración del acuerdo, que son exactamente las mismas opciones que se dan en la letra a) y b) del art. 8. Si la ley designada es contraria al orden público del Estado cuyos tribunales son competentes, entonces el acuerdo de elección será nulo tanto en relación con el régimen patrimonial como con las obligaciones alimenticias.

El ap. 2 del art. 22 Reglamento 2016/1103 permite a los cónyuges modificar la ley elegida en cualquier momento de su relación. La modificación se puede hacer tanto antes, como después del nacimiento del conflicto y ha de constar en un nuevo pacto que cumpla las condiciones de validez previstas en el ap. 2 del art. 22 Reglamento 2016/1103. La norma permite a las partes elegir los efectos jurídicos que tendrá. Los cónyuges pueden determinar que la nueva ley producirá efectos a partir del momento de la celebración del pacto o que tendrá efectos retroactivos. Si nada se establece, el cambio de la ley aplicable al régimen económico matrimonial efectuado durante el matrimonio solo surtirá efectos en el futuro.

12. El Reglamento establece una serie de requisitos que se han de cumplir para considerar válido el acuerdo de elección de la ley aplicable del régimen económico matrimonial. Se tiene que hacer por escrito y debe constar la fecha y la firma de ambos. No es necesario que las partes se encuentren en el mismo lugar en el momento de la celebración. Si los cónyuges tienen su residencia habitual en diferentes Estados miembros, el Reglamento reconoce como válidos los acuerdos efectuados por medios electrónicos que proporcionen un registro duradero de la voluntad de las partes. El art. 22 del Reglamento 2016/1103 establece tan sólo los requisitos de validez formal. Sin embargo, si la ley sustantiva del Estado miembro en el que los cónyuges tienen su residencia habitual común en el momento de la celebración del acuerdo prevé requisitos de forma adicionales para las capitulaciones matrimoniales, dichos requisitos se han de cumplir. Si tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros en el momento de su celebración y las leyes de cada ordenamiento jurídico establece condiciones adicionales, el acuerdo será válido si cumple con los requisitos de la ley de uno de ellos. Si el acuerdo de elección de la ley aplicable al régimen económico matrimonial no cumple alguno de estos requisitos, será nulo y, por lo tanto, la designación del Derecho aplicable a las obligaciones alimenticias, también. La ley designada, de acuerdo con el art. 24 del Reglamento 2016/21103, determinará si el consentimiento de cada una de las partes es válido desde el punto de vista formal o presenta algún vicio y si cumple los requisitos de validez material previstos en la ley elegida. El ap. 2 prevé como excepción, que el cónyuge podrá invocar la ley del Estado de su

residencia habitual en el momento de la presentación de la demanda para justificar que no ha dado su consentimiento, siempre que no resulta razonable que el efecto de su conducta fuera regulado por la ley elegida por ambos.

La segunda opción que tienen los cónyuges, de acuerdo con el art. 8.1º.c), es vincular las obligaciones de alimentos a la ley que efectivamente resulta aplicable a las relaciones patrimoniales. Esta vinculación queda regulada por las normas de conflicto del Estado cuyos órganos judiciales son competentes para conocer del litigio. Aquí, de nuevo, se tiene que hacer la distinción entre los Estado miembros que aplican el Reglamento 2016/1103, los Estado miembros que no y los terceros Estado parte del Protocolo de la Haya. Los últimos dos grupos, han de aplicar sus normas de conflicto internas para determinar la ley que resulta efectivamente aplicable.

El art. 26 Reglamento 2016/1103 establece un sistema jerárquico de determinación de la ley aplicable al régimen económico matrimonial a falta de elección (válida). En primer lugar, se aplicará la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio. En su defecto, se aplicará la ley de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la celebración del matrimonio. Y si tampoco se puede determinar, se aplicará la ley con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio, teniendo en cuenta todas las circunstancias.

D) La ley elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación.

13. La letra d) del art. 8.1º del Protocolo, de igual manera que la c), se dirige tan sólo a los cónyuges y les da dos opciones más. Pueden vincular la ley aplicable a las obligaciones de alimentos con la ley que ellos elijan o con la que resulta efectivamente aplicable para regir su divorcio o separación judicial. La primera alternativa que tienen es designar a las obligaciones alimenticias la misma ley que han elegido para regular su divorcio o separación. En este sentido es necesario que las partes haya elegido previamente el Derecho aplicable al divorcio. La segunda condición que se ha de cumplir para que dicha elección sea válida, es que la ley designada permita la autonomía de la voluntad.

En el momento de la adopción del Protocolo en gran parte de los ordenamientos jurídicos nacionales en la materia del divorcio no se permitía la elección de ley aplicable. Sin embargo, la adopción del

Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial y su aplicación por algunos Estados miembros ha provocado un cambio importante[25]. Aquí de nuevo es preciso hacer la distinción entre los Estado miembros de la Unión Europea que aplican el Reglamento 1259/2010, los que no lo aplican y los terceros Estados parte del Protocolo de la Haya. Los últimos dos grupos aplican sus propias normas de Derecho internacional privado para determinar la ley aplicable al divorcio o la separación judicial. El Reglamento 1259/2010 en su art. 5 regula la elección de ley aplicable al divorcio y la separación judicial[26]. El Derecho designado se determina a través de una serie de puntos de conexión alternativos. Las partes pueden elegir entre el Derecho del Estado en el que los cónyuges tienen su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo, la ley del Estado de la última residencia habitual de los cónyuges siempre que uno de ellos todavía vive allí en el momento de la celebración del pacto de elección, la ley del Estado cuyo nacional es uno de los cónyuges en el momento en el que hacen la elección o la *lex fori.* En este caso, si las partes ya han designado el Derecho aplicable su divorcio o separación judicial eligiendo alguna de las posibilidades que los ofrece el art. 5 Reglamento Bruselas III, el art. 8.1º.d) les da la posibilidad, siempre que se cumplen las condiciones de validez formal y material, que esta misma ley regule las obligaciones de alimentos entre ellos. De esta manera, la norma amplía las opciones que tienen las partes para elegir la ley aplicable.

El convenio se puede celebrar y modificar en cualquier momento de la relación, pero como muy tarde, hasta el momento de la presentación de la demanda. No obstante, si la ley del foro lo permite, las partes pueden designar la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento. El convenio producirá efecto si cumple los requisitos de validez formal y material y ambas partes han dado su consentimiento y éste

[25] Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DO L 343 de 29.12.2010, pp. 10–16). La falta de consenso entre todos los Estados miembros en la materia regulada ha obligado que se utilice la técnica de la cooperación reforzada. Las diferencias en las normas materiales de Derecho de familia y el hecho de que en algunos de los EM no se regula el matrimonio entre personas del mismo sexo, ha llevado a importantes discrepancias entre las delegaciones nacionales. Al final, son 17 los Estados que han expresado formalmente su deseo de aplicar el Reglamento: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Portugal, Rumanía.

[26] B. Campuzano Diaz, "Uniform Conflict of Law Rules on Divorce and Legal Separation via Enhanced Cooperation", en *Latest developments in EU Private International Law*, Cambridge–Antwerp–Portland, Intersentia, 2011, pp. 23–48; A.L. Caravaca y J. Carrasosa González González, "La Ley aplicable al divorcio…", *loc. cit.,* p. 55

sea válido de acuerdo con la ley aplicable. Se observa que las condiciones de validez, previstas en el Reglamento 1259/2010, art. 6 y 7, son idénticas con los requisitos previstos en los art. 24 y 25 del Reglamento 2016/1103. Los procesos de armonización de las normas de conflicto en materia de Derecho de familia se reflejan en la regulación de ambas materias. Esto permite aplicar criterios unificados que garantizan la seguridad jurídica y la protección de los intereses de las partes.

La segunda alternativa para las partes es vincular la obligación alimenticia con el Derecho estatal que sería efectivamente aplicable a su divorcio o separación judicial. Por lo tanto, a falta de elección (válida) dicha ley se determina por las normas de conflicto del Estado cuyos tribunales son competentes para conocer del litigio. En los Estados miembros que aplican el Reglamentos 1259/2010, la ley aplicable será una de las leyes enumeradas en el art. 8. La norma resulta aplicable si los cónyuges no han elegido la ley aplicable o bien, la han designado pero tal elección no cumple los requisitos de validez previstos en los arts. 5–7 Reglamento. La disposición contiene una norma de conflicto multilateral que sitúa el divorcio en el Estado con el que el litigio presenta los vínculos más estrechos. Los puntos de conexión del art. 8 están ordenados en cascada e inspirados por el principio de proximidad y determinan de manera objetiva el Derecho aplicable al divorcio o la separación judicial[27].

En primer lugar, de acuerdo con la letra a del art. 8, se aplicará la ley material del Estado en el que los cónyuges tienen su residencia habitual en el momento de la presentación de la demanda. En defecto de este criterio, se aplica la ley sustantiva del Estado en el que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda. Si tampoco se da este criterio, será de aplicación la ley del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda. Y en último término, se aplica la *lex fori.* En todos los casos el art. 8 conduce a la aplicación de una ley estatal, de modo que la ley aplicable al divorcio o la separación judicial nunca puede ser una norma religiosa.

[27] Considerando 21 Reglamento 1259/2010 establece que "A falta de elección de la ley aplicable, es conveniente que el presente Reglamento establezca normas armonizadas de conflicto de leyes basadas en una escala de criterios de vinculación sucesivos fundados en la existencia de un vínculo estrecho entre los cónyuges y la ley de que se trate… Esos criterios de vinculación deben elegirse de modo que se garantice que el procedimiento de divorcio o separación judicial se rija por una ley con la que los cónyuges tengan un vínculo estrecho".

3. Condiciones de validez del convenio de elección de la ley aplicable: art. 8.2º Protocolo

14. La designación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos debe constar en un acuerdo. Los requisitos que se han de cumplir, se especifican en el ap. 2 del art. 8: se ha de hacer por escrito y debe ser firmado por ambas partes. Se acepta que la voluntad se exprese en un documento registrado en un soporte electrónico y permita su consulta en ocasiones ulteriores. El requisito de la forma escrita, incluido el soporte electrónico, también se exige para la designación del tribunal competente en las obligaciones de alimentos en el Reglamento 4/2009. Estas condiciones de validez tienen como objetivo proteger a las partes de tomar decisiones precipitadas tanto de ley aplicable como del tribunal competente[28].

A parte de los requisitos, presentados en los párrafos anteriores, el Protocolo no establece condiciones adicionales de validez del acuerdo. No se establecen las consecuencias jurídicas en el caso de vicios en el consentimiento de las partes. Estas cuestiones quedan reguladas por las normas nacionales de la ley que resulta aplicable al convenio. En el Informe explicativo se considera que en estos casos la cuestión queda cubierta por el Derecho que las partes han designado como aplicable a su acuerdo[29]. En el Derecho español los arts. 1325–1335 Cc regulan la celebración de capítulos matrimoniales que pueden contener normas que rigen tanto el régimen económico matrimonial, como las cuestiones de la pensión compensatoria a favor de uno de ellos[30]. Si en una relación privada internacional las partes eligen la ley española como aplicable a sus obligaciones alimenticias, el acuerdo en el que se recogen debe cumplir las condiciones adicionales de validez previstas en el Código civil español. El art. 1327 exige que dichas capitulaciones se formalicen ante un notario en escritura pública, aunque la doctrina también reconoce como válidos los pactos celebrados en un documento privado entre las partes. En cuanto a los aspectos materiales del consentimiento, se requiere que éste sea un *consentimiento informado*, es decir, que las partes han recibido asesoramiento jurídico independiente y que conocen la situación económica de su compañero[31]. Otro criterio que indica que el consentimiento se ha dado libremente y sin vicios es que haya

[28] A. Bonomi, *Informe explicativo…*, *loc. cit.*, p. 34, párr. 144.

[29] *Ibíd*., p. 35, párr. 155.

[30] A. L. Cabezuelo Arenas, "¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?, *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº 3, 2004, pp. 2375–2394.

[31] C. Martínez Escribano, *Pactos prematrimoniales*, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 199–209. Estos criterios también se recogen por el legislador catalán en el art. 231–20 CCCat.

transcurrido un tiempo entre la celebración del acuerdo y el enlace. Este tiempo permite crear la presunción de que las partes se conocen bien entre si y que no han tomado la decisión de manera apresurada.

A) Supresión de la renuncia de la obligación de alimentos del ámbito de aplicación de la ley designada

15. La elección de ley aplicable a las obligaciones alimenticias puede tener consecuencias negativas para el acreedor. Éste se puede ver privado de recibir una pensión compensatoria. Para proteger los intereses del acreedor, el Protocolo establece determinados límites a la aplicación de la ley elegida. El ap. 4 del art. 8 Protocolo de manera imperativa prevé que no obstante la ley designada por las partes en virtud del ap. 1, la ley del Estado de residencia habitual del acreedor, en el momento de la designación, determinará si el acreedor puede renunciar a su derecho a alimentos. En el ámbito de aplicación personal de esta norma se incluye tan sólo el acreedor. La disposición se aplica en dos ocasiones: el acreedor renuncia a la obligación de alimentos y elige como aplicable la ley material de un Estado que permite tal renuncia o la ley designada no prevé la obligación de alimentos a favor del acreedor. El Protocolo pretende proteger el acreedor de la elección de una ley que no garantiza el derecho a una pensión compensatoria que le correspondería de acuerdo con la ley que resultaría efectivamente aplicable a falta de elección (válida).

A través del ap. 4 del art. 8 la posibilidad del acreedor de renunciar a la obligación de alimentos se vincula no con la ley elegida, sino con el Derecho del Estado de su residencia habitual. Esta regulación puede resultar contradictoria si la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor no regula las obligaciones alimenticias. De esta manera, para la renuncia a la pensión compensatoria no se toma en consideración la regulación de la materia en la ley elegida por las partes y se puede llegar a producir el denominado *dépeçage*; la obligación de alimentos y la renuncia a la pensión compensatoria se regulan por dos ordenamientos jurídicos distintos. Sin embargo, predomina la consideración de que la ley de la residencia habitual de las partes presenta los vínculos más estrechos con la situación litigiosa puesto que allí es donde se encuentra el "centro social de vida" de los cónyuges[32].

Por lo tanto, si el acreedor tiene su residencia habitual en España y la ley designada en el convenio no permite la renuncia a la obligación de alimentos, es posible que las partes incluyan en su acuerdo una cláusula que

[32] A. L. Caravaca y J. Carrasosa González González, "La Ley aplicable al divorcio…", *loc. cit.,* p. 70.

permita hacerlo. En este caso el Derecho español es el que rige la posibilidad de renuncia. Si se cumplen estos requisitos de validez formal y material, se reconocerá como válido un acuerdo en el que las partes o una de ellas renuncia a la pensión compensatoria. La jurisprudencia española ha establecido que dicha renuncia es válida si los cónyuges o los futuros cónyuges se informan sobre sus derechos y obligaciones previstas en la normativa material aplicable, conocen la situación financiera de su pareja e incluyen en su pacto una cláusula con la que renuncian a la pensión compensatoria y por los tanto, dicha cláusula no vulnera la libertad, dignidad e igualdad de ninguno de ellos, ni tampoco resulta contraria al orden público español[33].

B) Cláusula de protección de la aplicación de una ley manifiestamente injusta para las partes

16. Límites a la aplicación de la ley designada también se establecen en el ap. 5 del art. 8 Protocolo. De acuerdo con esta disposición la ley elegida no se aplicará *si conlleve consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes*. La norma tiene un ámbito de aplicación amplio puesto que protege todas partes en la obligación de alimentos. El órgano jurisdiccional competente es el que decide si la aplicación el Derecho designado tendría consecuencias manifiestamente injustas para los cónyuges. Éstas se darán cuando las partes o una de ellas, no han sido suficientemente informadas de las consecuencias negativas de la elección o si el vínculo entre el Derecho designado y la situación litigiosa no es suficientemente estrecho. De la redacción de la disposición no queda claro qué normas jurídicas determinaran si las consecuencias son injustas o no razonables. La lógica jurídica, sin embargo, permite deducir que la evaluación se hará de acuerdo con la ley material que resultaría efectivamente aplicable a la obligación de alimentos[34].

Por otro lado, serán de aplicación también las normas imperativas en materia de alimentos previstas en la *lex fori.* Para que se aplique el art. 8.5º Protocolo es necesario que las partes hayan elegido previamente la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. En el momento de la designación se ha de haber cumplido otro requisito las partes deben

[33] STS 30 mayo 2018, 1925/2018 (ECLI:ES:TS:2018:1925) en la que reconoce la validez de los pactos prematrimoniales en los que la esposa renuncia a la pensión compensatoria. SAP Girona 1 marzo 2004 (JUR 2004/118887), donde se admite la renuncia a una pensión compensatoria realizada en escritura pública diez días antes de la celebración del matrimonio; SAP Barcelona 23 marzo 2010 (JUR 2010, 175675), en la que el tribunal acepta el otorgamiento de capitulaciones tres días antes del enlace.

[34] A. Bonomi, *Informe explicativo…, loc. cit.,* p. 34, párr. 150

haber sido debidamente informadas y consientes de las consecuencias de la ley designada. Por lo tanto, la condición es que las partes no sólo deben haber recibido la información, sino que la deben haber entendido. En el *Informe explicativo* se subraya que informarse no significa entender lo que conllevará la aplicación de la ley elegida. La condición de que las partes conozcan las consecuencias de la elección limita la actuación del tribunal competente a la hora de aplicar el art. 8.5º y evitar la ley designada por las partes. Sin embargo, si después de analizar el caso concreto el órgano jurisdiccional determina que el Derecho elegido conlleva a consecuencias injustas o no razonables, puede decidir no aplicarlo. En este caso, la ley aplicable se determinará de acuerdo con los arts. 3–6 del Protocolo.

La regulación del ap. 5 se puede asimilar con la institución del orden público, prevista en el art. 13 Protocolo. La valoración de las consecuencias jurídicas de aplicación de una norma injusta o contraria al orden público internacional se hace por el órgano judicial competente a conocer del litigio. En ambos casos se pretende proteger principios similares y las dos normas tienen la misma función que es rechazar la aplicación de la ley que resultaría aplicable. Existen, sin embargo, diferencias importantes. La cláusula de orden público se invoca también para evitar la aplicación de la ley efectivamente aplicable. Además, defiende principios básicos y valores generales y no sólo los intereses de las partes en el litigio. La valoración la hace el órgano judicial competente que aplica los principios fundamentales previstos en su propio ordenamiento jurídico y no se requiere que las partes conozcan su contenido. En último lugar, el resultado del rechazo de la ley extranjera lleva a la aplicación de la *lex fori.* Por lo tanto, la regulación del ap. 5 del art. 8 es una norma que presenta una cierta similitud con la cláusula de orden público, pero no se puede afirmar que tienen el mismo ámbito de aplicación.

La cláusula de protección prevista en el art. 8.5º es una novedad en la regulación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos. La razón por la que se ha incluido, tal y como se establece en el Informe Explicativo, es para proporcionar justicia material prevista en los ordenamientos jurídicos de varios Estados parte que otorgan a sus los tribunales la competencia para corregir o incluso descartar los acuerdos sobre obligaciones de alimentos que resultan injustos o irrazonables[35].

[35] A Bonomi, *Informe explicativo…, loc. cit.,* p. 35.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

17. La elección de ley aplicable a las obligaciones de alimentos es principio básico en la regulación de la materia de alimentos con elementos extranjeros, establecido en el Protocolo de la Haya y presenta varias ventajas. El acuerdo de elección facilita la labor tanto del órgano jurisdiccional competente a la hora de conocer del litigio como de las partes que a través del pacto declaran que conocen el contenido del Derecho material que regularía sus obligaciones alimenticias. Las partes tienen varias opciones de elección y todas ellas presentan vínculos suficientemente estrechos entre la relación y un ordenamiento jurídico. La nacionalidad y la residencia habitual como puntos de conexión son una expresión de la cercanía que existe entre cada una de las partes y la ley del Estado cuyo nacional es uno de ellos o en el que reside. Se parte de la idea de que las personas implicadas conocen mejor o están en una situación que les permite conocer mejor las leyes sustantivas de estos Estados. Por otro lado, a los cónyuges se les permite vincular la obligación de alimentos con la ley que previamente han elegido o la que se debe aplicar para regir sus relaciones patrimoniales o el divorcio/separación judicial. La complejidad jurídica que presentan las relaciones personales y más en concreto las relaciones entre cónyuges en un determinado momento permite vincular la ley aplicable a las obligaciones alimenticias con el Derecho que viene a regular el divorcio o la separación judicial. Esto proporciona la seguridad jurídica necesaria y, indudablemente, reduce los costes para las personas implicadas. Asimismo, la regulación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos pretende proteger los intereses de las personas que por su estatus no tienen la capacidad jurídica para defenderse. Se excluye la designación de la ley aplicable en relación con menores de 18 años o con personas adultas con disminución o insuficiencia. El Protocolo toma en consideración el desarrollo tecnológico y da la posibilidad de las partes a registrar el acuerdo de elección en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta. Todas estas ventajas tienen como objetivo proporcionar un elevado nivel de previsibilidad y seguridad jurídica con respeto a las obligaciones de alimentos en las relaciones privadas internacionales.

La elaboración de norma unificadas en esta materia debe de ser valorado positivamente. Por un lado, está el Reglamento 4/2009 y por otro, la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado en sus actos. La remisión que la norma comunitaria hace al Protocolo pretende remediar los problemas jurídicos y prácticos al ofrecer soluciones uniformes no sólo a situaciones intracomunitarias, sino también fuera de la UE. De esta manera, el legislador europeo hace frente a los nuevos modelos de familia y

a las regulaciones nacionales más restrictivas que no proporcionan una protección conveniente a todas las partes implicadas en un conflicto en materia de alimentos.

BIBLIOGRAFÍA

Añoveros Terradas, B.: "Los pactos prematrimoniales en previsión de ruptura en el Derecho internacional privado", *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 462–469.

Arenas García, R.: "Principios inspiradores del sistema actual de competencia judicial internacional en material de persona y familia", M. Guzmán Zapater y C. Esplugues Mota, *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2017, p. 21–50.

Bonomi, A.: *Informe explicativo del Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias* [<www.hcch.net>].

Campuzano Diaz, B.: "Uniform Conflict of Law Rules on Divorce and Legal Separation via Enhanced Cooperation", *Latest developments in EU Private International Law*, Cambridge–Antwerp–Portland, Intersentia, 2011, pp. 23–48.

Campuzano Díaz, B.: "Una nueva sentencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 2201/2003: Sentencia de 17 octubre 2018, UD y XB, AS. 393/18 PPU*", Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, nº 2, 2019, pp. 462–471.

Cabezuelo Arenas, A.L.: "¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?, *Aranzadi civil: revista quincenal*, nº 3, 2004, pp. 2375–2394.

Caravaca, A. L. y Carrasosa González, J.:"La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, nº 1, 2009, pp. 36–71.

Carrascosa González, J.: "Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 8, nº1, marzo 2016, pp. 47–75.

Carrascosa González, J.: "Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un Estado miembro", en *Protección de menores y Derecho internacional privado* (A. Cebrián Salvat e I. Llorente Martínez, dirs.), Granada, Comares, 2019, pp. 307–323.

Fernández Rozas, J.C. y Rodríguez Mateos, P.: "Art. 9, ap. 9 del Código Civil: Ley aplicable a los individuos que ostentan más de una nacionalidad", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Madrid, Edersa, 1995. pp. 392–428.

Fernández Rozas, J.C.: "Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas", *La Ley Unión Europea*, IV, Nº 8835, 2016 pp. 1–29.

Gannagé, P.: "La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille", *Revue critique de droit international privé*, vol. 81, 1992, pp. 425–454.

Jayme, E.: "Party autonomy in international family and succession law: new tendencies", *Yearbook of private international law,* 2010, vol.11, pp. 1–10.

Jiménez Blanco, P.: "Alcance de la autonomía de la voluntad en los procesos sobre persona y familia", Guzmán Zapater M. y Esplugues Mota, C., *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanc, 2017, p. 51–74.

Iriarte Ángel, F.B.: "Aplicación del Reglamento 2016/1103 y conflictos de leyes internacionales e internos en materia de régimen económico matrimonial", *Actualidad Civil*, nº 6, 2019.

Martínez Escribano, C.: *Pactos prematrimoniales*, Madrid, Tecnos, 2011.

Oprea, E. A.: "Party autonomy and the law applicable to the matrimonial property regimes in Europe", *Cuadernos de Derecho trasnacional,* vol. 10, nº 2, pp. 579–596.

Nagy, I.: "What function may party autonomy have in international family and succession law?: an European Union perspective", *Nederlands internationaal privaatrecht*, vol.30, n. 4, 2012, pp. 576–586.

Peari, S.: "Choice–of–law in family law: Kant, Savigny and the parties' autonomy principle", *Nederlands internationaal privaatrecht*, vol. 30, nº 4, 2012, pp. 597–604.

Pérez Martín, L. A., "Trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares en el Derecho europeo. comentario de la sentencia de 24 julio 2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Girona", *Cuadernos de Derecho Transnacional,* vol. 12, nº 1, marzo 2020, pp. 657–672.

Pérez Martín, L.A.: "Determinación y trascendencia de la residencia habitual en las crisis familiares internacionales", *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial* (M. Guzmán Zapater y M. Herranz Ballesteros), Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 927–963.

Pérez Martín, L.A.: "Propuesta de un concepto europeo de residencia habitual en el derecho de familia internacional", *AEDIPr*, t. XVIII, 2018, pp. 469–494.

Quinzá Redondo, P.: "El Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial: una aproximación general", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, nº 17, 2018.

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,* vol. 11, nº 2, octubre 2019, pp. 760–767.

Sousa Gonçalves, A.S. de: "El principio de la autonomía de la voluntad en los reglamentos europeos sobre derecho de familia y sucesiones", *La Ley Unión Europea* nº 40, 2016.

Rühl. G.: "Choice of law by the parties", en J. Basedow, K. Hopt, y R. Zimmerman, R., *Max Planck encyclopedia of European private law,* 2012, pp. 190 ss.

Yetano, T.: "The constitutionalisation of party autonomy in European family law", *J. Priv. In'l L.,* vol.6, n.1, 2010, pp.155–193.

Župan, M.: "Innovations of the 2007 Hague Maintenance Protocol", en Beaumont, P., Hess, B., Walker, L., Spancken., S, *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide,* Oxford and Portland, Oregon*,* 2014, p. 314.

Recibido: 6 marzo 2020
Aceptado: 1 junio 2020

El Reglamento (UE) 2019/1111 y la continuidad de los foros de competencia en materia matrimonial

María Ángeles SÁNCHEZ JIMÉNEZ*

SUMARIO: I. Planteamiento. Inalterabilidad de los foros de competencia relativos a las cuestiones matrimoniales. II. La operatividad de los foros internos frente a su necesaria superación. 1. El alcance de la modificación introducida por el Reglamento 2019/1111. 2. De la modificación del precepto a la eliminación de la operatividad de los foros internos. III. Los foros de competencia del art. 3 del Reglamento 2019/1111. 1. El carácter de la alternatividad de los foros como elemento de distorsión. 2. La necesaria reducción de los foros relativos a las crisis matrimoniales. IV. Las "razones" para la inamovilidad de los foros. V. Conclusiones.

RESUMEN: El presente trabajo obedece a la constatación de que los foros de competencia en materia matrimonial recogidos en el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 no han sido prácticamente objeto de reforma respecto al texto que le precede, el Reglamento 2201/2003. El núcleo sobre el que gravita su objeto es el análisis de los resultados que esta continuidad presenta en el contexto actual, configurado por el conjunto de los Reglamentos europeos que abordan las relaciones familiares de carácter internacional. La evolución que muestran estos textos de los parámetros que están en la base de la articulación de sus respectivas normas, frente a la inamovilidad de los que sustentan los de los foros en materia matrimonial, motiva una trascendente diversidad que, unida a la interacción que existe entre estos instrumentos, genera las consecuencias que afectan a la coherencia de la arquitectura que entre todos configuran. Este resultado exige abordar las razones motivadoras de la opción del legislador europeo por la continuidad de los foros, que abren la puerta a las conclusiones con las que finaliza el trabajo y la necesidad del cambio de rumbo que en ellas se destaca.

PALABRAS CLAVE: REGLAMENTO (UE) 2019/1111 – FOROS DE COMPETENCIA – DIVORCIO, NULIDAD Y SEPARACIÓN – REGLAMENTOS EUROPEOS. RELACIONES FAMILIARES INTERNACIONALES – COHERENCIA NORMATIVA.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Murcia. El presente trabajo se adscribe al Proyecto I+D, Movilidad internacional de personas: El impacto jurídico – – social en España y en la UE de la adquisición de la nacionalidad española por la población inmigrante" (DER2016 –75573–R), concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 301–325
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.11

Regulation (EU) 2019/1111 and the continuity of the jurisdiction rules in matrimonial matters.

ABSTRACT: The aim of the following paper is to stress the fact that the jurisdiction rules in matrimonial matters under the new Regulation (EU) 2019/1111 have not practically underwent reform with respect to the previous text, the Regulation (EU) 2201/2003. The core objective of this work is to analyse the results of such a continuity in nowadays' context, configured by the whole of European Regulations regarding international family relations. The evolution shown by these texts of the parameters that are on the basis of the articulation of their respective rules, as opposed to the immovability of those relating to matrimonial matters, motivates an important diversity. The interactions between these diverse instruments have an effect on the coherence of the architecture configured by all of them. This result requires to address the reasons for the option taken by European legislators for the continuity of the rules and leads to the conclusions of this paper and the need for a change of direction highlighted in it.

KEY WORDS: REGULATION (EU) 2019/1111 – JURISDICTION RULES – DIVORCE, ANNULMENT – LEGAL SEPARATION – INTERNATIONAL FAMILY RELATIONS REGULATIONS (EU) – REGULATORY COHERENCE.

I. PLANTEAMIENTO. INALTERABILIDAD DE LOS FOROS DE COMPETENCIA RELATIVOS A LAS CUESTIONES MATRIMONIALES

El presente análisis viene referido a los foros de competencia relativos a la nulidad, separación judicial y divorcio (a partir de ahora, crisis matrimoniales) contenidos en el Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 junio 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 ("texto refundido") (a partir de ahora "Reglamento 2019/1111")[1]. Su entrada en vigor tuvo lugar a los veinte días de su publicación, si bien su aplicación está prevista con carácter general a partir del 1 de agosto de 2022 (art. 105), siendo entonces efectiva la derogación del Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 noviembre 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que

[1] DO L 178 de 2.7.2019. El proceso de tramitación de la reforma ha sido objeto de una larga gestación (una completa información se encuentra en [<https://eur–lex.europa.eu/procedure/ EN/2016_190>]. Como indica A. Borrás, se conoce habitualmente como Reglamento Bruselas II *ter*, pero también como Bruselas II *bis recast,* aunque en castellano debiera decirse en este último caso "versión refundida", como se califica en el propio Diario Oficial (…). *cf*. "Bruselas II, Bruselas II Bis, Bruselas II Ter...", *REEI*, nº 38, 2019, pp. 1–5, esp. p. 1.

se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000[2], conocido como "Reglamento Bruselas II bis" (como a partir de ahora se denomina)[3].

El nuevo "Reglamento 2019/1111" constituye el resultado de una evolución marcada por la reforma de los textos precedentes, en los cuales las normas de competencia judicial en materia matrimonial se mantienen prácticamente sin cambios desde los trabajos que dieron inicio a la reglamentación de esta materia. Teniendo en cuenta el objeto de este estudio estos trabajos merecen, aun a grandes pinceladas, una expresa referencia.

El primer texto que abordó la materia relativa a las crisis matrimoniales fue el conocido como "Convenio Bruselas II" de 28 mayo 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial[4]. Frente a la amplitud con la que se inicia su elaboración[5], finalmente su ámbito material queda muy limitado por las dificultades derivadas de la disparidad de las concepciones existentes entre los Estados miembros respecto del derecho de familia[6]. De este modo, en muchos casos con soluciones de compromiso, quedaba referido únicamente a los procesos de nulidad, separación y divorcio, añadiéndose finalmente la cuestión de la responsabilidad parental respecto de los hijos comunes vinculada a aquellos procedimientos. Esta limitación del ámbito material no impide destacar la importancia que tuvo su elaboración por tratarse de la primera regulación europea de una materia relativa a las relaciones familiares internacionales. En cualquier caso, este Convenio, no llegó finalmente a ser aplicado. Cuando estaba en espera de las ratificaciones, la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam motivó su transformación, con el mismo contenido, en el denominado (por ello) "Reglamento Bruselas II"[7]. El ámbito de aplicación material quedaba limitado del mismo modo y los

[2] DO L 338 de 23.12.2003.

[3] En virtud de su art. 105.2º, a partir de 22 julio 2019 entraban en vigor únicamente los arts.92, 93 y 103, relativos a los actos delegados y a la información a la Comisión. Por su parte, es el art. 104 el que recoge expresamente la fecha (1 de agosto de 2022) de la derogación del Reglamento (CE) 2201/2003.

[4] DO C 221 de 16.7.1998 acompañado de su Informe explicativo elaborado por la profesora A. Borrás (conocido como "Informe Borrás").

[5] Los primeros trabajos fueron los elaborados por el Grupo Europeo de Derecho internacional privado (GDIP), que finalizaron con el llamado "Proyecto de Heidelberg" (1993), un Proyecto de Convenio muy ambicioso referido a todo el Derecho de familia y sucesiones. A. Borrás, "Grupo Europeo de Derecho internacional privado: Reunión de Heidelberg (30 de septiembre a 2 octubre 1993)", *REDI*, 1993, nº 2, pp. 637 –638.

[6] Dificultades de negociación que fueron puestas de relieve por A. Borrás, "Luz verde a la extensión del Convenio de Bruselas a cuestiones de familia", *REDI*, 1994, nº 2, pp. 906 –907.

[7] Reglamento 1347/2000, de 29 mayo 2000 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes (DO L 160 de 30.6.2000).

foros de competencia recogidos en el Convenio pasaron a este Reglamento ya que las modificaciones que introdujo fueron únicamente en los aspectos necesarios para adaptarlo a su nueva forma jurídica[8]. Aunque el "Reglamento Bruselas II" entraba en vigor el 1 de marzo de 2001 no perduró en el tiempo. Las críticas que recibió su reglamentación relativa a la responsabilidad parental motivaron su efímera vigencia, quedando derogado y sustituido por el "Reglamento Bruselas II bis" que tampoco supuso alteración de las normas reguladoras de la materia matrimonial, por centrarse únicamente en las relativas a la protección de los hijos. Este Reglamento, aplicable desde marzo de 2005, se caracteriza, a diferencia del anterior, por su permanencia temporal. Al margen del intento de romper esta continuidad[9], lo cierto es que no ha habido más alteraciones hasta la actualidad. En este marco adquiere singular trascendencia la aprobación del "Reglamento 2019/1111", así como la constatación de la ausencia de reforma de los foros de competencia relativos a las crisis matrimoniales, salvo la que afecta a la operatividad de los foros internos.

Las anteriores consideraciones son suficientes a los efectos del objeto de la presente contribución, en cuanto permiten constatar la inalterabilidad de los foros de competencia relativos a las crisis matrimoniales desde el "Convenio Bruselas II". La importancia de este resultado, como detonante del presente trabajo, se refleja en su título mediante la expresión referida a la "continuidad" de los foros, por cuanto pretende enfatizar la ausencia de su modificación en los sucesivos textos europeos.

La relevancia de esta invariabilidad exige considerar que la articulación de estos foros que llegaba a plasmarse en el "Convenio de Bruselas II", fue el resultado del único acuerdo al que se pudo llegar en el momento de su elaboración[10], y así pasan a integrarse en el "Reglamento Bruselas II". La corta vigencia de este último y el consiguiente escaso espacio temporal

[8] El Considerando 6 del "Reglamento Bruselas II" era un claro exponente de esta continuidad.

[9] Este intento viene representado por la "Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia, y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial" (COM (2006) 399 final, de 17 julio 2006). En ella planteaba una ambiciosa reforma a través de la conjunta articulación de las normas relativas a la competencia judicial y sobre la ley aplicable. Sin embargo, no llegó a prosperar, ya que los trabajos no continuaron en el sentido que la misma pretendía y finalmente los esfuerzos se centraron en la unificación de la normativa conflictual que llevaron a la aprobación del "Reglamento Roma III" (Reglamento 1259/2010, de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. DO nº L 343 de 29 diciembre 2010).

[10] Así puede constatarse en el "Informe Borrás" (ap. 30, pár. 2º) cuando señala que "la decisión sobre la inclusión de unos determinados criterios responde a su existencia en los distintos ordenamientos internos y a su aceptación por los demás o al esfuerzo por encontrar puntos de acuerdo aceptables por todos".

transcurrido hasta la aprobación del "Reglamento Bruselas II bis", permite explicar que, por la misma razón (como única posibilidad de acuerdo), lleguen intactos a este último. Sin embargo, este argumento no permite justificar la ausencia de su modificación por el "Reglamento 2019/1111", como consecuencia del diferente contexto en el que surge. Desde el "Reglamento Bruselas II bis" hasta la fecha del "Reglamento 2019/1111" han sido aprobados un conjunto de textos europeos que, como éstos, vienen referidos a las relaciones familiares de carácter internacional[11]. En ellos se constata una evolución de los parámetros sobre los que basan la articulación de sus normas, paralela a la de las posturas de los Estados miembros, que definen los contornos del contexto actual sobre el que se desarrolla el objeto que ahora se aborda. La consideración de estos parámetros es esencial por cuanto ofrecen las claves sobre las que hubiera debido sustentarse la reforma de los foros en materia matrimonial para su coherencia con estos textos europeos. En este contexto, y sobre la base de la interrelación entre todos estos instrumentos, el presente trabajo aborda los foros relativos a las crisis matrimoniales introducidos por el "Reglamento 2019/1111". A ello obedece el desarrollo de los dos siguientes apartados. El primero de ellos viene referido a la operatividad de los foros internos de los Estados miembros (apartado II), único aspecto, dentro del conjunto de las normas de competencia en materia matrimonial, que ha sido objeto de reforma por el nuevo Reglamento. Su análisis permite constatar que esta modificación no implica, en absoluto, la eliminación de estos foros. Se trata de otro motivo por el que se emplea el término de la "continuidad" de los foros en el título de este análisis. Tras esta específica consideración, el siguiente apartado se centra en los foros recogidos en el art. 3 de este texto (apartado III), para abordar los resultados del carácter de la alternatividad sobre el que se articulan en el contexto de su conjunta operatividad con los demás Reglamentos, así como los generados por los foros que introducen el *forum actoris*. El análisis de estos resultados, considerados a través de las claves que aportan los Reglamentos europeos, determina el imprescindible planteamiento de las razones que han podido motivar la ausencia de

[11] Se trata del Reglamento (denominado "Roma III") 1259/2010 de 20 diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (DO L 343/10 de 29.12. 2010), el Reglamento 4/2009, de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DO L 7 de 10.1. 2009), el Reglamento 2016/1103, de 24 junio 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 (DO L 183 de 8.7. 2016) y el Reglamento (UE) 2016/1104, 24 junio 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 (DO L 183 de 8.7.2016).

reforma de los foros materia matrimonial por el "Reglamento 2019/1111" respecto al texto que le precede y la continuidad con la operatividad de los foros internos (apartado IV), siendo las que abren paso a las conclusiones con las que finaliza el trabajo.

II. LA OPERATIVIDAD DE LOS FOROS INTERNOS FRENTE A SU NECESARIA SUPERACIÓN

Los foros de competencia relativos a las crisis matrimoniales vienen recogidos en la sección primera del capítulo segundo del "Reglamento 2019/1111". Del mismo modo que el "Reglamento Bruselas II bis", recoge la operatividad de los foros internos de los Estados miembros, si bien en este aspecto introduce una modificación merecedora de la especifica consideración que ahora se le dedica con el objeto de delimitar su alcance y trascendencia.

1. El alcance de la modificación introducida por el Reglamento 2019/1111

La única reforma que el nuevo texto introduce en el conjunto de las normas de competencia en materia matrimonial es la que afecta a los foros internos. Esta modificación exige considerar el único precepto (art. 6) que el "Reglamento 2019/1111" dedica a la operatividad de los foros internos, frente a los dos en los que queda comprendida esta regulación en el "Reglamento Bruselas II bis" (arts. 6 y 7).

El alcance que presenta el nuevo art. 6 pasa por constatar que es el resultado de la reestructuración y sistematización de los arts. 6 y 7 del "Reglamento Bruselas II bis". Su objetivo no es la reforma del contenido de estos preceptos, sino el de refundirlos. De hecho, los tres apartados del nuevo art. 6 reproducen, en un diferente orden, los arts. 6 y 7 del texto que le precede. Concretamente, su primer apartado es el resultado de la trascripción del primer apartado del art. 7 del "Reglamento Bruselas II bis", el segundo recoge lo establecido en el art. 6 de este último texto y el tercero reproduce el contenido del apartado segundo del art. 7 del mismo instrumento. Cabe por ello señalar, que el nuevo art. 6, más allá de la apariencia, no rompe el traslado de la posible operatividad de los foros de competencia internos. Una conclusión que se reafirma si se atiende al instrumento que marca el inicio de los trabajos elaborados para la adopción del nuevo Reglamento, representado por 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)"[12] (a partir de ahora, "Propuesta de Reglamento (2016)"). En su Exposición de Motivos se puede constatar que el objetivo de la "clarificación" es el que preside la refundición de los arts. 6 y 7 del "Reglamento Bruselas II bis"[13]. Se trata de una trascendente matización por reflejar que la base a la que obedece se encuentra en las dificultades planteadas por la interpretación de estos preceptos. Con la finalidad de aportar la solución a estas dificultades ("clarificación") justifica la respuesta, articulada a través de la refundición, mediante la que ofrece la vía para la interpretación conjunta de los preceptos que unifica.

Esta focalización del objetivo al que atiende la modificación/refundición, que coincide con la delimitación del alcance del nuevo art. 6, es la muestra de que el legislador europeo se alinea con las posturas doctrinales que venían defendiendo la interpretación conjunta que identifica su respuesta[14]. También supone la superación de la criticada interpretación que vino del TJUE en su conocida Sentencia *Sundelind*, de 29 noviembre 2009. La nueva sistemática del precepto ofrece la clave para determinar los casos en los que pueden operar los foros internos de los Estados miembros[15].

[12] COM (2016) 411 final, de 30 junio 2016. Este instrumento es objeto de específica consideración posterior (*Infra*, apartado IV del presente trabajo).

[13] La Exposición de Motivos de la "Propuesta de Reglamento (2016)" indica, en el ap. 5 "Otros elementos" y, concretamente, en el punto relativo a la "Explicación detallada de las disposiciones específicas" (p. 18) que "(l)a presente propuesta no contiene ningún cambio en cuanto al alcance o las cuestiones matrimoniales, ámbitos en los que se mantiene el *statu quo*. Esto significa que el capítulo I, con excepción de la mera aclaración de las definiciones, y el capítulo II, sección 1, excepto en lo que se refiere a la clarificación de los artículos 6 y 7, permanecen sin cambios".

[14] Las dificultades para interpretar la operatividad de los foros internos fueron objeto de debate doctrinal desde el momento en que se introdujo mediante los arts. 7 y 8 del Reglamento 1347/2000 (posteriormente arts. 6 y 7 del "Reglamento Bruselas II bis"). La falta de claridad de la propia redacción de estos preceptos generaba la diversidad de opiniones doctrinales que enfrentaban las que consideraban posible su interpretación conjunta, frente a las que defendían la solución mediante la eliminación de la operatividad de alguno de ellos. Un estudio en profundidad sobre esta diversidad de posturas tuve la ocasión de realizar en el trabajo relativo al "Carácter exclusivo de los foros del Reglamento 1347/2000. La oscura redacción de sus arts. 7 y 8", en A.L. Calvo Caravaca y E. Castellanos (dirs.), *El Derecho de familia ante el Siglo XXI. Aspectos internacionales*, Madrid, 2004, pp. 741–77. En este análisis se ofrece, a modo de propuesta (en esp. pp. 772 ss), la vía para la conjunta interpretación de estos preceptos articulada mediante una refundición, que coincide con la solución que, con este objetivo, aporta el nuevo art. 6 del Reglamento 2019/1111. La diversidad de estas posturas doctrinales y su delimitación es el objetivo del trabajo realizado por J. Rodríguez Rodrigo, "Reglamento 1347/2000: Ámbito de aplicación personal (arts. 7 y 8), *International Law. Revista Colombiana de derecho Internacional*, nº 4, 2004, pp. 361–378.

[15] La ausencia de claridad de los preceptos en los que se introduce la operatividad de los foros internos explica las expectativas que fueron depositadas en la interpretación que pudiera venir del Tribunal de Justicia de Luxemburgo. Unas expectativas que, sin embargo, quedaron frustradas cuando ésta se produjo en su conocida Sentencia de 29 noviembre 2007 *Sundelind*

2. De la modificación del precepto a la eliminación de la operatividad de los foros internos

La trascendencia que pudiera tener el alcance del nuevo art. 6 como solución de los problemas interpretativos expuestos, queda empañada si se aprecia en el contexto actual en el que surge el "Reglamento 2019/1111" y, por lo tanto, al que debía haber atendido. Actualmente, más que aportar una solución al problema de interpretación de los preceptos referidos a los foros internos, lo que realmente hubiera procedido es su eliminación como consecuencia de los negativos resultados que genera su operatividad, que es, precisamente, el motivo de su rechazo en los textos europeos elaborados con posterioridad al "Reglamento Bruselas II bis". Son trascendentes las diversas consecuencias que, en atención al contenido y significado, presenta el recurso a la operatividad de los foros internos permitido por el texto reglamentario que, al mismo tiempo, pretende la unificación de los foros entre los Estados miembros. Supone la quiebra de la unificación de las normas de competencia que introduce y la ruptura de la uniformidad que pretende. Su resultado es la diversificación y la fragmentación en las relaciones entre los Estados miembros que, además de incrementar la complejidad de su aplicación y afectar a la previsibilidad del demandado, repercute en la coherencia, al venir recogido en un texto que configura unas normas comunes para los Estados miembros con el objeto de facilitar la libre circulación de las decisiones[16]. Su operatividad incide, además, en el principio de proximidad, en tanto que puede implicar la posible atribución de la competencia a los tribunales de un Estado miembro con el cual la situación no presenta vinculación alguna, lo que es evidente cuando se tratara de un foro exorbitante. A ello se añade la negativa incidencia que presenta a efectos de la claridad normativa y de la seguridad jurídica en los litigios internacionales. Su operatividad supone la inexistencia de un marco jurídico completo para la delimitación de la competencia entre los Estados miembros, constituyendo la puerta de entrada a la diversidad y con ella la

López (STJCE, as. C –68/07. Nota a la misma de F. Garau Sobrino, en *REDI*, vol. LIX, nº 2, 2007, pp. 763 –766; A. Quiñones Escámez, "¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II *bis*? El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación", *RDCE*, nº 29, 2008, pp. 457 –482; A. Borrás Rodríguez, "Exclusive" and "Residual" Grounds of Jurisdiction on Divorce in The Brussels II *bis* Regulation (zu EuGH, 29.11.2007 –Rs.C –68/07 –Sundelind Lopez/Lopez Lizazo, unten S. 257, Nr.12)", *IPrax*, 2008, nº 3, pp. 233 –235; A.L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003, p. 153.

[16] Las resoluciones fundadas en los foros internos al amparo del art. 6 serán reconocidas en el ámbito comunitario. Las dificultades de articular este precepto con el reconocimiento de decisiones son puestas de relieve por F. Salerno, "I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 43, 2007, pp. 63–84, esp. pp. 77–80.

falta de uniformidad de la aplicación de las normas de competencia. Es el precio de la diversificación que introducen, del que derivan los diferentes regímenes de competencia judicial internacional[17].

Estos resultados permitían sustentar las expectativas relativas a la eliminación de la operatividad de los foros internos que, sin embargo, quedan frustradas con la aprobación del "Reglamento 2019/1111"[18], lo que aún adquiere mayor relieve en atención a la evolución que, en este sentido, manifiestan los restantes textos europeos en materia de relaciones familiares de carácter internacional. Ninguno de ellos recoge la operatividad de los foros internos de competencia e incluso se descarta expresamente, como ocurre en el Reglamento 4/2009 relativo a las obligaciones de alimentos[19]. Se trata de una significativa exclusión[20], que se añade a la trascendencia que presenta la regulación expresa del *forum necessitatis* (art. 7)[21] por la que opta en su lugar. Un foro que del mismo modo recoge el art.

[17] Como consecuencia de la diversidad entre los respectivos foros internos de los Estados miembros se genera una disparidad del tratamiento de idénticas situaciones en el ámbito europeo, ya que, ante supuestos idénticos, en unos casos el demandante podría alegar un foro interno, no siendo posible en otros. Se trata de una diferencia trascendente que muestra una disparidad en la aplicación del Derecho internacional privado entre los Estados miembros, con una importante repercusión en la fragmentación. Un resultado "que se muestra en absoluta discordia con la uniforme aplicación del "Reglamento Bruselas II bis", como indica O. Lopes Pegna, **"**La Proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici", *CDT,* 2010, vol. 2, nº 2, pp. 126–139, esp.. p. 133.

[18] El legislador europeo no ha considerado estos resultados, al menos, con la categoría de "grave" problema al que alude la Exposición de Motivos de la "Propuesta de Reglamento (2016)" (*vid. infra* IV).

[19] En su considerando (15) señala que "(c)on el fin de preservar los intereses de los acreedores de alimentos y de favorecer una buena administración de justicia en la Unión Europea (…) en adelante, debería excluirse toda remisión a las reglas de competencia del derecho nacional". La importancia de la expresa exclusión de los foros internos que realiza este Reglamento es destacada por F. Pocar, "La disciplina comunitaria della giurisdizione in tema di alimenti: il Regolamento 4/2009" en C. Baruffi y R. Cafari Panico (a cura di), *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, 2009, pp. 1 ss, esp. pp. 12–14; F. Salerno, *loc. cit.*, pp. 80 ss. Como indica A. Borrás, "en los recientes textos en materia de competencia judicial internacional no hay una regla igual a la del art. 7 del R. 2201/2003". A. Borrás Rodríguez, "La diversificación de las fuentes y su interrelación en el Derecho internacional privado de la Unión Europea y de sus Estados Miembros", en A. Borrás y G. Garriga (eds), *Adaptación de la Legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil. Homanaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 51–79, esp. p. 78.

[20] Significativo interés presenta este rechazo expreso en un Reglamento que, del mismo modo que el "Reglamento Bruselas II bis", deriva del "Reglamento Bruselas I". El precepto de este último texto (art. 4) que motivó su traspaso al "Reglamento Bruselas II bis" queda excluido en el Reglamento 4/2009.

[21] Establece en su art. 7 que "(c)uando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los arts. 3, 4 y 5, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán, en casos excepcionales, conocer del litigio si un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulta imposible en un Estado tercero con el cual el litigio tiene

11 de los Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104, referidos, respectivamente, a los regímenes económicos matrimoniales y a los efectos patrimoniales de las uniones registradas[22]. Se trata de una muestra de la evolución de los foros de competencia a la que no se suma el "Reglamento 2019/1111", siendo el único, entre los relativos a las relaciones familiares internacionales, que permite la operatividad de estos foros[23]. Parece evidente que ha quedado anclado unos parámetros superados y diversos a los que sustentan los foros de competencia en estos otros Reglamentos.

III. Los foros de competencia del art. 3 del Reglamento 2019/1111

El art. 3 del "Reglamento 2019/1111" recoge los foros de competencia relativos a las crisis matrimoniales con idéntica sistemática y contenido que el mismo precepto del "Reglamento Bruselas II bis"[24]. Del mismo modo su articulación se realiza sobre la base del carácter alternativo de los siete foros que recoge.

1. El carácter de la alternatividad de los foros como elemento de distorsión

El carácter alternativo de los foros relativos a las crisis matrimoniales se identifica con la posibilidad de que pueda operar cualquiera de ellos sin orden jerárquico. La consecuencia opera a favor del cónyuge demandante,

estrecha relación. El litigio debe guardar una conexión suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional que vaya a conocer de él".

[22] Estos Reglamentos indican, en sus respectivos considerandos (41) y (40), que el *forum necessitatis* que expresamente recogen tiene como finalidad la de "remediar, en particular, las situaciones de denegación de justicia". A ellos hay que añadir el Reglamento (UE) 650/2012 relativo a las sucesiones, que también con el mismo objetivo como refleja en su considerando (31), recoge este foro de necesidad (art. 11). A todo ello se añade el art. 5 del Reglamento 2016/1103, del que se puede derivar la necesidad de reducir los foros de competencia en materia matrimonial que afecta, entre otros, a los foros internos (*vid. infra* III.2).

[23] Esta evolución permitió sustentar las expectativas basadas en la introducción del forum necessitatis en el nuevo Reglamento, cuya incorporación no hubiera debido plantear problemas para su aceptación por los Estados miembros como tuve la ocasión de exponer en el análisis relativo al "Divorcio entre cónyuges del mismo sexo como paradigma de la ineludible incorporación del forum necessitatis al Reglamento Bruselas II bis", *RDCE*, nº 63, 2019, pp. 407–448. Sobre las dudas de la inclusión de estos supuestos en el ámbito del Reglamento J. Maseda Rodríguez, "Matrimonio entre personas del mismo sexo y Reglamento 2201/2003 regulador de la competencia judicial internacional en materia de separación judicial y/o divorcio. Inclusión o exclusión", *Ius et Praxis*, vol. 24, nº 1, 2018, pp. 207–242.

[24] A este precepto se añaden los arts. 4 y 5 referidos, respectivamente, al caso de la demanda reconvencional, y a la conversión de la separación legal en divorcio. Su redacción también es idéntica en ambos Reglamentos.

al quedarle atribuida la posibilidad de interponer la demanda ante los tribunales del Estado miembro al que remita cualquiera de los foros de este precepto que pudiera operar en el caso concreto. El resultado que genera la alternatividad de los foros es un "privilegio" para el cónyuge demandante que deriva del hecho de ser el primero que presente la demanda. Una alusión a sus consecuencias es suficiente para mostrar cómo afecta este resultado al correcto engranaje que exige la coordinación entre los Reglamentos europeos relativos a las relaciones familiares de carácter internacional.

La elección de los tribunales del divorcio, aun siendo dentro de los límites marcados por los foros del Reglamento, implica la elección del Estado miembro donde se sigue el proceso, un aspecto esencial en sí mismo como para motivar el fomento de la litigiosidad o la "carrera a los tribunales".

Es también trascendente la incidencia que esta posibilidad de elección de los tribunales puede tener en la designación (indirecta) de la ley aplicable. La unificación de la normativa conflictual realizada por el "Reglamento Roma III" solo consigue mitigar, no eliminar, la trascendencia que presenta el "privilegio" del demandante para la elección de los tribunales competentes[25]. A ello se añade el incremento de la trascendencia de esta posición privilegiada del demandante como consecuencia de las posibilidades derivadas del fraccionamiento que implica el mecanismo de la "cooperación reforzada" que está en la base del "Reglamento Roma III". Este cónyuge, ante la opción que en el caso concreto pudiera tener en virtud de los foros en materia matrimonial para la interposición de la demanda ante los tribunales de un "Estado miembro participante" o no participante de la "cooperación reforzada", podría decidir en función del resultado al que conduce la ley aplicable el que más beneficie sus intereses (*forum shopping* unilateral). La posición privilegiada del demandante se incrementa a través de la posibilidad, implícita, de decidir si la determinación de la ley aplicable se ha de realizar de acuerdo con las normas del "Reglamento Roma III", o

[25] Un profundo análisis sobre las dificultades de coordinación entre los Reglamentos comunitarios reguladores de las "crisis matrimoniales" a través de la consideración de su conjunta operatividad, ya tuve la ocasión de abordar. M.A. Sánchez Jiménez, *El divorcio internacional en la Unión Euro*pea. Jurisdicción y Ley aplicable, Pamplona, Aranzadi, 2013. En particular, el análisis realizado sobre los resultados derivados de la elección de los tribunales por el demandante (en virtud del Reglamento Bruselas II bis) en el contexto de las normas conflictuales unificadas (Regalmento Roma III), permite constatar (pp. 96 –128) las razones por las que, sin negar importancia a la unificación conflictual del RR III, lo cierto es que no consigue eliminar la "carrera a los tribunales" y sólo consigue paliar el riesgo del *forum shopping* en la parte de Europa constituida por los Estados participantes de la "cooperación reforzada", en tanto que, de forma paralela, se ha incrementado respecto de los Estados no participantes de la misma.

mediante las de DIPr del Estado miembro no participante ante cuyos tribunales pudiera presentar la demanda.

A lo anterior se añaden las consecuencias que presenta la alternatividad de los foros del divorcio en el marco de la conjunta operatividad los foros de competencia de los Reglamentos relativos a las relaciones familiares internacionales. El planteamiento de la disolución o relajación del vínculo matrimonial implica, en la mayor parte de los casos, que se vean afectadas una serie de relaciones jurídicas que, por su carácter de materias estrechamente conectadas (conexas), ponen en marcha la aplicación del conjunto de los textos europeos relativos a las relaciones familiares de carácter internacional. Los efectos de la interacción los foros de competencia de estos instrumentos europeos se constatan en los casos de las acciones vinculadas, esto es, aquellos en los que la acción que se ejercita sobre una materia concreta (responsabilidad parental, alimentos, …), es consecuencia de un proceso de divorcio. En estos supuestos, el objetivo de evitar la dispersión jurisdiccional del pleito[26] motiva la necesidad de articular la vía para su acumulación con la finalidad de permitir que las autoridades del Estado miembro cuyos tribunales son competentes para el divorcio, puedan también conocer de la acción con él vinculada. En consecuencia, la configuración de este mecanismo ha de pivotar sobre los foros de competencia en materia de divorcio por ser determinantes del Estado miembro en el que se pretende la concentración jurisdiccional del pleito. Aquí radica la trascendencia del carácter alternativo de estos foros, con el consiguiente privilegio que introduce a favor del demandante. Su resultado se materializa en el control que exige esta alternatividad, que lleva al necesario acuerdo de los cónyuges para la acumulación de las acciones[27],

[26] La dispersión jurisdiccional del pleito es consecuencia del alcance limitado de la competencia atribuida en materia matrimonial por el art. 3, como recientemente ha vuelto a recordar el TJUE. *Vid*. A. Font i Segura, "Cuando el divorcio es cosa de dos. Comentario al Auto del Tribunal de Justicia de 3 octubre 2019, as. C –759/18, OF y PG", *La Ley: Unión Europea*, nº 77, de 31 enero 2020.

[27] Salvo en determinados supuestos en los que la acción de cuya acumulación se trate tenga un contenido patrimonial como es el caso de las relativas al régimen económico matrimonial (*vid*. *Infra*, III.2), el acuerdo de los cónyuges es la consecuencia del control del alto grado de alternatividad de los foros de competencia relativos al divorcio, ya que, de otro modo, la elección del demandante sobre los tribunales competentes para el divorcio (entre las diversas posibilidades que le permiten estos foros), se extendería a la competencia para la acción vinculada. Como señala R. Arenas García, los foros del art. 3 no pueden extenderse sin problemas a cuestiones tales como las medidas que deban adoptarse respecto a los hijos, incluida la reclamación de alimentos a su favor. El resultado de ello es que el propio Reglamento permite la fragmentación procedimental de la crisis". R. Arenas García, "Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales", en S. Álvarez González (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones. (Dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 39–64, esp. p. 46. El control de la alternatividad de los foros está en la base del art. 12.1º del propio

una vía más limitada, para garantizar la concentración judicial del pleito, que *la prorrogatio fori*.

Estos resultados permiten mostrar que el carácter alternativo de los foros relativos a las crisis matrimoniales dificulta la correcta coordinación entre el Reglamento 2019/1111 y los demás textos europeos relativos a las relaciones familiares internacionales[28]. Hubiera sido necesaria la reforma de estos foros de acuerdo con los parámetros que ofrecen estos Reglamentos, en particular, sobre el criterio común a todos ellos, de la autonomía de la voluntad[29]. La configuración de los foros de competencia sobre la base del criterio de la autonomía de la voluntad limitada, permitiría eliminar la situación privilegiada del demandante que, además de operar a favor de la coordinación, facilitaría, en igualdad de condiciones para ambos

Reglamento Bruselas II bis, al exigir el acuerdo de los cónyuges para la prórroga de la competencia. Un acuerdo determinante de la concentración del pleito en el Estado miembro de los tribunales del divorcio para conocer también de las acciones derivadas de alimentos accesorias a la de responsabilidad parental (en virtud del art. 3 d) del Reglamento Bruselas III).

[28] Siguiendo a B. Campuzano, la seguridad jurídica que se ha conseguido gracias a los Reglamentos se vería comprometida en caso de que no fuera posible coordinarlos eficazmente a fin de obtener una respuesta de conjunto. B Campuzano Díaz, "Algunas propuestas en materia de competencia judicial internacional para una mejor coordinación de los instrumentos de la UE en el sector del Derecho de familia", en E. M Vázquez Gómez, M. D. Adam Muñoz y N. Cornago Prieto, *El arreglo pacífico de controversias internacionales,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 621 –630 (en esp., p. 623). Por su parte afirma M. Requejo que la contrapartida de la preferencia por la economía procesal traducida en una competencia única, radica en que la búsqueda de la coherencia debe presidir todos los instrumentos llamados a interactuar. M. Requejo Isidro, "La coordinación de la competencia judicial internacional en el Derecho procesal europeo de la familia (sucesiones y régimen económico matrimonial y de las uniones registradas)", en A. Domínguez Luelmo, M.P. García Rubio, *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García,* La Ley, 2014, pp. 1195 –1217 (en esp., p. 1209). La necesidad de modificar los foros en materia de divorcio en aras a la coherencia con los últimos reglamentos europeos aprobados es puesta de relieve por P. Quinzá Redondo, "La unificación "fragmentada" del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial", *RGDE,* nº 41, 2017, pp. 180–222, esp. p. 194; P. Quinzá Redondo y J. Gray, "La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones", *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 513–542.

[29] La autonomía de la voluntad es recogida con diferentes límites y alcance y sometida a determinados requisitos, tanto para la elección del órgano jurisdiccional (art. 3 del Reglamento 4/2009 relativo a las obligaciones de alimentos, art. 7 del Reglamento 2016/1103, relativo a los regímenes económicos matrimoniales, así como del Reglamento 2016/1104, sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas), como para la delimitación de la ley aplicable (autonomía conflictual) (art. 5 del Reglamento Roma III, separación y divorcio, art. 8 del Protocolo de La Haya sobre Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (DO L 331 de 16.12.2009), art. 22 del Reglamento 2016/1103 en relación al régimen económico matrimonial y art. 22 del Reglamento del 2016/1104 para los efectos patrimoniales de la unión registrada). En todo caso este criterio no es desconocido en los propios foros del art. 3, si bien tiene una entrada muy marginal, únicamente a través del caso de demanda conjunta de los cónyuges, al que se refiere el art. 3.1º.a), guion cuarto), para permitir que elijan los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual de cualquiera de ellos.

cónyuges, el acceso a la justicia. La simetría que ha de existir entre los Reglamentos europeos reguladores de las crisis matrimoniales también justifica esta configuración. La común elección de los tribunales, unida a la conjunta determinación de la ley aplicable supondría la atribución a los cónyuges de la posibilidad de configurar el sistema completo de las soluciones relativas a su divorcio articulado de manera coherente. Este sistema habría de acompañarse del conjunto de foros, recogidos con el mismo carácter subsidiario con el que se introduce por estos Reglamentos[30], mediante los cuales se pudieran determinar los tribunales competentes cuando los cónyuges no los hubieran elegido, o no tuviera validez el acuerdo que hubieran realizado para la elección.

2. La necesaria reducción de los foros relativos a las crisis matrimoniales

Especial atención merecen los foros del art. 3.1º del Reglamento 2019/1111 que introducen el *forum actoris* (letra a), guiones quinto y sexto, respectivamente)[31], por su difícil coordinación con los recogidos en los restantes Reglamentos relativos a las relaciones familiares internacionales. Estos foros permiten al demandante acudir a los tribunales del Estado miembro donde hubiera tenido su residencia habitual durante el año anterior a la demanda, o bien solo durante los seis meses anteriores cuando, además, fuera nacional de este Estado. En este último se añade el resultado de la disparidad de tratamiento a favor de los propios nacionales, que ha motivado las muy justificadas críticas doctrinales relativas a su contrariedad con el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (art. 18.1º TFUE)[32].

[30] Salvo en el Reglamento 4/2009, sobre la base de la protección del acreedor de alimentos, motivo del carácter alternativo con el que recoge los foros de competencia en su art. 3, en los demás, prevalece el carácter subsidiario de los foros en defecto de elección por las partes, tanto para la delimitación del órgano jurisdiccional competente (art. 6 del Reglamento 2016/1103 en relación al régimen económico matrimonial, art. 6 del Reglamento del 2016/1104 sobre los efectos patrimoniales de la unión registrada), como para determinar la ley aplicable (art. 8 del Reglamento Roma III, art. 26 del Reglamento 2016/1103 en relación al régimen económico matrimonial).

[31] Su operatividad supone la atribución al demandante de la posibilidad de acudir a los tribunales del Estado miembro en el que reside, y ello con independencia del país en el que los cónyuges hubieran tenido la residencia habitual común (ya fuese otro Estado miembro, o un tercer Estado), o de que el demandado aún tuviera su residencia en el Estado miembro de la última residencia común, o incluso de que los cónyuges no hubieran tenido residencia habitual común.

[32] En la doctrina española ha sido especialmente considerada la incidencia del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad en los criterios de competencia del art. 3 del "Reglamento Bruselas II bis", siendo destacables ciertas críticas que ha suscitado el foro de la residencia del demandante unido a su nacionalidad, por considerarlo exponente de la

La muestra más evidente de la distorsión que estos foros introducen se constata en el Reglamento (UE) 2016/1103 relativo a los regímenes económicos matrimoniales, en particular en su art. 5 elaborado con el objetivo de evitar la dispersión jurisdiccional del pleito. Sobre la base de la vinculación de la acción relativa al régimen económico matrimonial con otra en materia matrimonial, aborda la posible acumulación del pleito para que las autoridades del Estado miembro cuyos tribunales tienen competencia para el divorcio puedan conocer también de la cuestión relativa al régimen económico. Con este objetivo introduce una doble vía recogida, respectivamente, en sus dos primeros apartados.

La primera de ellas, entendida como regla general, se corresponde con la *prorrogatio fori*, en la que el presupuesto de la vinculación es suficiente (art. 5.1º[33]), frente a la segunda (art. 5.2º[34]) en la que introduce el foro de

discriminación favorable a los propios nacionales. La causa deriva del resultado de la variabilidad del período exigido para que el demandante pueda presentar la demanda en el Estado miembro al que hubiera modificado su residencia habitual. Este período es inferior si dicho Estado es el de su nacionalidad (que opera para disminuirlo), frente al caso en que el demandante, también nacional europeo, hubiera modificado su residencia a otro Estado miembro distinto al de su nacionalidad, en el cual tendría que esperar el transcurso de un año para poder presentar la demanda ante los tribunales de este país. En este sentido, M. Gómez Jene, "El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterios de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad", *La Ley*, nº 4, 2001, pp. 1582–1588, esp. p. 1586; G. Palao Moreno, "Las normas de competencia judicial internacional del nuevo Reglamento comunitario en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes", *Libro Homenaje a G. Parra Aranguren*, F. Parra Aranguren (ed.), Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2002, pp. 309–354, esp. p. 334; C. González Beilfuss, "Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial", *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp. 126 –131; E. Rodríguez Pineau, "El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental", *La Ley,* nº 1, 2004, pp. 1721 –1731; P. Maestre Casas, "Doble nacionalidad y *forum patriae* en divorcios Internacionales (notas a la STJUE de 16 de julio 2009, *Hadadi*, As. C –168/08)", *CDT*, vol. 2, nº 2, 2010, pp. 290 –304 (en esp. p. 298 y p. 300). B. Ancel y H. Muir Watt, "La desunión européenne: le Règlement dit 'Bruxelles II ", *Rev. crit. dr. int. pr.,* nº 90, 2001, pp. 403–457.

[33] Establece este primer apartado que "Sin perjuicio de lo dispuesto en el ap. 2, cuando se interponga ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro una demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio en virtud del Reglamento (CE) nº 2201/2003, los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro serán competentes para resolver sobre el régimen económico matrimonial que surja en conexión con dicha demanda".

[34] De acuerdo con el segundo apartado de este precepto: "La competencia en materia de régimen económico matrimonial de conformidad con el ap. 1 estará sujeta al acuerdo de los cónyuges cuando el órgano jurisdiccional que deba resolver la demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio: (a) sea un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el que el demandante resida habitualmente y haya residido durante al menos un año inmediatamente antes de la fecha de interposición de la demanda, de conformidad con el art. 3, ap. 1, letra a), quinto guion, del Reglamento (CE) nº 2201/2003; (b) sea un órgano jurisdiccional de un Estado miembro del que el demandante sea nacional y en el que resida habitualmente y haya residido durante al menos seis meses inmediatamente antes de la fecha de interposición de

sumisión por conexidad, ya que, además de la vinculación, exige el acuerdo entre los cónyuges[35]. La trascendencia radica en que esta doble solución se articula sobre la base de la diferenciación de dos grupos diferentes entre los foros de competencia en materia de divorcio. Según que el foro operativo para la atribución de la competencia en materia matrimonial se encuentre en uno u otro de los grupos que distingue, procede la operatividad de una u otra de las vías señaladas.

El propio precepto delimita los foros que se integran en el segundo de estos grupos al establecer los supuestos en los que opera la vía de la sumisión por conexidad. Concretamente, de acuerdo con su apartado segundo, estos supuestos se identifican con los casos en los que el foro atributivo de la competencia para el divorcio coincida con alguno de los referidos al *forum actoris* –art. 3.1º.a) guiones quinto y sexto–, o resulte de la operatividad de los foros internos –art. 7–, o bien cuando se trate de la conversión de la separación judicial en divorcio –art. 5–[36]. No es casual la coincidencia que cabe apreciar entre estos foros y los que, como ha quedado expuesto, se articulan sobre parámetros superados en los actuales Reglamentos europeos[37].

---

la demanda, de conformidad con el art. 3, ap. 1, letra a), sexto guion, del Reglamento (CE) nº 2201/2003; (c) deba resolver, en virtud del art. 5 del Reglamento (CE) nº 2201/2003, en los casos de conversión de la separación judicial en divorcio, o d) deba resolver, en virtud del art. 7 del Reglamento (CE) nº 2201/2003, en los casos de competencia residual".

[35] Indica el apartado tercero del art. 5 que si este acuerdo (el recogido en el apdo. 2), se celebra antes de que se requiera al órgano jurisdiccional que resuelva sobre el régimen económico matrimonial, deberá ser conforme a lo dispuesto en el art. 7.2. Este último señala que dicho acuerdo ha de ser escrito, fechado y firmado por las partes, y considera que se ha realizado por escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporciones un registro duradero del acuerdo. Un análisis del art. 5.3º es realizado por P. Peiteado Mariscal, "Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de Uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016", *CDT*, vol. 9, nº 1, 2017, pp. 300 –326, esp., p. 320.

[36] De acuerdo con el segundo apartado de este precepto: "La competencia en materia de régimen económico matrimonial de conformidad con el ap. 1 estará sujeta al acuerdo de los cónyuges cuando el órgano jurisdiccional que deba resolver la demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio: (a) sea un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en el que el demandante resida habitualmente y haya residido durante al menos un año inmediatamente antes de la fecha de interposición de la demanda, de conformidad con el art. 3, ap. 1, letra a), quinto guion, del Reglamento (CE) nº 2201/2003; (b) sea un órgano jurisdiccional de un Estado miembro del que el demandante sea nacional y en el que resida habitualmente y haya residido durante al menos seis meses inmediatamente antes de la fecha de interposición de la demanda, de conformidad con el art. 3, ap. 1, letra a), sexto guion, del Reglamento (CE) nº 2201/2003; (c) deba resolver, en virtud del art. 5 del Reglamento (CE) nº 2201/2003, en los casos de conversión de la separación judicial en divorcio, o d) deba resolver, en virtud del art. 7 del Reglamento (CE) nº 2201/2003, en los casos de competencia residual".

[37] *Vid. supra*, II.

Esta delimitación permite señalar, *a sensu contrario*, que la prórroga de la competencia, vía que recoge el art. 5.1º, se activa cuando la competencia para el divorcio venga atribuida en virtud de los restantes foros del art. 3, esto es, los recogidos en su primer apartado, letra a), guiones primero a cuarto, así como el de su segundo apartado[38]. Estos son, por lo tanto, los que quedan comprendidos en el primero de los grupos sobre los que el precepto basa su articulación.

La exposición de esta distinción permite ahora considerar su evidente trascendencia. La doble vía que introduce con el objetivo de evitar la dispersión del pleito es el resultado de la clasificación de los foros del divorcio realizada por el propio legislador europeo. Con ella marca la diferencia basada en la consideración del principio de proximidad en los criterios sobre los que, respectivamente, sustentan la atribución de la competencia. Así se muestra en los propios considerandos del Reglamento[39], y se deriva de la articulación de las normas de competencia que realiza en el siguiente precepto[40]. De este modo, sólo los que reflejan la

[38] Se trata de los casos en los que la competencia para conocer de la demanda de nulidad, separación o divorcio venga atribuida a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: (a) en el que tuvieran los cónyuges su residencia habitual, o (b) en el que hubieran tenido su última residencia habitual, si en dicho Estado continúa residiendo uno de ellos, o (c) de la residencia habitual del demandado, o (d) el de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, tratándose de la demanda conjunta, o (e) de la nacionalidad común de los cónyuges.

[39] El considerando (32) refleja que el apartado primero del art. 5 obedece a la finalidad de facilitar la buena administración de justicia teniendo en cuenta la movilidad creciente de las parejas durante su matrimonio, motivo por el que indica que las normas que recoge, "deben permitir que los diferentes procedimientos conexos de los ciudadanos se sustancien ante los órganos jurisdiccionales de un mismo Estado miembro. Para ello, el presente Reglamento debe tratar de concentrar la competencia en materia de régimen económico matrimonial en el Estado miembro cuyos órganos jurisdiccionales deban resolver sobre (….) el divorcio, la separación judicial o la anulación del matrimonio de conformidad con el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo". Por su parte, el considerando (34) continúa señalando la necesidad de la extensión de la competencia, si bien con ciertos límites. En este sentido indica que " (…) los regímenes económicos matrimoniales que nazcan en conexión con procedimientos pendientes ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se presente una demanda de divorcio, separación judicial o anulación del matrimonio en virtud del Reglamento (CE) nº 2201/2003 deben ser resueltos por los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a menos que la competencia para resolver sobre el divorcio, la separación judicial o la anulación del matrimonio solo pueda basarse en motivos específicos de competencia. En esos casos no debe autorizarse la concentración de la competencia sin el acuerdo de los cónyuges". Sobre la necesaria reducción de los foros del divorcio *vid.* B. Campuzano Díaz, "La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial", en M. Di Filippo, B. Campuzano Díaz, A. Rodríguez Benot, M.A. Rodríguez Vázquez (coords.), *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, 2008, pp. 93–119.

[40] El art. 6 recoge los mismos foros de competencia comprendidos en el art. 5.1º para articular la competencia respecto del régimen económico matrimonial en los casos diferentes de los previstos en los anteriores preceptos, o cuando ningún tribunal sea competente con arreglo a los arts. 4 o 5. La selección de estos foros sólo puede obedecer a la consideración de que son éstos, y

proximidad, permiten vía de la *prorrogatio fori*, que garantiza la acumulación del pleito, frente a los que, por no venir articulados sobre este principio, no son merecedores del mismo tratamiento. Estos últimos han de quedarse en el escalón inferior que representa el foro de sumisión por conexidad. Son, por ello, los que constituyen un obstáculo para la articulación del mecanismo que permite garantizar el objetivo de evitar la dispersión judicial del pleito.

Las conclusiones que pueden extraerse de todo lo anterior reflejan la importancia del precepto. La primera de ellas es que el art. 5 se articula sobre la base de la modulación que el legislador europeo considera necesaria de los foros de competencia en materia de divorcio. La segunda es que la delimitación de la doble categoría que refleja configura la base sobre la que se puede sustentar la necesaria reducción de los foros del divorcio. La tercera es que esta reducción habría de operar respecto de los foros que el propio precepto integra en el segundo de los grupos (art. 5.2º

Sobre la base de estos resultados se puede afirmar que el art. 5 aporta las coordenadas necesarias para la modificación de los foros de competencia en materia de divorcio que, cuando menos, debería haber afectado a la eliminación de los que introducen el *forum actoris*. Llegados a este punto, no se alcanza a entender que el "Reglamento 2019/1111" incorpore sin más, las mismas normas de competencia del texto que le precede.

IV. LAS "RAZONES" PARA LA INAMOVILIDAD DE LOS FOROS DEL DIVORCIO

La necesidad de la modificación de los foros de competencia que ha quedado constatada en los anteriores apartados, no coincide con la realidad, que nos devuelve a un escenario bien diferente, cuyo resultado exige, siguiendo el hilo conductor del presente análisis, el planteamiento de las razones que pudieran justificarlo.

La consideración de estos motivos pasa por destacar que la ausencia de modificación de los foros de competencia relativos al divorcio fue la opción desde el inicio de los trabajos con los que se abordaba la elaboración del "Reglamento 2019/1111", como se constata en la "Propuesta de Reglamento (2016)". Este texto, adoptado en el marco del art. 65 del

no otros, los que, por venir basados en criterios articulados sobre el principio de proximidad, reflejan la vinculación necesaria entre el supuesto y el Estado miembro a cuyos órganos jurisdiccionales les atribuyen la competencia.

"Reglamento Bruselas II bis"[41], señala en su Exposición de Motivos que la elección del instrumento ha adoptado la forma de la "refundición" de este último Reglamento con ciertas modificaciones, y ello porque, como de inmediato señala, "(e)ntre los dos ámbitos cubiertos por el Reglamento, las cuestiones matrimoniales y las cuestiones de responsabilidad parental, parece que es en estas últimas donde se plantean graves problemas que es necesario abordar urgentemente"[42].

Realmente sorprende este argumento por el que descarta la modificación de las normas de competencia relativas a las cuestiones matrimoniales. La mayor gravedad de los problemas que, según indica, plantea una de las materias comprendidas en el "Reglamento Bruselas II bis", como es la responsabilidad parental, podría sustentar su consideración como detonante de la reforma, pero difícilmente como fundamento para descartar la que afecta a la otra materia comprendida en el mismo texto. La existencia de problemas no es la medida considerada, sino su gravedad, lo que es un argumento débil para descartar la modificación de las cuestiones cuyos problemas pudieran, en su caso, ser menos graves[43]. Una debilidad

[41] Este precepto, relativo a la revisión del Reglamento, establece que "(a) más tardar el 1 enero 2012, y a continuación cada cinco años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe basado en la información proporcionada por los Estados miembros y relativo a la aplicación del presente Reglamento, acompañado, si ha lugar, de propuestas encaminadas a su adaptación". De acuerdo con este precepto, la Comisión adoptaba un informe el 15 abril 2014, en el que llegaba a señalar que "las normas que establece el Reglamento han contribuido a simplificar el marco jurídico en una situación que ya supone problemas considerables para los ciudadanos afectados". Se puede decir que se trata de una consideración "en exceso complaciente" siguiendo a P. Orejudo Prieto de los Mozos, "Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)", *La Ley: Unión Europea*, nº 21, 2014, pp. 5–22, esp. p. 10. El Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) 2201/2003 se puede consultar en [<http://eurlex.europa.eu/legalcontent/ ES/TXT/PDF/?uri= CELEX:52014DC0225&rid=1>].

[42] Exposición de Motivos de la "Propuesta de Reglamento (2016)", "1. Contexto de la propuesta", "Motivación y objetivos de la propuesta", pp. 2–3. En este sentido, indica después, en la "explicación detallada de las disposiciones específicas" (p. 18) los preceptos específicos que "se mantienen sin cambios, en el sentido de una refundición, entre los que se encuentran los reguladores de los foros de competencia (arts. 3 a 7, lo que incluye a los relativos a los foros internos).

[43] Sin embargo, este no es el caso de las normas relativas a la materia matrimonial como se constata a través de los trascendentes problemas que, a lo largo de los años de funcionamiento del "Reglamento Bruselas II bis", han sido planteados, detectados y abordados por la doctrina como (entre otros) los referidos a la articulación de los foros de competencia en materia de divorcio –como la posible consideración de la autonomía de la voluntad, o la importancia de incluir entre ellos el *forum necessitatis* para evitar las situaciones de denegación de justicia–; los problemas que plantea su articulación en el marco de la conjunta interpretación con el "Reglamento Roma III"; la ausencia del concepto de la residencia habitual a los efectos, expresamente, de la aplicación de estos foros; la ausencia también del concepto de matrimonio y

acrecentada porque esta medida, fundamento de la materia a reformar, viene basada en una conjetura ("parece") que, por mostrar una carencia de la información necesaria, no es propia del legislador al que le viene atribuida la responsabilidad de la reforma. Sin embargo, esta consideración se reitera cuando señala que "(p)or lo que respecta a las cuestiones matrimoniales, únicamente disponemos en esta fase de pruebas limitadas de la existencia de problemas (incluidas las estadísticas), lo que impide una identificación precisa de la necesidad de intervenir y de la magnitud de los problemas, y la toma de decisiones con pleno conocimiento de causa" [44]. Difícilmente se puede comprender que la falta de una precisa información pueda constituir un motivo que permita justificar la ausencia de modificación de las normas comprendidas en un texto cuya reforma se aborda.

Tampoco ayuda como argumento la otra causa que, a continuación, recoge la misma Exposición de motivos cuando indica: "(…). Además, desde la adopción del Reglamento Bruselas II bis, se han adoptado otros tres instrumentos de la UE que facilitan la gestión de las cuestiones matrimoniales en caso de divorcio de una pareja internacional"[45].

En realidad, no se alcanza a comprender el sentido de la relación que se pretende entre la justificación de la continuidad de las normas relativas a las cuestiones matrimoniales y la adopción de estos nuevos instrumentos. El hecho de que "facilitan la gestión de las cuestiones matrimoniales en caso de divorcio de una pareja internacional" no permite constituir un argumento que sustente la opción por la ausencia de modificación de aquellas normas[46]. Es más, precisamente, a lo largo del presente trabajo se ha demostrado que es, exactamente, lo contrario. La evolución de los criterios que sustentan las normas de competencia de estos Reglamentos muestra la descoordinación con los que basan los foros de competencia en materia matrimonial. La consideración del contexto actual, configurado tras la aprobación de estos textos, ha permitido constatar la necesidad, en aras a la coherencia, de la reforma de los foros de competencia relativos al divorcio.

Sobre la base de todo lo anterior, y ante la inexistencia de claros argumentos, cabe concluir que la ausencia de modificación de las normas

con ella, la inclusión de los matrimonios entre personas del mismo sexo; o los problemas que se plantean en torno a los divorcios privados.

[44] Exposición de Motivos de la "Propuesta de Reglamento (2016)", p. 3

[45] *Ibíd*..

[46] Como indica A. Borrás, de forma muy clarificadora, "(n)os hallamos, pues, ante un texto lleno de buenas intenciones, pero difícil de aplicar y que, juntamente con los demás textos en materia de Derecho de familia, proporciona un panorama complejo, fraccionado e incompleto, que nos deja aún muy lejos del desiderátum de un Reglamento único para todo el Derecho de familia o, al menos, de textos completos y claros para cada una de las materias", A. Borrás, "Bruselas II…", *loc. cit.*, p. 5.

relativas a las cuestiones matrimoniales obedece, más que a razones que la motiven, a una decisión previamente adoptada por el legislador desde los trabajos con los que inicia la elaboración del nuevo Reglamento[47].

Llegados a este punto, y teniendo en cuenta los resultados generados por la inamovilidad de estas normas en el contexto actual, como han quedado expuestos a lo largo del presente análisis, cabe señalar que la conclusión anterior no es en absoluto tranquilizadora, sino todo lo contrario. Esta opción del legislador, con la que cierra la puerta a la modificación de las normas relativas a las cuestiones matrimoniales, abre paralelamente otra que ofrece un futuro incierto y negativo en cuanto a su posible reforma. Esta descripción del panorama ha de servir como revulsivo para encontrar una vía de salida, cuya consideración forma parte de las conclusiones que se pueden extraer del presente trabajo.

V. CONCLUSIONES

El "Reglamento 2019/1111", elaborado para sustituir al "Reglamento Bruselas II bis", centra su atención en la materia relativa a la responsabilidad parental. Sin negar la importancia que merece, lo cierto es que las normas sobre las cuestiones matrimoniales permanecen prácticamente sin cambios, y ello a pesar de los trascendentes aspectos cuya modificación también hubiera sido necesaria en atención a los resultados que generan. En particular, especial relevancia presenta el que configura el eje sobre el que gravita el presente análisis, basado en la constatación de la inalterabilidad de los foros de competencia en materia de nulidad, separación y divorcio. El nuevo Reglamento acepta la "herencia normativa" de los textos que le preceden que se materializa en la ausencia de modificación de unos foros de competencia que proceden del "Convenio Bruselas II", donde se encuentra su origen.

Esta inamovilidad se enfrenta a la atención que hubiera requerido su modificación, como consecuencia del contexto existente en el momento temporal en el que surge el "Reglamento 2019/1111". La precisión de este marco exige considerar que, tras el "Reglamento Bruselas II bis" que le precede, han sido aprobados otros textos europeos con los que necesariamente existe una interrelación, al venir también referidos a materias comprendidas en las relaciones familiares de carácter internacional. El espacio temporal transcurrido entre la fecha de elaboración del primero y

[47] Desde esta Propuesta quedaba descartada cualquier modificación de las normas en materia matrimonial. Así se constata en la Exposición de Motivos de la "Propuesta de Reglamento (2016)" (*vid. supra*, nota 13).

la de estos últimos, es la razón de la inexistencia de un desarrollo paralelo en su gestación, de la que deriva la evolución de los parámetros en los que estos textos basan la articulación de sus normas de competencia, respecto de los que sustentan las relativas a la materia matrimonial. En este sentido, tienen esencial relevancia aquellos parámetros de los más recientes Reglamentos, al aportar las claves con las que, en aras a la coherencia, hubiera debido abordarse la modificación de los foros de competencia relativos a las crisis matrimoniales. No cabe duda, por ser especialmente revelador, de que el art. 5 del Reglamento 2016/1103 aporta las claves para abordar la necesaria reducción de los foros de competencia relativos al divorcio. Su calificación, que está en la base de la articulación del precepto, implica su modulación de la que deriva la identificación de aquéllos sobre los que ha de operar la reducción. Concretamente, se trata de los que introducen el *forum actoris* y la operatividad de los foros internos de los Estados miembros.

En este contexto que, no se olvide, es generado por el legislador europeo, sorprende, a la vez que adquiere mayor entidad, que el mismo legislador acepte la continuidad de estos foros en el "Reglamento 2019/1111" y, paralelamente, los resultados de la ausencia de coherencia. El problema es que el nuevo Reglamento arrastre los antiguos esquemas del "Reglamento Bruselas II bis", a pesar de las coordenadas que aportan los posteriores textos europeos relativos a las relaciones familiares internacionales. La consecuencia afecta al funcionamiento del andamiaje configurado por el conjunto de estos instrumentos, ya que sus piezas no encajan correctamente. La repercusión se constata en la correcta coordinación, y con ella, a la dificultad de articulación de las soluciones, de la que deriva la complejidad del sistema que, en definitiva, afecta al ciudadano.

Este negativo panorama es el resultado de la ausencia de reacción ante un marco que evidencia la necesidad de reforma de los foros del divorcio. De este modo, con su continuidad, plasmada en el "Reglamento 2019/111", el legislador europeo contribuye a mantener los resultados que configuran este horizonte. El significado es elocuente, al ser la muestra de su ausencia de voluntad para la modificación de estos foros y, con ella, su opción por la inamovilidad.

La frustración de las expectativas depositadas en su posible modificación, así como la oportunidad perdida, o más bien, que se ha perdido conscientemente, exige un giro de la forma en la que se ha de abordar la situación de cara al futuro. Es necesario el replanteamiento de las cuestiones por las que ésta ha de discurrir. La inamovilidad de estos foros que refleja el "Reglamento 2019/1111" impide que, a partir de su aprobación, la cuestión continúe siendo el "cuándo", esto es, el momento en que podrá presentarse

una nueva ocasión para su reforma. Si el legislador europeo ha dejado pasar la mejor de las oportunidades, y ello a pesar de sus consecuencias, deja de tener sentido continuar en la espera, y con ella, volver a depositar nuevas expectativas para una modificación respecto de la que ha dejado clara la ausencia de garantía de que llegue a producirse. La consecuencia afecta a la necesidad de transformar la cuestión y redirigirla al planteamiento del "cómo" se ha de gestionar la modificación. Se trata de un cambio de perspectiva que requiere la apertura de un nuevo camino por el que ha de transcurrir.

La base para su construcción pasa por considerar que la explicación, que de ningún modo justificación, de la opción por la inamovilidad del conjunto de las normas relativas a las cuestiones matrimoniales, es consecuencia de la amplitud del ámbito material comprendido en este texto europeo. Es el único que viene referido a dos materias, como consecuencia de un esquema que arrastra desde el "Convenio Bruselas II". Este es el punto sobre el que se ha de centrar el giro necesario de cara al futuro. Esta finalidad requiere del cambio de rumbo que puede representar la elaboración de un Reglamento referido únicamente a la regulación de las cuestiones matrimoniales. La consideración de los aspectos y problemas específicos que en esta materia se plantean, la articulación de la vía de solución que especialmente requieren, así como la agilización que presidiría la modificación que pudiera considerarse necesaria, serían sus resultados.

En este sentido, se ha de valorar de forma positiva la presentación de la propuesta de Reglamento realizada por el Grupo Europeo de Derecho internacional privado (GEDIP) al concluir, en su sesión septiembre 2019 en Katowice, un texto relativo exclusivamente a las materias matrimoniales que aborda conjuntamente la competencia, ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de decisiones y la cooperación en materia de divorcio. Con independencia de los resultados a los que llegue esta propuesta, calificada de sugerente por la profesora A. Borrás, y del interés que merece su análisis que desbordaría este trabajo, lo cierto es que la estructura que ofrece aporta la vía necesaria para que las soluciones relativas a la materia matrimonial puedan responder al desarrollo que merecen.

BIBLIOGRAFIA

Ancel, B. y Muir Watt, H.: "La desunión européenne: le Règlement dit 'Bruxelles II ", *Rev. crit. dr. int. pr.*, nº 90, 2001, pp. 403–457.

Arenas García, R.: *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, De Conflictum legum,

Estudios de Derecho internacional privado, vol. 6, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004.

Arenas García, R.: "Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales", en S. Álvarez González (ed.), *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones. (Dimensiones interna e internacional)*, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 39–64.

Borrás, A.: "Grupo Europeo de Derecho internacional privado: Reunión de Heidelberg (30 de septiembre a 2 octubre 1993)", *REDI*, 1993, nº 2, pp. 637–638.

—: "Luz verde a la extensión del Convenio de Bruselas a cuestiones de familia", *REDI*, 1994, nº 2, pp. 906–907.

—: "La diversificación de las fuentes y su interrelación en el Derecho internacional privado de la Unión Europea y de sus Estados Miembros", en A. Borrás, G. Garriga (Eds), *Adaptación de la Legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil. Homanaje al Prof. Dr. Ramón Viñas Farré*, Madrid, Marcial Pons, 2012, pp. 51–79.

—: "Exclusive" and "Residual" Grounds of Jurisdiction on Divorce in The Brussels II *bis* Regulation (zu EuGH, 29.11.2007 –Rs.C –68/07 –Sundelind Lopez/Lopez Lizazo, unten S. 257, Nr.12)", *IPrax*, 2008, nº 3, pp. 233–235.

—: "Bruselas II, Bruselas II Bis, Bruselas II Ter...", *REEI*, nº 38, 01, 2019, pp. 1 –5 (esp. p. 1) [<http://www.reei.org/index.php/revista/num38/tribuna>].

Calvo Caravaca, A., y Carrascosa González, J.: *Derecho de familia internacional*, Madrid, Colex, 2003.

Campuzano Díaz, B.: "Algunas propuestas en materia de competencia judicial internacional para una mejor coordinación de los instrumentos de la UE en el sector del Derecho de familia", en E.M Vázquez Gómez, M.D. Adam Muñoz, N. Cornago Prieto, *El arreglo pacífico de controversias internacionales,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 621–630.

—: "La propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003 en materia matrimonial", en M. Di Filippo, B. Campuzano Díaz, A. Rodríguez Benot, M.A. Rodríguez Vázquez (coords.), *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, 2008, pp. 93–119.

Font i Segura, A.: "Cuando el divorcio es cosa de dos. Comentario al Auto del Tribunal de Justicia de 3 octubre 2019, as. C –759/18, OF y PG", *La Ley. Unión Europea*, nº 77, de 31 enero 2020.

Garau Sobrino, F.: Nota a la Sentencia de 29 noviembre 2007 *Sundelind López* en *REDI*, vol. LIX, nº 2, 2007, pp. 763–766.

Gómez Jene, M.: "El Reglamento comunitario en materia matrimonial: criterios de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad", *La Ley*, nº 4, 2001, pp. 1582–1588.

González Beilfuss, C.: "Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial", *AEDIPr*, t. IV, 2004, pp.126–131.

Lopes Pegna, O.: "La Proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici", *CDT,* vol.2, nº 2, 2010. pp. 126–139.

Maestre Casas, P.: "Doble nacionalidad y *forum patriae* en divorcios Internacionales (notas a la STJUE de 16 dejulio 2009, *Hadadi*, As. C –168/08)", *CDT*, vol. 2, nº 2, 2010, pp. 290–304.

Maseda Rodríguez, J.: "Matrimonio entre personas del mismo sexo y Reglamento 2201/2003 regulador de la competencia judicial internacional en materia de separación judicial y/o divorcio. Inclusión o exclusión", *Ius et Praxis*, vol. 24, nº1, 2018, pp. 207–242

Orejudo Prieto de los Mozos, P.: "Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional*)", La Ley. Unión Europea*, nº 21, 2014, pp. 5–22.

Palao Moreno, G.: "Las normas de competencia judicial internacional del nuevo Reglamento comunitario en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes", *Libro Homenaje a G. Parra Aranguren*, F. Parra Aranguren (ed.), Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2002, pp. 309–354.

Peiteado Mariscal, P.: "Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de Uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016", *CDT*, vol. 9, nº 1, 2017, pp. 300–326.

Quinzá Redondo, P. y Gray, J.: "La (des)coordinación entre la Propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones", *AEDIPr*, t. XIII, 2013, pp. 513–542.

Quinzá Redondo, P.: "La unificación "fragmentada" del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial", *RGDE,* nº 41, 2017, pp. 180–222.

Quiñones Escámez, A.: "¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II *bis*? El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación", *Recueil des Cours*, nº 29, 2008, pp. 457–482.

Requejo Isidro, M.: "La coordinación de la competencia judicial internacional en el Derecho procesal europeo de la familia (sucesiones y régimen económico matrimonial y de las uniones registradas)", en A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio, *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García,* Madrid, La Ley, 2014, pp. 1195–1217.

Rodríguez Pineau, E.: "El nuevo Reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental", *La Ley,* nº 1, 2004, pp. 1721–1731.

Rodríguez Rodrigo, J.: "Reglamento 1347/2000: Ámbito de aplicación personal (arts. 7 y 8), *International Law. Revista Colombiana de derecho Internacional*, nº 4, 2004, pp. 361–378.

Salerno, F.: "I criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale", *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. 43, 2007, p. 63 –84.

Sánchez Jiménez, M.A.: *El divorcio internacional en la Unión Europea. Jurisdicción y Ley aplicable*, Pamplona, Aranzadi, 2013.

—: "Carácter exclusivo de los foros del Reglamento 1347/2000. La oscura redacción de sus arts. 7 y 8*"* en A.L. Calvo Caravaca, E. Castellanos (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI. Aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 741–774.

—: "Divorcio entre cónyuges del mismo sexo como paradigma de la ineludible incorporación del *forum necessitatis* al Reglamento Bruselas II *bis"*, *Revista de Derecho Comunitario Europeo,* nº 63, 2019, pp. 407–448.

Recibido: 7 junio 2020
Aceptado: 29 junio 2020

La gestación por sustitución en España y en el Reino Unido

María José CASTELLANOS RUIZ *

SUMARIO: I. Introducción. II. La gestación por sustitución en España. 1. Legislación. 2. Filiación: A) Maternidad legal; B) Paternidad legal. 3. Conflicto de leyes. 4. Reconocimiento de la filiación en resoluciones o certificados extranjeros. III. La gestación por sustitución en el Reino Unido. 1. Legislación. 2. Filiación: A) Maternidad legal; B) Paternidad legal; C) Padres comitentes: la tramitación de la orden parental o *parental order*. 3. Conflicto de leyes. 4. Reconocimiento de la paternidad legal en resoluciones extranjeras. IV. Conclusiones.

RESUMEN: Los contratos de gestación por sustitución están prohibidos en el ordenamiento español. Sin embargo, una vez que dichos contratos se han celebrado en otros Estados de forma válida con arreglo a sus Leyes, es posible el reconocimiento de dicha filiación en España, siempre que se cumplan determinadas condiciones. Atendiendo a la realidad social, una regulación que permita la gestación por sustitución en España, tendrá que ser realizada, más pronto que tarde. Por ello, se estudiará la regulación de los contratos de gestación por sustitución en el Reino Unido, puesto que en materia de filiación contempla fundamentos jurídicos similares a los de la legislación española, y sobre ellos podría articularse un modelo de gestación por sustitución altruista similar al del Reino Unido.

PALABRAS CLAVE: GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN – MATERNIDAD LEGAL – PATERNIDAD LEGAL – CONFLICTO DE LEYES – RECONOCIMIENTO DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS

Surrogacy in Spain and in the United Kingdom

ABSTRACT: Surrogacy arrangements are prohibited under Spanish law. However, once those contracts have been properly concluded in other States in accordance with their Laws, it is possible to recognize that filiation in Spain, provided that certain conditions are met. In view of social reality, a regulation allowing surrogacy in Spain, will have to be carried out, sooner than later. The regulation of surrogacy arrangements in the United Kingdom will therefore be examined, since concerning parenthood it considers legal bases similar to those of Spanish law, and an altruistic surrogacy model such as that of the United Kingdom could be articulated on them.

* Profesora Ayudante Doctora. Universidad Carlos III de Madrid.

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 327–361
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.12

KEYWORDS: SURROGACY, LEGAL MATERNITY, LEGAL PATERNITY, CONFLICT OF LAW, RECOGNITION OF FOREIGN JUDGMENTS

I. INTRODUCCIÓN

Los contratos de gestación por sustitución, también llamados contratos de maternidad subrogada, no se puedan realizar en España porque están prohibidos en nuestro ordenamiento (art. 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida)[1]. Sin embargo, una vez que dichos contratos se han celebrado en el extranjero de forma válida con arreglo a dichas Leyes, se plantea el problema de la inscripción de la filiación de los menores en el Registro Civil español a favor de los padres comitentes y, por lo tanto, el reconocimiento de dicha filiación.

Mediante diversas Instrucciones de la DGRN (Dirección General de los Registros y del Notariado) se han ido solucionando en un gran número de casos, aunque no en todos, los problemas relativos al registro en España de la filiación de los menores nacidos como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución celebrado de forma válida en el extranjero[2].

Sin embargo, la realidad social imperante obliga a plantearse una nueva regulación sobre la materia. Así que, con este fin, parece apropiado realizar un análisis de la legislación sobre gestación por sustitución del Reino Unido. A pesar de que, a diferencia de España, allí se permite la gestación por sustitución; en materia de filiación contempla fundamentos jurídicos similares a los de la legislación española, y sobre ellos podría articularse un modelo de gestación por sustitución altruista. Aunque en Grecia, que es otro país de nuestro entorno, también se contempla este tipo de técnicas de reproducción asistida de forma no remunerada; sin embargo, precisamente por lo señalado anteriormente, la legislación del Reino Unido, ofrece, entre otras cuestiones, una mayor protección a la madre gestante que la legislación griega. Este es uno de los aspectos fundamentales que debería ser tenido en cuenta por parte del legislador español, de forma que el análisis de la regulación del Reino Unido sirva para poder atisbar la dirección hacia la que podría encaminarse nuestra futura legislación sobre gestación por sustitución.

[1] Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE 27.5.2006. En adelante, se denominará LTRHA.

[2] En la actualidad la DGRN ha pasado a denominarse Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. Si bien se seguirán usando esas siglas, pues las Instrucciones y las Resoluciones que se van a mencionar en el presente trabajo fueron dictadas por la DGRN.

II. La gestación por sustitución en España

1. Legislación

La legislación española sobre técnicas de reproducción asistida humana está recogida en la Ley 14/2006, que en adelante será denominada LTRHA. Aunque esta permite determinadas técnicas de reproducción asistida, en su art. 10 prohíbe expresamente los contratos de gestación por sustitución[3]. Aunque entró en vigor el 28 mayo 2006, la realidad social de los últimos años, es la que ha provocado que la norma haya quedado obsoleta. Se han vuelto a dar casos en que, con motivo de la crisis provocada por el coronavirus, ciudadanos españoles que habían celebrado contratos de gestación por sustitución en Ucrania, se han quedado atrapados en España, sin poder ir a recoger a sus hijos[4]. Estas situaciones y otras similares se evitarían si España contara con una nueva regulación sobre gestación por sustitución[5].

2. Filiación

En cuanto a la determinación de la filiación, en Derecho español, rige el principio de *mater semper certa est*, así que la filiación se le atribuye a la mujer que da a luz, en el momento del parto[6]. Las disposiciones en materia de filiación se encuentran recogidas en el Capítulo I del Título V del Código Civil, arts. 108 ss[7]. El art. 108 señala que la filiación podrá ser por naturaleza o por adopción, y que podrá ser matrimonial, si los padres están casados entre sí – o no matrimonial, aunque ambas surten los mismos efectos[8].

---

[3] "Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero" (art. 10.1º Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE 27.5.2006).

[4] M.–R. Sahuquillo/ E.–G. Sevillano "Bebés en el limbo en Ucrania: la pandemia pone en cuarentena el negocio de los vientres de alquiler", *El País*, 15 mayo 2020 [<https://elpais.com/sociedad/2020–05–15/bebes–varados–en–ucrania–la–pandemia–pone–en–cuarentena–el–negocio–de–los–vientres–de–alquiler.html>].

[5] En este sentido, el 18 mayo 2017, fue presentado en el Congreso por parte de Ciudadanos un proyecto de Ley en el que se regula la gestación por sustitución de forma altruista [<http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG–12–B–145–1.PDF>]. Si bien, dicho grupo parlamentario ha realizado otra proposición de Ley, posteriormente, exactamente el 3 julio 2019, para incluir mejoras [<https://www.rtve.es/contenidos/documentos/ciudadanos–gestacion–subrogada.pdf>].

[6] N. Igareda González, "La inmutabilidad del principio "*mater sempre certa est*" y los debates actuales", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política,* nº 21, enero 2015, p. 8.

[7] RD 24 julio 1889 por el que se publica el Código Civil, *Gaceta de Madrid*, 25.7.1889.

[8] S. Vilar González, *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018, p. 86.

La filiación matrimonial o no matrimonial será otorgada a los padres si se cumplen, entre otros, los requisitos de inscripción del nacimiento señalados en los arts. 115–120 Cc, para cada uno de los dos tipos de filiación[9].

A) Maternidad legal

Con respecto a la determinación de la filiación de un niño nacido mediante técnicas de reproducción asistida, el art. 7.1º LTRHA se remite a las normas civiles antes señaladas, pero teniendo en cuenta las especificaciones establecidas en los artículos siguientes de la LTRHA. De forma que se considera madre a la que da a luz, es decir a la madre gestante, con independencia de que se hubiera recurrido a la donación de ovocitos para conseguir quedarse embarazada[10]. También, existe la posibilidad de que, si la madre gestante estuviese casada con otra mujer, esta última podría ser considerada madre legal del menor, si presta su consentimiento para que se determine la filiación a su favor. Esta opción ha sido considerada como discriminatoria para las parejas formadas por dos hombres. Sin embargo, no se ha considerado dicho precepto discriminatorio, porque por cuestiones biológicas, sólo las mujeres pueden llevar a cabo la gestación. Se trata de situaciones distintas pues las parejas de dos mujeres no necesitan recurrir a otra mujer que lleve a cabo la gestación[11]. Por esta razón se planteó la inconstitucionalidad del art. 10.2º LTRHA, que es el que establece que sólo la mujer que da a luz puede ser considerada la madre, sin embargo esta posibilidad ha sido descartada[12].

Aunque la gestación por sustitución está prohibida en España, si alguno de estos acuerdos se llevase a cabo, sería necesario determinar la filiación de los nacidos a partir de esta técnica. El conflicto principal que surge a la

[9] La filiación matrimonial está recogida en los arts. 115–119 y la no matrimonial en el art. 120. Así, por ejemplo, la filiación matrimonial quedará determinada por la inscripción del nacimiento junto con la del matrimonio de los padres, o bien por sentencia firme.

[10] S. Vilar González, *op. cit.*, *p. 86.*

[11] R. Bercovitz Rodríguez –Cano, "Hijos made in California", *Aranzadi Civil Revista Doctrinal*, nº 3 (Tribuna), 2009, p. 2; E. Farnós Amorós, "Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos", *Revista de Derecho de Familia*, nº 49, mayo de 2011, p. 165; E. Lamm, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, p. 81; L. Álvarez de Toledo, "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional", *CDT*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, p. 10. También, en este sentido *Vid.* FD 4 SAP nº 826/2011 de 23 noviembre (AC\2011\1561); FD IV STS nº 835/2013, de 6 febrero 2014 (RJ\2014\833).

[12] Sobre este tema *Vid.* M. –J. Castellanos Ruiz, "Protección jurídica del menor en la maternidad subrogada", en M.–A. Cebrián Salvat y I. Lorente Martínez (coords.), *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2019, pp. 203 y 211.

hora de precisar la filiación en dichos supuestos es que pueden intervenir tres mujeres a las que se les puede atribuir el estatuto de madre: la mujer que solicita la gestación, la mujer gestante que da a luz al menor y la mujer que dona los óvulos. Pues bien, el art. 10.2º LTRHA establece que la filiación queda determinada por el parto, así que la madre legal será la madre gestante cumpliéndose el principio romano "*mater semper certa est*"[13].

B) Paternidad legal

En cuanto a la paternidad legal, esta es algo más compleja de determinar, pues para empezar el art. 106 Cc señala contiene una presunción de paternidad a favor del esposo, aunque cabe la posibilidad de destruir dicha presunción, tal y como establece el art. 107 Cc.

Cuando se trate de un menor nacido bajo técnicas de reproducción asistida, la paternidad vendrá determinará, con carácter general, por la aportación del material genético, o bien, por la existencia de un consentimiento prestado a la aplicación de una técnica de reproducción asistida en la mujer[14].

En los casos en que el niño haya nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, a pesar de estar prohibidos por el art. 10.1 LTRHA, para determinar la paternidad legal, se debe comprobar en primer lugar, si la mujer gestante está casada o no lo está[15].

Si la mujer gestante estuviera casada, se pueden dar las siguientes posibilidades[16]:

a) Si ambos gametos procediesen de la gestante y su esposo, la filiación quedará determinada como matrimonial, coincidiendo la paternidad legal y la biológica, por lo que los padres comitentes no podrían ejercitar ninguna acción legal para reclamar el cumplimiento del contrato de gestación por sustitución.
b) Pero si los gametos femeninos procediesen de la gestante casada o de una donante de ovocitos, y los masculinos del padre intencional o comitente; y si el cónyuge de la gestante realizase un consentimiento

[13] A. Aznar Domingo, "Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España", *Diario La Ley,* Wolters Kluwer, nº 9099, 14 diciembre 2017, pp. 4–5.

[14] S. Vilar González, *op. cit., p. 86.*

[15] *Ibíd..*, p. 88.

[16] M.–P. Ferrer Vanrell, "Artículo 10. Gestación por sustitución. Comentario jurídico" en F. Lledó Yagüe y C. Ochoa Marieta (coords.), *Comentarios científico–jurídicos de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo),* Madrid, Dykinson, 2007, pp. 163–165.

previo al tratamiento de fecundación; quedaría de nuevo determinada la filiación como matrimonial a favor de los esposos, sin que pueda ser impugnada por el padre comitente.

c) Ahora bien, si el cónyuge de la gestante no hubiera dado su consentimiento a la fecundación, el hijo se inscribiría como no matrimonial, y el padre comitente podría efectuar una reclamación judicial de paternidad, siempre que fuera el padre biológico, en virtud del art. 10.3º LTRHA[17].

d) Pero si el cónyuge de la gestante no hubiera otorgado su consentimiento y los gametos procediesen de un donante anónimo, el padre comitente podría ostentar la paternidad legal, tan sólo si presta el consentimiento señalado en el art. 8.2º LTRHA, siempre y cuando él no estuviera casado y la gestante estuviera separada[18]. Sin embargo, queda a salvo la posible acción de reclamación judicial de paternidad[19].

Ahora bien, si la mujer no estuviese casada, el padre intencional podría efectuar directamente la declaración ante el encargado del Registro Civil por la que reconociera la filiación de su hijo, al que podría adoptar su cónyuge en el caso de que la gestante renunciara a su maternidad[20].

En cuanto a la adopción posterior realizada por el segundo progenitor intencional con respecto al hijo del cónyuge, existe un debate sobre si debería estar permitida o no, aunque, en muchas ocasiones dicho fraude es indetectable[21]. Por un lado, se trataría de un fraude a la Ley; pero, por otro lado, son los padres comitentes los que quieren ejercer de padres, siempre que la madre gestante hubiera renunciado a la maternidad[22]. Además, la adopción es una de las propuestas señaladas por la STS 6 febrero 2014 en el conocido caso de los "niños de California"[23]. En este asunto, fue denegada la

[17] "Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales".

[18] "Se considera escrito indubitado a los efectos previstos en el ap. 8 del art. 44 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil el documento extendido ante el centro o servicio autorizado en el que se refleje el consentimiento a la fecundación con contribución de donante prestado por varón no casado con anterioridad a la utilización de las técnicas. Queda a salvo la reclamación judicial de paternidad".

[19] Es posible que en este caso se diera el caso de que hubiera una yuxtaposición de acciones, bien por una tercera persona o por el propio marido de la gestante, aunque no parece factible que prosperasen (S. Vilar González, *op. cit.,* p. 87).

[20] *Vid.* Art. 120 Cc, que regula la filiación no matrimonial.

[21] S. Vilar González, *op. cit.,* p. 89.

[22] Sobre este debate doctrinal *vid.* M.–J. Castellanos Ruiz, *loc. cit.*, pp. 225–230.

[23] El TS recuerda que el objeto del recurso no era adoptar una decisión sobre la integración de los menores en la familia constituida por los padres comitentes, sino el reconocimiento de la filiación establecida en el Registro de California. También señala que no ha quedado probado si

inscripción de la filiación a favor de los padres comitentes, una pareja de dos hombres, cuando tras llevar a cabo un contrato de gestación por sustitución con una madre gestante en California, que era perfectamente válido en dicho Estado, solicitaron en España el reconocimiento de la filiación de sus dos hijos gemelos, recogida en un certificado de nacimiento emitido por el Registro de California[24].

3. Conflicto de leyes

Como los contratos de gestación por sustitución están prohibidos en España, cada vez es más frecuente que las parejas recurran al turismo procreativo internacional o *fertility turism* o *Cross–Border Reproductive Care* para conseguir ser padres[25].

Ahora bien, para determinar la filiación *ex novo* de un niño nacido mediante técnicas de reproducción asistida, se debe acudir a la norma de conflicto española en materia de filiación, que es el art. 9.4º Cc (actualmente modificada por el art. 2 Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia)[26]. La redacción del

alguno de los padres comitentes aportó sus gametos, puesto que aunque se menciona en las alegaciones, ni se concreta cuál de ellos los habría aportado, ni menos aún se prueba cual sería el padre biológico de cada uno de los menores (FD V.11 STS Civ nº 835/2013, de 6 febrero 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247)).

[24] Sobre las distintas instancias por las que pasó este asunto, y el contenido de las resoluciones *Vid.* M.–J. Castellanos Ruiz, *loc. cit.*, pp. 191 –248.

[25] Dicho fenómeno se produce cuando ciudadanos que residen en un Estado se desplazan a otro para acceder a una determinada técnica de reproducción asistida, en algunos casos, porque dicho tratamiento está prohibido en su país de origen, como sucede en España; pero en otros, porque el Estado al que se viaja proporciona dicho tratamiento con mayor celeridad, garantías e incluso, menor coste, y/o no condiciona su acceso al cumplimiento de determinados requisitos del interesado/a o interesados (edad, estado civil y/u orientación sexual), como sucede en el Reino Unido (A. Hernández Rodríguez, "La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?", *CDT*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 148 –149; A–L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, "La gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *CDT*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, pp. 49 –50).

[26] Art. 2 Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, BOE 29.7.2015. Eso sí, siempre y cuando hubiese un tribunal español competente, para conocer de la acción de filiación. Los órganos judiciales españoles podrán declararse competentes por uno de los siguientes foros, en virtud del art. 22 *quater* d) LOPJ (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE nº 157, 2 julio 1985): residencia habitual del hijo o menor en España al tiempo de la interposición de la demanda –foro utilizado de manera frecuente por la jurisprudencia española –; nacionalidad española del demandante; residencia habitual en España del demandante o residencia de éste en España desde seis meses antes de la presentación de la demanda; domicilio del demandado en España. Sobre competencia judicial internacional en materia de filiación *vid.* J. Carrascosa González, "Filiación natural", en A.–L. Calvo

mismo nos señala como primer punto de conexión, la residencia habitual del hijo. Ahora bien, si el hijo careciese de residencia habitual o si la ley de la residencia habitual no permitiese el establecimiento de la filiación, pasaríamos al segundo punto de conexión, que es la ley de la nacionalidad del hijo. Pero, si de nuevo, la ley nacional del hijo no pudiese establecer la filiación o si el hijo no tuviese residencia habitual, ni nacionalidad, se pasaría al tercer y último punto de conexión, que es la ley española[27].

Pues bien, si se pone como ejemplo un supuesto similar al "caso de los niños de California", en el que dos varones casados entre sí en España, ambos españoles, se trasladan a California. Allí una mujer es inseminada artificialmente con el material reproductivo de ambos varones, quedando embarazada y dando a luz a dos gemelos en California. Los menores regresan a España con sus padres, y se va a suponer –aunque este no sucedió en el caso real– que la mujer que dio a luz, es decir, la madre gestante, ejercita una acción de filiación ante tribunales españoles para que se declare su filiación respecto del nacido en California[28]. Para comprender el funcionamiento de dicha norma de conflicto, se analizarán varias opciones:

i) Como ya se ha mencionado, el primer punto de conexión del art. 9.4º.I Cc nos llevaría a aplicar la ley de la residencia habitual del hijo para determinar la filiación[29]. Así que, si se considera que los menores tienen su residencia habitual en España, la ley aplicable a la acción de filiación sería la ley española.

Ahora bien, si no pudiera determinarse la residencia habitual de los menores, el siguiente punto de conexión, el de la nacionalidad, sería de aplicación. Para determinar la nacionalidad de los menores, el art. 17.1º.a) CC establece que los nacidos de españoles son españoles. De forma que es suficiente con que quede acreditado el "*hecho físico de la generación*" para que se le otorgue la nacionalidad a los niños[30]. La DGRN señala que para que

Caravaca y J. Carrascosa González (coords.), *Derecho internacional privado*, vol. II, Granada, Comares, 2018, pp. 316–318.

[27] Sobre la ley aplicable a la filiación *Vid.* J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 319–334.

[28] Efectivamente, dicha acción de filiación de la madre gestante no se produjo en el caso real, como se verá en el apartado de reconocimiento, pues la madre gestante tuvo que renunciar a la maternidad en algún momento, ya que firmó un contrato de gestación por sustitución con fines comerciales en California, perfectamente válido; con lo cual es bastante improbable que ejercitase una acción de filiación en España con respecto a los gemelos. Así que habrá que estar a lo que digan las leyes de California, en lo relativo al consentimiento de la madre para que se lleve a cabo la gestación por sustitución; y a si existe posibilidad, de que dicho consentimiento sea revocado.

[29] Si bien con la anterior redacción del 9.4º Cc, en vigor cuando se planteó el litigio, el primer punto de conexión era la nacionalidad del hijo y si ésta no pudiese determinarse, el segundo punto de conexión era la residencia habitual del hijo.

[30] FD VI Res. DGRN de 18 febrero 2009, *Bol. Mº Just.*, nº 2104 (fecha de edición: 15 de marzo de 2010, con las Resoluciones de 07/01/2009 a 20/02/2009).

quede acreditado tal extremo, basta con que consten "*indicios racionales de su generación física por progenitor español*", ya sea por posesión de estado o inscripción en el Registro Civil[31]. Así que, como los menores están inscritos en el Registro californiano como hijos de padres españoles, eso sería un indicio racional de generación física por parte de progenitor español. Por lo tanto, los menores tendrían nacionalidad española, siendo la ley española, la ley aplicable a la filiación.

Así pues, la legislación sustantiva española en su art. 10.2º LTRHA, señala que la filiación viene determinada por el parto, por lo que los menores serían considerados hijos: por un lado, de la mujer californiana que da a luz; mientras que, por otro lado, de los padres comitentes, si consigue probarse, que tal y como declaran los padres comitentes, cada uno de los menores es hijo biológico de cada uno de ellos. Luego cada uno de los niños tendría un padre diferente, mientras que la madre gestante sería la madre legal de los niños. Ahora bien, si la mujer californiana está casada deberá destruirse la presunción de paternidad del cónyuge, recogida en el art. 116 Cc. Así que los padres biológicos deberán reclamar la paternidad atribuida al cónyuge por dicha presunción[32].

ii) Siguiendo con el caso planteado, si se considerase que los menores tienen su residencia habitual en California, la ley aplicable a la filiación sería la ley californiana, en virtud del 9.4º.I Cc. Bajo las leyes de California, los menores son hijos de los padres comitentes, por lo que la filiación no quedaría determinada a favor de la mujer californiana. Sin embargo, atentaría contra el orden público internacional español una ley extranjera que permite los contratos de gestación por sustitución, puesto que el art. 10.1º LTRHA hace nulos dichos contratos. Así, los autores A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González señalan que la cláusula de orden público

[31] Así se recoge en multitud de Resoluciones de la DGRN: 7 mayo 1965, 4 febrero 1966, 29 diciembre 1971, 19 diciembre 1973, 11 agosto 1975, 19 enero1976, 11 abril 1978, RDGRN 7 mayo 1980, 5 marzo 1986, 28 octubre 1986 y Circular DGRN 6 junio 1981 (FD VI Res. DGRN 18 febrero 2009, *Bol. Mº just.*, nº 2104 (Fecha de edición: 15 de marzo de 2010, con las Resoluciones de 07/01/2009 a 20/02/2009)). *Vid.* A. –L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González, "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero 2009", *CDT*, vol. 1, nº 2, octubre 2009, pp. 296 –297.

[32] Pues en virtud del art. 10.3º Ley 14/2006, el padre biológico puede reclamar la paternidad, conforme a las reglas generales, es decir acudiendo a los tribunales. *Vid.* A. Quiñones Escámez, "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 febrero 2009", *InDret Revista para el análisis del derecho. Universitat Pompeu Fabra,* nº 3, 2009, p. 5; A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *CDT*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, p. 259.

internacional español impide considerar válido y ejecutar en España un contrato de gestación por sustitución, pues la estructura jurídica de la sociedad española resultaría dañada gravemente por la aplicación de la Ley californiana que permite dicha ejecución[33]. En cuyo caso, se pasaría al siguiente punto de conexión, que es el de la nacionalidad, siendo de nuevo, de aplicación la ley española; y que en virtud del art. 10.2º LTRHA, establece que la filiación quedaría determinada a favor de la mujer californiana, como madre gestante, y de los padres comitentes, si son los padres biológicos de cada uno de los gemelos respectivamente.

En todas las opciones planteadas, en el supuesto hipotético de que la mujer californiana ejercitara una acción de filiación en España, el tribunal español acaba aplicando la Ley española a la filiación de los menores, de forma que considera como madre legal de los menores a la mujer californiana. Sin embargo, si dicha acción se ejercitara en California, lugar en el que se llevó a cabo el contrato de gestación por sustitución, los tribunales de dicho Estado, con toda seguridad, establecería como padres legales de los menores a los padres comitentes. Esto supondría una inseguridad jurídica para los padres comitentes, pero también dejaría a los menores, en condiciones de vulnerabilidad, pues dependiendo del tribunal que conozca del asunto, tendrían o no una madre legalmente reconocida. En cuyo caso, el principio del "interés superior del menor", que será abordado más adelante, y que está reconocido en el art. 3 de la CDN (Convención sobre los derechos del niño), se está viendo vulnerado[34].

Sin embargo, existe otra posibilidad planteada por la doctrina, con motivo de la última modificación del art. 9.4º Cc, en relación con la orientación material del precepto; que apunta que si mediante la ley designada por el primer o segundo punto de conexión, no es posible la acreditación de la filiación, se pasa al siguiente punto de conexión. Pero no siempre la acreditación de la filiación de un hijo respecto de un padre concreto supone un beneficio para dicho hijo, incluso desde la perspectiva del Derecho español. Así pues, si el primer punto de conexión lleva a la aplicación de la ley española; para el juez no es posible acreditar la filiación del nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, porque el Derecho español señala que corresponde a la mujer que ha dado a luz y no a los sujetos que la han contratado. Se pasaría, por tanto, al segundo punto

[33] También lo señalan, la Audiencia Provincial de Valencia, la DGRN, así como el Tribunal Supremo en sus resoluciones en relación con el caso de los "niños de California". *Vid.* A. Hernández Rodríguez, *loc. cit.*, p. 161; A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: Consideraciones…", *loc. cit.*, p. 315; M.–J. Castellanos Ruiz, *loc. cit.*, pp. 251 –252.

[34] Art. 3 de la Convención sobre los derechos del niño hecha en Nueva York el 20 noviembre 1989 (BOE 31.12.1990), en vigor para España desde el 5 enero 1991.

de conexión, que, si vuelve a ser la ley española –por el criterio de la nacionalidad–, se tendría que aplicar la ley sustantiva española, como último punto de conexión; de forma que no es posible determinar la filiación. Pero si el segundo punto de conexión nos lleva a una ley extranjera, la ley californiana, como establece que la filiación corresponde a los padres comitentes, ésta atentaría contra el orden público internacional español, –como se ha señalado arriba– y tampoco se aplicaría. Se pasaría pues, al tercer y último punto de conexión, que llevaría a la sustantiva española, así que, de nuevo, no es posible acreditar la filiación. La redacción del art. 9.4º.I Cc es excesivamente genérica y no concede poder al juez para decidir si el no establecimiento de la filiación derivado de la aplicación de una concreta Ley estatal es o no es beneficioso para el hijo. Pero además, en este caso, la orientación material no garantiza que siempre pueda acreditarse la filiación del hijo[35]. Por lo tanto, si se atiende a esta interpretación del 9.4º.I Cc, no podría acreditarse la filiación de los menores, de manera que, en mi opinión, esta opción todavía es peor que la anterior, en la que al menos los padres comitentes, como padres biológicos, podrían ser considerados los padres legales[36].

4. Reconocimiento de la filiación en resoluciones o certificados extranjeros

Cuestión diferente es si el contrato de gestación por sustitución se ha realizado de forma válida en el extranjero. En ese caso, se ha de solucionar, no un problema de conflicto de leyes, sino de reconocimiento del documento extranjero en el que consta la filiación de los menores a favor de los padres comitentes. En este sentido, mediante el método del reconocimiento se puede inscribir la filiación de los menores en el Registro Civil español, independientemente de que la pareja que realice el contrato de gestación por sustitución esté formada por dos hombres, dos mujeres o un hombre y una mujer.

Ahora bien, en España, el procedimiento para la inscripción de la filiación de los menores a favor de los padres comitentes, va a ser diferente en función de los documentos aportados para proceder al reconocimiento de los mismos. Se debe distinguir entre si el documento extranjero a reconocer

[35] Estos casos en los que las leyes no permiten el establecimiento de la filiación, llevan a la denominada "paradoja conflictual circular", de forma que en ocasiones no es posible determinar la filiación (J. Carrascosa González, *op. cit.*, pp. 320 –322.

[36] El supuesto que se ha planteado, de que la madre gestante californiana, que realiza un contrato de gestación por sustitución, plantee una acción en España reclamando la filiación de los menores, es muy poco probable. Pero el objetivo de este planteamiento es poner el acento, ya no por el perjuicio para los padres comitentes, sino por el perjuicio para los menores, de que no exista un convenio internacional en la materia, de forma que se garanticen los derechos protegidos por la Convención de los derechos del niño.

es una sentencia judicial o es una certificación registral en la que se recoge la filiación de los menores:

i) La Instrucción DGRN 5 octubre 2010, plenamente vigente en la actualidad, exige que, para lograr la inscripción de la filiación de los menores a favor de los padres comitentes, no es suficiente con la aportación de la certificación registral extranjera en la que conste la filiación, sino que se exige la sentencia judicial extranjera[37]. Dicha sentencia debe presentarse a *exequatur*, que se rige por los convenios internacionales vigentes para España o en su defecto, por los arts. 41–61 LCJIMC (Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil)[38].

Ahora bien, se exige el execuátur de la sentencia extranjera, siempre y cuando se trate de un procedimiento jurisdiccional contencioso.

Si la resolución extranjera ha sido dictada como consecuencia de un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria, no será necesario acudir a un procedimiento judicial por homologación previo a la inscripción registral, sino que el Encargado del Registro Civil deberá proceder a controlar incidentalmente el reconocimiento de la resolución judicial, verificando si se cumplen los requisitos indicados en la Instrucción: (a) la regularidad y autenticidad formal de la resolución judicial extranjera; (b) que el Tribunal de origen hubiera basado su competencia judicial internacional en criterios equivalentes a los contemplados en la legislación española; (c) que se hubiesen garantizado los derechos procesales de las partes, en particular, de la madre gestante; (d) que no se ha producido una vulneración del interés superior del menor y de los derechos de la madre gestante; (e) que la resolución judicial es firme y que los consentimientos prestados son irrevocables, o bien, si estuvieran sujetos a un plazo de revocabilidad conforme a la legislación extranjera aplicable, que éste hubiera transcurrido[39].

[37] Instrucción DGRN 5 octubre 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, BOE 7.10.2010.

[38] Arts. 41–61 Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil, BOE 31.7.2015. *Vid.* J. Carrascosa González, *op. cit.*, p. 343.

[39] La Instrucción ha sido criticada por parte de la doctrina, sobre todo civilistas, porque fomenta el turismo reproductivo. Sin embargo, la doctrina internacional privatista considera que la Instrucción DGRN 5 octubre 2010 ha conseguido regularizar, aunque no haya utilizado la mejor técnica jurídica, la situación de aquellas familias españolas, cuyos hijos nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución, se encontraban en un limbo jurídico. Pero también ha originado jurisprudencia contradictoria en el ámbito del procedimiento de *exequatur*. *Vid.* M.–J. Castellanos Ruiz, *loc. cit.*, pp. 207–211. Así que tras los pronunciamientos del TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos), casos *Mennesson* y *Labassee*, la DGRN volvió a confirmar la eficacia de la Instrucción de la DGRN de 2010, mediante la Circular DGRN 11 julio 2014, con el fin de dar efectivo cumplimiento a la citada jurisprudencia del TEDH.

ii) Pero, ¿qué sucede si los padres comitentes al solicitar el reconocimiento de la filiación de los menores, no presentan una sentencia judicial en la que se determine la filiación a favor de los padres comitentes, sino que aportan la certificación registral extranjera en la que consta la filiación, como sucedió en el caso de los "niños de California"? Según la legislación californiana, *California Family Code*, la doble paternidad de los menores en favor de los padres intencionales, se establece mediante decisión judicial, que ordena la expedición de los certificados de nacimiento, en los que no aparece ni la madre genética, ni la que da a luz[40]. Sin embargo, aunque existe una relación de causa –efecto entre ambos documentos, tal sentencia judicial no fue aportada al proceso.

Por su parte, la forma en que cuando llegó el caso de los "niños de California" al Tribunal Supremo, la forma en que éste ha procedido al reconocimiento del título extranjero, es la prevista en el art. 85 RRC (Reglamento del Registro Civil) en relación al último inciso del art. 81 RRC[41]. El control consiste en que la certificación del Registro extranjero sea regular y auténtica, "*de modo que el asiento que certifica, en cuanto a los hechos de que da fe, tenga garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la Ley española*"[42]. Pero también ha de extenderse a que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española, tal y como lo exige, el art. 23 LRC (Ley del Registro Civil), al que sirven de desarrollo los preceptos reglamentarios citados[43]. Así que en principio, según el Tribunal Supremo, el control no debe limitarse a los aspectos formales, sino que tiene que extenderse a cuestiones de fondo[44]. Sin embargo, la remisión a la "ley española" ha de entenderse efectuada al orden público internacional español[45]. Como el art. 10.1º Ley 14/2006 considera nulos los contratos de maternidad subrogada, la inscripción de la filiación de los menores en favor de los padres comitentes no puede realizarse aportan la certificación registral extranjera, pues atentaría contra nuestro orden público internacional.

La denegación de la inscripción filiación, según el propio Tribunal Supremo, puede causar inconvenientes a los menores, pero no por ello

[40] A. Quiñones Escámez, *loc. cit*, pp. 5–6.

[41] Art. 81 Decreto de 14 noviembre 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, BOE 11.1.2 1958.

[42] FD III.2 STS nº 835/2013, de 6 febrero 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

[43] Ley de 8 junio 1957 sobre el Registro Civil, BOE 10.7.1957. En la actualidad existe una nueva Ley del Registro Civil.

[44] FD III.3 STS nº 835/2013, de 6 febrero 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247). En este sentido, se parece bastante a la solución adoptada por la DGRN en la Resolución de 18 febrero 2009 sobre este mismo asunto.

[45] FD III.4 STS nº 835/2013, de 6 febrero 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

quedarían desprotegidos, puesto que la protección ha de otorgarse partiendo de las previsiones de la legislación española. En primer lugar, el art. 10.3º Ley 14/2006, permite la reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, por lo que, si alguno de los padres comitentes lo fuera, podría determinarse la filiación paterna respecto del mismo. En segundo lugar, mediante el acogimiento y la adopción se permitiría la integración real de los menores en el núcleo familiar. Además, la denegación de reconocimiento de la certificación registral extranjera ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido, como es el derecho a un nombre y a adquirir una nacionalidad[46].

Sin embargo, el derecho de los menores a una "identidad única" que se traduce en el derecho a disponer de una filiación única válida en varios países, no está garantizada con el rechazo de la inscripción de los menores a favor de los padres comitentes, tal y como figura en la certificación registral californiana. Por lo tanto, no se está cumpliendo el principio de "interés superior del menor" contemplado en el art. 3 CDN. Dicho principio exige que los niños queden al cuidado de los sujetos que han dado su consentimiento para ser padres, pues así se asegura al niño "la protección y el cuidado que son necesarios para su bienestar" defendido por la DGRN en la Resolución de 18 febrero 2009, que en un primer momento les dio la razón a los padres comitentes, pero que posteriormente se dejaría sin efecto, en instancias superiores[47].

III. La gestación por sustitución en el Reino Unido

1. Legislación

El Derecho del Reino Unido establece que la gestación por sustitución –y la reproducción asistida en su concepción más amplia– ha de tener su propia estructura legal y normativa, que separa las leyes en materia de adopción de las leyes en relación a los niños[48]. De forma que, la gestación por sustitución

[46] FD V.11 STS nº 835/2013, de 6 febrero 2014 (RJ\2014\833) (ECLI:ES:TS:2014:247).

[47] STJUE 2 octubre 2003, *García Avello*, C –148/02 (ECLI:EU:C:2003:539); STJUE 14 octubre 2008, *Grunkin–Paul*, C –353/06 (ECLI:EU:C:2008/559). *Vid.* A.–L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: Consideraciones…", *loc. cit.*, pp. 312–314.

[48] En el Reino Unido, existen tres sistemas legales separados: el Derecho de Inglaterra y Gales, el Derecho de Escocia y el Derecho del Norte de Irlanda. Así pues, se realizará una visión general de la gestación por sustitución en el Reino Unido, poniendo especial atención en el Derecho de Inglaterra y Gales.

es legal en el Reino Unido, pero está sometida a unos estrictos requisitos legislativos, así como a supervisión estatal y judicial[49].

La regulación existente en el Reino Unido en la materia está recogida en: *Surrogacy Arrangements Act 1985 (1985 Act)*, *Adoption and Children Act 2002*, *Human Fertilisation and Embryology (Deceased Fathers) Act 2003*, *Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (HFEA 2008)* y un número de instrumentos legales entre los que se encuentra *Human Fertilisation and Embryology (Parental Order) Regulations 2010*[50]. Dicha normativa se apoya, en parte en el "Informe Warnock", que señaló que no era conveniente que se llevasen a cabo acuerdos de gestación por sustitución, pero que, si se celebrasen, no deberían contener previsiones contractuales que obligasen a la madre gestante a entregar al niño[51]. De igual modo, dispuso sancionar la creación de establecimientos comerciales para la realización de este tipo de contratos*. Por esta razón, en el 1985 Act* se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial cuya finalidad sea la realización de contratos de gestación por sustitución[52].

Así, en el Reino Unido, la maternidad subrogada está permitida en los casos que estén justificados médicamente y solo en los que el acuerdo sea gratuito, para evitar que mediante la gestación por sustitución se produzca la explotación de la mujer y la mercantilización de los niños. Por lo tanto, sólo es legal la gestación por sustitución que se realice de forma altruista, estando permitidos únicamente los pagos a la madre gestante por los gastos necesarios en que se incurra por el embarazo y por las molestias que se le pudiese causar[53]. Así pues, en el art. 1(4) del capítulo 49 del 1985 Act se establece que "p*ara determinar si un acuerdo se realizó con el objetivo de formalizar una gestación subrogada, se debe analizar todas las circunstancias en su conjunto", y* en particular, si hay promesa de pago para la mujer gestante. En este mismo sentido, en el art. 2(2C) del capítulo 49 del 1985 Act se señala que "cualquier alusión en la legislación a un pago razonable como consecuencia de un acto corporal se trata de una referencia a un pago que

[49] M. Wells–Greco, *Status of children arising from inter –country surrogacy arrangements: The Past, The Present, The Future*, La Haya, Eleven International Publishing, 2016, p. 149.

[50] *Surrogacy Arrangements Act 1985* [<https://www.legislation.gov. uk/ukpga/1985/49>]; *Adoption and Children Act 200*2 [<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/38/contents>]; *Human Fertilisation and Embryology Act 2008* [<https://www. legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>]. *Vid.* M. Wells –Greco, *op. cit.*, p. 149.

[51] El "Informe Warnock" señala que, para el Derecho de Reino Unido, el contrato de maternidad subrogada, no puede ser reconocido como un acuerdo vinculante para las partes (M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 150). *Vid*. también, S. Vilar González*, op. cit.*, p. 212.

[52] E. Lamm, *op. cit.,* p. 131.

[53] A. Quiñones Escámez, *loc. cit*, p. 32.

no exceda de los costes físicos que puedan ser atribuidos razonablemente a la realización del acto de gestación por sustitución".

Por lo tanto, en el Reino Unido la única gestación por sustitución que se permite es aquella que se realice de manera gratuita. Si bien, se admite –como en Grecia– el pago a la gestante de los gastos razonables que se deriven de la misma[54].

Por otro lado, la ley inglesa exige vínculos con el territorio del Reino Unido para que sus jueces dicten una *parental order*, es decir una orden paternal, que establezca la filiación, la cual será estudiada más adelante. Este requisito también se exige cuando la gestación por sustitución ha tenido lugar en el extranjero[55].

2. Filiación

En cuanto a la determinación de la filiación, la legislación del Reino Unido y la de España coinciden en el principio de *mater semper certa est*, así que la filiación es atribuida a la mujer que da a luz, en el momento del parto[56]. Si bien, posteriormente serán los padres intencionales, los que deberán iniciar un procedimiento de solicitud de una orden parental o *parental order*[57].

A) Maternidad legal

La máxima de *mater est quam gestatio demonstrat* ha sido el estándar legal en el Reino Unido en cuanto a la determinación de la maternidad[58]. El art. 33.1º del *HFEA 2008* proporciona una definición del término madre, en el que la mujer gestante será considerada la madre legal del niño en el momento del nacimiento; aunque no tenga ninguna vinculación genética con él; o con independencia de que la gestación por sustitución haya tenido lugar en el Reino Unido o en otro lugar[59]. Además, el *HFEA 2008* deja claro que una mujer no adquiere –y en realidad, no puede adquirir– el estatus de madre legal por el simple hecho de haber donado un óvulo.

---

[54] *Ibíd*.

[55] *Ibíd*.

[56] S. Vilar González, *op. cit.*, p. 212.

[57] E. Lamm, *op. cit.,* pp. 132–133.

[58] A raíz del *HFEA 1990*, la presunción de maternidad que regía en las normas del *common law* se convirtió también en el estándar legal para el establecimiento de la maternidad, para aquellos casos en los que se habían utilizado técnicas de reproducción asistida (*Vid.* M. Wells–Greco, *op. cit.*, pp. 151–152). Mientras que tanto las leyes como la doctrina española hacen referencia a la determinación de la filiación, en las leyes y la doctrina inglesa se alude a la determinación de la maternidad.

[59] M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 152.

Si la madre comitente no consigue obtener tal estatus de madre legal del niño, por medio de la obtención de una orden parental, tendrá que recurrir a la vía de la adopción para conseguirlo[60].

B) Paternidad legal

Históricamente, el establecimiento de la paternidad bajo las normas del *common law* ha sido mucho más difícil que el de la maternidad. La ley establece determinadas presunciones. Como sucede en la legislación española, se presume por ley que el marido de una mujer casada es el padre legal del niño nacido durante el matrimonio[61].

En esta misma línea, en relación con un niño concebido mediante una técnica de reproducción asistida, el marido será considerado el padre del niño, a menos que se demuestre que él no otorgó el consentimiento al tratamiento de su mujer[62]. No se le atribuiría automáticamente la paternidad al padre comitente, aunque éste sea el padre genético del niño[63].

Si es una pareja civil la que se somete a un proceso de inseminación artificial, se le atribuirá la paternidad a la pareja de la mujer gestante, salvo que, como en el caso anterior, ésta no hubiera dado su consentimiento a dicho tratamiento[64]. Por lo tanto, es posible que una pareja de dos hombres o dos mujeres puedan ser considerados los padres legales de un niño nacido mediante gestación por sustitución. Para una pareja de hecho de mujeres que tienen que recurrir a otra mujer para llevar a cabo la gestación, el art. 33 *HFEA 2008* se aplica y será la gestante, la madre legal del niño. La pareja de hecho formada por dos mujeres tendrá que recurrir a una orden de adopción o a una orden parental, para convertirse en los padres legales. Ahora bien, el recurso a la orden parental no puede realizarse si ninguna de las mujeres que componen la pareja de hecho tienen una vinculación genética con el menor[65]. Esto igualmente es de aplicación a las parejas formadas por dos hombres que recurren a la gestación por sustitución y no tienen ninguna vinculación genética con el niño[66].

---

[60] *Ibíd*.

[61] La única forma de que la presunción de paternidad pueda ser refutada es que exista una duda razonable de que el marido de la mujer no sea el padre del niño. La importancia de tales presunciones es menor como consecuencia del desarrollo de los test científicos que han hecho posible el establecimiento de la paternidad con certeza (M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 152).

[62] Entraría en juego el principio de *pater est quem nuptiae demonstrant* (*ibíd*., p. 153).

[63] S. Vilar González, *op. cit., p. 213.*

[64] Arts. 35 y 38 *HFEA 2008*.

[65] M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 153.

[66] Art. 54 *HFEA 2008*.

Si la mujer gestante no está casada –o si su marido o su pareja de hecho no han dado su consentimiento para dicho tratamiento– el padre comitente puede ser considerado el padre legal en el momento del nacimiento, siempre que este haya aportado su material genético. Pero si el padre comitente no tiene ninguna vinculación genética con el menor, aunque la madre comitente haya aportado sus óvulos, únicamente la mujer gestante será considerada como madre legal[67].

El padre comitente, que además sea el padre genético del niño podrá adquirir el estatus legal de padre en el momento del nacimiento. En otras circunstancias, deberá solicitar junto con la madre comitente una orden parental o proceder a la adopción.

Por lo tanto, es posible que un niño nacido mediante gestación por sustitución pueda tener en el momento del nacimiento: (a) sólo un padre legal, que no tenga ninguna vinculación genética con el menor; (b) dos padres legales que no tengan ninguna vinculación genética con el niño; (c) dos padres legales, donde ambos, la mujer y el hombre, o uno de los dos tengan una vinculación genética con el menor. En conclusión, son muy pocos los casos en los que, en el Reino Unido, los padres comitentes son considerados los padres legales en el momento del nacimiento del niño nacido por gestación por sustitución. En la mayoría de las situaciones, la paternidad será transmitida de la madre gestante, y en su caso, de su pareja, a los padres comitentes[68].

C) Padres comitentes: la tramitación de la orden parental o *parental order*

Como el contenido de los acuerdos de gestación por sustitución no son vinculantes para ninguna de las partes, no se podrá reclamar judicialmente el cumplimiento de las respectivas prestaciones a las que se hubiesen obligado las partes[69]. De forma que no está garantizada, ni la entrega del niño por la madre gestante a los padres de intención, ni tampoco la obligación de que estos se hagan cargo del niño, si se hubiesen arrepentido de la realización de dicho contrato[70].

A diferencia del modelo de pre–aprobación habitual en muchos Estados de los Estados Unidos, Grecia, Israel y otros países, el enfoque del Reino Unido se caracteriza por una serie de garantías fundamentales que permiten

[67] M. Wells –Greco, *op. cit.*, p. 153.

[68] *Ibid.,* p. 154.

[69] Art. 1A del capítulo 49 del *1985 Act*. Sobre el cumplimiento de los contratos de gestación por sustitución *Vid.* M. Wells –Greco, *op. cit.*, pp. 164 –166.

[70] S. Vilar González*, op. cit., p. 213.*

a la gestante cambiar de opinión antes y durante algún tiempo después de dar a luz; exigen examinar el consentimiento de las partes; y una evaluación del interés superior del menor una vez que este ya ha nacido[71]. Este sistema de transferencia de la filiación ha venido generando problemas, cuando se trata del reconocimiento en el Reino Unido de un contrato de gestación por sustitución realizado de forma válida en el extranjero.

Por lo tanto, si se cumplen las condiciones exigidas por la ley, el juez inglés puede establecer la filiación del niño respecto de los padres comitentes mediante una *parental order* que transfiere la filiación inicialmente establecida con respecto a la madre gestante a los mismos. Se suceden así dos actas o certificados de nacimiento. En el primero, la madre gestante es la que consta como tal y tiene un plazo para retractarse. Si da su consentimiento se establece una nueva acta de nacimiento, esta vez, en favor de los padres comitentes[72].

Así pues, los padres comitentes deben iniciar un procedimiento judicial de solicitud de una orden parental o *parental order* para ser considerados los padres legales del niño. Para el otorgamiento de dicha orden parental, el art. 54 *HFEA 2008* requiere el cumplimiento de una serie de requisitos[73]:

i) Solicitud de ambos padres comitentes[74];

Al menos uno de los padres comitentes tiene que ser el padre genético del niño[75];

ii) Los solicitantes deben ser marido y mujer; constituir una unión civil; o ser una pareja de hecho que conviva como familia de modo duradero y no se encuentran en grados prohibidos de parentesco[76]. Se permite por tanto el acceso a las órdenes parentales, no sólo a los matrimonios y a las parejas heterosexuales, sino también a las personas del mismo sexo inscritas en el Registro de Uniones Civiles[77].

iii) Ahora bien, las personas individuales no pueden acceder a las órdenes parentales. Así en el caso *Re Z (a child)*, se denegó la concesión de la orden

[71] E. Lamm, *op. cit.,* p. 133.

[72] A. Quiñones Escámez, *loc. cit.*, p. 32.

[73] E. Lamm, *op. cit.,* pp. 133 –134; M. Wells –Greco, *op. cit.*, p. 157.

[74] Art. 54(1)(a) del *HFEA 2008*. Una solicitud de orden parental debe realizarse mediante los siguientes formularios: *Form C51* en Inglaterra y Gales, *Form 22* en Escocia.

[75] Art. 54(1)(a) y (b) *HFEA 2008*.

[76] Art. 54(2) *HFEA 2008*.

[77] Así en el caso *Re A* (2015) EWHC 1756 (Fam) se concedió una orden parental a una pareja del mismo sexo británica, en relación con un niño nacido mediante gestación por sustitución en Sudáfrica (S. Vilar González, *op. cit.*, p. 213).

parental a favor de un padre comitente que solicitaba la filiación de unos niños gemelos nacidos en California[78].

Sin embargo, debido a las circunstancias excepcionales del caso *Re A v. P*, del año 2011, sí se concedió una orden parental a una mujer, que había iniciado con su marido un proceso de solicitud de una orden parental, a pesar de que este había fallecido[79]. Como únicamente las parejas pueden solicitar órdenes parentales, el tribunal tuvo que examinar si la palabra "demandantes" ("*applicants*") del *HFEA 2008* podía interpretarse en el sentido de que se exigiese que dos personas solicitasen la orden parental, pero no se requiriese que hubiese dos demandantes vivos en el momento en que se otorgase. El Parlamento no había previsto una situación en la que uno de los demandantes pudiese morir antes de que la orden pudiese ser conferida[80].

Pues bien, el hecho de no permitir a una sola persona solicitar la orden parental es incompatible con el derecho a la igualdad de los padres solteros, conforme al Acta sobre Derechos Humanos de 1998[81]. En este sentido, el Tribunal Supremo británico se ha pronunciado a favor de la realización de una modificación legal que permita a las personas individuales acceder a la gestación por sustitución, de manera que se está estudiando cambiar dicha limitación[82].

iv) Una vez transcurridas seis semanas desde el nacimiento del niño, y antes de los seis meses posteriores al nacimiento[83]. Por un lado, seis

[78] *In the matter of Z (A Child: Human Fertilisation and Embryology Act: parental order)* (2015) EWFC73.

[79] *Re A v. P (Surrogacy: Parental order: Death of Applicant)* (2011) EWHC 1738 (Fam). Se concedió la orden parental a la madre sobre la base del interés superior del menor, pues la evidencia demostraba claramente que las necesidades de bienestar del niño se cumplían mediante la concesión de la orden parental.

[80] Tal y como señala E. Lamm, tampoco la ley ofrece ninguna solución en situaciones en las que uno de los padres hubiera muerto antes, por ejemplo, durante el embarazo: o en los casos en los que los comitentes se hubiesen divorciado antes de la audiencia final. Así, en 2012, se presentó un caso en el que se había producido el divorcio de los padres comitentes, pero éste tuvo lugar después de que se confiriera la orden parental a favor del matrimonio. Sin embargo, el exmarido pretendía que se revocara la orden respecto de su exmujer, puesto que lo había abandonado poco después de haber obtenido la orden parental. El tribunal rechazó tal acción, ya que el niño había estado bajo el cuidado de los padres desde el nacimiento hasta su separación, a partir de la cual la mujer había asumido la custodia. En este caso, también prevaleció el bienestar del menor, pues la decisión de revocar la orden parental habría significado que la única madre que el niño conocía se convirtiera en un extraño legal. *G v G* (2012) EWHC1979 (Fam). *Vid.* E. Lamm, *op. cit.*, pp. 137–138.

[81] S. Vilar González, *op. cit.*, p. 214.

[82] *In the matter of Z (A Child)* (No. 2) (2016) EWHC 1191 (Fam). *Vid.* M. Wells –Greco, *op. cit.*, p. 158; S. Vilar González, *op. cit.*, p. 214.

[83] Art. 54(3) *HFEA 2008*.

semanas es el período de reflexión que se concede a la gestante; mientras que por otro lado, la solicitud de la orden parental debe realizarse dentro de los seis meses siguientes al alumbramiento, pues dicho plazo tiene el carácter de preclusivo[84]. Ya en el asunto *JP v. LP & Others* se estableció que se debía fijar un plazo rápido para la regularización de la condición legal de los padres comitentes en relación con los niños nacidos bajo técnicas de gestación por sustitución[85].

Sin embargo, existen situaciones en las que no se puede cumplir el plazo de seis meses para la solicitud de la orden parental, como, por ejemplo, cuando el niño nace en el extranjero en virtud de un contrato de gestación por sustitución. En estos casos, pueden surgir problemas de inmigración que impiden y retrasan que el niño esté conviviendo con los solicitantes o que los padres comitentes desconozcan la necesidad de solicitar una orden parental, ni las condiciones señaladas en el art. 54 para la concesión de la orden parental[86]. En el caso *JP v. LP & Others* se debía regularizar el estatuto de las partes tras la elaboración de un acuerdo informal de gestación por sustitución, en el que no había intervenido una clínica de fertilidad. A los tres meses del nacimiento del niño, la relación entre el padre genético y su esposa se rompió. Así que la madre comitente inició un procedimiento para garantizar la residencia compartida, y las partes solicitaron la orden parental, pero el niño tenía entonces siete meses y medio, por lo que no se cumplía el plazo de seis meses dentro de los cuales se tenía que solicitar la orden parental. Sin embargo, el tribunal constató que en, este caso, no sólo no podían solicitar la orden parental, sino que ni la adopción, ni una tutela especial eran la solución para esta familia[87]. En estas circunstancias excepcionales, tras proponer a los padres comitentes que tendrían que dejar a un lado sus diferencias, el niño quedaría bajo la guarda del tribunal; se

[84] Así en el caso *Re X (A Child) (Surrogacy: Time Limit)* (2014) EWHC 3135 (Fam), el Tribunal consideró que la orden parental debe solicitarse dentro del plazo de seis meses, no pudiendo tener la facultad de prorrogar dicho plazo (M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 162; S. Vilar González, *op. cit.*, p. 213*).*

[85] *JP v. LP & Others* (2014) EWHC 595 (Fam) at para. 30.

[86] *Vid.* M. Wells–Greco, *op. cit.*, pp. 162 –163.

[87] Esto era así, porque la madre gestante constaba como la madre legal, el padre comitente era el padre genético y "social", y la madre comitente, en ausencia de intervención legal, no era más que el padre "psicológico". La adopción no era posible, puesto que los padres ya no estaban juntos, así que, si sólo adoptaba la madre, se extinguiría la responsabilidad parental del padre, y si únicamente adoptaba el padre, se extinguiría la responsabilidad parental de la madre. La concesión de la tutela especial a la madre no sólo excluiría del ejercicio de su responsabilidad parental a la madre gestante, sino que estaría excluyendo de esa posibilidad al padre que la está ejerciendo de manera efectiva. Mientras que una orden que establezca la residencia de niño, otorgaría la responsabilidad parental a la madre comitente, pero también le concedería la responsabilidad parental y la paternidad legal a la madre gestante, con lo que se dejaría a la madre comitente y al niño en condiciones de vulnerabilidad (M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 163).

concedería una orden de residencia compartida y todos los aspectos de la responsabilidad parental estarían delegados en los padres comitentes; mientras que la madre gestante tendría prohibido el ejercicio de la responsabilidad parental[88].

Cuando una orden parental no puede ser concedida porque no se cumplen las condiciones del art. 54, los tribunales ingleses sólo pueden establecer la paternidad legal a través de un procedimiento de adopción o de tutela. Pero también generan problemas y no siempre son la solución en los casos de gestación por sustitución. Así, en el caso *Re MW*, una pareja firmó un acuerdo de gestación por sustitución antes de la implementación del *HFEA 1990*[89]. La madre gestante se quedó embarazada utilizando el esperma del padre intencional y recibió un pago de 7.500 libras en compensación por los gastos. Como la madre gestante abandonó al niño tras el nacimiento, los padres intencionales solicitaron la adopción. Sin embargo, la madre gestante se oponía a la adopción porque quería seguir manteniendo contacto con el niño. En cualquier caso, la adopción no podía llevarse a cabo, pues entre otras razones, los pagos realizados a la madre gestante incumplían la ley de adopción vigente en ese momento[90]. Pues bien, como el problema al fin y al cabo, era que la madre no otorgaba su consentimiento, el tribunal estaba dispuesto a anular el consentimiento de la madre gestante[91].

v) En el momento de solicitar la orden parental y su concesión, el niño debe tener su hogar en el domicilio de los padres comitentes[92].

vi) Cuando se solicita la orden parental, al menos uno de los dos solicitantes, si no son los dos, deben estar domiciliados en el Reino Unido, en las Islas del Canal o en la Isla de Man[93].

El concepto de domicilio del Reino Unido es muy diferente del concepto de domicilio que se entiende en otros países, que generalmente se basa en la residencia habitual. De forma que una persona está generalmente domiciliada en el país en el que se considera que tiene su hogar de forma permanente[94]. Así en el caso *Re G*, se trataba de una pareja turca que llegó a

[88] M. Wells–Greco, *op. cit*., p. 163.
[89] *Re MW* (1995) 2 FLR 759.
[90] *Adoption Act 1976.*
[91] *Vid.* M. Wells–Greco, *op. cit*., pp. 163 –164.
[92] Art. 54(4)(a) *HFEA 2008*.
[93] Art. 54(4)(b) *HFEA 2008*.
[94] M. Wells–Greco señala que una persona no es está domiciliada en un país, sino en una jurisdicción. Por lo tanto, en un sistema federal, un individuo está domiciliado en un Estado, que en este caso concreto, puede ser en Inglaterra, en Gales o en Escocia. Sin embargo, el concepto de domicilio del Reino Unido no está relacionado con la nacionalidad, la residencia o la ciudadanía.

Inglaterra con un bebé concebido por medio de un acuerdo de gestación subrogada en la India[95]. Pues bien, tuvieron que pasar nueve meses de litigio para encontrar una solución alternativa a la orden parental, y que no fue otra que la de recurrir a la ley de adopción internacional[96]. No se les concedió la orden parental a los padres comitentes, porque no se había conseguido probar que alguno de ellos estaba domiciliado en el Reino Unido.

Por el contrario, en el caso *Z and another v. C and another*, sí que se consideró que los solicitantes de la orden parental tenían su domicilio en el Reino Unido[97]. Se trataba de dos niños gemelos nacidos en noviembre del 2010, por un contrato de gestación por sustitución llevado a cabo entre una pareja del mismo sexo israelí residente en Londres y una clínica en la India, concertado a través de una agencia de maternidad subrogada israelí. Uno de los solicitantes era el padre genético de los gemelos. El tribunal inglés tuvo que resolver la cuestión preliminar de si uno de los padres comitentes estaba domiciliado en el Reino Unido. Tras examinar las pruebas, el tribunal quedó convencido de que la afirmación del domicilio era real y no pretendían obtener ningún beneficio de inmigración[98].

Sin embargo, qué ocurre cuando se trata de personas con domicilio en el Reino Unido pero que residen fuera de una de las jurisdicciones del Reino Unido. En el caso *CCC v. DD*, donde uno de los padres tenía nacionalidad francesa y el otro tenía nacionalidad británica, el tribunal puso de manifiesto que los padres comitentes no necesitaban vivir en ninguna parte del Reino Unido para solicitar una orden parental[99]. Los padres intencionales, que

Cuando se dice que una persona está domiciliada en el Reino Unido es que tiene un domicilio en cualquier parte del Reino Unido (M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 159).

[95] *Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* (2007) EWHC 2814 (Fam).

[96] *Adoption and Children Act 2002*. En este sentido el tribunal inglés señaló que las parejas extranjeras no domiciliadas en el Reino Unido que recurrieran a la gestación por sustitución en otro Estado, tendrían que pagar además de sus propios costes legales, los costes en que incurra el Estado para resolver su situación en relación con los niños (*Re G (Surrogacy: Foreign Domicile)* (2007) EWHC 2814 (Fam), note 18, para. 52(f)).

[97] *Z and another v. C and another* (2011) EWHC 3181 (Fam).

[98] Otra sentencia, la del caso *Re A and B (Surrogacy: Domicile*) (2013) EWHC 426 (Fam), fue publicada como orientación de los principios que serían de aplicación para determinar el domicilio de aquellos padres que son residentes en el Reino Unido, pero que no proceden originariamente del país anglosajón. En este caso, el Tribunal Superior otorgó la paternidad legal a una pareja de dos hombres que tuvo un hijo por gestación subrogada en la India. Uno de los padres tenía la nacionalidad estadounidense, mientras que el otro tenía la nacionalidad polaca, y se habían mudado recientemente al Reino Unido, por lo que la Corte tuvo que determinar si cumplían con los criterios para estar domiciliados en el Reino Unido. El tribunal quedó convencido de que los demandantes habían cumplido con la carga que les habían impuesto de probar el abandono de su domicilio de origen y de la adquisición de un domicilio de elección en Inglaterra y Gales. *Vid.* M. Wells –Greco, *op. cit.*, pp. 159–160.

[99] *CC v. DD* (2014) EWHC 1307 (Fam).

habían llevado a cabo un contrato de gestación por sustitución en el Estado de Minnesota solicitaron una orden parental en el Reino Unido[100]. Como los padres vivían en Francia, sólo podían obtener una orden parental si la madre conservaba su domicilio inglés. El tribunal consideró que, debido a que la madre británica tenía una clara intención de regresar al Reino Unido para vivir allí, pues estaba vinculada a Francia únicamente por su marido; no había adquirido un domicilio en Francia, que hubiera desplazado su domicilio de origen en el Reino Unido. Se desconoce, sin embargo, hasta qué punto se reconoce la orden parental británica en Francia[101].

vii) Los solicitantes de la orden parental deben tener 18 años en el momento de su solicitud[102].

viii) Ambos solicitantes tienen que convencer al tribunal de que la madre gestante y cualquier persona que sea el padre del niño –distinta de los solicitantes–, actúan libremente y que entienden perfectamente que están involucrados en la solicitud de una orden parental. Dicho consentimiento sólo puede ser realizado a partir del momento en el que el niño ha alcanzado las seis semanas de vida[103].

En el caso *X & Y (Foreign Surrogacy)*, una pareja llevó a cabo un contrato de gestación por sustitución con una mujer ucraniana que dio a luz a dos gemelos usando los óvulos de una donante anónima y el material genético del padre comitente[104]. En el mismo, el juez tuvo que determinar si había consentimiento por parte de la madre gestante y de su marido. En definitiva, este requisito para la concesión de la orden parental pretende reconocer, en particular, la importancia del matrimonio en los contratos de maternidad subrogada; por lo que el consentimiento del marido de la mujer gestante debe haber sido realizado incondicionalmente, para la concesión de la orden parental[105].

En otro caso, *Re D & L (surrogacy)*, el tribunal inglés otorgó una orden parental sin el consentimiento de la madre gestante, porque, a pesar de los

[100] En la sentencia se señala que una orden parental proporciona al niño "un certificado de nacimiento británico que confirma su paternidad, que refleja mejor su identidad como hijo nacido de técnicas de reproducción asistida, más que si fuera considerado un niño adoptado". Por lo que la orden parental cumple mejor con el bienestar de los niños a lo largo de toda su vida, desde su nacimiento hasta su muerte.

[101] M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 160.

[102] Art. 54(5) *HFEA 2008*.

[103] Art. 54(6) *HFEA 2008*. El consentimiento (o la oposición) a la orden parental debe realizarse mediante los siguientes formularios: *Form C52* en Inglaterra y Gales, *Form 23* en Escocia.

[104] *X & Y (Foreign Surrogacy)* (2008) EWHC 3030 (Fam).

[105] M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 161.

numerosos esfuerzos realizados, no habían podido encontrar a la madre gestante[106]. Se decidió dispensar la necesidad de obtener el consentimiento de la madre gestante, sobre la base del bienestar del menor[107]. Por lo tanto, se puede comprobar cómo por el bienestar del niño, los tribunales relajan algunas condiciones para conceder la orden parental a los padres comitentes, siempre dentro de ciertos límites que ellos han ido fijando a través de la jurisprudencia existente.

ix) Ningún dinero u otro beneficio (salvo los previstos para los gastos en los que se ha incurrido de manera razonable) debe haber sido dado o recibido por cualquiera de los solicitantes, teniendo en consideración: (a) la realización de la orden parental, (b) cualquier pacto realizado, (c) la entrega del niño o (d) la realización de cualquier acuerdo para la realización de la orden, a menos que sea autorizado por el tribunal[108].

La gestación por sustitución con fines comerciales está prohibida en el Reino Unido, de forma que quien realice un contrato de maternidad subrogada entre una madre gestante y los padres comitentes sobre una base comercial, puede ser imputado por un delito penal[109]. Pero no existe una prohibición en cuanto a la realización de pagos en virtud de los servicios prestados por la madre gestante. El Comité del "Informe Warnock" consideró que la introducción de la gestación por sustitución con fines comerciales supondría un serio riesgo para la explotación de las mujeres y de los niños[110].

La cuestión de los pagos es uno de los criterios clave que deben tener en cuenta los tribunales en los casos de maternidad subrogada. Este requisito establece que la madre gestante no puede recibir ningún beneficio o dinero, u otros pagos que no sean aquellos derivados de los gastos razonables en que haya incurrido. Sin embargo, los padres comitentes sí que están autorizados a pagar a la madre gestante los gastos razonables, así como, los tribunales pueden autorizar pagos adicionales y beneficios en ciertos casos[111]. Pero no existe ninguna guía que indiqué qué conceptos deben estar incluidos en "gastos razonables". Por lo que, el enfoque de los tribunales, en

[106] *Re D & L (surrogacy)* (2012) EWHC 2631 (Fam).

[107] El juez estableció que sólo cuando se han dado todos los pasos razonables para localizar a la madre gestante sin éxito, el tribunal puede dispensar el requisito de la obtención de un consentimiento válido (M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 161).

[108] M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 157.

[109] *Surrogacy Arrangements Act 1985*.

[110] *Warnock Report*, "Report of the Committee of Inquiry into Human Fertilisation and Embryology" (1984) [<https://embryo.asu.edu/pages/report–committee–inquiry–human–fertilisation–and–embryology–1984–mary–warnock–and–committee>].

[111] M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 167.

principio, es que cualquier pago que sea descrito como compensación –u otros términos similares– se encontraría fuera del concepto de "gastos razonables"; mientras que los gastos en que incurra la madre gestante y su familia, tales como la ropa, los gastos de viaje o las ganancias dejadas de percibir como consecuencia del contrato de gestación por sustitución, sí estarían dentro de dicho concepto de "gastos razonables". Pero al no existir una guía, a diferencia de lo que sucede en EE UU y la India, que indique las cantidades que pueden ganarse o que cuantifique los gastos; en el Reino Unido, debe ser analizado caso por caso, atendiendo a sus circunstancias particulares. Si bien, en opinión de algunos autores, existe la percepción de que las cantidades pagadas en la actualidad como "gastos" implican en realidad un pago por los servicios[112].

En el caso *Re X and Y (Children)*, una pareja llevó a cabo un contrato de gestación por sustitución con dos madres gestantes en la India, que habían sido contactadas mediante una clínica de fertilidad en Nueva Delhi (India)[113]. Esta les aconsejó recurrir a dos madres gestantes para incrementar las probabilidades de éxito. Así pues, los padres comitentes no recibieron ningún tipo de asesoramiento jurídico en el Reino Unido antes de viajar a la India[114]. El padre comitente era el padre genético de los dos menores –un niño y una niña –, mientras que los óvulos fueron aportados por una donante anónima. En el contrato de gestación por sustitución, del que la clínica no era parte del mismo, ni se hacía responsable, se acordó que los padres comitentes pagarían a las madres gestantes un total de 2.000.000 de rupias (27.000 euros), en concepto de gastos e indemnizaciones. Concretamente se detallaba que 1.400.000 rupias eran para cubrir los gastos derivados de la atención médica, mientras que 670.000 rupias correspondían a gastos no médicos, tales como honorarios legales y compensación para las madres gestantes, coordinador y donante, si fueran necesarios. Después del nacimiento de los niños, las madres gestantes firmaron el consentimiento, recibieron los pagos y autorizaron la salida de los niños de la India. Los padres comitentes solicitaron entonces la orden parental en el Reino Unido. Los padres comitentes aceptaron que los pagos realizados estaban fuera de lo que podría ser razonable, pero solicitaron la autorización de tales gastos por parte del tribunal, porque ellos habían actuado de buena fe, no pretendían defraudar y los pagos no eran tan desproporcionados como para que la concesión de la orden parental atentara contra el orden público. En cuanto a los niños, los padres argumentaron que los pagos debían ser autorizados de manera retroactiva

[112] *Vid.* M. Wells–Greco, *op. cit.*, pp. 167 –170.
[113] *Re X and Y (Children)* (2011) EWHC 3147.
[114] M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 169.

por parte del tribunal y que se deberían conceder las órdenes parentales por el bienestar de los niños[115].

A pesar de lo señalado por la jurisprudencia, que establece que: "*any payment described as "compensation" (or some similar word) as prima facie being a payment that goes beyond reasonable expense*", se puede observar la opacidad en cuanto a lo que debe y no debe considerarse como "gasto razonable"[116]. En este sentido, los tribunales están más preocupados por asegurar el futuro de los niños, que por mantener normas fijas de gasto[117].

De nuevo es el bienestar del niño, lo que lleva a los tribunales a flexibilizar este requisito para la concesión de la orden parental. En un caso más reciente, *J v. G*, se tuvieron en cuenta argumentos similares a los anteriormente señalados para conceder la orden parental, aunque los pagos eran bastante elevados[118]. El total de pagos realizados a la madre gestante ascendía a $56.750 más gastos, que era la cantidad más alta considerada por el Tribunal Superior. Pues bien la consideración primordial del Tribunal fue la de asegurar el bienestar a lo largo de la vida de los gemelos, de forma que se le concedió a los padres comitentes las órdenes parentales[119].

Hasta la fecha, no existe ninguna sentencia en la que se haya denegado la solicitud de una orden parental, bajo el argumento de que los padres comitentes han pagado una inaceptable suma de dinero, a la madre gestante, o a cualquier otro intermediario[120].

Por lo que, si se quieren controlar los contratos de gestación por sustitución con fines comerciales, se deben establecer controles regulatorios que sean realizados antes de que se inicie el proceso judicial. Este enfoque es mucho mejor que descubrir que se ha incumplido la ley después de que el niño ha nacido, momento en el que el principio fundamental a tener en cuenta es el del bienestar del menor[121].

Así pues, siempre que se cumpla cada una de las condiciones del art. 54, un tribunal del Reino Unido está habilitado para ordenar que los padres comitentes sean considerados los padres legales. Si alguna de las condiciones enumeradas anteriormente no puede cumplirse, entonces, no será posible obtener una orden parental; aunque se ha señalado algún caso

[115] M. Wells–Greco, *op. cit.*, pp. 169 –170.
[116] *Re X and Y (Children)* (2011) EWHC 3147, note 25, para. 7.
[117] M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 170.
[118] *J v. G* (2013) EWHC 1432 (Fam).
[119] M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 172.
[120] *Ibíd.*, p. 173.
[121] *Ibíd.*, p. 173.

excepcional, en que se ha otorgado la orden parental, a pesar de no cumplirse alguno de estos requisitos.

Es posible pues que no se otorgue la orden parental a los padres comitentes, o bien porque no tengan ningún vínculo genético con el niño, o bien porque el padre comitente esté soltero. En cuyo caso, deberán solicitar al tribunal la adopción, la tutela especial o algún tipo de acuerdo en relación a los niños[122].

Nacionalidad. Según las leyes del Reino Unido, las personas nacidas fuera del Reino Unido, serán ciudadanos británicos si en el momento del nacimiento, su padre o su madre son nacionales británicos por un motivo distinto al de ser descendiente[123].

En cuanto a la atribución de la nacionalidad a los niños nacidos bajo contratos de gestación por sustitución, al igual que sucede con los niños adoptados, esta se les otorga en la fecha de la concesión de la orden parental solicitada en el Reino Unido, y siempre que uno de los padres comitentes –puede ser incluso la madre comitente que no tiene ninguna vinculación genética con el menor– sea nacional británico[124].

Ahora bien, existen más dificultades para la concesión de la nacionalidad británica a los niños, en el caso de que se trate de un contrato de gestación por sustitución transfronterizo[125]. En el caso de que se trate de un niño nacido de una madre gestante extranjera y que, además, esté casada, el niño no adquirirá automáticamente la nacionalidad británica. En este caso, los padres deberán solicitar primero, el registro de un menor de 18 años como ciudadano británico, antes de solicitar su pasaporte[126]. Pero si la madre gestante está soltera, viuda o divorciada, no se exige ninguna solicitud de registro del niño; y la solicitud para la obtención del pasaporte británico del

[122] *Ibíd.*, p. 158.

[123] Art. 2 *British Nationality Act 1981*. Ejemplos de ciudadanos británicos que han adquirido la nacionalidad británica por motivos diferentes a la descendencia son los que nacieron en el Reino Unido, o en un territorio calificado dentro del Reino Unido, o que se han convertido en ciudadanos británicos naturalizados. Sin embargo, también es posible convertirse en ciudadano británico "de otra manera distinta que por descendencia", a través del registro. Estos ciudadanos británicos tienen una capacidad mucho mayor para transmitir la ciudadanía a sus propios hijos que los ciudadanos británicos que han adquirido la nacionalidad por descendencia (M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 175).

[124] Puede darse la situación de que el niño ya sea nacional británico, porque el padre comitente es el padre genético del menor y la madre gestante no esté casada, de forma que la nacionalidad británica cristaliza en el momento del nacimiento (M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 175).

[125] En relación con la situación jurídica de los padres, las leyes del Reino Unido señalan que la legislación nacional es aplicable a las partes interesadas, por lo que los certificados de nacimiento extranjeros y/o las órdenes judiciales no son vinculantes para las autoridades nacionales (M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 174).

[126] Art. 1 *British Nationality Act 1981*.

niño puede ser presentada, siempre que el padre comitente sea británico, tenga un vínculo genético con el niño, y sea capaz de transmitir su nacionalidad –*v.gr*., si es nacional británico de otra manera diferente que por descendencia–[127].

3. Conflicto de leyes

Como se ha señalado antes, los tribunales ingleses aplicarán la *lex fori* (ley inglesa) para determinar la paternidad legal, con independencia de dónde se concibió o nació el niño. Por lo tanto, si un niño ha sido concebido en el extranjero utilizando el esperma de un donante extranjero, el marido o pareja de la madre gestante será considerado el segundo padre legal, en virtud del art. 35 del *HFEA 2008*[128]. Sin embargo, si el cónyuge o la pareja civil no otorga su consentimiento para el uso del esperma del donante en tales circunstancias, él o ella no será considerado el padre legal en virtud del art. 35 del *HFEA 2008*. Se debe señalar que en los arts. 6.3º y 8.2º LTRHA española se contempla una disposición similar. Sin embargo, bajo el Derecho inglés, en caso de que no hubiera consentimiento por parte de la pareja de la madre gestante, el donante de esperma extranjero puede ser considerado el segundo padre legal[129]; pero esto no está contemplado por las normas españolas sobre técnicas de reproducción humana asistida, y aunque en el Derecho español sí que se contempla el derecho del menor a conocer sus origen biológico[130].

Si bien, lo señalado anteriormente, es de aplicación cuando una pareja recurre a técnicas de reproducción asistida para ser padres, pero no a un contrato de gestación por sustitución. En este sentido, en el *HFEA* no existe ninguna disposición como la recogida en el art. 9.4º Cc español, en la que para determinar la filiación se tenga que proceder a la aplicación una ley extranjera, en supuestos internacionales. Por lo tanto, los padres que pretenden ir al extranjero para someterse a tratamientos reproductivos artificiales, deben poner especial atención en la constitución de un vínculo paterno–filial, para que éste sea reconocido por el Derecho inglés[131]. Por lo

[127] M. Wells–Greco, *op. cit*., p. 174.

[128] Las leyes del Reino Unido establecen un número máximo de veces que una persona puede ser donante, de forma que como mucho se puede donar a diez familias (M. Wells–Greco, *op. cit*., p. 154).

[129] En el caso *U v. W (Attorney General intervening)* (1997) 2 FLR 282, se trataba de una pareja que no estaba casada y que decidieron recurrir a técnicas de reproducción asistida, a través de un donante de esperma en Italia. Pues bien, el tribunal señaló que el donante anónimo de esperma podría haber sido considerado el padre legal, si no se hubiera dado el consentimiento de la pareja, tal y como establece el *HFEA 1990*, entonces aplicable.

[130] A. Aznar Domingo, *loc. cit.*, p. 9.

[131] M. Wells –Greco, *op. cit*., p. 155.

tanto, la legislación inglesa tampoco cuenta con normas de conflicto relativas a la paternidad o la gestación subrogada, que señalen como punto de conexión la elección de ley[132].

Como consecuencia de que, en teoría, los tribunales ingleses no tienen que aplicar derecho extranjero para la determinación de la paternidad legal, en teoría, no necesitan la excepción de orden público para evitar la aplicación de la ley extranjera, porque ésta viole los principios fundamentales del Derecho inglés. Existen tres motivos por los que los tribunales ingleses no aplican derecho extranjero: la paternidad es en gran medida una cuestión de hecho; la mayoría de los cuestiones relativas a la determinación de los hechos se consideran cuestiones de procedimiento y no cuestiones sustantivas, por lo que, se rige por la *lex fori*; y el criterio utilizado por los tribunales ingleses para declararse competentes para determinar la paternidad legal o para dictar una orden parental, es en la mayoría de los casos el domicilio de las partes, que es uno de los criterios más importantes para la determinación de la ley aplicable al estatus personal[133].

4. Reconocimiento de la paternidad legal en resoluciones extranjeras

Como se ha señalado, cuando se produce un contrato de maternidad subrogada en el extranjero, la única forma de que sea reconocida la paternidad legal a los padres comitentes, es a través de la solicitud de una orden parental en el Reino Unido. Esta será otorgada a los padres comitentes si se cumplen los requisitos señalados, y si no as así, podrán optar por la adopción o la tutela.

En este sentido, mediante la solicitud de la orden parental en el Reino Unido, no se pretende el reconocimiento de una resolución extranjera, sino que el objeto es la determinación de la paternidad *ex novo*.

En relación con la situación jurídica de los padres, las leyes del Reino Unido son claras al señalar que la legislación nacional es aplicable a las partes interesadas, por lo que los certificados de nacimiento extranjeros y/o las órdenes judiciales no son vinculantes para las autoridades nacionales[134].

Por lo tanto, la legislación inglesa no contiene normas sobre el reconocimiento de resoluciones extranjeras relativas a la paternidad legal.

---

[132] Tampoco en el Derecho español, se contempla la elección de ley para la determinación de la filiación. Pues cuando se trata de un acto de jurisdicción voluntaria se limita la autonomía de la voluntad (Ap. IV Preámbulo Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, BOE 3.6.2015).

[133] M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 155.

[134] *Ibíd.*, p. 174.

Así que, el principal caso sobre el reconocimiento en Inglaterra de órdenes extranjeras relativas a la paternidad es *Re Valentine's Settlement*[135]. Se trataba del reconocimiento de una orden de adopción hecha en Sudáfrica con respecto a un niño que residía allí en ese momento por un sujeto británico domiciliado en la entonces Rhodesia del Sur. Los criterios seguidos para el reconocimiento de dicha orden de adopción son: (a) una orden extranjera debe ser válida en el país donde se realiza; (b) el niño debe haber residido en el país donde se llevó a cabo la adopción, de modo que país tenía jurisdicción para dictar la orden; (c) la orden sólo será reconocida si existe un concepto similar bajo el Derecho inglés; (d) sólo se reconocerá bajo la legislación inglesa si dicha orden no es contraria al orden público, concretamente el país en el que fue dictada debe ofrecer las mismas garantías que los tribunales ingleses; (e) la orden tendrá el mismo efecto que si se hubiera dictado en Inglaterra, de forma que el tribunal inglés no aplicará la ley del país en el que se dictó la orden[136].

Por lo tanto, los casos en los que se ha planteado el reconocimiento de una resolución extranjera relativa a la paternidad, han sido en materia de adopciones. El problema principal en la mayoría de los casos es la determinación de si los padres adoptivos tenían el domicilio en el Estado en el que se dictó la orden[137]. Si bien en todos ellos se tuvo en cuenta el interés superior del menor, por encima de las cuestiones de orden público, para reconocer o no la adopción llevada a cabo en el extranjero[138].

En este sentido, la regulación existente en el Reino Unido sobre adopción, hace poco práctico y, en la mayoría de los casos, aparentemente imposible recurrir a la adopción como una forma de regularizar los contratos de gestación por sustitución con fines comerciales realizados en el extranjero[139].

IV. CONCLUSIONES

La legislación española considera nulos los contratos de gestación por sustitución que se celebren en España, mientras que la del Reino Unido, permite tanto los que se celebran en dicho país como los que celebran en el

[135] *Re Valentine's Settlement* (1965) 1 Ch 831.

[136] M. Wells –Greco, *op. cit.*, pp. 155–156.

[137] *D v. D (Foreign Adoption)* (2008) EWHC 403 (Fam).

[138] *A Council v. M and others (No.4) (Foreign Adoption: Refusal of Recognition)* (2013) EWHC 1501 (Fam).

[139] El art. 66(1) *Adoption and Children Act 2002* prevé el reconocimiento automático de órdenes de adopción extranjeras sin necesidad de recurrir a una orden inglesa. Es un delito bajo art. 83 *Adoption and Children Act 2002* llevar a un niño al Reino Unido con el propósito de su adopción o dentro de los 12 meses siguientes a la realización de la adopción extranjera. También es un delito en virtud del art. 95 pagar a los padres para que adopten a su hijo (M. Wells–Greco, *op. cit.*, p. 156).

extranjero, siempre que se trate de un contrato celebrado sin fines comerciales y cumpliendo determinadas condiciones. Pues bien, a pesar de estas grandes diferencias, los fundamentos jurídicos de las dos legislaciones en materia de filiación son similares.

En ambos ordenamientos rige el principio de *mater semper certa est*, para la determinación de la maternidad legal, de forma que se le atribuye la maternidad legal a la madre gestante, frente a la madre biológica o a la madre comitente. Si bien la legislación española no permite que la madre comitente que lleva a cabo un contrato de gestación por sustitución en España pueda adquirir la maternidad legal, pues dichos contratos están prohibidos; la legislación británica sí que lo permite posteriormente, a través de la solicitud de una orden parental o *parental order.*

En cuanto a la paternidad legal, ambos ordenamientos, contemplan la presunción de la paternidad legal a favor del marido de la madre gestante; dejando al padre biológico la posibilidad de ejercitar una acción de reclamación de la paternidad.

Esto quiere decir que la incorporación de una legislación en la materia similar a la del Reino Unido, no supondría una modificación legal de principios que tienen su origen en el Derecho romano; sino que, tal y como se ha señalado, los requisitos para que el tribunal del Reino Unido otorgue una orden parental, son bastante rigurosos y se adecúan bastante al tipo de contratos de gestación por sustitución que la sociedad española estaría dispuesta aceptar.

Los aspectos fundamentales de dichos contratos y que deberían ser tenidos en cuenta para el desarrollo de una regulación a favor de la celebración de los mismos en España, podrían resumirse en que debe ser un contrato a celebrar sólo en aquellos casos que estén justificados médicamente, nunca con fines comerciales y en el que se garanticen los derechos de la madre gestante. Al no ser un contrato oneroso, no se puede obligar a la madre gestante al cumplimiento del mismo, de manera que *se sanciona penalmente la publicidad y la gestión comercial en relación* con dichos contratos. Además, se le debe dar un plazo razonable a la madre gestante después del nacimiento del niño, para que otorgue su consentimiento, pero que tenga también en cuenta los intereses del menor y de los padres comitentes.

Sin embargo, existen otros aspectos de la regulación del Reino Unido, que se pueden mejorar, como es el de la obtención del consentimiento de la madre gestante, pues se han dado casos, en que cuando se ha llevado la gestación por sustitución en el extranjero, pero se solicita la orden parental ante tribunales ingleses, a veces no es posible conseguir el consentimiento

de la madre gestante. Por esta razón, la regulación española se debería limitar a los contratos de gestación por sustitución realizados en España, para controlar que se cumplen todos los requisitos que son necesarios para la concesión de paternidad legal a los padres comitentes. Pues si se lleva a cabo en el extranjero el contrato de gestación por sustitución de forma válida; en España, que no así en el Reino Unido, es posible recurrir a la vía del reconocimiento de la sentencia extranjera en la que consta la filiación de los menores a favor de los padres comitentes.

Otro aspecto que sería mejorable es el de la regulación de los pagos que se realizan a la madre gestante en concepto de "gastos razonables" en que incurre la madre gestante por el alumbramiento del menor, pues no existe una aproximación cuantitativa de esos gastos en el Reino Unido, ya que no contemplan en su normativa los contratos de gestación por sustitución con fines comerciales. Por lo tanto, es necesario regular este aspecto, dadas las cantidades tan diferentes que se pagan en concepto de "gastos razonables", en función del caso estudiado; si bien, en la mayoría de los casos se trata de supuestos de contratos de gestación por sustitución realizados en el extranjero, donde los costes se incrementan y pueden existir bastantes diferencias entre países. Pero si la propuesta de Ley española en la materia, es que se regulen sólo los contratos de gestación por sustitución en España, las cantidades comprendidas en gastos razonables serán más fáciles de cuantificar.

Por último, en cuanto a la protección del menor, se debe destacar que, en el Reino Unido, en caso de que no sea posible el otorgamiento de la orden parental, porque no se cumplen los estrictos requisitos para su concesión, los padres comitentes pueden recurrir a la adopción o a otras medidas de protección de menores, como la tutela. Pues bien, la adopción o el acogimiento por parte de los padres comitentes, son las propuestas señaladas por el Tribunal Supremo, cuando se solicita el reconocimiento de una certificación registral extranjera, pero no una sentencia judicial, en la que consta la filiación de los menores a favor de los padres comitentes.

Así que, dado que una regulación completa en materia de gestación por sustitución parece que no se contempla en un futuro próximo, resulta imprescindible una regulación en materia de inscripción en el Registro Civil español, de la certificación registral extranjera en la que consta la filiación de los menores, cuando en el Estado extranjero, como es el caso de la India y Ucrania, no existe una sentencia judicial que pueda ser reconocida en España.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez de Toledo, L.: "El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional", *CDT*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 5–49.

Aznar Domingo, A.: "Regulación y análisis de la gestación por sustitución en España", *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, nº 9099, 14 diciembre 2017, pp. 1–24.

Bercovitz Rodríguez –Cano, R.: "Hijos made in California", *Aranzadi Civil Revista Doctrinal*, nº 3 (Tribuna), Aranzadi–Westlaw, Pamplona, 2009, pp. 1–2.

Calvo Caravaca, A.–L. y Carrascosa González, J.: "Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero 2009", *CDT*, vol. 1, nº 2, octubre 2009, pp. 294–319.

—— : Calvo Caravaca, A.–L. y Carrascosa González, J.: "Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución", *CDT*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, pp. 247–262.

—— : "La gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *CDT*, vol. 7, nº 2, octubre 2015, pp. 45 –113.

Carrascosa González, J.: "Filiación natural", en A. –L. Calvo Caravaca/ J. Carrascosa González (coords.), *Derecho internacional privado*, vol II, Comares, Granada, 2018, pp. 315 –355.

Castellanos Ruiz, M.J.: "Protección jurídica del menor en la maternidad subrogada", en M.–A. Cebrián Salvat y I. Lorente Martínez (coords.), *Protección de menores y Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2019, pp. 191–248.

Farnós Amorós, E.: "Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: estado de la cuestión, propuestas y retos", *Revista de Derecho de Familia*, nº 49, mayo de 2011, pp. 153–181.

Ferrer Vanrell, M.–P.: "Art. 10. Gestación por sustitución. Comentario jurídico", en F. Lledó Yagüe y C. Ochoa Marieta (coords.), *Comentarios científico –jurídicos de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 159–166.

Hernández Rodríguez, A.: "La determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución: ¿Hacia una nueva regulación en España?", *CDT*, vol. 6, nº 2, octubre 2014, pp. 147–174

Igareda González, N.: "La inmutabilidad del principio "mater sempre certa est" y los debates actuales", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 21, enero 2015, pp. 3–19.

Lamm, E.: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada, ni vientres de alquiler*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.

Quiñones Escámez, A.: "Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 febrero 2009", *InDret Revista para el análisis del Derecho. Universitat Pompeu Fabra*, nº 3, 2009, pp. 1–42.

Vilar González, S.: *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018.

Wells –Greco, M.: *Status of children arising from inter –country surrogacy arrangements: The Past, The Present, The Future*, La Haya, Eleven International Publishing, 2016.

Recibido: 20 abril 2020
Aceptado: 26 mayo 2020

El Reglamento europeo de sucesiones y la ley aplicable a las disposiciones testamentarias: la legitima y la preterición

Nerea MAGALLÓN ELOSEGUI

SUMARIO: I. Consideraciones introductorias. II. El *dépeçage* en la ley aplicable a las disposiciones testamentarias como causa de potenciales desajustes. III. La ley aplicable a las legítimas, ley protectora de los derechos de los herederos. IV. Problemas de delimitación y calificación en la ley aplicable a las disposiciones testamentarias: la preterición. 1.La voluntad real y la voluntad hipotética como presupuesto base. 2. La preterición, la voluntad real y la indisponibilidad de las legítimas en el Código civil español. 3. Diversidad material y problemas de calificación en la preterición. V. Conclusiones.

RESUMEN: El presente trabajo versa sobre la ley aplicable a las disposiciones testamentarias en el Reglamento europeo de sucesiones. Se inicia con un análisis de la separación entre ley de la sucesión y *lex testamentii* que nos muestra las consecuencias sobre la libre disposición del causante que puede causar. La ubicación de las legítimas dentro del ámbito de aplicación de la ley sucesoria localizada en el momento de su fallecimiento es interpretada en su proyección práctica como una opción a favor de proteger los derechos de determinados herederos por encima la voluntad de causante que se aleja de la pretendida previsibilidad y seguridad jurídica en la sucesión. Además, el *depeçage* entre la ley sucesoria y la ley sucesoria anticipada también puede producir problemas de delimitación y de calificación en figuras a las que el Reglamento no alude expresamente, como la preterición. Todo ello constituye una muestra de que las opciones elegidas por el Reglamento de sucesiones europeo para determinar las normas de conflicto no están exentas de problemas en su acomodación a la práctica.

PALABRAS CLAVE: SUCESIONES INTERNACIONALES-REGLAMENTO EUROPEO DE SUCESIONES-LEY APLICABLE- TESTAMENTOS-LIBRE DISPOSICIÓN POR CAUSA DE MUERTE-LEGITIMAS-PRETERICIÓN.

The European Succession Regulation and the law applicable to testamentary dispositions: the reserved shares and the possibility to pass over a forced heir

ABSTRACT: This paper deals with the law applicable to testamentary dispositions in the European Succession Regulation. It begins with an analysis of the separation between the law of succession and the lex testamentii *that shows the consequences on the free disposition of*

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 363–389
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.13

*the deceased that it can cause. The location of the reserved share under the scope of succession law located at the time his death is interpreted in his practical application as an option to protect the rights of certain heirs over the will of the deceased that it separates from predictability and legal certainty of succession. Moreover, the "*depeçage*" between the succession law and the anticipated succession law can also produce problems of delimitation and characterization in figures that the Regulation does not contain, such as "preterition" or to pass over a forced heir. All this shows that the choices made by the European Succession Regulation to determine the conflict rules to testamentary dispositions may have problems in their practical accommodation.*

KEYWORDS: INTERNATIONAL SUCCESSIONS -EU EUROPEAN REGULATION - APPLICABLE LAW - TESTAMENTARY FREEDOM TO DISPOSE -FORCED SHARES - PRETERITION

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

1. El Reglamento de sucesiones ha tenido que enfrentarse a la unificación de las normas de conflicto en materia sucesoria lidiando con una diversidad material que refleja diferentes modos de hacer frente al fenómeno sucesorio[1]. Como ya es sabido, el Derecho de sucesiones es un área especialmente sensible bajo la que subyace una manera específica de entender la familia y la propiedad[2] y el sistema conflictual, aunque debería operar de manera neutra y tener en cuenta los ordenamientos coexistentes con plena igualdad, se encuentra inevitablemente condicionando por mencionada diversidad[3]. En la labor unificadora realizada por las Instituciones europeas las normas de conflicto también reflejan, habitualmente, intereses específicos que serán más o menos acordes con las leyes conflictuales y sustantivas existentes a nivel autónomo[4]. Estas diferencias van a afectar directamente a la raíz del sistema sucesorio donde hallamos la dicotomía entre la libertad testamentaria (o alcance de la autonomía de la voluntad) y la protección de determinados miembros de la

[1] A. Von Overbeck, "Divers aspects de l'unification du droit international privé, spécialment en matiere de successions", *Recueil des Cours,* t. 104,1961, III, pp. 34–633.

[2] H. Batiffol, "Principes de droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 97, 1959–II, pp. 431–574, p. 440; A.L. Calvo Caravaca, "La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español", *Revista General de Derecho*, 1986, pp. 3103–30131.

[3] J.D. González Campos "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", en *Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5239–5270. En el ordenamiento jurídico español *Vid.* A. Font i Segura, "La sucesión hereditaria en Derecho interregional", *Anuario de Derecho Civil,* 2000–1, pp. 23–81.

[4] En concreto en el campo del Derecho de sucesiones: A. Bonomi, "Testamentary Freedom or Forced Heirship? Balancing Party Autonomy and the Protection of Family Members"; en M. Anderson y E. Arroyo (eds.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom*, Europa Law Publishing, Groningen, 2011, p. 25–40, p. 28; P. Rodríguez Mateos, "La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea", *REEI,* nº 27, 2014.

familia; y las normas de conflicto del Reglamento europeo no escapan de esa realidad. Durante su proceso normativo se manifestaron distintas opciones y el legislador europeo, en busca de un equilibrio al servicio de la unificación europea, tuvo que ir decantándose por unas u otras[5]. Conforme a lo anterior, la selección de la ley aplicable a las disposiciones testamentarias realizada va a tener consecuencias sobre la libertad del causante –y el consiguiente reparto de la herencia[6]– susceptibles de comportar dificultades en el acomodo a los distintos ordenamientos que exige su aplicación práctica.

2. En primer lugar para establecer la ley aplicable a las disposiciones testamentarias se tomó como punto de partida el principio de unidad. A la hora de estipular la ley aplicable, el Reglamento de sucesiones ha optado por el principio de unidad y universalidad de la sucesión[7]; de modo que la *lex sucessionis* se aplicará a todos los bienes y derechos que forman parte de la herencia con independencia de su naturaleza y de si están ubicados en un Estado miembro o en un tercer Estado. Con ello, según su Considerando 37, en términos de seguridad jurídica[8], se busca evitar la fragmentación y que la sucesión se rija por una ley predecible con la que guarde una estrecha vinculación.

Entre las ventajas inherentes al principio de unidad se ha destacado la certeza y previsibilidad que concede al causante a la hora de planificar su sucesión, sobre todo en el caso de que tenga bienes inmuebles situados en distintos países, evitando su fragmentación y la potencial aplicación de leyes diferentes[9]. Se trata de un beneficio estrechamente ligado a la seguridad jurídica que otorga al propio causante el conocimiento sobre lo que va a suceder con sus bienes tras su fallecimiento y, por tanto, ligado a su voluntad dentro de los márgenes legales. Siguiendo esta línea, bajo el objetivo de la

[5] H. Dörner y P. Lagarde, *Étude de droit comparé sur les règles de conflits de jurisdictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les Etats membres de l'Union Européenne. Rapport Final. Synthese et Conclusions 18 septembre/8 novembre 2002, délivré par Deutsches Notarinstitut*; Libro Verde de Sucesiones y estamentos, COM (2005) 65 final.

[6] Sobre el proceso normativo, las opciones que se fueron adoptando y su repercusión *vid.* S. Álvarez González, "Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos", *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 369–406 y A. Bonomi, "Testamentary Freedom or Forced Heirship? Balancing Party Autonomy and Protection of Family Members", *Nederlands Internationaal Privaatrecht,* 2010, pp. 605–610.

[7] De igual modo que el Convenio de la Haya de 1989 y que el art. 9.8º Cc español y a diferencia de otros Estados cuyos ordenamientos optan por un sistema dualista: Bélgica, Chipre, Irlanda, Luxemburgo, Rumania, Rusia, China o India, *Vid.* E. Castellanos Ruiz, *Unidad vs. Pluralidad legal de la sucesión internacional,* Granada, Comares, 2001.

[8] A. Bonomi y P. Wautelet, *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 julio 2012,* Cizur Menor, Thomson–Reuters, Aranzadi, 2005, p. 243.

[9] A. Bonomi, "Successions internationales: conflits de lois et de jurisdictions", *Recueil des Cours,* t.. 350, 2010, pp. 117–135; A. Von Overbeck, "Divers aspects…", *loc. cit.,* p. 563–570, H. Batiffol, "Refléxions sur la loi aplicable aux successions", *RabelsZ,* 23, 1958, pp. 791–801.

planificación certera de la sucesión podríamos pensar que asoma la búsqueda de la voluntad del causante como uno de los anhelos del Reglamento. Sin embargo, al realizar un análisis más preciso de las normas de conflicto del Reglamento y proyectarlo sobre el Derecho de sucesiones español advertimos que las normas de conflicto escogidas en materia de disposiciones testamentarias muestran fisuras a la hora de garantizar dicha voluntad[10], que nos llevan a indagar en la posibilidad de que sean otras las motivaciones que subyacen bajo esa decisión.

3. En cierto modo, la unidad de la ley aplicable a la sucesión en el Reglamento de sucesiones constituye una especie de "espejismo"[11], dada la complejidad de problemas que surgen en función, entre otras cosas, de los distintos tipos de transmisión que pueden confluir en una misma sucesión[12]. El propio Reglamento, al establecer normas específicas para las disposiciones por causa de muerte y para la sucesión intestada, extrayéndolas del régimen general contenido en los arts. 21 y 22, da cabida a un potencial fraccionamiento. Al aplicar el Reglamento sobre la realidad del ordenamiento jurídico español vemos que la combinación de las normas de conflicto escogidas para regular determinados aspectos de la sucesión testamentaria no siempre favorece la seguridad y previsión de la planificación del causante, sino que provoca desajustes que conducen a resultados opuestos a sus expectativas[13].

4. En segundo lugar, a los problemas de coordinación que plantea la avenencia de ambas leyes se une el problema de delimitación y calificación

[10] Como pone de manifiesto S. Álvarez González, "Las legítimas…", *loc. cit.,* pp. 394–400.

[11] En este sentido A. Fernández–Tresguerres, *Las sucesiones "mortis causa" en Europa: aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012*, Cizur Menor, Thomson-Reuters, Aranzadi, 2016, pp. 223–258; y A. Davi, "Rifflisioni sul futuri diritto internazionale privato europeo delle successioni", *Rivista di diritto internazionale,* 2005, nº 2, p. 314, también, A. Davi y A. Zanobetti, "Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'unione europea", *CDT*, vol. 5, nº 2.

[12] *Vid.* A. Bonomi y P. Wautelet, *El Derecho europeo…*, *op. cit.,* p. 289–290 y p. 293: también se produce un potencial fraccionamiento debido a la existencia de disposiciones relativas a la forma de declaración, aceptación o renuncia (art. 28), el nombramiento y las facultades del administrador de la sucesión (art. 29), los bienes sometidos a un régimen de atribución preferente (art. 31), o el derecho soberano del Estado de ocupar bienes vacantes que se encuentran en su territorio (art. 33); además prescribe la adaptación de los derechos reales desconocidos de la *lex rei sitae* (art. 31), y dicta una regla material para el supuesto de los conmorientes (art. 32). También podría derivarse un fraccionamiento como consecuencia de un reenvío, *vid.* S. Álvarez González, "El Reglamento 650/2012: disposiciones referentes a la sucesión de determinados bienes, reenvío y orden público", en E. Ginebra y J. Tarabal (dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012:su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegio de Notarios de Cataluña, Thomson, 2016, pp. 135–159.

[13] S. Álvarez González, "Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos", *AEDIPr* 2011, t. XI, pp. 369–406.

que surge con algunos aspectos de la sucesión que el Reglamento no especifica dónde debemos encuadrar. La delimitación del ámbito de aplicación de la ley sucesoria y de la ley sucesoria hipotética que realizan los arts. 23 y 24 no es completa y, aunque el art. 23 realiza una enumeración de las materias referidas al estatuto sucesorio, no se trata de una lista exhaustiva[14]. Así, aunque descarta expresamente algunos aspectos para incluirlos en el ámbito de aplicación del art. 24 (además de las especificadas en los arts. 25, 26, 29 y 30[15]) se olvida de otros cuya ubicación podría variar dependiendo del ordenamiento jurídico del que parta la cuestión litigiosa.

5. En el trabajo que nos ocupa veremos como del tenor del instrumento europeo emanan cuestiones que pueden afectar a figuras sucesorias conocidas en nuestro ordenamiento jurídico, bien porque el sistema instaurado por el Reglamento produce disonancias entre la ley sucesoria hipotética y la ley de la sucesión que no coadyuvan a proteger la voluntad del causante y que nos llevan a replantear el objetivo de las decisiones adoptadas por el legislador europeo; o bien porque originan problemas de delimitación y calificación que nos hacen vacilar sobre el lugar donde integrarlas dentro del ámbito de aplicación de sus normas de conflicto. Con el propósito de mostrar tal eventualidad partiremos del *dépecage* que se produce en el Reglamento en la ley aplicable de las disposiciones testamentarias como origen de dichas cuestiones (II); nos serviremos de un análisis de la ley aplicable a las legítimas en aras a reflejar los posibles inconvenientes que se producen para garantizar la voluntad del causante (III) y, finalmente, abordaremos la figura de la preterición donde confluyen las cuestiones anteriores y la ausencia de una calificación autónoma (IV).

II. EL *DÉPEÇAGE* EN LA LEY APLICABLE A LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS COMO CAUSA DE POTENCIALES DESAJUSTES

6. El Reglamento distingue entre ley aplicable a los pactos sucesorios (art. 25) y a otras disposiciones por causa de muerte (art. 24) de modo que, por un lado, la potencial manifestación del "fraccionamiento" en el ámbito de la

[14] En este mismo sentido P. Blanco–Morales Limones, "Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 22, 2012, pp. 67–98; C. Azcárraga Monzonís, "Art. 23. Ámbito de la Ley aplicable", en J.L. Iglesias Buiges, G. Palao Moreno (dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento (UE) 650/2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 161–174, p. 172.

[15] A. Bonomi y P. Wautelet, *Le droit européen des successions. Comentaire du Règlement nº 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruselas, Bruylant, 2013 y traducida y adaptada al Derecho español por VVAA.: *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 julio 2012*, Cizur Menor, Thomson-Reuters, Aranzadi, 2015.

ley aplicable a las disposiciones testamentarias puede aparecer si se conjugan ambos tipos de instrumentos en una misma sucesión[16]. Y, por otro, –y es aquí donde nos vamos a detener– en la medida que el Reglamento a la hora de establecer la ley aplicable a las disposiciones testamentarias en una sucesión ordenada por testamento ha tenido especialmente en cuenta que hay dos momentos determinantes y distanciados en el tiempo que van a influir en la misma: el otorgamiento y la ejecución.

7. Las disposiciones por causa de muerte se caracterizan por constituir un negocio jurídico diferido y condicionado que no despliega sus efectos hasta el fallecimiento del causante[17]. Por consiguiente, el momento de la perfección difiere del momento de su eficacia. Ante la perspectiva de que en el intervalo de tiempo transcurrido entre el momento de la adopción del testamento y el del fallecimiento del causante se produzca un cambio en su residencia habitual el Reglamento ha previsto una norma específica para regular la admisibilidad y validez material del testamento mediante la que adelanta la designación de la ley sucesoria al momento del otorgamiento. Así, evita que disposiciones testamentarias que hubieran sido válidas y plenamente eficaces en virtud del país de la residencia habitual del causante puedan terminar siendo nulas e ineficaces de acuerdo con la ley correspondiente al lugar de su nueva residencia tras el traslado.

A través del art. 24 el Reglamento establece que la admisibilidad y validez material de las disposiciones *mortis causa* (distintas de los pactos sucesorios) se regirán por la ley que sería aplicable si el causante hubiera fallecido al tiempo en que efectúa la disposición en vez de en el momento de su fallecimiento, es decir, por la ley sucesoria hipotética[18]. Por su parte, la ley de la sucesión –con carácter general la ley de la residencia habitual en el momento del fallecimiento[19]– regulará el conjunto de cuestiones desde la apertura hasta la transmisión de la propiedad (conforme al art. 23 y al Cdo. 42).

8. La delimitación del ámbito de aplicación de la ley sucesoria hipotética a cuestiones de admisibilidad y validez sustantiva de las disposiciones

[16] I. Rodríguez–Uria Suárez, "La Ley aplicable a las sucesiones mortis causa en el Reglamento (UE) 650/2012", *InDret*, 2/2013, pp. 1–58, p. 10.

[17] L. Díez–Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho civil*, Vol. IV, 6ª ed. Tecnos, Madrid, 1992.

[18] A. Bonomi, "Il regolamento europeo sulle successioni", *Riv. dir. int. pr. proc.,* 2013–2, pp. 293–324, p. 315.

[19] Obviando las posibilidades de la *professio iuris*; J.M. Fontanellas Morell, *La professio iuris sucesoria*, Madrid, Marcial Pons, 2010 y S. Álvarez González, "La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria", en Mª. P. García Rubio (coord.) *Estudios jurídicos en memoria del Profesor José Manuel Lete del Rio,* Cizur Menor, Civitas–Thomson–Reuters, 2009, pp., 17–49.

testamentarias puede conducir, dependiendo de su interpretación, a un mayor o menor menoscabo de la planificación sucesoria del causante. La combinación de dos leyes concurrentes, materialmente distintas, aplicables a diferentes aspectos de una misma situación comprende un particular *dépeçage* que requiere partir de la delimitación de sus respectivos ámbitos de aplicación. En aras a evitar las desventajas inherentes a esta dualidad normativa el Reglamento se encarga de hacer una enumeración de lo que se regula por cada una de las dos leyes, conjugando las materias propias de la ley sucesoria contenidas en el art. 23 con el art. 26 dirigido a estipular qué debemos entender bajo la noción "validez material de las disposiciones por causa de muerte" del art. 24. A través de esta composición despeja muchos de los conflictos ligados a la delimitación del contenido de ambos preceptos[20], pero se siguen originando interrogantes que rodean al alcance de ciertas nociones[21] y que puede originar eventuales contratiempos de coordinación y de calificación[22].

9. La primera duda que se ha planteado en esta dirección es si el art. 24 se refiere, dentro de la admisibilidad y validez de los testamentos, a las disposiciones contenidas en el mismo o si será la ley designada por el art. 21 la que determine las disposiciones que puede incluir[23]. Si optamos por que sea la ley sucesoria podría suceder que el acto fuera válido conforme a la ley sucesoria hipotética pero no, así, alguna de las disposiciones testamentarias sujetas a la ley sucesoria aplicable en el momento del fallecimiento[24]. En general apoyamos una interpretación amplia del ámbito de aplicación del art. 24 que incluya la validez de las disposiciones testamentarias en sentido material encaminada a evitar que el acto sea válido conforme a la ley sucesoria hipotética pero que sus disposiciones testamentarias puedan resultar nulas conforme a la ley sucesoria, de lo contrario podría ser vaciado de contenido[25]. La cuestión, entonces, se traslada a si en el ámbito de aplicación del art. 24 integramos no solo la admisibilidad y validez de las disposiciones testamentarias si no también sus efectos. En principio, de acuerdo con la interpretación amplia nos parece razonable que sea la misma

[20] A. Bonomi, "Successions…", *loc. cit.,* p. 315; A., Davi y A. Zanobetti, "Il nuovo diritto …", *loc. cit.*, p. 59.

[21] Una muestra de los problemas de calificación vinculados a los pactos sucesorios en A. Font i Segura, "Los pactos sucesorios en el Reglamento sucesorio europeo: dos cuestiones relevantes", en E. Ginebra y J. Tarabal (dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegio de Notarios de Cataluña, Thomson, 2016, 2016, pp. 161–192.

[22] A. Bonomi, "Successions…", *loc. cit.,* p. 315.

[23] C. Azcárraga Monzonís, "Art. 24…", *loc. cit.*, p. 177.

[24] A. Bonomi, *El Derecho de sucesiones…*, *op. cit.,* pp. 324–325.

[25] En el mismo sentido A. Bonomi, *El Derecho de sucesiones…*, *op. cit.,* p. 325, I. Rodríguez–Uría, "La ley aplicable…", *loc. cit.*, pp. 23 y 24.

ley la que rige tanto su admisibilidad como sus efectos, evitando que el ordenamiento aplicable conforme a la ley de la sucesión se vea abocado a regular un tipo de disposición desconocida. De modo que, acorde a una interpretación amplia inspirada por el objetivo de reforzar la seguridad en la planificación sucesoria, todo aquello que no haya sido expresamente incluido en el ámbito de aplicación del art. 23 y, por tanto, sometido formalmente a la ley de la sucesión, podría ser integrado en la ley sucesoria hipotética del art. 24.

III. LA LEY APLICABLE A LAS LEGÍTIMAS, LEY PROTECTORA DE LOS DERECHOS DE LOS HEREDEROS

10. Entre las cuestiones que se integran en el ámbito de aplicación del art. 23 y que, por el contrario, se extraen explícitamente del art. 24 se halla "la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de testar", que quedarán al amparo de la ley sucesoria. De esta forma la legítima se encuadra en las restricciones a la facultad dispositiva del testador al haberse reservado por ley[26].

11. La legítima constituye una figura en la que se manifiesta abiertamente la pugna entre la libertad del causante y la protección de determinados miembros de la familia. Se ha caracterizado como "catalizador" de lo que el testador quiere hacer y lo que se le permite hacer[27]. La legítima confiere un derecho legal del que se deriva un límite a la facultad de disponer y aunque, desde un punto de vista negativo, delimita la libertad testamentaria del testador; desde un punto de vista positivo garantiza los derechos de determinados miembros de la familia en la sucesión y se concibe como un deber bajo el que subyace, más allá de la protección de los herederos, una forma de entender la propiedad y la institución familiar[28]. Ahora bien, aunque el objetivo de un sistema que apueste por la libertad de testar frente a un sistema de legítimas amplias pudiera no estar tan distanciado, es incuestionable que las legítimas condicionan la voluntad del causante. La pregunta que se suscita entonces es ¿cuándo debe operar ese límite?, y el hecho de que opere en uno u otro momento ¿puede considerarse que responde a una orientación material de la norma de conflicto?

[26] En el ordenamiento español, *Vid.* T. Torres y A. Domínguez, "La legítima en el Código civil", en T. Torres García (coord.), *Tratado de Legítimas*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 22.

[27] S. Álvarez González, "Las legítimas…", *loc. cit.*, pp. 371–372.

[28] Mª P. Sánchez González, "Legítimas y protección constitucional de la herencia", *Revista Jurídica del Notariado,* nº 9, pp. 367–412.

12. El causante a la hora de efectuar el testamento conoce el ordenamiento en el que se encuadra así que, normalmente, tiene en cuenta los límites impuestos por ese ordenamiento. Entonces, ordena su sucesión atendiendo a las legítimas de la ley que sería aplicable si falleciera en ese instante: la ley sucesoria hipotética o anticipada. Al otorgar la disposición testamentaria actúa con conocimiento de lo que puede y no puede hacer y adecúa sus deseos a los márgenes que le permite el ordenamiento aplicable en el momento de disponer. De aquí emana la aptitud de la legítima como límite a la facultad de disponer del testador procedente de la ley del otorgamiento. Pero, además de este carácter preceptivo que opera sobre la autonomía privada del causante, también posee un carácter imperativo que responde a principios inspiradores del orden social en el que se desenvuelve y que la aleja de los limites formales propios de la facultad de disponer y del testamento como acto jurídico para acercarla al ordenamiento donde va a surtir efectos[29]. Así, si consideramos la legítima como un derecho sobre la herencia de determinados herederos que nace con la muerte del causante, cobra mayor protagonismo la ley aplicable en el momento de su fallecimiento: la ley de la sucesión.

13. El Reglamento parece apostar por la segunda de las opciones y somete "las legítimas y otras restricciones a la libertad de testar" a la ley de la sucesión, distinguiendo su carácter indisponible en calidad de derecho que poseen determinadas personas sobre la herencia y resguardando las acciones que pudieran ejercer conforme al ordenamiento del foro. En cierto modo es una decisión que nos hace rememorar el debate en torno al orden público y la eficacia de las legítimas que se produjo durante el proceso de elaboración del Reglamento[30]. La Propuesta de Reglamento preveía una cláusula que hacia una expresa mención al orden público y a las legítimas mediante la que excluía la posibilidad de que las divergencias entre el sistema legitimario tenido en cuenta por el causante en la disposición testamentaria y el del foro pudieran utilizarse como excepción de orden público. Con ello se pretendía evitar que el orden público del foro pudiera esgrimirse en aras a impedir la aplicación de una ley extranjera por no contener una determinada legítima o hacerlo de manera diferente[31]. Finalmente, este aspecto de la cláusula de orden público se extrajo de la

[29] Por todos, I. Arechederra Aranzadi, "Los sistemas legitimarios ante el Derecho interregional", *Revista de Derecho Privado,*1976, pp. 503–515.

[30] A. Wysocka, "The Public Policy Clause in the EU Succession Regulation", *AEDIPr, t.* XI, 2011, pp. 919–936.

[31] S. Álvarez González, "El Reglamento 650/2012: disposiciones referentes a la sucesión de determinados bienes, reenvío y orden público", en M.E Ginebra y J. Tarabal (dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegio Notarial de Cataluña, Marcial Pons, Madrid, 2016 pp. 135–160.

última versión. El ineludible acomodo del *quantum* legitimario a la ley de la sucesión comprende el derecho a ejercitar la acción de cobro y/ o reducción del ordenamiento del foro y proporciona un mayor entendimiento entre *forum* e *ius* que convierte en cuasi–redundante el recurso al orden público. A pesar de ello, no podemos olvidar que bajo la cláusula de orden público también cabe el carácter de la legítima como protectora de derechos bajo los que subyacen valores constitucionales. En cualquier caso, hay otros aspectos en los que los tribunales de los Estados europeos deben ponerse de acuerdo: el orden público debe oponerse a la aplicación de la legislación extranjera cuando ésta prevea un régimen de protección, pero discrimine a los posibles beneficiarios en función, entre otros, de criterios como la religión o el sexo[32].

14. La determinación de la ley aplicable a las legítimas conforme a la residencia habitual del causante al tiempo del fallecimiento (en su caso de la nacionalidad) previene los problemas de conflicto móvil e impone el necesario ajuste de las legítimas previstas en la ley del otorgamiento a la ley de la sucesión[33]. Con ello, si el causante cambia de residencia habitual y se altera la ley aplicable a su sucesión, prevalecerá el sistema de legítimas más amplio aun cuando menoscabe la libre disposición del testador. Cuantitativamente hablando, la legítima por amplia que sea cabrá en un sistema de libertad de testar así que la acomodación legitimaria se realizará siempre en perjuicio del principio de libre disposición[34] y a favor de los derechos de los legitimarios. Cuando el Reglamento opta por someter las legítimas a la ley de la sucesión no es "neutral" y está tomando partido por la legítima como deber del causante y como derecho de los herederos sobre una parte de su patrimonio en contraposición de la libertad testamentaria[35].

15. Pongamos como ejemplo a un guipuzcoano con tres hijos residente en San Sebastián que hace testamento en octubre de 2016 en el que otorga el tercio de legítima a dos de ellos, apartando al tercero con el que no se habla desde hace años. La Ley de Derecho Civil Vasco de 2015[36] prevé un sistema

[32] Tal y como resalta A. Bonomi, "Quelle protection pour les héritiers réservatiers sous l'empire du futur règlement européen?", *Travaux Com. fr. dr. int. pr.* (2008–2010), 2011, pp. 263–292.

[33] J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado*, 6ª ed. Cizur Menor, Civitas, 2011, p. 135.

[34] Lo mismo sucede en el Derecho interregional español como han puesto de manifiesto S. Álvarez González, "Las legítimas…", *loc. cit.,* p. 377 y A. Font i Segura, "La sucesión hereditaria en el Derecho interregional español", *Anuario de Derecho Civil,* 2000–1, pp. 23–81.

[35] A. Bonomi, "Testamentary …", *loc. cit.*, pp. 609–610; S. Álvarez González, "Las legítimas…", *loc. cit.*, pp. 385–387, C. Azcárraga Monzonís, "Art. 23…", *loc. cit.,* p. 169.

[36] Ley 5/2015, de 25 de julio, de Derecho Civil Vasco, BOE nº 176, de 24 julio 2015.

de legítima colectiva de un tercio que puede ser distribuido libremente entre los descendientes apartando a cualquiera de ellos sin necesidad de causa ni de desheredación[37]. Posteriormente nuestro guipuzcoano se va a vivir a Hendaya (Francia)[38], a una casa más grande, donde fallece un año después. En Francia la legítima dependerá del número de hijos y, en este supuesto, será de tres cuartas partes de la herencia (art. 913 Cc francés). Además, el ordenamiento francés faculta a los legitimarios a reclamar su parte correspondiente (art. 920 Cc francés). Aplicando la ley de la sucesión en función del ordenamiento francés al realizar el ajuste legitimario se incrementará la cuota reservada de un tercio a tres cuartos y, además, el descendiente apartado tendrá derecho a solicitar su parte de legítima a pesar de la voluntad del causante de no incluirle en la sucesión. Ahora nos situamos en el caso contrario y observamos que si nuestro protagonista residiera en Hendaya y otorgara testamento conforme al ordenamiento francés y luego cambiara de residencia habitual y se fuera a vivir a Hondarribia (Guipúzcoa), a pesar de que la aplicación de la legítima francesa (de carácter más restrictivo) supondría un incremento del *quantum* legitimario respecto a la vasca (ley correspondiente a la ley sucesoria anticipada) volverá a desplazar la legítima vasca, que se integra sin problemas en la francesa, disminuyendo de nuevo la libre disposición del causante que finalmente soportaría la reserva hecha por ambos ordenamientos.

16. El sometimiento de la legítima a la ley de la sucesión con el objetivo de garantizar los derechos de determinados miembros de la familia entraña su ajuste cuantitativo (en caso de que difiera del de la ley sucesoria) a favor de los sistemas legitimarios más amplios, aunque con ello se disminuya la seguridad jurídica y previsibilidad en las expectativas del causante. Se ha optado por integrar el aspecto material de la legítima en el ámbito de aplicación de la ley sucesoria a pesar de las posibles consecuencias derivadas de su acomodación, tanto en la partición como en el cómputo de la sucesión, que ello pueda provocar. Se trata de una opción de política legislativa que, a nuestro parecer, produce injerencias en la libertad de disposición del causante en perjuicio de la planificación sucesoria y que nos lleva a advertir un distanciamiento de la voluntad del causante como ley de la sucesión[39]. Siendo el testamento un negocio jurídico perfecto en el

[37] G. Galicia Aizpurua, "En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal", *InDret,* octubre 2017, pp. 1–31.

[38] Algo habitual entre los guipuzcoanos, sobre todo entre los que viven en pueblos limítrofes a la frontera.

[39] J. B. Vallet de Goytisolo, "La voluntad del causante ley de la sucesión", *Libro homenaje al Prof. Beltran Heredia y Castaño,* Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, p. 175 ss.

momento del otorgamiento, resulta paradójico mantener su validez conforme a un ordenamiento para luego aplicarle un régimen legitimario nuevo[40], pero así lo ha decidido el legislador europeo que, en contraprestación, ha apostado por integrar la *professio iuris* para contrarrestar los posibles perjuicios a la voluntad del causante[41].

Pero la legítima también tiene un aspecto formal vinculado a la autonomía privada del causante que puede llegar a afectar a la validez de las disposiciones testamentarias y que el Reglamento no especifica cómo abordar. Este aspecto formal de la legítima tiene su máxima representación, como veremos a continuación, en la preterición que podría integrarse en el ámbito de aplicación del art. 23 referido a "la determinación de los beneficiarios" de su apartado b) o en "las demás restricciones a la libertad de disponer mortis causa" de su ap. h); o excluirse del mismo conforme a una interpretación amplia de la norma que deja fuera todo lo que no ha sido expresamente incluido en lo que "dicha ley regirá en particular" e integrarse en el art. 24[42].

IV. Problemas de delimitación y calificación en la ley aplicable a la preterición

17. Al establecer la ley de la sucesión como ley aplicable a las legítimas debemos recordar que los problemas derivados de la potencial aplicación de dos leyes distintas en una misma sucesión no se sortean únicamente mediante el ajuste del *quantum* legitimario entre ambas, si no que la diversidad sustantiva de los sistemas legitimarios va más allá de las diferencias cuantitativas. De hecho, la complejidad a la hora de establecer la ley aplicable a las legítimas se incrementa con los problemas de delimitación y calificación[43] de figuras indisolublemente ligadas a las mismas[44].

18. Como hemos podido observar el Reglamento ha optado por integrar las legítimas en el ámbito de aplicación de la ley sucesoria, otorgando prioridad a

[40] En este sentido, L.I. Arechederra, "Los sistemas …", *loc. cit.,* pp. 510–512 y A. Font i Segura "La sucesión hereditaria…", *loc. cit.,* p. 48.

[41] Sobre la *professio iuris*: J.M. Fontanellas Morell, *La professio iuris sucesoria*, Madrid, Marcial Pons, 2010 y S. Álvarez González, "La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria", en M.ª P. García Rubio (coord.) *Estudios jurídicos en memoria del Profesor José Manuel Lete del Rio,* Cizur Menor, Civitas/Thomson/Reuters, 2009, pp. 17–49.

[42] Tal y como apuntan, entre otros, A. Bonomi, A., "Il regolamento europeo…", *loc. cit.,* p. 313; P. Blanco–Morales Limones, "Las sucesiones internacionales…", *loc. cit.,* p .86; J. Carrascosa González, *El Reglamento sucesorio…*, *op. cit.*, p. 166; C. Azcárraga Monzonís, "Art. 23… ", *loc. cit.*, p. 172.

[43] F. Rigaux, *La théorie des qualifications en droit international privé,* Paris, 1956.

[44] Se considera la preterición como una figura ligada a la legítima en S. Álvarez González, siguiendo a J.L Cruz Berdejo, "Las legítimas…", *loc. cit.*, p. 395, nota 72.

su condición de obligación de respeto de los derechos de algunas personas sobre la herencia. Y, en la medida que tales derechos nacen con la muerte del causante, se regularán conforme a la ley aplicable a su fallecimiento o ley sucesoria. Cuando hablamos de la preterición, el planteamiento del que partimos es similar. Analizaremos su naturaleza jurídica a través de su vínculo con la voluntad del causante como camino previo a la determinación de la ley aplicable y veremos que el resultado de ese análisis va a variar de un ordenamiento a otro. La falta de delimitación de la preterición en el Reglamento nos lleva a abordar su naturaleza jurídica para posteriormente establecer en cuál de las dos normas de conflicto podría quedar subsumida que –en cierto modo– depende del prisma del ordenamiento jurídico bajo el que se examine. Siendo conscientes de ello, en clave conflictual iremos más lejos y nos centraremos en indagar acerca de su finalidad y de la función que desempeña en la sucesión para así tratar de comprender, a través de su especial vínculo con voluntad del causante y con la legítima, si puede encuadrarse en el carácter material de la misma y en calidad de restricción a la libertad de testar del causante y protectora de derechos incluirse en el ámbito de aplicación de la ley sucesoria; o si prevalece su aspecto formal garantista de la voluntad del causante en el momento de disponer y, por tanto, la podemos abocar al albur de la ley sucesoria hipotética.

1. La voluntad real y la voluntad hipotética como presupuesto de base

19. El dilema acerca de si la preterición debe estar incluida en el ámbito de la ley del otorgamiento o en el de la ley de la sucesión también se encuentra vinculado a la dicotomía entre la libertad de testar y el respeto a las legítimas que inevitablemente ha predeterminado la elaboración del Reglamento y la solución depende del lugar donde se integre: vinculada al aspecto material de la legítima (aspecto cuantitativo o *quantum*) o al aspecto formal y a la validez de las disposiciones testamentarias[45]. Para discernir entre ambos aspectos nos vamos a servir de la distinción entre la voluntad "real" del testador y la voluntad "hipotética"[46] con el objetivo de que las diferencias entre una y otra nos ayuden a vislumbrar con mayor claridad las consecuencias que podría tener incluirla en una de las dos opciones. En esta tarea, procuramos acotar en qué lugar se ubicaría la preterición en virtud de su especial relación con la voluntad del testador[47] desde un punto de vista

[45] Al respecto I. Arechederra Aranzadi, "Los sistemas…", *loc. cit.,* pp. 511–515; J.M. Trias de Bes y Giro, "Conflictos de leyes en las sucesiones testamentarias", Colegio Notarial de Barcelona, 1946, p. 233–267, p. 233; A. Font i Segura, "La sucesión…", *loc. cit.*, p. 48.

[46] Conceptos tomados de: J.M. Miquel González, "Notas sobre la voluntad del testador", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma,* nº 6, 2002, pp. 153–190, esp. p. 155.

[47] J.M. Miquel González, "Notas…", *loc. cit.,* p. 159.

sustantivo con el convencimiento de que, sólo si entendemos su particular naturaleza, encontraremos las razones que pueden ayudar al legislador europeo a integrarla en el ámbito de aplicación de una norma de conflicto u otra.

20. La denominada voluntad "real" del testador –ya sea expresa o tácita– se extrae del testamento; es la voluntad de un testador en concreto manifestada de algún modo a través del acto. Mientras que la voluntad "hipotética" se obtiene por medio de una regla de integración conforme a lo que respecto a un ordenamiento jurídico se presupone que haría una persona al disponer de su testamento; por tanto, no depende de presunciones concretas basadas en la voluntad de un testador sino de una voluntad supuesta y probable desde el punto de vista de lo que le permite hacer el ordenamiento jurídico que rige la sucesión. El hecho de que la primera de ellas resulte directamente del acto jurídico nos lleva a extraerla *ex re ipsa* del testamento, es decir, sin atender a pruebas "extrínsecas" y a integrarla en un primer momento en su ámbito formal; a diferencia de la voluntad "hipotética" cuya averiguación no precisa de tales requisitos formales si no que depende de la ley en la que se integra.

21. Por su parte, la preterición es la omisión de un legitimario en el testamento. Opera como derecho de los legitimarios a ser tenidos en cuenta en el testamento, aunque sea para ser desheredados[48]. El régimen del Código civil español distingue entre la preterición "intencional" y la preterición "errónea" (art. 814) y bajo esa diferenciación, si atendemos al significado de voluntad "real" y voluntad "hipotética" que hemos visto con anterioridad[49], subyace la voluntad "real" del testador de omitir a sus herederos en el momento en el que otorga testamento. Tomar la voluntad "real" del testador como parámetro para diferenciar entre ambos tipos de preterición nos sitúa en el momento en que se realiza el testamento como punto de partida.

22. De hecho, la diferencia entre ambos tipos de preterición se extrae de la voluntad "real" del testador de omitir a sus herederos atendiendo a ese instante, puesto que en la preterición "intencional" debe ser una omisión voluntaria y, por el contrario, en la preterición no intencional o "errónea" se genera de manera involuntaria. La dificultad intrínseca a esta diferencia se halla en que en ambos casos la supuesta voluntad "real" del testador debe deducirse precisamente de la falta de declaración, así que realmente se

[48] T.F. Torres y A. Domínguez, "La legítima en el Código Civil", en T.F. Torres (coord.) *Tratado de legítimas*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 60.

[49] Siguiendo el análisis de J.M. Miquel González en "Notas…", *loc. cit.*, p. 149.

extrae implícitamente de su silencio con lo que dependerá del alcance de su silencio. Para averiguar su sentido atenderemos a las declaraciones positivas dispuestas por testamento y/o a las circunstancias que rodean al testador en ese preciso instante, lo que nos lleva corroborar que la presunta voluntad "real" del causante ha de resultar del momento en el que realiza el testamento en la medida que ha sido efectuada en atención a la realidad y al contexto que le ha llevado a obrar de esa manera (STS 23 enero 2001[50]).

23. Como hemos visto, en la regulación del Código civil español los efectos derivados de la preterición "intencional" y la preterición "errónea" se establecen sobre la base de la concurrencia de intencionalidad en la voluntad "real" del testador en el momento en el que se realiza el acto. Y conforme a sus efectos diferenciamos ambos tipos de preterición, así como la preterición de otras figuras afines como el desheredamiento o el apartamiento[51].

Pues bien, los efectos derivados de la preterición "intencional" se dirigen a salvaguardar la legítima del preterido (en principio la legítima estricta en tanto es lo que se le atribuye por ley a pesar de su ausencia en el testamento[52]). Sin embargo, en la preterición "errónea" van más lejos ya que puede sobrellevar la anulación de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial (cuando sean preteridos todos los hijos o descendientes) o de la institución de heredero, salvando las mandas y mejoras cuando no sean inoficiosas (cuando sólo sea preterido uno de ellos)[53]. En el caso de la preterición "errónea" la anulación de la institución de heredero garantiza que el preterido pueda llegar a recibir como heredero *ab instestato* lo que no recibió por desconocimiento o error del causante en el momento de hacer testamento. El hecho de que la falta de declaración de voluntad testamentaria provoque la sucesión *ab intestato* y no únicamente la salvaguarda de la legítima se convierte en argumento esencial para diferenciar el alcance de ambos tipos de preterición y ello dependerá de la voluntad "real" del testador al formalizar la omisión del heredero.

---

[50] STS 23 marzo 2001 (RJ 2001, 997). *Vid.* comentario de J. M. Miquel González, "Preterición no intencional. Momento decisivo para juzgar la no intencionalidad", *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº 9, 2002, pp. 531–537.

[51] J. M Miquel González, "Notas…", *loc. cit.*, p. 149–150; X. O´Callaghan Muñoz, "La preterición en Cataluña", *Revista Jurídica de Cataluña,* 1972, p. 507.

[52] No vamos a entrar en la discusión sobre si debe ser la legítima estricta o la legítima larga, concordamos con la STS 9 julio 2002 (RJ 2002/8237) en que se salvaguarda la legítima estricta.

[53] T.F. Torres y A. Domínguez, "La legítima…", *loc. cit.*, p. 63–64, I. Garrote Fernández–Díez, *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código civil y en los derechos civiles forales,* Granada, Comares, Estudios de Derecho Privado, 2004.

24. Atender al propósito del testador en el momento de otorgar testamento en aras a averiguar su voluntad "real" de omitir o no a los legitimarios nos sirve para diferenciar ambos tipos de preterición en atención a sus efectos, pero también, como veremos a continuación, para desligar la preterición "errónea" de la legítima. De hecho, si el objetivo que subyace a la preterición fuera únicamente proteger a la legítima cabría su equiparación y dejaría de ser operativa la diferenciación entre preterición "intencional" y no intencional[54]. Igualmente, la proporcionalidad de sus efectos o de sus consecuencias con el deseo o conocimiento del testador perdería su operatividad y se terminaría vaciando de contenido a la voluntad "real" del causante, puesto que la salvaguarda de las legítimas se produciría de todas formas con independencia de dicha voluntad en el momento de otorgar testamento.

2. La preterición, la voluntad "real" del testador y la indisponibilidad de las legítimas en el Código civil español

25. Bajo la distinción de ambos tipos de preterición en función de sus efectos o de las consecuencias que el Código civil español prevé para una u otra también se manifiesta la idea de la indisponibilidad de las legítimas como límite a la libertad del testador y de derecho de determinadas personas en la sucesión que veíamos al inicio del epígrafe. Así, el concepto de preterición como límite a la libertad de disposición derivado del derecho de los herederos forzosos a aparecer en el testamento (o deber de pronunciarse sobre los herederos forzosos) ha hecho que se vincule esta figura a las legítimas que deben ser respetadas y salvaguardadas[55]. La consecuencia o "sanción" establecida en el Código civil cuando se salta ese límite está directamente unida a esa facultad en caso de preterición "intencional", pero no está tan claro que la "preterición errónea" tenga el mismo objetivo.

26. La delgada línea que separa ambos tipos de preterición nos va a dar la clave definitiva sobre donde ubicarla desde un punto de vista sustantivo: como límite de carácter material de la voluntad del testador o como límite de carácter formal, y además nos ayuda a discernir qué cambios producidos con posterioridad al testamento afectan a su eficacia.

[54] En el mismo sentido, J.M. Miquel González, "Notas…", *loc. cit.,* pp. 153–190: "¿para qué considerar la intención si solo se trata de la atribución de la legítima? Además, si se trata del incumplimiento de un deber es incoherente suavizar las consecuencias del incumplimiento doloso".

[55] L. Díez–Picazo y A. Gullón, *Sistema de Derecho civil* , vol. IV, 6ª ed. Tecnos, Madrid, 1992, p. 486; X. O´Callaghan Muñoz, "Comentario al art. 814", en *Comentarios al Código Civil* (I. Sierra Gil de la Cuesta, coord.), t. 4, Barcelona, Bosch, 2000, p. 665.

Tomamos como ejemplo el caso más claro de preterición "errónea" u omisión no intencional de los legitmarios en el testamento que es aquel en el que hijo todavía no ha nacido en el momento en el que se realiza el testamento y, por tanto, no ha podido ser tenido en cuenta por el causante por claro desconocimiento. En este supuesto la voluntad "real" del testador no pudo ser la de no nombrar al heredero en testamento porque no existía, así que no cabe duda de la intención derivada de su inactividad que queda demostrada *ex re ipsa* en el momento del otorgamiento. A pesar de ello, es numerosa la jurisprudencia[56] que plantea la posibilidad de que la intención del testador sea apreciada con posterioridad e interpretada acorde con la pasividad del causante que una vez ha conocido la existencia del hijo preterido no revoca el testamento, equiparándose a la preterición "intencional"[57].

Si así fuera, el silencio o inactividad del testador que caracteriza a la preterición sería valorado en base a datos posteriores al momento en el que se efectuó dotándolo de efectos jurídicos que sustraen *contra legem* derechos sucesorios de esos herederos[58]. La preterición se produce si en el testamento se omite al legitimario así que no debería importar si en el momento de la apertura de la sucesión producida por la muerte del causante se hubiera conocido de su existencia. Como se establece en la STS 22 junio 2002: "No se tiene en cuenta la preterición al tiempo de la muerte, según se conozca o no de la existencia del legitimario, sino al tiempo del testamento" [59]. Tal posibilidad se aprecia de forma notoria en las disposiciones testamentarias en las que se produce la preterición "errónea", pues se convierten en disposiciones ineficaces por la ausencia de voluntad "real" del testador de excluir al heredero y las disposiciones ineficaces no tienen que ser revocadas para no causar efectos.

27. Como hemos visto, preterición "intencional" y preterición "errónea" difieren en cuanto a sus efectos e incluso varían en cuanto a su objetivo o razón de ser,[60] lo que complica su calificación sustantiva y nos lleva a plantear la viabilidad de considerarlas de manera separada (también a la hora de intégralas en el ámbito de aplicación de la ley sucesoria anticipada o de la ley sucesoria). Realmente su disociación no se produjo hasta la reforma del Código civil producida por la Ley 11/1981 en materia de

[56] Entre otras, SSAP Cádiz 5 junio 2000 (JUR 2000, 268573), SSAP Granada, de 12 mayo 2001 (AC 2001, 1598).

[57] También Res. DGRN 12 junio 2017.

[58] *Vid.* J.M. Miquel González, "Preterición…", *loc. cit.,* p. 535.

[59] STS 22 junio 2002 (RJ 30829); STS 306/2001, de 23 enero 2001; STS 3616/2006, de 22 junio 2006.

[60] I. Garrote Fernández–Díez, *El testamento*…, *op. cit.*, p. 4.

filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial,[61] y su definición procede de la graduación de sus efectos fundamentados en la presencia de intención del causante[62]. Atendiendo a esta diferenciación, aunque la preterición "intencional" podría estar vinculada con el deseo del causante de privar de la legítima al preterido, *a sensu contrario* no podemos equiparar la preterición "errónea" con la ausencia de dicha intención[63]. Según la regulación introducida en 1981, la preterición "errónea" no está dirigida a asegurar al heredero forzoso omitido su cuota legitimaria, sino que presupone que el testador no habría testado como lo hizo de haber conocido de la existencia del heredero preterido[64].

28. El análisis realizado nos lleva a replantear el objetivo de la preterición cuando es "errónea" y conforme a la ausencia de intencionalidad en la voluntad del testador (ya sea por error o desconocimiento) a asimilarla a las causas de nulidad formales dirigidas a proteger la autonomía privada del disponente. Como consecuencia podemos concluir que la preterición "errónea" se convierte en un defecto de forma derivado de la falta de intención en la voluntad "real" del testador en el momento del otorgamiento y se erige en causa formal que implica la nulidad de la disposición como resultado. En definitiva, la finalidad de la preterición "errónea" dirigida a garantizar la voluntad del causante y preservar su libertad de disponer la aparta del concepto de preterición "intencional" vinculada a la indisponibilidad de las legítimas.

3. Diversidad material y problemas de calificación en la preterición

29. La diferencia entre ambos tipos de preterición comprendida en el régimen del Código civil español –junto con el análisis seguido hasta el momento– nos daría argumentos para circunscribir la preterición "errónea" según su naturaleza jurídica al ámbito de aplicación de la ley sucesoria hipotética del Reglamento, orientada a garantizar la admisibilidad y validez del testamento y, sin embargo, a la preterición "intencional" en el ámbito de la ley sucesoria en calidad de contenido material de la legítima. Ahora bien, debemos subrayar que es un planteamiento basado en la naturaleza jurídica de una figura que no se prevé en casi ninguno de los ordenamientos

[61] Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, de 13 de mayo, BOE 19.5.1981; *vid.* I. Garrote Fernández–Díez, *El testamento*…, *op. cit.*, pp. 22–26.

[62] T. Torres y A. Domínguez, "La legítima…", *loc. cit.,* p. 62–63.

[63] I. Garrote Fernández–Díez, *El testamento*…, *op. cit.*, p. 141.

[64] L. Roca–Sastre, *Derecho de sucesiones,* 2ª ed., t. II, Barcelona, Bosch, 1995, p. 584.

europeos y, en consecuencia, de la que se pueden derivar problemas de delimitación y de calificación conflictual.

30. En el Derecho comparado europeo la regulación de la preterición es muy escasa y, a pesar de ser una institución típica del Derecho romano, únicamente hallamos la preterición "errónea" de un modo similar al ordenamiento español en el Derecho alemán (arts. 2078 y 2079 BGB). Francia, al igual que Italia, no la contempla, aunque en ambos ordenamientos se regulan efectos parecidos vinculados a la legítima. Lo mismo sucede en los ordenamientos de los países anglosajones que, aunque tampoco la regulan, contienen principios que se le asemejan en la práctica[65].

La preterición viene ligada tradicionalmente a la acción para impugnar el testamento y solicitar bien su nulidad bien que se complete o complemente su legítima material[66]. Así en el régimen jurídico del BGB alemán la regulación de la preterición "errónea" se comprende, en vez de junto a las normas de protección de la legítima, en el Título referido a los medios de impugnación de las disposiciones testamentarias, lo que ha sido interpretado como un reflejo de su objetivo de proteger la voluntad del causante y no la legítima[67]. Según el art. 2079 BGB una disposición testamentaria puede ser impugnada si el causante hubiera preterido a un heredero forzoso que concurre en el momento de la sucesión, pero cuya existencia o no fuere conocida al establecer la disposición o hubiere nacido después o hubiere pasado a ser heredero forzoso con posterioridad. Sin embargo, la impugnación quedará excluida en la medida en que se pueda asumir que el testador hubiera adoptado dicha disposición en conocimiento del estado de las cosas. El art. 2078 BGB prevé la impugnación por error en el contenido de la declaración. Además, la acción o impugnación que da paso a la sucesión intestada pueden ser ejercitada por la persona sobre la que ha recaído el error o por el legitimario preterido (2079 BGB y 2080.3 BGB).

Por su parte, en el ordenamiento francés la reserva es atribuida por imperativo legal y se configura como la porción de bienes de los cuales una

[65] I. Garrote Fernández–Díez, *El testamento*…, *op. cit.*, p. 26 ss.

[66] J.B. Vallet de Goytisolo, "El deber formal de instituir herederos legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 20, nº 1, 1967, pp. 3–116, esp. p. 5–20.

[67] I. Garrote Fernández–Díez, *El testamento*…, *op. cit.*, p. 27–29: "El art. 2079 BGB establece que una disposición de última voluntad puede ser impugnada si el causante ha omitido a un legitimario existente al tiempo de la muerte del causante, cuya existencia era desconocida para él al tiempo de otorgarse disposición, o el cual ha nacido o ha llegado a ser titular de la legitima únicamente después del otorgamiento. La impugnación queda excluida siempre que se entienda que el causante hubiera adoptado la misma disposición incluso con conocimiento de la situación fáctica".

persona no puede disponer. El Código civil francés en sus arts. 913 a 925 establece cuáles son los bienes de los que puede disponer el testador y el resto corresponde a hijos y descendientes en calidad de legitimarios. La preterición no se regula de manera específica, así que serán las normas generales sobre la reserva las que resuelvan el supuesto en el que concurra su privación a uno de los legitimarios. En ese caso, a los herederos se les concede un derecho de acción personal de reducción de las atribuciones inoficiosas, pero no de anulación de las disposiciones testamentarias (art. 920 Cc). Por lo tanto, no se diferencia entre la preterición "intencional" o "errónea" y los efectos serán los mismos con independencia de la intencionalidad o conocimiento del testador (de su voluntad "real") en el momento de la disposición: el acceso de los preteridos a la acción de reducción dirigida a garantizar la legítima.

31. También hallamos diferencias en torno al significado de la preterición en los Derechos civiles españoles[68]. Así la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco[69] regula la preterición en el Capítulo II como limitación a la libertad de testar y la integra en el art. 48 vinculándola a la legítima colectiva. En su ap. 4 equipara la preterición, ya sea intencional o no, al apartamiento y el heredero forzoso apartado únicamente conserva sus derechos frente a terceros cuando el testamento lesione dicha legítima colectiva. De esta forma, el ordenamiento vasco parece optar por la preterición como derecho colectivo de los herederos a ser nombrados en el testamento[70].

El Código de Derecho foral de Aragón[71], aunque también prevé la exclusión voluntaria de un legitimario sin causa alguna, conoce la preterición en su Capítulo IV. Sin embargo, la preterición que incluye es la "errónea" pues la intencional se asemeja a la desheredación injusta tácita. En el Derecho civil aragonés la legítima es global y la preterición se entiende

[68] I. Garrote Fernández–Díez, *El testamento…*, *op. cit.,* pp. 152–154; F. Carol Roses, "La preterición: entre la libertad para testar y los derechos fundamentales. Una revisitación del derecho foral y de los ordenamientos comparados", *Rev. crit. der. inm.,* nº 759, 2017, pp. 421–447.

[69] BOPV, nº 124, 3 julio 2015.

[70] En torno a los problemas que plantea la equiparación de ambos tipos de preterición y la coexistencia del Derecho civil vasco con el Código civil común, N. Magallón Elósegui, "La vecindad civil y los conflictos intertemporales en la Ley de Derecho civil vasco", *CDT*, vol. 11, nº 2,2019, pp. 253–269. Sobre la legítima en la Ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco, *vid*. J. Fernández Bilbao y Paz, "El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho Civil Vasco", *El Derecho civil vasco del siglo. XXI,* Bilbao, Parlamento Vasco, 2016, pp. 423–454.

[71] Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba con el Título "Código de Derecho Foral de Aragón" el texto refundido de las de las leyes civiles aragonesas. BOA nº 67, 29.3.2011.

como medio de tutela de la voluntad del testador (libertad de disposición efectiva) no como protección de la legítima individual[72]. Tal y como establecía en su Exposición de Motivos la Ley 1/1999 de Sucesiones de Aragón[73]: se ha regulado la preterición de acuerdo con lo que se entiende debe ser su función dentro del Derecho aragonés que es evitar que un legitimario de grado preferente quede excluido de la herencia sin haberlo querido así el causante, como consecuencia de que éste, al disponer, desconocía la existencia del legitimario o su condición. En estos casos (art. 508.1º) el legitimario preterido tiene derecho a una porción en el caudal relicto igual a la del menos favorecido por el causante, salvo que hayan sido preteridos todos o el único legitimario de grado preferente que se produce la delación *ab intestato* de todo el caudal relicto, a no ser que haya sido designado heredero o legatario algún otro descendiente.

32. Las acuciantes diferencias existentes en torno a la preterición y a su labor protectora pueden plantear problemas de delimitación del ámbito de aplicación de las normas de conflicto y de calificación cuando, una vez señalada la ley aplicable, la preterición conforme al ordenamiento jurídico extranjero pudiera quedar encuadrada en una categoría normativa distinta a la que se tuvo en cuenta por la ley del foro para elegir la norma de conflicto[74]. Los problemas de calificación en la norma de conflicto se manifestarán cuando se pretenda aplicar una determinada ley para regular una controversia en torno a la preterición que obligará el juez del foro a comprobar si reúne las características precisas para poder ser subsumida dentro de las categorías del supuesto de la norma de conflicto que declara aplicable el ordenamiento en el que la pretensión litigiosa encuentra su fundamento[75]. Pongamos como ejemplo un heredero póstumo preterido en una sucesión de un causante que tiene residencia habitual en Madrid cuando otorga testamento, pero que posteriormente se traslada a vivir a Francia donde fallece. El preterido va a intentar anular la institución de heredero y abrir el testamento *ab intestado* conforme a la ley sucesoria anticipada del art. 24 del Reglamento que señala al Código civil español como ley aplicable. En ese caso, el juez francés tendrá que analizar si puede subsumir la preterición en la norma de conflicto utilizada y en esa operación se podría

[72] Mª A. Parra y A. Barrio, "La legítima en el Derecho aragonés", en T. F. Torres García (coord.), *Tratado de Legítimas*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 359–414, pp. 390 y 399.

[73] Ley 1/1999, de Sucesiones por Causa de Muerte, BOA nº 26, 4.3.1999. *Vid.* J.A. Serrano García, "La legítima en Aragón", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, nº 16, 2010, pp. 1–68.

[74] J. C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado,* 3ª ed., Cizur Menor, Thomson–Civitas, 2004, pp. 140–141.

[75] Tal y como apunta N. Bouza Vidal, *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional,* Madrid, Tecnos, 1977, p. 57.

llegar a plantear aplicar la ley francesa e integrarla dentro del ámbito de aplicación de la ley sucesoria.

33. Como podemos observar, someter dicha posibilidad a la determinación de la naturaleza jurídica de la relación según la ley del foro o según la *lex causae*[76] simplificaría la labor de la calificación y la haría depender de la naturaleza jurídica de las normas de Derecho sustantivo prescindiendo de la interpretación autónoma de los conceptos empleados por las normas de conflicto[77]. La delimitación de la naturaleza jurídica de una figura como la preterición en aras a vincularla al carácter material de la legítima o al carácter formal de la voluntad del testador debe ser una operación previa y exige una búsqueda paralela, o posterior, de correspondencia en la norma de conflicto europea. Desde ese punto de vista, la calificación afecta a la interpretación de las categorías de conexión utilizadas por la norma de conflicto[78].

La solución, por tanto, debería emanar de la propia norma de conflicto y no puede quedar al albur de las interpretaciones de los ordenamientos internos, sino que exige una interpretación autónoma de los conceptos utilizados por las normas de conflicto del Reglamento europeo y una elaboración de "conceptos propios"[79] que nos alertan de las dificultades de la unificación conflictual ante la diversidad material existente en el Derecho de sucesiones.

34. La calificación autónoma de la norma de conflicto europea tampoco puede prescindir de su carácter funcional[80] y entre los fundamentos que justifican la elección de uno u otro momento para delimitar la ubicación de la preterición en la ley sucesoria o en la ley sucesoria hipotética también se hallan objetivos propios de su naturaleza internacional, aunque en muchos casos se encuentren orientados materialmente por la función que se le

[76] F. Rigaux, *La théorie des…, op.cit*, pp. 45–78.

[77] N. Bouza Vidal, *Límites…, op. cit.,* p. 54

[78] H. Battiffol, "Principes…", *loc. cit.*, p. 367.

[79] S. Álvarez González, "Comentario al art. 12 del Código civil", en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales,* t. 1 vol. 2, 2ª ed., Madrid, Edersa, 1995, pp. 843–880; sobre las primeras interpretaciones del TJUE en la aplicación del Reglamento, *Vid.* G. Palao Moreno, "El Reglamento europeo de sucesiones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión", *Insights and Proposals Related to the Application of the European Succession Regulation 650/2015,* Biblioteca de la Fondazione italiana del Notario, 2109, 1, pp. 79–98; *id*., "El Reglamento europeo de sucesiones: primeros pasos de su interpretación por el TJUE y de su aplicación práctica en España", en *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al Prof. Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas 2020, pp. 435–450.

[80] B. Audit, "Le caractère fonctionnel de la règle de conflit", *Recueil des Cours*, t. 186, 1984–III; pp. 223–397, p. 307.

concede a la institución. En esta línea, veíamos que la ley sucesoria aplicable a las legítimas se dirige a proteger los derechos sucesorios de determinados herederos y la aplicación de la ley sucesoria anticipada a la validez y admisibilidad del testamento apuesta por una norma *favor negotii*; sin embargo, no sabemos dónde se ubica la preterición.

V. CONCLUSIONES

35. El Reglamento de Sucesiones se ha enfrentado a la unificación de las normas de conflicto lidiando con una diversidad material que se pone de manifiesto en los problemas de delimitación de su ámbito de aplicación. A la hora de configurar las normas de conflicto que van a regular las sucesiones europeas se han ido eligiendo entre las distintas opciones apostando por soluciones que, inevitablemente, muestran una orientación material que va a predeterminar la mayor o menor libertad de disponer por causa de muerte en las sucesiones internacionales. La unidad en la ley aplicable a la sucesión constituye una primera apuesta a favor de la seguridad jurídica y la previsibilidad en la sucesión, al estar dirigida a evitar un fraccionamiento en tantas leyes como lugares pueden estar situados los bienes del causante. La introducción de la ley sucesoria anticipada como ley aplicable a la admisibilidad y validez de las disposiciones testamentarias se puede considerar la segunda opción a favor del mismo objetivo, en tanto se dirige a garantizar la validez del testamento, aun cuando sea una ley distinta la que se ocupa de regular la sucesión.

37. Sin embargo, el sometimiento de la legítima y otras restricciones a la libertad de testar a la ley sucesoria se presenta paradójicamente como una disposición distinta tendente a proteger los derechos de determinados herederos en detrimento de la libre disposición del causante. Y el predominio de los sistemas legitimarios más estrictos por encima de la libertad de testar es una muestra de ello. El sometimiento de la legítima a la ley sucesoria refleja un concepto sustantivo de legítima que no garantiza ni la seguridad ni la previsibilidad jurídica del causante, ni de sus legitimarios. Así que, a pesar de que en un principio podríamos pensar en la voluntad del causante como ley de la sucesión y en la sucesión legal como método subsidiario, finalmente prevalece la sucesión legal frente a la autonomía de la voluntad en la medida que cualquier acto realizado por el causante va a quedar sujeto a la ley aplicable a la sucesión.

Para contrarrestar posibles perjuicios el Reglamento introduce la *professio iuris* que permite al causante elegir la ley rectora de su sucesión

dotándole de mayor certeza. A pesar de ello, a lo largo del trabajo no nos hemos detenido en esta posibilidad porque nos parece una opción limitada de la que no se tiene la debida conciencia; además de que su carácter restrictivo puede no resultar atractivo para el causante cuando no quiera someter su sucesión a la ley de su nacionalidad o le resulte complicado prever cuál va a ser su residencia en el momento del fallecimiento.

38. El *dépeçage* resultante de la dualidad entre ley de la sucesión y ley sucesoria anticipada también puede comportar incertidumbres en la delimitación de sus correspondientes ámbitos de aplicación y problemas de calificación ligados a figuras como la preterición no incluidas expresamente en el Reglamento. La falta de mención del Reglamento de esta figura unida a su particular naturaleza jurídica, ligada al ámbito material o formal de la legítima, nos lleva a cuestionar la categoría jurídica en la que se integra y consiguientemente la ley aplicable a las cuestiones litigiosas en la que concurre. La ausencia en el Reglamento de una calificación autónoma basada en los objetivos inherentes a las normas de conflicto deja abiertas las posibilidades sobre el lugar donde se ubicaría y nos permite plantear su potencial inclusión en los aspectos que se integran en la "validez" de las disposiciones testamentarias.

BIBLIOGRAFÍA

Álvarez González, A.: "El Reglamento 650/2012: disposiciones referentes a la sucesión de determinados bienes, reenvío y orden público", en E. Ginebra y J. Tarabal (dirs.), *El Reglamento (UE) 650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegio de Notarios de Cataluña, Thomson, Madrid, 2016, pp. 135–159.

—— : "Comentario al art. 12 del Código civil", en M. Albaladejo y S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* t.1 vol. 2. 2º ed. Madrid 1995, pp. 843–880.

—— : "Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos", *AEDIPr* 2011, t. XI, pp. 369–406.

—— : "La *professio iuris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria", en Mª. P. García Rubio (coord.) *Estudios jurídicos en memoria del Profesor José Manuel Lete del Rio,* Cizu Menor, Civitas–Thomson–Reuters, 2009, pp. 17–49.

Arechederra Aranzadi, I.: "Los sistemas legitimarios ante el derecho interregional", *Revista de Derecho Privado,* 1976, pp. 503–515.

Audit, B.: "Le caractère fonctionnel de la règle de conflit", *Recueil des Cours,* t. 186, 1984–III; pp. 223–397.

Azcárraga Monzonís, C.: "Art. 23. Ámbito de la Ley aplicable", en J.L. Iglesias Buiges y G. Palao Moreno (dirs.), *Sucesiones internacionales. Comentarios al Reglamento* (UE*) 650/2012*. Tirant lo blanch, Valencia, 2015, pp.,161–174.

Batiffol, H.: "Principes de droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 97, 1959–II, pp. 431–574.

—: "Refléxions sur la loi aplicable aux successions", *RabelsZ,* 23, 1958, pp. 791–801.

Blanco–Morales Limones, P.: "Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 22, 2012, pp. 67–98.

Bonomi, A.: "Testamentary Freedom or Forced Heirship? Balancing Party Autonomy and Protection of Family Members", *Nederlands Internationaal Privaatrecht,* 2010, pp. 605–610.

— : "Quelle protection pour les héritiers réservatiers sous l'empire du futur règlement européen*?", Droit international privé: travaux du Comité français de droit international privé,* 19e année, 2008–2010. 2011. pp. 263–292.

— : "Testamentary Freedom or Forced Heirship? Balancing Party Autonomy and the Protection of Family Members"; M. Anderson, & E. Arroyo (eds.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom*, Groningen, Europa Law Publishing, 2011, pp. 27–38.

—: "Successions internationales: conflits de lois et de jurisdictions", *Recueil des Cours,* t. 350, 2011, pp. 71–418.

— : "Il regolamento europeo sulle successioni", *Rivista di diritto internazionale privato e processualle,* 2013–2, pp. 293–324.

Bonomi, A., y Wautelet, P.: *El Derecho europeo de sucesiones. Comentario al Reglamento (UE) nº 650/2012, de 4 julio 2012,* Cizur Menor, Thomson/Reuters/Aranzadi, 2015.

Calvo Caravaca, A.L.: "La sucesión hereditaria en el Derecho internacional privado español", *Revista General de Derecho*, 1986, pp. 3103–30131.

Carol Roses, F.: "La preterición: entre la libertad para testar y los derechos fundamentales. Una revisitación del derecho foral y de los ordenamientos comparados", *Rev. crit. der. inm*., nº 759, 2017, 421–447.

Castellanos Ruiz, E.: *Unidad vs. Pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001.

Davi, A. y Zanobetti, A.: "Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'unione europea", *CDT*, vol. 5, nº 2, pp. 1–135.

Davi, A.: "Rifflisioni sul futuri Diritto internazionale privato europeo delle successioni", *Rivista di diritto internazionale,* 2005, nº 2, pp. 297–341.

Fernández Bilbao y Paz, J.: "El apartamiento y el cálculo de la legítima en la Ley de Derecho Civil vasco", en *El Derecho civil vasco del siglo XXI,* Bilbao, Parlamento Vasco, 2016, pp. 423–454

Fernández Rozas, J.C., y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho internacional privado,* 6ª ed., Cizur Menor, Civitas, 2011.

Fernández–Tresguerres, A.: *Las sucesiones "mortis causa" en Europa: aplicación del Reglamento (UE) nº 650/2012,* Cizur Menor, Thomson-Reuters, Aranzadi, 2016.

Font i Segura, A.: "Los pactos sucesorios en el Reglamento sucesorio europeo: dos cuestiones relevantes", en E. Ginebra y J. Tarabal (dirs.), *El Reglamento (UE)650/2012: su impacto en las sucesiones transfronterizas*, Colegio de Notarios de Cataluña, Thomson, Madrid 2016, 2016, pp. 161–192.

—— : "La sucesión hereditaria en Derecho interregional", *Anuario Derecho Civil,* 2000–1, pp.23–81.

Galicia Aizpurua, G.: "En torno a la revisión de las legítimas: casos vasco y estatal", *InDret,* octubre 2017, pp. 1–31.

Garrote Fernández–Díez, I.: *El testamento viciado por preterición no intencional en el Código civil y en los derechos civiles forales*, Granada, Comares, Estudios de Derecho Privado, 2004.

González Campos, J.D.: "El paradigma de la norma de conflicto multilateral", en *Estudios jurídicos en homenaje a Aurelio Menéndez*, t. IV, Madrid, Civitas, 1996, pp. 5239–5270.

Magallón Elósegui, N.: "La vecindad civil y los conflictos intertemporales en la Ley de derecho civil vasco", *CDT,* 2019, vol. 11, nº 2, pp. 253–269.

Miquel González, J.M.: "Notas sobre la voluntad del testador", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma*, nº 6, 2002, pp. 153–190.

Palao Moreno, G.: "El Reglamento europeo de sucesiones: primeros pasos de su interpretación por el TJUE y de su aplicación práctica en España", *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho: Homenaje al Prof. Doctor José Carlos Fernández Rozas*, Cizur Menor, Civitas, 2020, pp. 435–450.

—— : "El Reglamento europeo de sucesiones en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión", *Insights and proposals related to the application of the European Succession regulation 650/2015,* Biblioteca de la Fondazione italiana del Notario, 2109, 1., pp. 79–98.

Parra y A. Barrio, M.P.: "La legítima en el Derecho aragonés", en T.F. Torres García (coord.), *Tratado de Legítimas,* Barcelona, Atelier, 2012, pp. 359–414.

Rigaux, F.: *La théorie des qualifications en droit international privé*, Buselas / París, Larcier/ Durand-Auzias 1956.

Rodríguez Mateos, P.: "La sucesión por causa de muerte en el Derecho de la Unión Europea", *REEI,* nº 27, 2014, pp. 1–59.

Rodríguez –Uría Suárez, I.: "La Ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012", *InDret*, 2/2013, pp. 1–58.

Sánchez González, M.P.: "Legítimas y protección constitucional de la herencia", *Revista Jurídica del Notariado,* nº 9, pp. 367–412.

Serrano García, J.A.: "La legítima en Aragón", *Revista de Derecho Civil Aragonés*, nº 16, 2010, pp. 1–68.

Torres, T. y Domínguez: A.: "La legítima en el Código civil", en T. F. Torres García (coord.), *Tratado de Legítimas*, Barceloan, Atelier, 2012.

Vallet de Goytisolo, J.B., "El deber formal de instituir herederos legitimarios y el actual régimen de la preterición en los derechos civiles españoles", *Anuario de Derecho Civil,* vol. 20, nº 1, 1967, pp. 3–116.

—: "La voluntad del causante ley de la sucesión", en *Libro homenaje al Prof. Beltran Heredia y Castaño*, Salamanca, 1984.

Von Overbeck, A.: "Divers aspects de l'unification du droit international privé, spécialment en matiere de successions", *Recueil des Cours,* t. 104, 1961, III, pp. 34–633.

Wysocka, A.: "The Public Policy Clause in the EU Succession Regulation", *AEDIPr*, t. XI, 2011, pp. 919–936.

Recibido: 30 marzo 2020
Aceptado: 12 mayo 2020‘

Personal de vuelo de las compañías aéreas ¿trabajadores desplazados?

Noelia FERNÁNDEZ AVELLO*

SUMARIO: I. Introducción: El lugar de trabajo habitual como punto de partida. II. Particularidades de la contratación laboral en el sector aéreo. 1. Las prácticas de contratación de las compañías *low cost.* 2. La base de operaciones como "indicio significativo". III. Supuestos de desplazamiento genuino. IV. Conclusiones.

RESUMEN: Existen problemas de calificación de la relación laboral del personal de vuelo de las aerolíneas y, en particular, para aplicar a los trabajadores de este concreto sector del transporte internacional determinadas categorías entre las que se encuentra el desplazamiento transnacional de trabajadores. Esto se debe en buena medida a la indeterminación respecto a cuál es su lugar de trabajo habitual, que persiste tras la STJUE de 14 septiembre 2017, pese a que con la Sentencia se confirmó la relevancia de la base de operaciones a efectos de la determinación de la competencia judicial y la ley aplicable. En este contexto, las prácticas de algunas compañías aéreas contribuyen a que pervivan situaciones que pueden considerarse desplazamientos ficticios.

PALABRAS CLAVE: PERSONAL DE VUELO. - LUGAR DE TRABAJO HABITUAL. - DESPLAZAMIENTO DE TRABAJADORES. - AEROLÍNEAS. - PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES.

Airline flight personnel, posted workers?

ABSTRACT: There are problems with the qualification of the employment relationship of this group of international transport workers and to apply certain categories among which is the transnational posting of workers. This is largely due to the uncertainty regarding the usual place of work of aircrews, which persists after the judgement of the European Court of Justice of September 14, 2017, even though the relevance of the home base for the purpose of determining

* Becaria FPI de Derecho internacional privado, Universidad de Oviedo. Miembro del Grupo de Investigación Consolidado de Derecho Europeo del Principado de Asturias "EURODER–UNIOVI–IDI/2018/000187". El presente trabajo se adscribe al Proyecto de I+D DER2017–86017–R, "Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE", concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, en los términos del art. 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE 2.6.2011).

ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.14

judicial jurisdiction and applicable law was confirmed. In this context, the practices of some airlines contribute to the continuity of situations that can be considered fictional displacements.

KEYWORDS: FLIGHT STAFF. - USUAL PLACE OF WORK. - POSTING OF WORKERS. - AIRLINES. - PROTECTION OF WORKERS.

I. INTRODUCCIÓN: EL LUGAR DE TRABAJO HABITUAL COMO PUNTO DE PARTIDA

Las condiciones laborales del personal de vuelo de las aerolíneas se han convertido en el contexto actual, caracterizado desde hace tiempo por el auge de las compañías *low cost,* en un tema objeto de atención en Europa. Pese a que la incertidumbre en cuanto al régimen jurídico laboral que les resulta aplicable y la complejidad que reviste su determinación ya eran conocidas, la preocupación por la situación de estos trabajadores y sus reivindicaciones han adquirido mayor protagonismo durante los últimos años, evidenciándose la precarización de las condiciones de trabajo y empleo a la que muchos trabajadores de este sector se han visto sometidos[1].

En el reciente informe *Estrategia de aviación para Europa: mantener y promover los altos niveles sociales*, la Comisión Europea alude al impacto negativo de las prácticas de ciertas compañías aéreas sobre las condiciones laborales de las tripulaciones de vuelo[2]. Esta situación puede generar inseguridad jurídica y da lugar a diferentes niveles de protección de los trabajadores, así como a condiciones de competencia desiguales entre las compañías aéreas[3]. Ciñéndonos específicamente a aquellas cuestiones problemáticas con trascendencia desde el punto de vista de la aplicación de las normas de Derecho internacional privado, la Comisión se refiere, en particular: a la dificultad para determinar la jurisdicción competente y la legislación aplicable, al empleo a través de intermediarios y a las cadenas de

[1] De forma unánime, se sitúa la liberalización del sector aéreo como punto de partida de la rebaja de las condiciones de trabajo. A la progresiva liberalización, siguió la emergencia y éxito de las compañías *low cost*, determinante de la situación actual. Una somera descripción de la evolución del sector de la aviación civil internacional durante los últimos años puede encontrarse en R.M. Rodríguez Romero, "Trabajadores aéreos en el ámbito comunitario y su protección frente al dumping social intracomunitario", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 47, 2017, pp. 352–359.

[2] Informe de la Comisión, *Estrategia de aviación para Europa: mantener y promover los altos niveles sociales*, de 01/03/2019. El informe se apoya y toma sus conclusiones del "Estudio Ricardo" (C. Brannigan y otros, *Study on employment and working conditions of aircrews in the EU internal aviation market*, Final report, 2019), encargado por la Comisión con el fin de obtener más información con respecto a la situación de la tripulación de vuelo y sus condiciones de empleo y de trabajo en el mercado actual de la aviación de la UE, así como en otros estudios externos.

[3] *Ibíd.*, p. 2.

relaciones de empleo complejas, al recurso a trabajadores autónomos y al desplazamiento de trabajadores[4]. El desplazamiento emerge por tanto como una de las cuestiones que afectan de forma particular a los trabajadores de vuelo de las aerolíneas, por lo que resulta pertinente tratar de determinar en qué situaciones les resulta aplicable la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento temporal de trabajadores[5].

La Directiva 96/71/CE supone una modificación de las normas conflictuales del Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que, como es sabido, establece en su art. 8.2º que el contrato se regirá por la ley del país en el cual o a partir del cual el trabajador realice su trabajo habitualmente, salvo ley más estrechamente vinculada. La relevancia jurídica de identificar un desplazamiento genuino reside fundamentalmente en la determinación de la ley aplicable a la relación laboral[6]. Cuando se identifique una situación que encaje en la noción de desplazamiento de la Directiva, continuará siendo aplicable la ley del país de ejecución habitual de la prestación de servicios (que funcionará como Estado de origen)[7], si bien se considerará la ley del Estado de desplazamiento (Estado de destino) para velar por el cumplimiento de las garantías establecidas en el mismo con el objetivo de proteger al trabajador. Por el contrario, cuando nos encontremos ante una situación que – pese a poder asimilarse en cierta medida – no constituya un desplazamiento, únicamente procederá la determinación de la ley aplicable conforme al art. 8 del Reglamento Roma I[8] y, por esta vía, las autoridades del Estado de destino –en este caso, lugar de trabajo habitual– pueden aplicar íntegramente su ley laboral.

La Directiva 96/71/CE tiene como objetivo último la garantía de la libre prestación de servicios, sin perjuicio de que se mencione también la libertad

[4] Todas ellas son consideradas como algunos de los desafíos a los que se enfrenta el sector de la aviación en el ámbito laboral y frente a los cuales la Comisión propone las correspondientes acciones. Tanto la Comisión en su informe, como los estudios que toma como referencia, se refieren además a otras cuestiones problemáticas: la incidencia de la dimensión social sobre las condiciones de seguridad; los contratos "pagar para volar" (pilotos que se ven obligados a pagar para poder obtener experiencia de vuelo); la preocupación por la calidad de la formación que reciben los pilotos; las condiciones de las tripulaciones procedentes de países que no son miembros de la UE; y la necesidad de promover el equilibrio de género y entre la vida profesional y la vida privada.

[5] Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 diciembre 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

[6] *Cf.* F.J. Gómez Abelleira, "Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo", *CDT*, vol. 10, nº 1, 2018, p. 214.

[7] *Cf.* S. Maestre, "Retos y avances para la movilidad internacional en España: el traslado intraempresarial y el desplazamiento temporal de trabajadores", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* nº 49, 2018, p. 37.

[8] *Cf.* F.J. Gómez Abelleira*, loc. cit.*, pp. 214–215.

de circulación de los trabajadores y de que, con el objetivo de proteger al trabajador, se introduzca un núcleo duro de condiciones de trabajo que deben ser respetadas aplicando la ley del Estado de destino[9]. El concepto de trabajador desplazado de la Directiva es autónomo[10] y, aunque no está expresamente definido, se deriva de la regulación de su ámbito de aplicación[11]. Para que pueda tener lugar un desplazamiento conforme a la Directiva ha de mantenerse una relación laboral entre empresa que desplaza y el trabajador desplazado durante todo el tiempo que dure el desplazamiento, éste ha de ser temporal – durante un periodo de tiempo limitado – y debe producirse en el marco de una auténtica prestación transnacional de servicios[12]. Como es evidente, se trata de un supuesto en el que, en todo caso, la temporalidad implica la voluntad e intención de retorno del trabajador[13], pero esta exigencia únicamente implica la vuelta al

[9] *Cf.* D.M. Cairós Barreto, "El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos y elusión de normas. Los desplazamientos realizados a través de empresas de trabajo temporal", en O. Fotinopoulou Basurko (coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 122–124 y 146. En el art. 6 de la Directiva 96/71/CE se prevé la competencia la de los tribunales del Estado de destino en lo relativo a estas condiciones de trabajo y de empleo con el fin de salvaguardar su cumplimiento.

[10] *Cf.* M.I. Ribes Moreno, "El concepto de trabajador temporalmente desplazado", en O. Fotinopoulou Basurko (coord.), *El desplazamiento…*, *op. cit.*, p. 99.

[11] *Cf.* F.J. Gómez Abelleira, *loc. cit.*, p. 215. En el art. 1.3º se establecen los supuestos de hecho en que puede producirse un desplazamiento, quedando circunscritos a tres situaciones: cuando una empresa desplaza con carácter temporal trabajadores a otro Estado miembro para realizar una prestación de servicios para otra empresa, en el marco de un negocio jurídico concertado entre ambas y bajo la dirección de la empresa de origen; en el marco de un contrato de suministro de mano de obra; o en el marco de las relaciones entre un grupo de empresas. En el art. 2, por su parte, se define al trabajador desplazado como aquel que "durante un periodo de tiempo limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente".

[12] Los requisitos son enunciados con bastante generalidad y falta de concreción, de forma que la determinación del ámbito objetivo de la Directiva se convierte en la manera de determinar la aplicación de la regulación material de la norma, y también, en un elevado número de supuestos, en la delimitación del ámbito lícito del desplazamiento. (*Cf.* D.M. Cairós Barreto, *loc. cit.,* p. 126).

[13] La temporalidad del desplazamiento se configura como un concepto jurídico indeterminado, subjetivo y ambiguo, con la consiguiente dosis de inseguridad jurídica (*Cf. ibid.*, p. 131–132). En el art. 4.2º Directiva 2014/67/UE se ordena la realización de un estudio global de todas las circunstancias que rodean la prestación de servicios por parte de las autoridades competentes del Estado de acogida, y se señalan algunos elementos especialmente útiles para determinar si el establecimiento en el estado de destino es temporal o no: a) si el trabajo se realiza durante un período limitado en otro Estado miembro; b) la fecha de inicio del desplazamiento; c) si el desplazamiento se realiza a un Estado miembro distinto de aquel en el que o desde el que el trabajador desplazado suele desempeñar su labor, de acuerdo con el Reglamento (CE) nº 593/2008 (Roma I) o el Convenio de Roma; d) si el trabajador desplazado regresa o está previsto que vuelva a trabajar al Estado miembro desde el que se desplaza, una vez terminado el trabajo o prestados los servicios para los que fue desplazado; e) la naturaleza de las actividades; f) si el empleador proporciona el viaje, la manutención o el alojamiento del trabajador al que desplaza o

Estado de origen, y no que tras regresar al mismo el trabajador continúe trabajando para el mismo empleador. Al exigir únicamente el regreso al Estado de origen, la Directiva parece amparar en ciertos supuestos las contrataciones laborales *ex novo*, es decir, que el contrato se formalice expresamente para la prestación de servicios en otro Estado, e incluso que éste tenga la misma duración que la prestación de servicios transnacional, de forma que la relación entre empleador y trabajador no existiese previamente ni continúe con posterioridad[14].

Al igual que las posteriores Directivas que la han modificado y complementado[15], la Directiva 96/71/CE no excluye de su ámbito de aplicación a los trabajadores móviles o itinerantes, categoría en la que se encuadra a los trabajadores del transporte aéreo, por lo que resulta aplicable al personal de las aerolíneas que presta servicios a bordo de aeronaves[16]. No obstante, la regulación y el control sobre los desplazamientos transnacionales de trabajadores se dificulta aún más en estos casos y las especificidades de las fuerzas laborales de los distintos sectores del transporte requieren ser tenidas en cuenta a estos efectos[17].

---

reembolsa esos gastos, y, de ser así, de qué forma se los proporciona o el método de reembolso; g) los períodos previos en que el puesto haya sido ocupado por el mismo o por otro trabajador (desplazado).

[14] Esto no significa que la Directiva no pueda aplicarse en otras situaciones, sino que el hecho de que el desplazamiento se lleve a cabo en el marco de un contrato de trabajo preexistente o que se formalice con el único objetivo de desplazar al trabajador es irrelevante en buena medida. Sin embargo, en el Reglamento Roma I el desplazamiento temporal a otro Estado constituye una vicisitud que se enmarca en una relación laboral que existe previamente y continúa con posterioridad. En este sentido, pueden distinguirse dos concepciones de desplazamiento diferentes en Roma I y en la Directiva de desplazamiento, ya que mientras que en la Directiva la concepción de la temporalidad se define por contraste con el país en el que el trabajador desplazado habitualmente trabaja, en Roma I la temporalidad se configura en el marco de una relación laboral de más larga duración con el empleador de origen, de la que el desplazamiento temporal es un mero episodio. En cualquier caso, tanto en una norma como en otra la temporalidad se configura como requisito *sine qua non*, definitorio de la situación de desplazamiento. *Cf.* F.J. Gómez Abelleira, *loc. cit.,* pp. 223–225.

[15] Directiva 2014/67/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 mayo 2014, relativa a la garantía de cumplimiento de la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n ° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior ("Reglamento IMI"); y Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 junio 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

[16] De lo contrario, hubieran sido expresamente excluidos de su ámbito de aplicación, como ocurre con el personal navegante, *vid.* M.I. Ribes Moreno, *loc. cit.*, p. 111–114.

[17] *Vid.* A. García Trascasas, "Desplazamientos de trabajadores y acciones colectivas en conflictos transnacionales", en O. Fotinopoulou Basurko (coord.), *El desplazamiento…*, *op. cit.*, pp. 277–279. De la complejidad que reviste la aplicación del concepto de desplazamiento transnacional de trabajadores en el sector del transporte constituye una buena muestra la

La movilidad no es una circunstancia excepcional sino una característica esencial y consustancial a estas prestaciones de servicios, internacionales e itinerantes por naturaleza[18], por lo que existe una perenne complejidad a la hora de determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable al contrato de trabajo. Esta complejidad se deriva del difícil encaje del concepto de lugar de trabajo habitual, sobre el que se construye a su vez el concepto de trabajador desplazado, ya que la localización del lugar de trabajo habitual –o Estado de origen– constituye el punto de partida ineludible para la aplicación de la Directiva de desplazamiento[19].

En estas circunstancias, resulta complejo determinar en qué medida resulta pertinente la aplicación al personal de vuelo de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores. Sin embargo, resulte aplicable o no la noción de desplazamiento, estos trabajadores son víctimas de las situaciones que en alguna medida la Directiva 96/71/CE trataba de combatir, pues las estrategias de algunas compañías aéreas a la hora de contratar a su personal de vuelo son un claro ejemplo de fraude y *dumping* social[20].

II. Particularidades de la contratación laboral en el sector aéreo

1. Las prácticas de contratación de las aerolíneas low cost

Para tratar de determinar en qué medida la prestación de servicios a bordo de aeronaves encaja en la regulación del desplazamiento de trabajadores es necesario acercarse brevemente al contexto laboral en el sector aéreo y, en particular, a determinadas prácticas que, por su extensión,

reciente STJUE de 19 diciembre 2019, asunto C–16/18, *Michael Dobersberger contra Magistrat der Stadt Wien (Dobersberger).* Aunque en este caso la prestación de servicios se desarrolla a bordo de trenes, la sentencia evidencia las dificultades que puede entrañar la localización de un Estado de origen y un Estado de destino en las prestaciones de servicios caracterizadas por su itinerancia intrínseca, cuando a estas dificultades se suman otras circunstancias como las subcontratas o la contratación de los trabajadores por medio de compañías intermediarias. Sobre la dificultad que la movilidad implica de cara a la determinación del lugar de trabajo habitual *vid.* N. Marchal Escalonada, "Lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo: ayer, hoy y mañana", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 2004, pp. 1693–1701.

[18] *Cf.* A. Selma Penalva, "Aspectos prácticos de la movilidad internacional de trabajadores en una economía globalizada", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 47, 2018, p. 199–200.

[19] *Cf.* O. Fotinopoulou Basurko, *Habitualidad vs temporalidad en los contratos de trabajo ligados al transporte internacional,* Barcelona, Atelier, 2019, p. 36.

[20] *Vid.* Trafikstyrelsen Danish Transport Authority*, Report of the working group on "Social dumping" in aviation*, 2014.

lo definen actualmente[21]. Aunque estas fórmulas de contratación fueron introducidas por las aerolíneas *low cost,* cuyos modelos de relaciones laborales se contraponían a los adoptados por las compañías tradicionales, estas últimas también las han adoptado de diferentes formas[22].

El caso de la aerolínea *Ryanair* puede considerarse representativo de las prácticas de contratación y las condiciones de empleo ofrecidas por las compañías *low cost*. Al tratar estas cuestiones, resulta inevitable referirse a esta concreta aerolínea, ya que el largo historial de conflictividad laboral con sus trabajadores ha dado lugar a una profusa litigiosidad[23] y al primer pronunciamiento específico del TJUE respecto al lugar de ejecución del trabajo del personal de vuelo en la STJUE 14 septiembre 2017, *asunto Nogueira y otros*[24]. De esta sentencia y de la jurisprudencia nacional que ha derivado de los litigios iniciados por los trabajadores de *Ryanair*[25] se puede extraer un claro esquema en cuanto a la realidad fáctica que caracteriza la

[21] Como el citado informe de la Comisión Europea pone de manifiesto, en el sector aéreo proliferan fórmulas de contratación que dan lugar a relaciones atípicas. *Vid.* Y. Jorens y otros, *Atypical Forms of Employment in the Aviation Sector*, European Social Dialogue, European Commission, 2015, en particular pp. 53–86.

[22] Es un hecho conocido que la estrategia competitiva de las aerolíneas de bajo coste se basa en una drástica reducción de los precios de los vuelos, y que esta reducción se produce en parte a costa de la reducción de los costes sociales. El éxito de estas compañías implicó la extensión de sus prácticas de contratación y empleo, y por ello, actualmente éstas son definitorias y características del panorama laboral en el sector de la aviación internacional. En este sentido, *vid.* G. Harvey, P. Turnbull, *Evolution of the labor market in the airline industry due to the development of the low fares Airlines (LFAs*), ETF, final report, 2014.

[23] Uno de los episodios más recientes lo constituye el acuerdo alcanzado en diciembre de 2019 entre *Ryanair* y sus trabajadores del aeropuerto de Girona, rebajando sus condiciones laborales a cambio de que la compañía mantuviese su base en dicho aeropuerto. Las reivindicaciones de trabajadores y la acción de los sindicatos adquieren cada vez mayor trascendencia, y la Inspección de Trabajo ya ha intervenido en varias ocasiones, entre otras, ante las vulneraciones del derecho de huelga de los trabajadores por parte de la compañía. Para un completo repaso de la evolución del conflicto entre *Ryanair* y sus trabajadores y de la jurisprudencia a que éste ha dado lugar en España, *vid.* P. Juárez Pérez, "El conflicto de Ryanair: una lectura desde el Derecho internacional privado", *CDT,* vol. 11, nº 1, 2019, pp. 372–393.

[24] Asuntos acumulados C–168/16, C–169/16, *Sandra Nogueira y otros/Crewlink Ltd y Miguel José Moreno Osácar/Ryanair (Nogueira y otros)*.

[25] Entre esta jurisprudencia pueden citarse la STSJ Cataluña 26 marzo 2010 (ECLI: ES: TSJCAT: 2010:3907) o la STSJ Madrid 14 diciembre 2012 (ECLI: ES: TSJM: 2012:18626). Destaca entre la jurisprudencia previa a la STJUE 14 septiembre 2017, la STS 30 diciembre 2013 (ECLI: ES:TS:2013:6664), que, aunque con matices, ya falló en términos similares. Posteriormente a la sentencia del TJUE, han visto la luz la STSJ Valencia 9 enero 2018 (ECLI: ES: TSJCV:2018:239), la STSJ Cataluña 27 mayo 2019 (ECLI: ES: TSJCAT:2019:3088) y la STSJ Tenerife 2 septiembre 2019 (ECLI: ES: TSJICAN:2019:2361). También el TS ha tenido ocasión de pronunciarse al respecto con posterioridad en la sentencia de 24 enero 2019 (ECLI: ES:TS:2019:562), *vid* M. Basterra Hernández, "La competencia judicial internacional en el caso de los trabajadores aéreos: los ecos de Ryanair en España", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, nº 3, 2019, pp. 74–85.

contratación del personal de vuelo de esta aerolínea: los trabajadores son contratados desde el país en el que se encuentra la sede social de la compañía –Irlanda–, coincidente con la nacionalidad de la aeronave a bordo de la cual prestarán servicios, diferente en todo caso del Estado en el que se establece contractualmente el centro de operaciones de la aeronave –la base[26]–, ubicada en un determinado aeropuerto, lugar desde el cual[27] los trabajadores partirán y al que regresaran periódicamente en ejecución de su trabajo. Como normal general, en los contratos de trabajo se incluye una cláusula de sumisión a los tribunales irlandeses, así como una cláusula de elección de la ley irlandesa, que son sistemáticamente declaradas nulas – o ignoradas – por los tribunales[28]. Además, en los contratos de trabajo se hace

[26] El concepto de base aparece definido en el Anexo III del Reglamento 3922/91/CEE, Relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación Civil, como "lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente este comienza y termina un período de actividad o una serie de periodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante". Asimismo, en el Reglamento se establece la obligación de que por parte del operador sea asignada una base a cada miembro de la tripulación. La base de operaciones adquiere una gran trascendencia en el ámbito de la Seguridad Social, ya que el Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 abril 2004, sobre la coordinación de sistemas de seguridad social, se remite al concepto de base del anexo III del Reglamento 3922/91/CEE como criterio que determina la legislación aplicable en materia de Seguridad Social.

[27] Tanto el Reglamento Roma I como el Reglamento Bruselas I bis incorporaron a su redacción el término "desde" a la conexión del lugar de trabajo, completando el criterio de la *lex loci laboris* de forma que incluyese a aquellos trabajadores que prestan servicios en más de un Estado. Se pretendía incorporar la amplia concepción de lugar habitual de trabajo contenida en la jurisprudencia del TJUE en el marco del art. 21.1º.b) i) RBI bis, emanada de supuestos de desplazamiento temporal, y no de prestaciones de servicios itinerantes en el contexto del transporte internacional. El objetivo era, precisamente, que se pudiese aplicar esta conexión al personal que trabaja a bordo de aeronaves, siempre que exista una base fija a partir de la cual se organiza el trabajo y donde el personal ejerce otras obligaciones frente al empresario (*Cf.* O. Fotinopoulou Basurko, *op. cit.,* p. 46).

[28] En el caso de la cláusula contractual que prevé la atribución de la competencia judicial internacional a favor de los tribunales irlandeses, la ausencia de validez resulta evidente a la luz del art. 23 del Reglamento Bruselas I bis (*cf.* A. Hernández Rodríguez, "Personal de vuelo de las compañías aéreas: tribunal internacionalmente competente en materia de contrato individual de trabajo", *CDT*, vol.10, nº 2, p. 858). Sin embargo, en el caso de la cláusula de elección de la ley irlandesa, no cabe considerarla nula a priori, pues la clave de su eficacia radica en que no prive al trabajador de la protección otorgada por el ordenamiento que hubiera sido objetivamente aplicable de no mediar dicha elección (*cf.* P. Juárez Pérez, *loc. cit.,* p. 400). El problema radica, en primer lugar, en conocer cuál sería la ley aplicable en defecto de elección – lo que implica la precisión del lugar de trabajo habitual – y, posteriormente, en la necesidad de efectuar una comparación entre ambos ordenamientos que permita establecer cuál de ellos resulta más protector para el trabajador (*vid.* en este sentido, M. Gardeñes Santiago, "Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 132, 2017, pp. 163–188). Resulta muy llamativa la práctica de los tribunales españoles, que, cuando se han declarado competentes, han procedido a resolver los litigios conforme a la ley española, sin justificar su aplicación. Así, en la sentencia de 2 septiembre 2019, el TSJ de Santa Cruz de Tenerife se pronunció acerca de la incongruencia omisiva en la que incurría la sentencia de

constar que la prestación de servicios se considera realizada en Irlanda, puesto que las funciones se ejercen a bordo de aviones matriculados en dicho Estado miembro pertenecientes a la compañía aérea.

El caso *Ryanair* puede considerarse paradigmático, puesto que estas prácticas no son exclusivas de esta aerolínea, sino que tanto ésta como otras compañías *low cost* vinculan los contratos de trabajo a la legislación del país de la nacionalidad de la compañía, en lugar de reconocer como ley aplicable la del país donde se encuentra la base de operaciones asignada contractualmente a los trabajadores, lo que continúan haciendo usualmente las compañías tradicionales. De esta forma, se contribuye a crear una apariencia de vinculación con Estados que –presumiblemente– cuentan con una legislación menos protectora en materia de derechos laborales, en los que no se ejecuta la prestación de servicios y en los que con altísima probabilidad los trabajadores nunca habrán trabajado previamente.

En lugar de contratar directamente a su personal, las aerolíneas *low cost* acuden con asiduidad a sociedades que actúan como intermediarias en el reclutamiento y puesta a disposición de trabajadores, realizando una labor similar a la de las empresas de trabajo temporal[29]. Al igual que cuando las aerolíneas contratan directamente a su personal, las compañías intermediarias tratan de vincular los contratos de trabajo a legislaciones menos restrictivas para los intereses empresariales[30]. Prestan una amplia gama de servicios para las aerolíneas que pueden incluir la captación, la selección, la formación, el entrenamiento, la contratación y/o la administración de las plantillas, de forma continuada o para cubrir picos de demanda o bajas de otros trabajadores. Pueden asumir algunas o todas estas funciones, y algunas de estas compañías pertenecen a las propias aerolíneas o tienen una vinculación muy estrecha con las mismas, llegando a prestar servicios en exclusiva para una determinada aerolínea.

Las problemáticas que afectan a auxiliares de vuelo y pilotos varían y, en este sentido, la contratación temporal por medio de agencias de trabajo

primera instancia a juicio de *Ryanair*, negándola, al considerar que tal incongruencia omisiva no existía, pues al aplicar el Estatuto de los Trabajadores implícitamente el Juzgado de lo Social había reconocido como aplicable la ley española.

[29] Sin embargo, la contratación por medio de intermediarias no es exclusiva de las aerolíneas *low cost* (*vid.* C. Brannigan y otros, *Study on employment and working conditions of aircrews in the EU internal aviation market*, Final report, 2019, pp. 33–36).

[30] *Ibíd.*, p. 32. En el caso de *Ryanair*, las sociedades que utiliza la aerolínea para abastecerse de personal son siempre de nacionalidad irlandesa. Estas empresas son también demandadas por los trabajadores que plantean litigios contra la aerolínea. Esta circunstancia es alegada por *Ryanair* usualmente para tratar de poner de manifiesto su falta de legitimación pasiva, dada su presunta ajenidad en la relación laboral, argumento que ha sido unánimemente rechazado por los tribunales españoles al considerar que sí recae sobre ella la cualidad de empresario.

temporal u otras intermediarias es más común entre el personal de cabina, mientras que se presenta como un fenómeno relativamente novedoso y menos común para los pilotos[31]. Aunque ambos se ven insertos en cadenas de contratación complejas, en el caso de los pilotos, además, tras ser reclutados en ocasiones se les requiere para constituir o incorporarse a terceras compañías como socios, prestando posteriormente servicios en calidad de trabajadores autónomos[32]. Prestar servicios por cuenta propia imposibilita su consideración como trabajadores desplazados, puesto que la Directiva 96/71/CE no resulta aplicable a los trabajadores autónomos.

2. La base de operaciones como "indicio significativo"

En la sentencia de 14 septiembre 2017, el TJUE determinó que el foro del lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo del art. 19 del Reglamento Bruselas I no puede asimilarse al concepto de base, pero ésta sí constituye un indicio significativo para la determinación de este lugar. El TJUE manifestó expresamente en su fallo que, pese a tratarse de una cuestión de competencia judicial internacional, la interpretación autónoma del concepto no impide que sean tenidas en cuenta las disposiciones correspondientes al ámbito de la ley aplicable en virtud de las pretensiones de unificación jurídica entre los instrumentos de Derecho internacional privado europeo y del principio de coherencia[33]. La necesidad de una interpretación uniforme del concepto de lugar de trabajo habitual

[31] *Ibíd.*, p. 29. En uno y otro caso, la contratación por medio de intermediarias implica peores condiciones de trabajo y conlleva una menor satisfacción de los trabajadores, así como menores posibilidades de ejercer sus derechos colectivos.

[32] *Vid.* L.F. Carrillo Pozo, "Competencia judicial internacional en el trabajo aeronáutico (Desarrollos a partir de la sentencia del TJUE de 14 septiembre 2017)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 210, 2018, pp. 42–44. La sentencia de 2 septiembre 2019 del TSJ de Santa Cruz de Tenerife calificó la práctica descrita como una cesión ilegal de trabajadores. El caso resulta muy ilustrativo en cuanto a lo enrevesado de las cadenas de contratación en las que se ven inmersos los pilotos: el trabajador era socio de una empresa de servicios –*Franylee*– y a través de esta fue suscrito un contrato de prestación de servicios como capitán con *Brookfield* (contratista), para posteriormente prestar servicios en un avión propiedad de *Ryanair* (tomador). Un completo análisis de la sentencia del Juzgado de lo Social que dio lugar al pronunciamiento del TSJ puede encontrarse en E. Rojo Torrecilla, "Relación contractual laboral asalariada entre un piloto y Ryanair. Análisis de la importante sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Tenerife de 6 septiembre 2018", texto publicado en el blog del autor.

[33] *Cf.* S. Sánchez Lorenzo, "El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo", *REDI*, vol. 70, 2018, nº 2, p. 36. *Vid.* E. Zábalo Escudero, "Ley aplicable al contrato internacional de trabajo en el sector del transporte: la continuidad en la jurisprudencia del TJUE", en C. Esplugues Mota, G. Palao Moreno y M.A. Penadés Fons (coords.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 576–580.

implica que el fallo del TJUE tenga los mismos efectos en el ámbito de la ley aplicable.

El TJUE expuso en su razonamiento que el concepto de base es relevante de cara a la determinación efectiva del lugar a partir del cual el trabajador desempeña su trabajo, pero ambos conceptos no pueden equipararse directamente, sino que para la determinación del lugar de trabajo habitual debe utilizarse un método indiciario[34]. La importancia para identificar el lugar habitual de trabajo sólo desaparecería si en el caso concreto se aprecian elementos fácticos que evidencien la existencia de vínculos de conexión más estrechos con un lugar distinto, aunque el TJUE no precisó cuáles son estos elementos[35]. Se dota a la base de una relevancia significativa de cara a la determinación del lugar de trabajo, pero al mismo tiempo se la relega a mero indicio de entre los que deben ser tenidos en cuenta, pues no es determinante y debe valorarse en conjunto junto a otros. De esta forma, persiste la confusión respecto a cuál es lugar de trabajo habitual del personal de vuelo, porque el razonamiento del TJUE no permite conocer con certeza en qué medida la base de operaciones asignada al trabajador resulta determinante. Esto supone que, a efectos prácticos, se deja en manos de los tribunales nacionales la concreción del lugar de prestación habitual de servicios en cada caso[36].

De la sentencia de 14 septiembre 2017 pueden obtenerse pocas conclusiones: permite confirmar definitivamente que la noción de lugar habitual de trabajo resulta aplicable al personal de vuelo de las compañías

[34] La razón para negar esta identificación entre ambos conceptos reside en la falta de identidad en cuanto a la finalidad y objetivos del Reglamento 3922/91, de 16 de diciembre, relativo a la armonización de normas técnicas y procedimientos administrativos aplicables a la aviación civil, en cuyo anexo III se define el concepto de base, y el Reglamento 1215/2012. Coincidente con el criterio sostenido por el TJUE en este caso y respecto a la necesidad de evitar paralelismos automáticos entre Derecho material y Derecho conflictual se pronuncia S. Sánchez Lorenzo, *loc. cit*, p. 45.

[35] *Cf.* P. Juárez Pérez, *loc. cit.*, p. 394.

[36] En el caso de los trabajadores cuyo litigio dio lugar al planteamiento de la cuestión prejudicial por la Cour du Travail de Mons, ésta, tras declararse competente, declaró aplicable las normas laborales belgas (*Belgian court's decision is a victory for ryanair workers across Europe*, 14 de junio 2019, en [<https://www.fairtransporteurope.eu/belgian–court–decision–is–a–victory–for–ryanair–workers–across–europe/>]. En general, posteriormente los tribunales españoles han resuelto los litigios identificando la base de operaciones con el lugar de trabajo. Sin embargo, la STSJ Comunidad Valenciana 9 enero 2018 es una buena muestra de las consecuencias de la ambigüedad persistente tras el pronunciamiento del TJUE. El TSJ declaró la incompetencia de los tribunales españoles pues "el actor no desempeña su trabajo en el aeropuerto de Manises sino en una aeronave propiedad de Ryanair y de nacionalidad irlandesa. Es indiferente que se salga de Manises y se vuelva a Manises puesto que su lugar habitual de trabajo es el avión y no el aeropuerto valenciano". En palabras del TSJ, la solución alcanzada no contraviene la doctrina sentada por la sentencia del TJUE, pues el concepto de base únicamente es un indicio significativo que ha de ser valorado con el conjunto de circunstancias concurrentes.

aéreas[37], el TJUE se reafirma en la interpretación amplia del concepto de lugar de trabajo habitual[38] y en la subsidiaridad de la conexión del establecimiento del empleador[39], y se excluye que pueda identificarse el lugar de trabajo habitual con el Estado de la matrícula de la aeronave[40]. En general, quienes valoran positivamente la Sentencia lo hacen porque supone la adopción de la solución aparentemente más favorable a los trabajadores[41], dimensión tuitiva que se diluye por la ambigüedad del razonamiento del TJUE[42]. En todo caso, el pronunciamiento puede suponer un avance de cara a la clarificación del lugar de trabajo del personal de vuelo, pero es fácil vislumbrar varios puntos conflictivos.

En primer lugar, el TJUE fundamenta el recurso a un método indiciario para la determinación del lugar de trabajo en la necesidad de evitar que el concepto sea instrumentalizado y que se empleen estrategias de elusión de obligaciones[43]. Sin embargo, con un simple repaso a los hechos y a las circunstancias conocidas de los trabajadores demandantes –como ya se ha dicho, representativos de la situación general de los trabajadores de *Ryanair* y de muchos trabajadores del otras aerolíneas *low cost*–, se puede

[37] Lo cual no es poco, puesto que parte de la doctrina se plantea la adecuación de la conexión del lugar de prestación habitual de servicios en estos supuestos e incluso a llega a rechazar que sea posible localizar espacialmente estos contratos. *Vid.* M. Casado Abarquero, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 252–253.

[38] Una visión crítica de la ampliación del concepto de lugar habitual de trabajo, por considerar que en la práctica acaba anulando la conexión del domicilio del empresario sin justificación y refiriéndose en particular a la utilización de la noción de base a estos efectos puede encontrarse en L.F. Carrillo Pozo, "La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el reglamento Roma I", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 47, 2017, pp. 129–162.

[39] *Cf.* M.C. Vaquero López, "La determinación del lugar de ejecución de la prestación laboral del personal de vuelo como foro de competencia judicial internacional", *La Ley: Unión Europea*, nº 54, 2017, p. 8.

[40] No obstante, lo que hace el TJUE es negar la identificación de lugar de trabajo habitual y nacionalidad de la aeronave, del mismo modo que hace respecto a la base (aunque reconociendo la trascendencia de ésta, lo que no hace respecto a la nacionalidad de la aeronave), de forma que no excluye su eventual relevancia ni que pueda ser tenida en cuenta como indicio.

[41] Así como por homogeneizar las reglas de determinación de la competencia judicial internacional con las reglas de determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo y a sus relaciones de Seguridad Social. *Cf.* J.F. Lousada Arochena, "Competencia judicial internacional y personal de embajadas, auxiliares de vuelo y otras cuestiones en litigios laborales (últimas aportaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)", *Revista Galega de Dereito Social*, nº 7, 2018, p. 123.

[42] En este sentido, resulta llamativo y difícilmente conciliable que tanto la Confederación Europea de Sindicatos como la empresa valorasen positivamente el fallo del TJUE (*vid.* M. Miñarro Yanini, "Contrato internacional de trabajo y 'expatriados' de Ryanair: ¿Cuál es el 'lugar habitual de trabajo'?", *Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: Recursos humanos*,, nº 416, 2017, pp. 169-178, esp. pp. 176–177).

[43] Además, obliga a tener en cuenta todas las circunstancias que caracterizan la actividad del trabajador (ap. 62 de la Sentencia).

comprobar que los elementos que pueden ser tenidos en cuenta como indicios a estos efectos son fundamentalmente aspectos formales, disponibles por las compañías y que éstas utilizan en la práctica para vincular los contratos a países en los que evidentemente no se ejecuta el trabajo y que cuentan con legislaciones en principio menos protectoras para los trabajadores[44].

En segundo lugar, la ampliación del concepto de lugar habitual de trabajo puede resultar muy problemática, en la medida en que en el ámbito de la ley aplicable el Reglamento Roma I prevé la conexión de los vínculos más estrechos, y este concepto amplio de trabajo habitual manejado por el TJUE parece coincidente con el lugar que podría ser designado mediante la conexión de vínculos más estrechos en cuanto a la ley aplicable[45]. La cuestión es compleja, puesto que podría llevar a la confusión entre las conexiones de lugar de trabajo habitual y vínculos más estrechos, o bien a plantearnos un concepto de lugar de trabajo habitual a efectos de competencia y otro, más reducido para la ley aplicable[46], de forma que la conexión de los vínculos más estrechos continuase teniendo su propio ámbito de aplicación.

Finalmente, la consideración de la base como criterio determinante de la competencia judicial y la ley aplicable ha sido criticada por constituir un elemento también disponible y susceptible de manipulación por las compañías aéreas en perjuicio de los trabajadores[47]. Sin embargo, esta

[44] En el ap. 63 de la Sentencia se enumeran algunos de los indicios que pueden ser tenidos en cuenta, remitiéndose a las conclusiones del Abogado General (ap. 85 de sus conclusiones) y éste, a su vez, a la jurisprudencia previa del TJUE [sentencias de 15 marzo 2011, *Koelzsch* (C–29/10, EU:C:2011:151), ap. 49, y de 15 diciembre 2011, *Voogsgeerd* (C–384/10, EU:C:2011:842), apartados 38 a 41]. Teniendo en cuenta la especificidad de las relaciones laborales en el sector del transporte estos indicios son los siguientes: Estado miembro en que está situado el lugar a partir del cual el trabajador desempeña sus misiones de transporte, Estado al que regresa una vez finalizadas sus misiones, lugar donde recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo y el lugar en el que se encuentran las herramientas de trabajo. Algunos de estos indicios conducirán directamente a la base de operaciones ya que éste es el lugar al que los trabajadores regresan al final de su jornada laboral, donde reciben instrucciones, en el que se organiza el trabajo, e incluso en el que se encuentran las herramientas de trabajo (ya que la interpretación amplia del término herramienta por parte del TJUE incluye a las aeronaves), de forma que la base puede desempeñar un papel significativo en la identificación de los indicios (ap. 69). No obstante, no se trata de una lista cerrada, y pueden incorporarse otros criterios en razón del caso concreto. En este sentido, *vid.* J.L Iriarte Ángel, "La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los Reglamentos europeos", *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, pp. 484–496.

[45] *Vid.* O. Fotinopoulou Basurko, *op. cit.,* pp. 176–188.

[46] *Vid*. R. Cafari Pánico, "Enhancing protection for weaker parties: Jurisdiction over individual contracts of employment", en F. Ferrari y F. Ragno, *Cross–border litigation in Europe. The Brussels I recast regulation as a panacea?,* Pádua, Cedam, 2016, pp. 59–66.

[47] *Vid.* É. Bocquet, *Le dumping social dans les transports européens, Rapport d´information sur fait au nom de la commission des affaires européennes sur le dumping social dans les transports*

observación puede ser entendida como una advertencia acerca de las posibles debilidades de la base como criterio de conexión. Evidentemente, ningún criterio es inexpugnable, lo que no anula su validez siempre que se trate de una base real. En cualquier caso, las autoridades competentes en cada Estado son las responsables de perseguir y evitar usos fraudulentos y abusos en su utilización, y no se puede olvidar que en la actualidad la base no constituye más que un indicio de cara a la determinación de la competencia y la ley aplicable.

III. SUPUESTOS DE DESPLAZAMIENTO GENUINO

Hecho un repaso a las técnicas de contratación habituales y teniendo en cuenta el estado actual de la cuestión de la localización espacial de estos contratos, es el momento de plantearnos en qué supuestos cabe hablar de desplazamiento transnacional de trabajadores, a la luz de los requisitos y supuestos establecidos en la Directiva 96/71/CE.

Antes de ello, es necesario plantear el encaje de la referida relación contractual habitual –trabajadores cuya base de operaciones se encuentra en un Estado y cuyos contratos se rigen por la ley de otro país– con la Directiva 96/71/CE. En principio, esta situación podría asociarse a la noción de desplazamiento, en el sentido de que los trabajadores son contratados en –o desde– un país y prestan servicios en el territorio de otro Estado. Sin embargo, a simple vista, no se acomoda a la definición de trabajador desplazado que proporciona la Directiva, puesto que no se produce una variación en el lugar (Estado) de prestación habitual de servicios, nota de transnacionalidad definitoria de la situación de desplazamiento: en estos supuestos desde el inicio del contrato se adjudica a los trabajadores una base desde la que partirán y a la que regresarán periódicamente en ejecución de su trabajo[48]. No se trata de una situación con vocación de temporalidad ni existe un ánimo de retorno a ningún lugar, ya que la vinculación del país de contratación con la prestación de servicios es meramente formal durante toda la extensión del contrato de trabajo y éstos

européens, 2014, pp. 45–49. En el mismo sentido *vid.* L.F Carrillo Pozo, "Competencia judicial internacional en el trabajo aeronáutico…", *loc. cit.,* pp. 35–36. Remitiéndose al informe anteriormente citado, el autor se refiere a la asignación de bases ficticias y a la práctica consistente en obligar a los trabajadores a desplazarse continuamente de una base a otra (*floating base*), así como a la ocasional inexistencia de una vinculación estrecha entre el trabajador y la base que le ha sido asignada, y sostiene que el criterio de la base únicamente debe ser tenido en cuenta cuando en ella se desarrolla una actividad ejecutiva con suficiente entidad económica.

[48] Llegando a hablarse de trabajadores expatriados o trasladados con vocación de permanencia (*cf.* M. Miñarro Yanini, *loc. cit.*, p. 178).

generalmente no han trabajado antes en el Estado desde el que son contratados. De lo anterior se infiere con claridad que, pese a tratar de crearse una apariencia de habitualidad en un Estado de origen ficticio, faltan los elementos esenciales[49] que configuran el desplazamiento transnacional de trabajadores conforme a la Directiva 96/71/CE. Por tanto, sólo cabe la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo conforme al art. 8 del Reglamento Roma I[50], lo que nos conduce de nuevo a la necesidad de determinar cuál es el lugar de trabajo habitual.

La Comisión Europea plantea la aplicación de la Directiva 96/71/CE en tres situaciones: cuando se destina temporalmente a las tripulaciones a una base distinta de su base asignada por contrato, en supuestos de arrendamiento de tripulaciones y en casos de prestaciones transnacionales de servicios por empresas de empleo temporal o agencias de colocación[51].

En primer lugar, en cuanto a la modificación de la base de operaciones asignada al trabajador, de aceptarse una equivalencia directa entre base y lugar de trabajo habitual, se produciría un supuesto de desplazamiento de trabajadores claro cuando el trabajador es destinado durante un periodo de tiempo limitado a otra base ubicada en el territorio de otro Estado miembro, existiendo ánimo de retorno a la primera. En esta situación sí tiene lugar una variación temporal del lugar en que los trabajadores prestan servicios y, por tanto, la regulación en materia de desplazamiento resulta aplicable. Sin embargo, el destino temporal de tripulaciones fuera de su base parece ser relativamente poco frecuente en el sector de la aviación[52] y, en todo caso, en la actualidad este supuesto de desplazamiento sólo puede tener lugar cuando la base es contractualmente reconocida como lugar de trabajo habitual.

El arrendamiento de tripulaciones constituye una práctica de las compañías aéreas que puede tener una evidente trascendencia a efectos de

[49] *Cf.* L.F. Carrillo Pozo, "Competencia judicial internacional en el trabajo aeronáutico…", *loc. cit.*, p. 45.

[50] No obstante, lo que sí parece evidente es que los trabajadores no prestan servicios en el país de la nacionalidad de la compañía, y que la aplicación de la legislación de este Estado sólo podría resultar de la conexión de la sede social de la compañía o de la conexión de los vínculos más estrechos, ya que los indicios habitualmente empleados por el TJUE para determinar el lugar de trabajo habitual no conducen a este Estado. La situación de estos trabajadores es similar a la de trabajadores afectados por otros supuestos de deslocalización internacional de empresas (*cf.* O. Fotinopoulou Basurko, *op. cit.*, p. 43). En este sentido, *vid.* M.C. Vaquero López, "Mecanismos de Derecho internacional privado Europeo para la protección de los trabajadores en supuestos de deslocalización de empresas", *AEDIPr*, t. XVII, 2017, pp. 425–471.

[51] *Cf.* Comisión Europea, *op. cit.*, p. 12. Sin embargo, en la práctica la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores parece no aplicarse a las tripulaciones de vuelo en caso de destino temporal al territorio de otros Estados miembros (*Cf.* C. Brannigan y otros, *op. cit.*, p. 130).

[52] *Cf.* Comisión Europea, *op. cit.*, p. 12. *Vid.* C. Brannigan y otros, *op. cit.*, p. 124.

localización de la prestación de servicios[53], ya que pueden dar lugar a una modificación temporal de la base de operaciones asignada al trabajador[54]. En realidad, puede considerarse una modalidad del supuesto anterior, ya que el arrendamiento de tripulaciones implicará un desplazamiento de trabajadores cuando suponga necesariamente un cambio de la base asignada y la nueva base se encuentra en el territorio de otro Estado miembro, distinto de aquel en que se encuentra la base habitual del trabajador. En estos casos, nos encontraremos ante un desplazamiento si se mantiene la relación laboral entre el trabajador y la compañía que lo contrató –arrendadora– durante el período del arrendamiento[55]. De igual forma, es necesario un reconocimiento previo de la base de operaciones como lugar de prestación habitual de servicios, y que ésta sea formalmente modificada, así como una vocación de retorno a la primera base.

Por último, en cuanto a las prestaciones transnacionales de servicios mediante empresas de empleo temporal o agencias de colocación, ésta debe ser considerada una circunstancia en la que pueden tener lugar desplazamientos de trabajadores. Como ya ha sido expuesto, el empleo a través de intermediarias es una realidad común en el sector de trabajadores de vuelo de las compañías aéreas, y la contratación a través de empresas de trabajo temporal y agencias de colocación es un supuesto más en el que puede producirse un desplazamiento[56]. El caso de los trabajadores desplazados a través de una empresa de trabajo temporal reviste particularidades, porque el desplazamiento es en la mayor parte de las ocasiones la causa del contrato[57] y puede tener la misma duración que la prestación de servicios[58]. El Estado en el que el trabajador presta servicios habitualmente puede ser difícil de determinar, normalmente ha sido

[53] El arrendamiento de tripulaciones o *wet leasing* se regula en el art. 13 del Reglamento 1008/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 septiembre 2008 sobre normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad (DO L 293 de 31.20.2008). Esta posibilidad de que los trabajadores de una aerolínea deban prestar servicios para otras compañías se introduce de forma frecuente en los convenios colectivos, aunque su uso por parte de las compañías aéreas parece ser bastante limitado (*Vid.* C. Brannigan y otros, *op. cit.*, pp. 124–126).

[54] *Vid.* L.F. Carrillo Pozo, "Competencia judicial internacional en el trabajo aeronáutico…", *loc. cit.*, p. 45–46.

[55] *Cf.* Comisión Europea, *op. cit.*, p. 13.

[56] Lo que puede entrañar el aumento del empleo temporal y crear confusión respecto a las normas aplicables e incluso las jurisdicciones nacionales competentes, en palabras de la OIT (*La aviación civil y los cambios en su entorno laboral*, Ginebra, 2013, p. 25).

[57] Quizá el origen de alguno de los defectos estructurales de la Directiva se encuentre precisamente en el hecho de que prevé el mismo régimen jurídico y otorga la misma protección –sin distinción– a cualquier trabajador, con independencia de la modalidad de desplazamiento de que haya sido objeto. *Cf.* D.M. Cairós Barreto, *loc. cit.*, p. 133.

[58] *Vid.* M. Villa Fombuesa, *La prestación de servicios transnacional, Una nueva perspectiva de análisis*, Granada, Comares, 2018, p. 28, pp. 90–92 y pp. 102–104.

expresamente contratado para ese desplazamiento[59] y parecen quedar amparadas las contrataciones laborales *ex novo*.

Sin embargo, la habitualidad previa y posterior en el Estado de origen constituye un requisito definitorio de la situación de desplazamiento, también estos supuestos, y, en este sentido, una circunstancia que debería ser tenida en cuenta es el país donde tiene lugar la contratación, ya que la contratación en el propio país de destino no encaja en el concepto de trabajador desplazado[60]. Por ello, sería necesario examinar en qué país se ha llevado a cabo el proceso de reclutamiento y la formalización del contrato de trabajo, ya que si el trabajador ha sido contratado en el Estado en el que se fija su base de operaciones –lo que ocurre en ocasiones–, sólo podría utilizarse el art. 8 del Reglamento Roma I para la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo.

La confusión respecto al régimen jurídico de las compañías intermediarias tiene trascendencia a estos efectos. Las funciones asumidas por las compañías que actúan como intermediarias en la contratación del personal de vuelo son variadas y no todas pueden considerarse agencias de trabajo temporal en el sentido de la Directiva 2008/104/CE[61]. Si carecen de esa condición, no nos encontraremos ante un desplazamiento transnacional en el marco de un contrato de suministro de mano de obra, supuesto en el que parece admitirse que el trabajador no haya prestado servicios previamente en el Estado de origen.

Si la compañía intermediaria pertenece al grupo de empresas de la aerolínea, lo que parece suceder en algunas ocasiones, nos encontraríamos ante un supuesto distinto de desplazamiento. En esta situación, para que pueda producirse un desplazamiento conforme a la Directiva 96/71/CE es

[59] *Cf.* D.M. Cairós Barreto, *loc. cit.*, p. 146.

[60] Quizá el TJUE hubiera podido hacer alguna referencia al respecto en el asunto *Nogueira* en la medida en que los trabajadores afectados en uno de los asuntos acumulados habían sido contratados por medio de una compañía intermediaria. Sin embargo, los dos asuntos fueron acumulados y tratados como sustancialmente idénticos, lo que nos lleva a concluir que se trata de una circunstancia que no tiene relevancia de cara a la determinación de la competencia – al menos en este caso concreto –, quizá porque resultaba evidente que estaba descartada cualquier vocación de temporalidad de la prestación de servicios.

[61] Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 noviembre 2008 relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. En cualquier caso, algunas de las compañías que actúan como intermediarias no encajan en la noción de agencia de trabajo temporal de la Directiva 2008/104/CE –y tampoco en las regulaciones nacionales que la desarrollan–, de modo que a los trabajadores contratados por esta vía no les resultan aplicables las normas protectoras que éstas contienen (*vid.* C. Brannigan y otros, *op. cit.,* pp. 22–27). Respecto al difícil encaje de la Directiva 96/71/CE y la Directiva 2008/104/CE y la doble discriminación que pueden sufrir los trabajadores desplazados por medio de empresas de trabajo temporal *vid.* D.M. Cairós Barreto, *loc. cit.*, p. 147–149.

exigible la habitualidad previa en el Estado de origen, e incluso que el trabajador haya prestado servicios previamente en el Estado de origen para la empresa que desplaza.

IV. CONCLUSIONES

La problemática que nos ocupa deriva de la tradicional dificultad para localizar espacialmente las prestaciones de servicios a bordo de aeronaves, a la que se añade una intersección con otras prácticas llevadas a cabo en este contexto por determinadas compañías aéreas. Mientras no exista una solución contundente respecto a cuál es el lugar de trabajo habitual de los pilotos y tripulantes de cabina, tampoco será posible identificar con seguridad en qué supuestos se produce un desplazamiento de trabajadores.

Una comprensión incontrovertida de la base como lugar habitual de prestación de servicios impediría su caracterización como personal desplazado salvo en supuestos muy determinados, como el cambio contractual de base, con o sin arrendamiento de tripulaciones. En la situación actual, el cambio de base sólo supone un cambio de lugar de trabajo habitual válido a efectos de desplazamiento cuando ésta es reconocida contractualmente por la compañía aérea como lugar de prestación de servicios.

En el caso de los trabajadores contratados por medio de compañías intermediarias, las posibilidades de que puedan producirse situaciones de desplazamiento parecen incrementarse. Sin embargo, resulta imprescindible arrojar luz previamente sobre el régimen jurídico de estas compañías y sobre la forma en que se desarrollan los procesos de reclutamiento y puesta a disposición de los trabajadores.

El elemento determinante es la temporalidad, y el ánimo de retorno al Estado de origen, o la existencia misma de un Estado de origen, pueden descartarse en la mayoría de las ocasiones. Excluida la vocación de temporalidad, no cabe plantearse la existencia de un desplazamiento, y el art. 8 del Reglamento Roma I es la única norma conforme a la cual debe determinarse la ley aplicable al contrato de trabajo.

A la espera de una evolución normativa y jurisprudencial que avance hacia la protección real y efectiva de estos trabajadores y clarifique su régimen jurídico laboral, determinadas aerolíneas continúan vinculando de forma masiva los contratos de trabajo a los países donde se encuentran sus sedes sociales y en los que no se ejecuta la prestación de servicios, generando una situación de confusión e inseguridad jurídica insostenible.

Bibliografía

Basterra Hernández, M.: "La competencia judicial internacional en el caso de los trabajadores aéreos: los ecos de Ryanair en España", *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 7, nº 3, 2019, pp.74–85.

Bocquet, É.: "Le dumping social dans les transports européens", *Rapport d´information sur fait au nom de la commission des affaires européennes sur le dumping social dans les transports européens,* 2014.

Brannigan C. y otros: "Study on employment and working conditions of aircrews in the EU internal aviation market", Final report, 2019.

Cafari Pánico, R.: "Enhancing protection for weaker parties: Jurisdiction over individual contracts of employment", en F. Ferrariy F. Ragno*, Cross–border litigation in Europe. The Brussels I recast regulation as a panacea,* Padua, Cedam, 2016, pp.41–66.

Cairós Barreto, D. M.: "El ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE y la prevención de abusos y elusión de normas. Los desplazamientos realizados a través de empresas de trabajo temporal", en O. Fotinopoulou Basurko (coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 121–149.

Carrillo Pozo, L. F.: "Competencia judicial internacional en el trabajo aeronáutico (Desarrollos a partir de la sentencia del TJUE de 14 septiembre 2017)", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Aranzadi, nº 210, 2018, pp. 19–48.

—— : "La ley aplicable al contrato de trabajo plurilocalizado: el reglamento Roma I", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* nº 132, 2017, pp.129–162.

Casado Abarquero, M.: *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Cizur Menor, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008.

Comisión Europea: "Estrategia de aviación para Europa: mantener y promover los altos niveles sociales", 2019.

Fotinopoulou Basurko, O.: *Habitualidad vs temporalidad en los contratos de trabajo ligados al transporte internacional*, Barcelona, Atelier, 2019.

García Trascasas, A.: "Desplazamientos de trabajadores y acciones colectivas en conflictos transnacionales" en O. Fotinopoulou Basurko (coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 275–303.

Gardeñes Santiago, M.: "Derecho imperativo y contrato internacional de trabajo", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* nº 132, 2017, 163–188.

Gómez Abelleira, F.J.: "Desplazamiento transnacional laboral genuino y ley aplicable al contrato de trabajo", *CDT*, 2018, vol. 10, nº 1, pp. 213–232.

Harvey G. y Turnbull P.: *Evolution of the labor market in the airline industry due to the development of the low fares Airlines (LFAs),* ETF, final report, 2014.

Hernández Rodríguez, A.: "Personal de vuelo de las compañías aéreas: tribunal internacionalmente competente en materia de contrato individual de trabajo", *CDT*, vol. 10, nº 2, pp. 852–865.

Iriarte Ángel, J.L.: "La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los reglamentos europeos", *CDT*, vol. 10, nº 2, 2018, pp. 477–496.

Jorens, Y. y otros: *Atypical Forms of Employment in the Aviation Sector*, European Commission, 2015.

Juárez Pérez, P.: "El conflicto de Ryanair: una lectura desde el Derecho internacional privado", *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 372–407.

Lousada Arochena, J.F.: "Competencia judicial internacional y personal de embajadas, auxiliares de vuelo y otras cuestiones en litigios laborales (últimas aportaciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea)", *Revista Galega de Dereito Social*, nº 7, 2018, pp. 99–126.

Maestre, S.: "Retos y avances para la movilidad internacional en España: el traslado intraempresarial y el desplazamiento temporal de trabajadores", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 49, 2018, pp. 19–48.

Marchal Escalonada, N.: "Lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo: ayer, hoy y mañana", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 2, 2004, pp. 1693–1701.

Miñarro Yanini, M.: "Contrato internacional de trabajo y «expatriados» de Ryanair: ¿Cuál es el 'lugar habitual de trabajo'?", *RTSS–CEF Legal*, nº 416, 2017, pp. 169–178.

OIT, *La aviación civil y los cambios en su entorno laboral*, *Documento temático para el debate en el Foro de diálogo mundial sobre los efectos de la crisis económica mundial en la industria de la aviación civil,* Ginebra, 2013.

Ribes Moreno, M.I.: "El concepto de trabajador temporalmente desplazado", en O. Fotinopoulou Basurko, (coord.), *El desplazamiento de trabajadores en el marco de la Unión Europea: presente y futuro*, Barcelona, Atelier, 2017, pp.97–119.

Rodríguez Romero, R.M.: "Trabajadores aéreos en el ámbito comunitario y su protección frente al dumping social intracomunitario", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 47, 2017, pp.351–377.

Rojo Torrecilla, E.: "*Relación contractual laboral asalariada entre un piloto y Ryanair. Análisis de la importante sentencia del Juzgado de lo Social nº1 de Tenerife de 6 septiembre 2018*". [<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/09/relacion–contractual–laboral–asalaria-da.html>].

Sánchez Lorenzo, S.: "El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo", *REDI*, vol. LXX, 2018, nº 2, pp.17–47.

Selma Penalva, A.: "Aspectos prácticos de la movilidad internacional de trabajadores en una economía globalizada", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 47, 2018, pp. 175–220.

Trafikstyrelsen Danish Transport Authority, *Report of the working group on "Social dumping" in aviation*, 2014.

Vaquero López, M.C.: "La determinación del lugar de ejecución de la prestación laboral del personal de vuelo como foro de competencia judicial internacional", *La Ley: Unión Europea*, nº 54, 2017.

—— : "Mecanismos de Derecho internacional privado Europeo para la protección de los trabajadores en supuestos de deslocalización de empresas", *AEDIPr*, vol. XVII, 2017, pp. 425–471.

Villa Fombuesa, M.: *La prestación de servicios transnacional, Una nueva perspectiva de análisis*, Granada, Comares, 2018.

Zábalo Escudero, E.: "Ley aplicable al contrato internacional de trabajo en el sector del transporte: la continuidad en la jurisprudencia del TJUE", en C. Esplugues Mota, Palao Moreno G.; Penadés Fons M.A. (coords.), *Nuevas fronteras del derecho de la Unión Europea. Liber amicorum: José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 573–586.

América latina

Adhesión de la República Argentina al Convenio de La Haya de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional: beneficios

Amalia URIONDO DE MARTINOLI *

SUMARIO: I. Planteamiento. II. La adopción dentro de una perspectiva conceptual. III. Consideraciones generales. IV. Convención sobre los derechos del niño. V. Relación jerárquica entre la fuente convencional y la fuente interna. VI. Tratados de derecho civil internacional de Montevideo de 1940. VII. Normas de fuente interna: evolución legislativa. 1. Código Civil y Comercial de la Nación: jurisdicción internacional. 2. Cooperación jurisdiccional internacional. VIII. Convenio de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción Internacional.

RESUMEN: El presente artículo procura destacar los beneficios de formar parte del Convenio de La Haya de 29 mayo 1993, pues la adhesión a tal instrumento permitiría a Argentina dotar de seguridad jurídica a la figura de la adopción internacional, como también a eliminar los diferentes abusos en torno a esta figura, como la sustracción, tráfico y venta de niños.

PALABRAS CLAVE: ADOPCIÓN INTERNACIONAL– INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO– SISTEMA DE COOPERACIÓN– SUBSIDIARIEDAD DE LA ADOPCIÓN

Accession by the Argentine Republic to the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co–operation in respect of Intercountry Adoption: benefits

ABSTRACT: *This article intends to highlight the benefits of contracting The Hague Convention of 29 May 1993, as the accesion to this legal instrument would allow Argentina to provide legal certainty to intercountry adoptions, as well as help to eliminate the different abuses related to this subject, such as subtraction, traffic and sale of children.*

KEYWORDS: INTERCOUNTRY ADOPTION – BEST INTERESTS OF THE CHILD – SYSTEM OF CO–OPERATION– THE SUBSIDIARITY OF ADOPTION.

* Catedrática de Derecho internacional privado. Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Córdoba. República Argentina.

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 415–437
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.15

I. PLANTEAMIENTO

El tema a desarrollar es una cuestión de máximo interés y no menor complejidad: la adopción de niños procedentes del extranjero. Se trata de una institución que manifiesta una vinculación entre lo jurídico–público (protección integral del menor) y jurídico–privada (institución propia del Derecho de familia).

Los comentarios se inician con algunas precisiones sobre el concepto de adopción internacional. La siguiente etapa, está dedicada a la normativa interna que desde siglos atrás, asume una postura contraria a la adopción internacional de niños que habitan nuestro suelo. Actitud que se proyecta a nivel convencional, en tanto no ratificamos los tratados internacionales existentes en la materia en el ámbito interamericano ni en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.

Sin que ello impida que las personas con domicilio en la República Argentina, aspiren a una adopción a constituirse en país extranjero. Esta posibilidad, obliga a buscar la vía judicial para solucionar los distintos aspectos que se plantean, ya sea en el momento de la constitución de la adopción en otro país o cuando se solicite aquí su reconocimiento.

Sobre esta base legislativa y jurisprudencial, se examina la Convención de La Haya de 9 mayo 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional[1]. Aclaro que no he de entrar al estudio de su contenido, pues ya ha sido motivo de análisis exhaustivo por parte de la doctrina, sino que destacaré los enfoques novedosos que hace el texto sobre el tema, sus principales objetivos y puntos básicos, así como los principios consagrados que, con mayor o menor intensidad, reproducen los proclamados por la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 noviembre 1989 (CDN).

Al final, formularé las razones por las que considero sería beneficioso para Argentina adherirse a un instrumento multilateral sobre relaciones familiares que ha demostrado, a escala mundial, valiosos logros a lo largo de su existencia.

[1] La Convención entró en vigor el 1 mayo 1995. De acuerdo a la última actualización del 19/12/19 la convención tiene 102 partes contratantes. Entre los países del continente americano se incluyen: Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Haití, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

II. LA ADOPCIÓN DENTRO DE UNA PERSPECTIVA CONCEPTUAL

La adopción internacional se configura cuando el adoptando tenga su residencia habitual en un Estado diferente al Estado donde se domicilia el adoptante: art. 1 de la Convención Interamericana sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores, hecha en La Paz, Bolivia, el 24 mayo 1984 (CIDIP III) [2].

El aspecto internacional también aparece por el desplazamiento del niño a otro Estado, "bien después de su adopción en el Estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el Estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen": art. 2.1º del Convenio de La Haya de 1993.

III. CONSIDERACIONES GENERALES

El proceso legislativo de la adopción, gradualmente fue recibiendo la influencia de las nuevas ideas sociológicas, se la considera más que un remedio para una pareja sin hijos como un medio eficaz de acudir en ayuda de la infancia privada de los cuidados más elementales. Es por ello, que la adopción se vigoriza en todas las naciones como consecuencia de una real necesidad social, advirtiéndose, al mismo tiempo, la adjudicación de efectos más fuertes al vínculo.

Los motivos para adoptar han cambiado con el devenir histórico, desde la naturaleza religiosa de la edad antigua para llegar a la nueva concepción: considerar a la adopción como el sistema de protección por excelencia para el menor carente de familia propia o en peligro material y moral. Los desplazamientos internacionales de los niños provocados por guerras, conflictos civiles o desastres naturales traen como consecuencia un gran número de menores huérfanos o abandonados. A estas crisis migratorias, podemos añadir el descenso de la natalidad en los países más desarrollados, que han originado que en los últimos años el número de menores extranjeros adoptados por personas residentes en esos países, se haya incrementado notablemente.

El problema de la filiación adoptiva en el plano internacional no es uno, sino dos. El primero, la creación válida de la relación jurídica; el segundo, la

[2] Entró en vigor el 26 mayo 1988 y cuenta con nueve Estados parte: Belize, Brasil, Chile, Colombia, Honduras, México, Panamá, República Dominicana y Uruguay (estado de ratificaciones al 6 diciembre 2019).

eficacia de esa relación jurídica fuera de las fronteras territoriales del otorgamiento. La cuestión que preocupa básicamente, la eficacia, está supeditada o subordinada a la primera de las condiciones, pues si no existen objeciones al acto de constitución, no hay ningún inconveniente para comenzar aceptar que produzca los efectos jurídicos propios. En tal sentido, Calvento Solari señala que los problemas jurídicos a resolver son: i) determinar las autoridades competentes, la ley que deben aplicar y fijar el procedimiento; ii) asegurar el reconocimiento de la adopción en los países interesados; y iii) impedir que se concedan autorizaciones de adopción sin las necesarias precauciones[3].

IV. CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

En materia de familia y, en especial, de la filiación adoptiva, nuestro sistema tiene una base convencional construida sobre dos pilares fundamentales: instrumentos de derecho internacional público que integran el bloque de constitucionalidad y convenios sobre Derecho internacional privado que regulan la adopción internacional en general, o algún aspecto en particular.

Los tratados sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75, inc. 22), delinean las directrices que deben orientar la interpretación de toda normativa referida al tema. Así, la Convención sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989, contempla la adopción como otro medio de cuidar a un niño, describiendo la situación en que éste debe encontrarse para ser sujeto de protección y de asistencia especiales por parte del Estado: privado temporal o permanentemente de su medio familiar o cuyo interés superior exija que no permanezca en este medio (art. 20.1º). Entre otros tipos de cuidado para esos niños, el Convenio añade la colocación en hogares de guarda, la *kafala* del derecho islámico, o de ser necesaria, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar las distintas soluciones, el art. 20.3º *in fine,* pide prestar particular atención a "la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico"; aspectos comprensivos del derecho fundamental a la identidad. El art. 8 del mismo texto, garantiza el derecho de todo niño a preservar su identidad, es decir, a ser inscripto inmediatamente después del nacimiento, a tener un nombre, una nacionalidad y a conocer su procedencia.

[3] U. Calvento Solaris, "La adopción de menores en Latinoamérica", *Instituto Interamericano del Niño,* Montevideo, Uruguay, 1983, p. 27.

De acuerdo al art. 21, literal a) los Estados contratantes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán que el interés superior del niño sea la consideración primordial, que dicha adopción sólo sea autorizada por las autoridades competentes (principio de autoridad competente) y que las personas interesadas hayan dado su consentimiento, sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario (principios relativos a los requisitos para la constitución de la adopción).

La "adopción en otro país", está prevista como otro medio de cuidar del niño, siempre que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva, o atendido adecuadamente en el país de origen (principio de subsidiaridad) y cuando las normas del país en que haya de ser adoptado, sean equivalentes a las existentes respecto de la adopción en su país de origen (principio de equivalencia de garantías). En este caso, los Estados se asegurarán de que la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participen en ella.

Entre las medidas para promover los objetivos del presente artículo, se prevé la concreción de acuerdos bilaterales o multilaterales (principio de cooperación de autoridades)[4], a la vez que compromete a los Estados a garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes (art. 21, literales b, c, d y e).

No obstante, aceptar y regular la adopción plena de menores desde 1971, nuestro país interpuso reserva a los últimos incisos mencionados, en el sentido que éstos no serán aplicados hasta que no se cuente con un sistema de protección legal que controle estrictamente la adopción internacional, a fin de impedir el tráfico y venta de niños. El art. 21, se refiere a la "adopción en otro país", lo cual significa que no ha contemplado la adopción que se confiere en el país de origen en favor de adoptantes extranjeros que no comporte un traslado transfronterizo del menor[5].

V. Relación jerárquica entre la fuente convencional y la fuente interna

El orden en que las normas jurídicas deben ser consultadas y aplicadas a las relaciones privadas vinculadas con varios ordenamientos jurídicos, como es el caso de la adopción internacional, lo describe la jurisprudencia

[4] B.L. Carrillo Carrillo. *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo 1993,* Granada, Comares, 2003, p. 34.

[5] M.S. Najurieta, *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional,* Córdoba, Advocatus, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2004, p. 345.

de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, CSJN). La línea doctrinaria comienza con la sentencia *Ekmekdjian Miguel Ángel c/Sofovich Gerardo y otros*[6], en la que se destaca la operatividad del art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 mayo 1969[7], que afirma que "una parte no podrá invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"[8].

La Constitución Nacional de 1994 recoge este principio en el art. 75, inc. 22: "los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes". La primacía ya había sido reconocida por nuestro país el 27 septiembre 1983 cuando, mediante ley 22.921, se autoriza al Ejecutivo Nacional a ejercer su poder jurídico y ratificar la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho internacional privado (Montevideo 1979, CIDIP II)[9] cuyo art. 1 establece que "[…] En defecto de norma internacional, los Estados Partes aplicarán las reglas de conflicto de su Derecho Interno".

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, CCCN) que entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, consolida esa supremacía en el art. 2594 al ratificar que sólo en defecto de tratados vigentes de aplicación a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales, serán aplicables las normas del Derecho internacional privado argentino de fuente interna. Igual prelación sostiene el CCCN entre las normas convencionales y las normas internas, para solucionar un eventual conflicto en el sector de la jurisdicción internacional (art. 2601).

---

[6] CSJN, 7 julio 1992, *Ekmekdjian Miguel Ángel c/Sofovich Gerardo y otros*: el sábado 11 junio 1988 el señor D. Sáenz, en el programa televisivo de G. Sofovich, expresó todo un largo discurso con palabras ofensivas, irrespetuosas y blasfemas sobre Jesucristo y la Virgen María. Ekmekdjian al sentirse profundamente lesionado en sus sentimientos religiosos por las frases de Sáenz, interpuso una acción de amparo dirigida al conductor del ciclo televisivo para que en el mismo programa diera lectura a una carta documento que contestaba a los supuestos agravios vertidos por Sáenz. Ante la negativa del conductor del programa a leer la carta documento, Ekmekdjian inició un juicio de amparo fundado en el derecho a réplica basándose para ello en el art. 33 de la Constitución Nacional y en el art. 14 del Pacto de San José de Costa Rica. En su pronunciamiento, la CSJN deja establecido que el derecho a réplica integra nuestro ordenamiento jurídico. Para ello, se basó en el art. 31 de la Constitución Nacional y en lo establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de la que Argentina es parte desde 1972, donde se confiere primacía al Derecho internacional convencional sobre el Derecho interno.

[7] Aprobada por Ley 19.865, BO 11-01.73.

[8] La CSJN continúa esta tesis en los casos: 08/09/92, *Servini de Cubria M c/ Arte Televisivo Arg. S.A y Borensztein Mauricio*; 7/07/1993, *Fibraca Constructora SCA c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande s/ recurso de hecho* (fallos 316:1669); *Hagelin Ragnar c/ PEN s/ juicio de conocimiento* (causa H 19.XXXV del 22.12.1993); 13/10/ 1994 *Café La Virginia S.A s/ apelación – por denegación de repetición*– (Fallos. 317:1282); entre otros.

[9] Aprobada por ley 22.921 (BO, 27.09.83). Estados parte: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

La situación de los tratados de derechos humanos en el derecho interno, la integración de estas normas supranacionales al bloque de constitucionalidad y el valor que, mediante tales influencias, la CSJN ha reconocido a los fallos de la Corte IDH, imponen que el control de convencionalidad y el de constitucionalidad han de ejercerse de oficio. Así se ha señalado que "los órganos del Poder Judicial de cada Estado Parte de la Convención Americana [...] deben ejercer *ex officio* el control tanto de constitucionalidad como de convencionalidad, tomados en conjunto, por cuanto los ordenamientos jurídicos internacional y nacional se encuentran en constante interacción en el presente dominio de protección de la persona humana" [10].

VI. Tratado de derecho civil internacional de Montevideo de 1940

El único tratado ratificado por Argentina que contiene disposiciones sobre la ley aplicable a la adopción internacional, data de 1940[11]. El art. 23, exige el empleo simultáneo de las leyes del domicilio del adoptante y del adoptado para regir la capacidad de las personas, las condiciones, limitaciones y efectos de la adopción. Ahora bien ¿cuál es el sentido de elaborar una norma que emplea una asociación de conexiones de aplicación acumulativa?

Su elección no ha sido fruto de la casualidad o el azar, sino que la solución jurídica ofrecida pone de manifiesto el valor de *favor minoris* y su interpretación, requiere cuidar que tal valor no quede desvirtuado por los diferentes problemas que suscita su aplicación[12].

Se advierte un cambio metodológico en la estructura del tratado, que abandona la pretendida neutralidad de la norma de conflicto en búsqueda de valores propios de una justicia material. Como el criterio acumulativo importa la concordancia de ambas leyes, en el supuesto que ésta fuera parcial, la adopción deberá ajustarse a la ley más estricta. Pues el art. 23 "no elige entre los derechos implicados: los acumula en pie de igualdad", por eso es una "norma de conflicto materialmente orientada" hacia la mayor tutela del menor[13].

---

[10] Voto razonado del Juez Antônio Augusto Cançado Trindade a la sentencia de la Corte IDH, en el Caso *trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, del 24/11/2006 (ap. 3).

[11] El tratado fue aprobado por el Decreto ley n° 7.771/56 y nos vincula con Paraguay y Uruguay.

[12] J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Derecho internacional privado,* Madrid, Civitas, 1999, pp. 164.

[13] A. Boggiano, *Tratado de Derecho internacional privado,* t. I, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Thomson Reuters, La Ley, 2017, pp. 837–838.

En tal sentido, el art. 9 de la Convención Interamericana de 1979 sobre normas generales de Derecho internacional privado, reclama la aplicación armónica de las leyes designadas "tratando de realizar las finalidades perseguidas por cada una de dichas legislaciones. Las posibles dificultades causadas por su aplicación simultánea, se resolverán teniendo en cuenta las exigencias impuestas por la equidad en el caso concreto". Conforme a la doctrina, al Derecho positivo comparado y a las convenciones internacionales, el principio inspirador básico en la materia es el "interés superior del menor".

También nos preguntamos ¿Cuál es el alcance de la expresión "las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes"?

El art. 23 no requiere que las leyes de los domicilios de las partes coincidan en su totalidad, sino pide que la adopción cumpla con las leyes del domicilio del adoptante y del domicilio del adoptado cuando resultaren discrepantes[14]. La dualidad de legislaciones aplicables, necesita una labor de acoplamiento entre las soluciones materiales en ellas contenidas. Se plantea el problema de la adaptación entre ambas, siendo esencial la búsqueda de un equilibrio entre la determinación de la ley aplicable y la obtención de un resultado justo, es decir, compatibilizar las exigencias de la lógica jurídica con las de la equidad. Entre los posibles remedios para la adaptación de las relaciones inadaptadas, se propone "calificar cada elemento de la relación o cada relación vinculada con arreglo a su propio supuesto o categoría, y luego adaptar entre sí los Derechos privados aplicables a cada elemento o cada relación vinculada, modificándola convenientemente hasta eliminar las incongruencias que ofrezca la aplicación conjunta de ellos"[15]. Otra moción, considera que la necesidad de armonizar y adaptar las soluciones será más urgente si se juzgara inválida la adopción multinacional por falta de estricta "concordancia" o ajuste de aquellos derechos[16].

A favor de esta solución, se pronuncian quienes sostienen que la adopción es una institución de efectos continuados, por lo que resulta conveniente cautelar la extraterritorialidad mediante la concurrencia de las dos leyes, evitando constituir situaciones claudicantes, esto es, válidas en el país en que se crean, pero no en el país de reconocimiento. Si bien W. Goldschmidt manifiesta su preferencia por la fórmula del tratado, llega a reconocer que

[14] W. Goldschmidt , *Derecho internacional privado– Derecho de la Tolerancia*, 10ª ed. por A.M. Perugini Zanetti, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, p. 527.

[15] Q. Alfonsín, *Teoría del Derecho Privado Internacional,* Montevideo, Uruguay, Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1955, p. 623.

[16] A. Boggiano, *Derecho internacional privado,* t. I., Buenos Aires, Abeledo–Perrot, 1991, p. 1009.

"si se elige entre las dos legislaciones una sola, entonces, en efecto, conviene anteponer la del domicilio del adoptado, puesto que el país donde vive el adoptado no tolerará que el adoptante se lo lleve a su país, a no ser que cumpla con la legislación de aquél"[17].

En cuanto a la forma que debe revestir el acto de otorgamiento de la adopción, el art. 23 exhorta que el acto conste en instrumento público para que el vínculo pueda ser invocado en cualquier Estado parte, aunque esa no sea la forma demandada por las dos leyes involucradas en el acto de constitución[18].

De acuerdo al art. 24 del Tratado, las demás relaciones jurídicas concernientes a las partes, se rigen por las leyes a que cada una de éstas se halle sometida, por ejemplo, la patria potestad en lo referente a las relaciones personales y respecto a los bienes de los hijos, se la regula por los arts. 18 y 19 que componen el título 5.

Después del Tratado de 1940, Argentina manifestó una postura contraria a la adopción internacional: no ratificó la Convención sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores de 1984, ni el Convenio de La Haya de 1993 y presentó reserva a la posibilidad de la adopción en otro país (art. 21 de la CDN, literales b, c, d y e).

VII. NORMAS DE FUENTE INTERNA: EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

En torno a la adopción, se han producido y reformado diferentes leyes durante el siglo pasado. Vélez Sarsfield excluyó deliberada y razonablemente la adopción al expresar en el art. 4050 del derogado Código Civil, que "no hay adopciones por las nuevas leyes", recalcando en su nota que "el código no reconoce adopción de clase alguna". El silencio premeditado del codificador repercutió en la actividad judicial, tal como ocurrió en la causa *Grimaldi, Miguel Ángel s. sucesión*[19].

[17] W. Goldschmidt, *Derecho internacional privado…*, *op. cit.*, p. 565.

[18] Q. Alfonsín, *Sistema de Derecho Civil internacional* .vol. I. Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1961, p. 720.

[19] El 22 diciembre 1948, la Cámara Civil 2ª Capital, confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto niega a Concepción Di Paola Grimaldi, quien había sido adoptada por Miguel Ángel Grimaldi en Italia, la vocación hereditaria respecto a los bienes inmuebles ubicados en el territorio de la República. A pesar de que meses antes se había sancionado la Ley 13. 252 en virtud de la cual se incorporaron al Código Civil las normas relativas a la adopción simple, pero sin añadir las reglas de Derecho internacional privado.

El 30 junio 1971 se sancionó la Ley 19.134[20], que sólo regula los efectos de las adopciones conferidas en país extranjero, distingue la adopción plena de la adopción simple y deroga la Ley 13. 252/1948. El 26 marzo 1997, por medio de la ley 24.779[21] se deroga la ley 19.134 y el art. 4050 del Código Civil. En julio de 2010, la ley 26.618 de matrimonio civil modificó algunas disposiciones en materia de adopción.

En 2015 entra en vigencia el CCCN, que no sólo mantiene los dos tipos de adopción, la simple[22] y la plena[23], sino que introduce la adopción de integración[24] (art. 619). Las sucesivas reformas legislativas, mantuvieron el criterio opuesto a la posibilidad de adoptar un niño que habita suelo argentino por personas con residencia en el extranjero, a quienes se les exige acreditar de manera fehaciente e indubitable una residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción (Ley 24.779, art. 315). Requerimiento que conserva el art. 600 del CCCN, eximiendo de cumplir ese plazo a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país[25].

1. Código Civil y Comercial de la Nación: jurisdicción internacional

El Libro sexto, Título 4 del CCCN incluye las disposiciones de Derecho internacional privado, que determinan la jurisdicción, limitada *ratione materiae,* y el derecho aplicable a las relaciones jurídicas privadas internacionales. En materia de adopción, el Capítulo 3, Parte especial, Sección 6, consta de reglas atributivas de jurisdicción internacional, de normas de conflicto tradicionales, indicadoras del Derecho aplicable, pero existe también espacio para las normas materiales.

La interpretación de las normas de DIPr referidas a la adopción, debe realizarse en consonancia con los principios de raigambre constitucional que han sido incorporados en el art. 595 del CCCN:

[20] BO 29.07.1971.

[21] Promulgada el 26 marzo 1997.

[22]La forma simple, no rompe los lazos originarios de parentesco ni el adoptado ingresa de lleno a la familia del adoptante.

[23] La adopción plena establece vínculos de parentesco del adoptado con la familia del adoptante, y extingue los vínculos con la familia de sangre.

[24] CCCN, art. 620: "La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente".

[25] Durante la vigencia de la Ley 19. 134, el Juz. Civ. y Com. de Conciliación y Familia– Deán Funes, en la causa *S.,C.H.* (07/04/1995), tuvo la oportunidad de señalar que la nacionalidad argentina de uno de los integrantes del matrimonio peticionante residente en Alemania, daba al caso un matiz diferente al de una adopción internacional típica, puesto que de ese modo la menor no perdería sus raíces y tendría parientes por parte materna. *La Ley Córdoba*, 1996–246.

> "a. el interés superior del niño; b. el respeto por el derecho a la identidad; c. el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d. la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e. el derecho a conocer los orígenes; f. el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años".

El primer párrafo del art. 2635 del CCCN, recoge la norma básica de jurisdicción, cuyo contenido puede ser desglosado en dos partes: la primera, aborda el sector de la competencia judicial para declarar al niño en situación de adoptabilidad, decidir sobre su guarda con fines de adopción, y para el otorgamiento de la adopción; la segunda, determina los foros de competencia para resolver sobre la nulidad o revocación de una adopción.

Respecto a la guarda y al otorgamiento de la adopción, el legislador se limita a determinar los supuestos en los que son competentes los tribunales propios y que presentan una vinculación suficiente con la esfera personal y territorial del Estado. El criterio atributivo de jurisdicción internacional, recae en el domicilio del niño en la República. Según los fundamentos del Proyecto de CCCCN, la primacía de intereses públicos –respeto de la ley de fondo nacional y la interpretación de la reserva a los literales b), c), d), y e) del art. 21 CDN – y la estrecha vinculación sociológica de la relación jurídica con el foro, justifican atribuir el conocimiento del asunto a los órganos judiciales propios y excluir la posibilidad de intervención de los tribunales extranjeros respecto de la declaración del niño en situación de adoptabilidad, de la decisión de la guarda con fines de adopción y del otorgamiento de la adopción.

La reserva de la competencia exclusiva a los tribunales argentinos, en caso de niños aquí domiciliados supone, además, que aquéllos estarán habilitados para denegar el reconocimiento y ejecución en su territorio de una decisión dictada en el extranjero y que verse sobre la materia[26].

Para la determinación del domicilio del niño a los fines del art. 2635, habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 2614, que lo localiza en el país del domicilio de quienes ejercen la responsabilidad parental. En la obra codificadora de la Conferencia de La Haya y de la OEA, la residencia habitual del menor se ha consolidado como criterio de conexión tanto desde la perspectiva de la competencia internacional de los tribunales como del Derecho aplicable sobre las materias relativas a la niñez –*v.gr.*,

[26] J.D. González Campos, "La competencia judicial internacional. Aspectos generales", en *Derecho internacional privado*, E. Pérez Vera (dirª), Madrid, Colex, 2000, pp. 307.

responsabilidad parental, alimentos, adopción, restitución y tráfico internacional– . Mientras que el CCCN, le asigna a la residencia habitual del menor un papel residual, sólo actúa cuando el ejercicio de la responsabilidad parental es plural y sus titulares se domicilian en Estados diferentes.

Ello no implica rechazar la adopción de niños de otros países constituida en el extranjero en favor de personas domiciliadas o con residencia en Argentina, siempre que se haya garantizado la ausencia de un acto ilícito. Así se sostiene que "la legislación argentina, apreciada en su conjunto, no expresa disfavor hacia adopciones conferidas en el extranjero, sea una adopción interna de ese Estado o una adopción internacional, ya sea conferida en favor de adoptantes extranjeros o argentinos, incluso residentes habituales en la República Argentina, cuando se ha descartado todo riesgo de tráfico de niños"[27].

El segundo párrafo del art. 2635, establece foros concurrentes para decretar la anulación o revocación de una adopción. La opción se da entre los jueces del lugar del otorgamiento y los del domicilio del adoptado, pero sin acotar la conexión jurisdiccional al momento del otorgamiento de la adopción, como lo hace el art. 16 de la Convención de 1984 sobre conflicto de leyes en materia de adopción de menores (no ratificada por Argentina). Los foros del art. 2635, se inspiran en un principio de proximidad razonable y reflejan una competencia "adecuada, aceptable y justificada" de los tribunales argentinos, sin que ello implique excluir la posibilidad de reconocer una sentencia extranjera cuyo tribunal se haya declarado competente con base en tales criterios[28].

Como la declaración de nulidad de la adopción extingue el vínculo de filiación creado, implica problemas de peculiar gravedad, tiene características propias que son impuestas por la naturaleza del acto y la trascendencia de la sanción. El CCCN, mantiene la distinción entre los supuestos que causan la nulidad absoluta y relativa de la adopción (arts. 634 y 635).

La revocación de la adopción, sólo es posible en la adopción simple y en la de integración (arts. 629 y 633). En un sentido primordial "revocar es extinguir un acto unilateral mediante otro acto unilateral. Ello implica derogar una normación primera por obra de una normación segunda"[29].

[27] M.S. Najurieta, "Inserción de adopciones internacionales en el ordenamiento jurídico argentino", en *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional,* Córdoba, Advocatus, 2011, pp. 123 ss.

[28] J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso de Derecho internacional privado,* Madrid, Civitas, 1998, pp. 264/272.

[29] F.J. López de Zavalía, *Teoría de los contratos. Parte General,* Buenos Aires, Zavalía 1971, pp. 347 ss.

Específicamente para la adopción, se sostiene que: "Un acto jurídico es revocable cuando la ley otorga a cualquiera de las partes intervinientes en él la facultad para dejarlo sin efecto o para privarle de sus efectos propios por su propia voluntad"[30]. La revocación, entonces, es un acto posterior que se fundaría en hechos o circunstancias sobrevinientes y sus efectos se proyectan hacia el futuro. El otorgamiento de la adopción es un acto jurisdiccional, por lo que la intervención del juez es indispensable para decretar su revocación.

El derecho a solicitar la revocación de la adopción es recíproco, corresponde tanto al adoptado como al adoptante cuando se presentan las siguientes hipótesis: a) conducta indigna del adoptado o del adoptante en los supuestos expresamente contemplados en el art. 2281 del CCCN, que enumera las causas de indignidad para suceder; b) petición justificada del adoptado mayor de edad; y c) acuerdo de partes, cuando el adoptado fuera mayor de edad (CCCN, art. 629).

La solicitud de revocación por mutuo acuerdo, supone la irreparable destrucción de la relación adoptiva, cuando ésta ha quedado tan deteriorada como para justificar su aniquilamiento a través de la sentencia judicial. La voluntad de solicitarla debe surgir claramente. El acuerdo debe ser manifestado judicialmente y el magistrado libra los correspondientes oficios al Registro del Estado Civil y Capacidad de las personas para su posterior inscripción[31]. El juez competente que intervenga en el juicio de revocación, es quien debe evaluar la gravedad de los motivos para decidir si éstos quedan o no enmarcados dentro de las causales de la ley.

Se establecen las mismas causales de revocación de la adopción simple y de la de integración, sin que tenga relevancia que el juez la haya otorgado con carácter de plena o simple (art. 633).

2. Cooperación jurisdiccional internacional

Al margen de la primacía del derecho convencional, el art. 2611 del CCCN impone la obligación a los jueces argentinos de brindar "amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral". La intención de reforzarla, al momento de constituir una adopción en país extranjero por personas residentes en nuestro país, o de seguimiento posterior a la adopción conferida en el exterior, se evidenciaba en el párrafo tercero del

[30] E. Zannoni y L. Orquín, *La adopción y su nuevo régimen legal,* Buenos Aires, Astrea, 1972, p. 207.

[31] Conforme art. 47 Ley 26. 413 de Registro del estado civil y capacidad de las personas de 10 septiembre 2008.

art. 2635 que, a pesar de la seguridad jurídica que se hubiera visto afianzada con su implementación, fue posteriormente eliminado mediante decreto del Poder Ejecutivo Nacional. La redacción original del párrafo citado expresaba:

> "[…] Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero".

Por lo general, los ordenamientos que admiten la adopción internacional reclaman, entre otros recaudos, la acreditación de las condiciones previas de los postulantes relativas a la salud física y psíquica, edad, formación del grupo familiar, descripción socio ambiental del medio en que desarrollan su vida, etc., por medio de certificados expedidos por las autoridades competentes del Estado de su domicilio. En nuestra legislación, no está previsto expedir esos certificados de idoneidad o declaraciones de aptitud para las personas domiciliadas en la República que aspiran adoptar en el extranjero, lo cual ha originado respuestas contrapuestas en los tribunales[32].

La sentencia de la CSJN de 24 septiembre 2019, "S., F. A. c. L., C. L. s." execuátur y reconocimiento de sentencia extranjera"[33], demuestra los vaivenes procesales que origina el reconocimiento de una sentencia extranjera de adopción.

---

[32] CNac. Apel., sala J, 29 mayo 2012, "I. S., G. B y C., A. H. s/información sumaria" y Cámara de Familia de 2° Nominación de Córdoba, 2 marzo 2012, "R., P. M. y Otro– Actos de jurisdicción voluntaria– sumaria información– recurso de apelación". Las situaciones fácticas de las sentencias que movilizaron a las dos Cámaras son similares: el rechazo "*in limine"* de la solicitud de los cónyuges residentes en el país para obtener informes psicológicos y socio ambientales emitidos por una autoridad oficial, a los fines de postularse y tramitar la adopción internacional en Haití. A la luz del principio del interés superior del niño, que orienta y condiciona la decisión de los magistrados, se decidió que: i) el objeto de la acción no está prohibido en nuestra legislación ni vulnera el orden público interno; ii) no acceder al trámite, implicaría dejar a los peticionarios sin una vía adecuada para hacer valer sus legítimos derechos; iii) la vía judicial es la adecuada para resolver acerca de un pedido de constancia de idoneidad para adoptar en un país extranjero, ante la ausencia de un órgano administrativo estatal competente para abordar la cuestión, pues "le da el carácter oficial que en cuestiones de esta naturaleza se impone y luce como la más conveniente y adecuada"; iv) no admitir este modo de tramitación, violentaría el orden público interno, ya que sería más fácil y sin control alguno adoptar en el extranjero que en nuestro país, porque se utilizarían documentaciones de origen privado que no dan fe de los informes y tampoco han tenido ningún contralor oficial en su otorgamiento; y v) dentro de la esfera judicial de la Provincia de Córdoba, se juzgó que los Tribunales de Familia son los órganos con competencia exclusiva en materia de adopción, por lo que la certificación de idoneidad requerida cae bajo la órbita de su actuación (art. 16, incs. 11 y 15 de la ley N° 7676).

[33] Fallo publicado por Julio Córdoba en DIPr Argentina el 09/10/19.

Los actores –argentinos domiciliados en la Ciudad Autónoma .de Buenos Aires– solicitaron la inscripción de la sentencia dictada el 18 diciembre 2009 por el juez de Familia del Estado de Colima, Estado de México, por la que se decretó la adopción plena de un niño nacido en ese país el 12 mayo 2009 a favor de los actores.

Sostuvieron que dicha sentencia –firme y ejecutoriada– fue inscripta en el Registro Civil de Naucalpan de Juárez, Estado de México; que se encuentran viviendo en Argentina junto al menor de edad, quien cuenta en la actualidad con nacionalidad, documento de identidad y pasaporte argentinos.

La Sala M de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, confirmó la decisión de primera instancia que había denegado las medidas requeridas por la Defensora Pública de Menores e Incapaces en el trámite del exequátur referido a una sentencia de adopción extranjera. En tal sentido, precisó que el objetivo del reconocimiento de una sentencia extranjera que culminaba con el exequátur, no tiene por objeto revisar la cuestión litigiosa resuelta por el tribunal de otro Estado, sino únicamente examinar su idoneidad para producir efectos ejecutorios en nuestro país. La evaluación está circunscripta a los recaudos de autenticidad, legalidad y resguardo del orden público internacional, previstos en el art. 2 de la Convención Interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (Montevideo 1979, CIDIP II)[34], y enel art. 517 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, otorgándole fuerza ejecutoria[35].

En ese entendimiento, concluyó que las medidas pedidas por la defensora son inadmisibles desde que parten de una hipótesis genérica, basada en la transcripción de notas periodísticas no referidas al caso particular y que son ajenas al ámbito propio del trámite del execuátur.

Contra ese pronunciamiento, la Defensora Pública de Menores e Incapaces ante los Tribunales Nacionales de Segunda Instancia en lo Civil, Comercial y del Trabajo interpuso recurso extraordinario, que fue concedido por la cuestión federal planteada. Considera que el decisorio apelado vulnera los derechos y garantías fundamentales del niño, consagrados en instrumentos internacionales de jerarquía constitucional, tales como el derecho a la igualdad ante la ley, la defensa en juicio y el debido proceso. A su vez, alega que no fue valorado el interés superior del niño, su

[34] Estados parte: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

[35] La convención (art. 2, inc. d) y el CPCCN (art. 517, inc. 1), exigen que la sentencia emane de juez competente según las normas argentinas de jurisdicción internacional.

derecho a ser protegido cuando es privado temporal o permanente de su entorno familiar, entre otros. Que el rechazo de las medidas peticionadas, desconoció la trascendencia de la adopción internacional de un niño, así como las reiteradas denuncias de que en el Estado de Colima se realizan adopciones irregulares, lo que incluso fue denunciado ante la Comisión IDH.

La CSJN confirma la decisión de la Cámara. Puntualiza que, con el fin de proteger el interés superior del niño y su derecho a la identidad, el CCCN ha dispuesto en materia de adopciones extranjeras el deber de reconocimiento de la sentencia foránea, destacando –en lo que al caso interesa– que en el control del orden público exigido en estos asuntos debe tenerse en cuenta el interés superior del niño y los vínculos estrechos del caso con la República (art. 2637). Extremos que no advierte que hayan sido desconocidos por la Cámara.

La sumisión de la sentencia que otorga la adopción al sistema tradicional del reconocimiento de decisiones extranjeras, ha sido considerado "excesivo e insuficiente y no responde a los objetivos a lograr que son: favorecer el reconocimiento de adopciones legítimamente constituidas en el extranjero y detectar los casos de conducta ilícitas que violan los derechos del niño o de su familia de origen"[36].

En ausencia de convenios que nos vincule con el Estado del cual emana la decisión, corresponde acudir al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación o a los códigos procesales de las provincias argentinas que establecen las condiciones mínimas formales, procesales y sustantivas que deben reunir las sentencias extranjeras para que puedan tener desplegar sus efectos en el país[37].

[36] M.S. Najurieta, "El derecho fundamental del niño al reconocimiento de su filiación por adopción más allá de la fronteras", *XVII Congreso internacional de Derecho Familiar*, Mar del Plata, 22 al 26 octubre 2012.

[37] Por ejemplo, la decisión del Tribunal Colegiado de Familia de la 7ma Nominación de Rosario, 15/05/2017, "C.P.S/Reconocimiento de sentencia". Se solicita el reconocimiento de las adopciones simples de dos hermanos conferida el 26/4/12 en Puerto Príncipe (República de Haití) ante el Tribunal Colegiado de Familia de Rosario (Provincia de Santa Fe). Junto a ello, se pretende su conversión en adopciones plenas, de conformidad con la ley argentina y su inscripción en el Registro Civil y Capacidad de las Personas de Rosario. Luego de examinar el art. 2637 del CCCN referido al reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero, la magistrada observa que el pronunciamiento se ajusta a las reglas del orden público según el último párrafo del citado precepto. El procedimiento extranjero ha respetado las garantías del debido proceso y los instrumentos se han presentado legalizados, autenticados y traducidos de acuerdo al art. 269 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe. Por consiguiente, se resuelve reconocer los efectos de la sentencia extranjera de adopción de ambos niños, admitir su conversión en adopción plena y librar la correspondiente comunicación a la Dirección del Registro Civil y Capacidad de las Personas para su toma de razón y ordenar la inscripción de dichas adopciones.

VIII. Convenio de 29 mayo 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción Internacional

Sobre la base legislativa y jurisprudencial argentina sobre la adopción internacional, daré las razones por las cuales considero conveniente sumarse a la normativa convencional.

El elevado número de ratificaciones (102)[38] que ha tenido por parte de los países de origen y de destino de los niños, pone de manifiesto un amplio consenso internacional favorable a los principios y objetivos acogidos por el Convenio, que refleja el desarrollo actual de esta materia. Demuestra, también, que su implementación ha logrado dotar de seguridad jurídica a una institución que, por lo general, ha sido atravesada por las sospechas de basarse en actos ilícitos. De ese modo, se despojaría a la figura de la adopción internacional del ropaje de encubridora de la sustracción, tráfico y venta de niños.

El interés superior del niño y el respeto a sus derechos fundamentales, se incluyen entre los propósitos principales del Convenio que, asimismo, constituyen los principios esenciales que engarzan todas las normas argentinas referidas a la niñez. La Corte IDH entiende el interés superior del niño "como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños […][39].

El principio de raigambre constitucional que rige la adopción contenido en el CCCN, art. 595, literal c): "el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada[40]", encuentra cobijo en el carácter subsidiario de la adopción que el Preámbulo del Convenio implícitamente subraya y que de manera expresa lo indica el art. 4, literal b). El principio de subsidiariedad de la adopción internacional ha de ponerse en relación con el interés superior del niño como consideración primordial, de acuerdo a las directrices del art. 21 CDN.

[38] De acuerdo a la última actualización de HCCH del 19–XII–2019.

[39] Corte IDH, Opinión Consultiva OC–17/02 de 28 agosto 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos "Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño", p. 16. h.

[40] Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad, 1990), han señalado que "la familia es la unidad central encargada de la integración social primaria del niño, los gobiernos y la sociedad deben tratar de preservar la integridad de la familia, incluida la familia extensa […]".

La amenaza de sustracción, venta o trata de niños que sustentó la reserva de nuestro país al art. 21, literales b), c), d), y e) CDN, podría verse atenuada porque el Convenio de La Haya establece un marco jurídico de cooperación y distribución de responsabilidades entre las autoridades de los países de origen y de recepción de los niños, para asegurar la observancia de determinadas garantías en las adopciones internacionales.

En efecto, los Estados contratantes colaboran desde el inicio del proceso: en la etapa preparatoria, las autoridades del país de origen subordinan la constitución de la adopción a una decisión previa acerca de la adoptabilidad del niño; a la consideración de su interés superior; a la manifestación libre, sin vicios, consciente, gratuita, de los consentimientos necesarios, los que deben darse o consignarse por escrito. La madre sólo podrá otorgar su consentimiento después del nacimiento del hijo.

El CCCN también determina las personas cuyo consentimiento es necesario en nombre del niño, fijando el plazo de cuarenta y cinco días de producido el nacimiento, para que la manifestación libre e informada del asentimiento de los padres tenga validez (art. 607).

El Convenio prevé el consentimiento del niño a la adopción "cuando éste sea necesario", atendiendo a su edad y grado de madurez. Este consentimiento ha de otorgarse libremente, en la forma legalmente prevista, ha de haberse dado o constatado por escrito y no deber haber sido obtenido mediante pago o compensación de clase alguna. Otra oportunidad se le dará al niño a expresar su opinión, en el supuesto que tras su desplazamiento al Estado de destino y luego de haber sido confiado a los futuros padres adoptivos, la autoridad central evalúe que el mantenimiento del niño en la familia de recepción ya no responde a su interés superior.

El sistema jurídico argentino también garantiza al niño la libertad de expresar su opinión y la autoridad debe valorarla según la posibilidad que él tenga de formarse un juicio propio, en función de su edad y madurez. Se trata de un principio general de la filiación adoptiva que, a su vez, evidencia una estrecha relación con el precepto constitucional de la tutela judicial efectiva. Ese derecho, se torna en una obligación a partir de los diez años de edad (CCCN, art. 595). Por cierto que expresar su opinión en los asuntos que lo afecten, es un derecho que no sólo atañe al niño decidir si quiere ejercerlo o no, sino que debe practicar dicho acto en forma libre, sin presión e influencia alguna.

Las autoridades competentes del Estado de recepción, deberán asegurar que los futuros adoptantes son adecuados y aptos para adoptar, que han sido convenientemente asesorados y que el niño ha sido o será autorizado a entrar y residir en forma permanente en dicho Estado. En cambio, el sistema

argentino no tiene asignado un órgano estatal competente para certificar la idoneidad de los futuros padres adoptivos domiciliados o residentes en el país, que aspiren adoptar en extraña jurisdicción.

El Convenio indica que cada Estado parte designará una autoridad central[41] para coordinar y encauzar la cooperación entre ellas y promover una colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para asegurar la protección de los niños y alcanzar los demás objetivos convencionales. Subordinada a la función de que se trate, se diferencia las tareas que las autoridades centrales deberán realizar directamente, de las que puede llevar a cabo con la cooperación de otras autoridades públicas u organismos debidamente acreditados, quienes deberán reunir los requisitos mínimos que el Convenio impone. Todo Estado contratante es libre de permitir o prohibir sus actividades dentro de su territorio, sin perjuicio que se les haya permitido actuar en el ámbito de la adopción internacional en otro.

La posibilidad que tienen los Estados contratantes de aceptar o rechazar la delegación de las funciones de la autoridad central en autoridades públicas u organismos debidamente acreditados, se aviene con la legislación argentina, porque el emplazamiento adoptivo en un grupo familiar distinto al de origen nace a partir de una sentencia judicial[42]. La autoridad central debe tomar las medidas para facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción, "como mecanismo para la protección del interés del niño y para alcanzar uno de los principales objetivos del Convenio"[43]. Con la finalidad de asegurar la integración del niño a su nuevo entorno familiar, social y cultural, también se le impone implementar las medidas apropiadas para el seguimiento de las adopciones en el Estado de recepción. Si la autoridad central considerara que el niño es adoptable, preparará un informe sobre su identidad, adoptabilidad, medio social, evolución personal y familiar, su historia médica y la de su familia y sus necesidades particulares. Debe asegurarse, también, que se han tenido apropiadamente en cuenta las condiciones y circunstancias educativas, étnicas, religiosas y culturales del niño, con especial referencia a la prestación de los consentimientos

[41] *V.gr.*, en los convenios en vigor en nuestro país relativos a la sustracción internacional de menores elaborados en el ámbito de la Conferencia de La Haya (1980) y de la OEA (1989), cumple las funciones de autoridad central la Dirección de asistencia jurídica internacional del Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio y Culto.

[42] El CCCN prevé dos etapas previas a la adopción con intervención judicial: la primera, comprende la declaración de la situación de adoptabilidad (arts. 607 a 610); y en la segunda, se otorga la guarda preadoptiva del niño (arts. 611 a 614).

[43] G. Parra Aranguren, Informe explicativo del convenio de 29 mayo 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional, editado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (párr. 233).

requeridos y que la adopción internacional proyectada responde a su interés superior. El informe y el resto de la investigación, serán transmitidos a la autoridad central del país de recepción.

Si ésta estimase que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, elaborará un informe sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar, médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir el compromiso y los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo. De igual modo, deberá transmitir ese informe a la autoridad central del Estado de origen del menor. Resulta esencial que las autoridades centrales de ambos Estados estén de acuerdo con confiar el niño a los futuros padres adoptivos. Se tomarán todas las medidas necesarias para que se autorice al niño a salir del Estado de origen, y a entrar y residir permanentemente en el Estado de recepción.

Desplazado el niño al país receptor, las autoridades centrales se mantendrán mutuamente informadas sobre el desarrollo del procedimiento de adopción y las medidas tomadas para finalizarlo, así como del devenir del período probatorio posterior a la colocación del niño, pero anterior a su adopción, si éste fuera requerido. Se procura asegurar la integración del menor a su nuevo entorno familiar, atendiendo a su interés superior.

La secuencia judicial argentina que ocasiona el pedido de reconocimiento de una adopción extranjera[44], contradice el mentado plazo razonable en los procesos de infancia y familia, definido por la jurisprudencia de la Corte IDH[45]. El tiempo que insume ese trámite, se verá acotado por el reconocimiento de pleno derecho de las adopciones realizadas de acuerdo al Convenio en todo Estado parte. Sólo se exige una certificación otorgada por la autoridad competente del país donde la adopción ha tenido lugar. En otras palabras, se confiere una seguridad inmediata al estatuto del niño, y se suprime la necesidad de un procedimiento de reconocimiento de resoluciones o de nueva adopción en el país de recepción.

---

[44] La sentencia sobre el reconocimiento de la adopción extranjera, fue pronunciada por la CSJN el 24/ 9/19, mientras que la solicitud de inscripción se basaba en una sentencia dictada en México de 18/12/09.

[45] El contenido y alcance del concepto de plazo razonable ha sido objeto de un proceso de evolución en la jurisprudencia de la Corte IDH, quien considera que inciden en su determinación: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; c) la conducta de las autoridades judiciales, y d) la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso. Por ejemplo: el caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 29/1/97. Serie C. No. 30 (párr.77); caso *Bayarri vs. Argentina.* Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30/10/08. Serie C No. 187 (párr.107); *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27/11/08. Serie C No. 192 (párr. 20 al 48); caso *Fornerón e hija vs. Argentina. Fondo*, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27/4/12 Serie C No. 242 (párr. 66).

Se adjudica a los Estados contratantes la responsabilidad de conservar la información de los orígenes del niño, de la identidad de sus padres, la historia médica de su familia y del menor, asegurando el acceso de éste o de su representante a la información en la medida en que lo permita la ley de dicho Estado. Cuando es el niño el que acceda a dichos datos, deberá contar con el debido asesoramiento a fin de evitar resultados que puedan ser perjudiciales para él, ya sea por razones emocionales o de otro tipo[46].

En Argentina, la conservación y la disponibilidad de los informes, guardan estrecha relación con directrices interpretativas de base constitucional. Nos referimos a derechos personalísimos del adoptado, como el respeto por el derecho a la identidad y el derecho del niño a conocer sus orígenes; directriz que se enmarca dentro del concepto de identidad personal (CCCN, art. 595). La noción del interés del niño en materia de adopción, comprende el derecho al conocimiento del origen[47].

La Convención otorga al menor una conexión propia, la residencia habitual en un Estado contratante, a diferencia del Derecho argentino que hace depender el domicilio del niño de quienes ejercen la responsabilidad parental (CCCN, art. 2614). No obstante, nuestro país ha ratificado tratados que apelan a la residencia habitual del niño para determinar la jurisdicción internacional y el derecho aplicable en cuestiones de alimentos, restitución, tráfico internacional.

El Convenio se inclina por una definición amplia de adopción. De allí que se regule la conversión de la adopción realizada en el Estado de origen, en la que tenga por efecto la ruptura del vínculo de filiación preexistente, si la ley del Estado de recepción lo permite y los consentimientos exigidos han sido o son otorgados para tal adopción. El art. 2638 del CCCN, abre también la posibilidad de transformar una adopción concedida en el extranjero de conformidad con la ley del domicilio del adoptado en el régimen de la adopción plena, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por el derecho argentino para este tipo de adopción y que presten su consentimiento adoptante y adoptado. "Si éste es persona menor de edad debe intervenir el Ministerio Público". En cada caso concreto, el juez debe apreciar si resulta o no conveniente mantener el vínculo con la familia de origen.

El ámbito de aplicación del Convenio, se extiende hasta que el niño alcance la edad de dieciocho años, que es también la edad máxima que el CCCN fija a un niño para poder ser adoptado (art. 597).

---

[46] G. Parra Aranguren, "Informe explicativo …", *loc. cit.*, párr. 518.

[47] XVII Congreso internacional de Derecho Familiar, Mar del Plata, 22 al 26 octubre 2012, conclusión n° 12 de la Comisión E (Derecho de familia y Derecho de niñez) .

La manifiesta oposición al orden público de un Estado contratante, constituye la valla para el reconocimiento de una adopción, pero esta excepción debe ser interpretada y aplicada con arreglo al principio rector en el que reposa la protección integral de los derechos del niño, cual es el interés superior de éste. El último párrafo del art. 2637 CCCN, especifica las pautas que matizan el orden público: que exista una conexión relevante del supuesto con el foro, el llamado "orden público de proximidad"[48] y que el interés superior del niño sea la consideración primordial. Para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, la Corte IDH expresa que el preámbulo de la CDN establece que el niño requiere "cuidados especiales", y el art. 19 de la Convención Americana señala que debe recibir "medidas especiales de protección". En ambos casos, esa necesidad proviene por la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia, destacando además la importancia esencial de ponderar las características particulares de la situación en la que se halle el niño[49].

En las normas, principios y valores del Convenio de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional, subyace el reconocimiento del afecto como elemento estructurante del Derecho de Familia[50]. Las relaciones familiares se edifican a partir de lo querido, de lo vivido y del afecto. Este último término, incide de manera directa en el razonamiento jurídico al momento de interpretar y aplicar la normativa familiar. El Código Civil y Comercial argentino recoge esta tendencia cuando en ciertas circunstancias, adquiere trascendencia la apertura al afecto como concepto jurídico y de interpretación[51].

BIBLIOGRAFÍA

Alfonsín, Q.: *Teoría del Derecho Privado Internacional,* Montevideo, Uruguay, Biblioteca de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1955.

—— : *Sistema de Derecho Civil internacional* .vol. I. Montevideo, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1961.

[48] C. Iud, Sección 6°, *Adopción, Código Civil y Comercial de la Nación comentado* (Directores J. C. Rivera y G. Medina) La Ley, Buenos Aires, 2014, pp. 898 ss.

[49] Corte IDH, Opinión consultiva OC– 17/02 de 28 agosto 2002…, *loc. cit.*, párr. 60 y 61.

[50] R. Pérez Manrique, "El afecto como elemento estructurante del derecho de familia", *Revista Uruguaya de Derecho de familia*, n° 21, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009, pp. 213–224.

[51] A. Kemelmajer de Carlucci, "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", *Revista Jurídica La Ley,* 8 octubre 2014.

Boggiano, A.: *Derecho internacional privado,* t. I., Buenos Aires, Abeledo–Perrot, 1991.

—: *Tratado de Derecho internacional privado,* t. I, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Thomson Reuters, La Ley, 2017.

Calvento Solaris, U.: "La adopción de menores en Latinoamérica", *Instituto Interamericano del Niño,* Montevideo, Uruguay, 1983, pp. 27 ss.

Carrillo Carrillo. B.L.: *Adopción internacional y Convenio de La Haya de 29 de mayo 1993,* Granada, Comares, 2003.

Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Curso de Derecho internacional privado,* Madrid, Civitas, 1998.

—: *Derecho internacional privado,* Madrid, Civitas, 1999.

Goldschmidt, W.: *Derecho internacional privado– Derecho de la Tolerancia* (10ª ed., por A.M. Perugini Zanetti), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

González Campos, J.D.: "La competencia judicial internacional. Aspectos generales", en *Derecho internacional privado*, E. Pérez Vera (dirª), Madrid, Colex, 2000, pp. 307 ss.

Kemelmajer de Carlucci, A.: "Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014", *Revista Jurídica La Ley,* 8 octubre 2014.

López de Zavalía, F.J.: *Teoría de los contratos. Parte General,* Buenos Aires, Zavalía 1971.

Najurieta, M.S.: "El derecho fundamental del niño al reconocimiento de su filiación por adopción más allá de la fronteras", *XVII Congreso internacional de Derecho Familiar*, Mar del Plata, 22 al 26 octubre 2012.

—: "Inserción de adopciones internacionales en el ordenamiento jurídico argentino", en *Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional,* Córdoba, Advocatus, 2011, pp. 123 ss.

—: *Coordinación de ordenamientos jurídicos en materia de adopción internacional,* Córdoba, Advocatus, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2004.

Pérez Manrique, R.: "El afecto como elemento estructurante del derecho de familia", *Revista Uruguaya de Derecho de familia*, n° 21, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009, pp. 213–224.

Zannoni. E. y Orquín, L.: *La adopción y su nuevo régimen legal,* Buenos Aires, Astrea, 1972.

Impactos de los cambios en el nuevo Código Procesal Civil de Brasil bajo el Derecho internacional privado de familia

Tatiana CARDOSO–SQUEFF[*] ,Thiago PALUMA[**]
Fernanda PANTALEAO–DIRSCHERL[***]

SUMARIO: I. Introducción. II. La ampliación de la cooperación interjurisdiccional facilitada en Brasil: un punto positivo. III. Los aspectos positivos y negativos del cambio en las reglas brasileñas de competencia judicial internacional. IV. Conclusión

RESUMEN: Con la introducción del nuevo Código Procesal Civil en 2015, Brasil ha introducido cambios importantes en los casos de Derecho de familia plurilocalizados. Sin embargo, se entiende que estos cambios en el campo del Derecho internacional privado pueden dividirse en positivos y negativos. El primero, relativo a la inserción de la cooperación jurídica internacional como mecanismo para un diálogo importante entre las diversas jurisdicciones nacionales, es un avance en el sentido de que consolida el uso de asistencia directa, un modo de contacto directo entre jurisdicciones, sin la necesidad de obtenerse el exequatur ante la Corte Superior de Justicia brasileña, ocurriendo a través de autoridades centrales. Además, la inserción de reglas específicas de competencia internacional para las acciones alimentarias es otro punto positivo, en vista de la expansión de la jurisdicción brasileña que se ocupa de esta cuestión para todas las naciones, no se limitando a los Estados Partes de la Convención Interamericana sobre el tema. El segundo, por otro lado, está relacionado

[*] Profesora de Derecho Internacional de la licenciatura y del posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Uberlândia (UFU). Doctora en Derecho Internacional por la UFRGS, con período de investigación ante la University of Ottawa. Maestría en Derecho Público por la UNISINOS, con período de investigación ante la University of Toronto. Coordinadora del Grupo de Investigación y Estudios en Derecho Internacional (GEPDI–UFU–CNPq). Editora–jefe del Periódico de la Facultad de Derecho de la UFU. Experta brasileña del Ministerio de Justicia/SENACON ante la Conferencia de Derecho internacional privado de la Haya – HCCH, en el 'Proyecto Turista". Miembro de la ASADIP (Asociación Americana de Derecho internacional privado)

[**] Profesor de Derecho Internacional de la licenciatura y del posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Uberlândia (UFU). Doctor en Derecho Internacional por la Universitat de València. Coordinador del Grupo de Investigación y Estudios en Derecho Internacional (GEPDI–UFU–CNPq). Director de Innovación y Transferencia de Tecnología de la UFU. Miembro de la ASADIP (Asociación Americana de Derecho internacional privado).

[***] Profesora de Derecho de Familia de la ESAMC–Uberlândia, MG/Brasil. Presidente del directorio de Uberlândia del Instituto de Familia del Instituto Brasileño de Derecho de Familia (IBDFAM). Candidata al máster en Derechos Fundamentales de la Universidad Federal de Uberlândia (UFU/MG) y graduada en Derecho por la misma Universidad. Posee postgrado en Derecho Procesal Civil, Derecho Público: Administrativo, Constitucional y Fiscal, y en Psicología Jurídica.

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 439–460
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.16

con el cierre jurisdiccional de Brasil con respecto a la obtención del reconocimiento de una sentencia extranjera en la Corte Superior de Justicia brasileña de casos que involucran el intercambio de bienes en casos de divorcio, separación legal o disolución de una convivencia continua, que no se encontraba en el código procesal anterior. Por lo tanto, el presente texto tiene la intención de debatir tales cambios ocurridos en Brasil, a partir de sus consecuencias en los primeros cinco años del nuevo código en el país, con el fin de confirmar la comprensión de que tales modificaciones pueden –de hecho– clasificarse tanto como positivas cuanto negativas.

PALABRAS CLAVE: CÓDIGO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO. DERECHO INTERNACIONAL DE FAMILIA. COOPERACIÓN INTERJURISDICIONAL. AUTORIDAD CENTRAL. RECONOCIMIENTO DE SENTENCIA EXTRANJERA.

Impacts of changes in the new Civil Procedural Code of Brazil under Private International Family Law

ABSTRACT: With the introduction of the new Civil Procedure Code in 2015, Brazil has introduced important changes in the plurilocalized family law cases. However, it is understood that these changes in the field of private international law can be divided into positive and negative. The first, regarding the insertion of international legal cooperation as a mechanism for an important dialogue between the various national jurisdictions, is an advance in the sense that it consolidates the use of direct assistance, a direct contact between jurisdictions, without the need if the exequatur is obtained before the Brazilian Superior Court of Justice, occurring through central authorities. In addition, the insertion of specific rules of international competition for food actions is another positive point, given the expansion of the Brazilian jurisdiction that deals with this issue for all nations, not limited to the States Parties to the Inter–American Convention about the topic. The second, on the other hand, is related to the jurisdictional closure of Brazil with respect to obtaining recognition of a foreign judgment in the Brazilian Superior Court of Justice of cases involving the exchange of property in cases of divorce, legal separation or dissolution of continuous cohabitation, which was not in the previous procedural code. Therefore, this text is intended to discuss such changes in Brazil, based on their consequences in the first five years of the new code in the country, in order to confirm the understanding that such modifications can – in fact– be classified as both positive and negative.

KEYWORDS: BRAZILIAN CIVIL –PROCEDURE CODE – INTERNATIONAL FAMILY LAW – INTERJURISDITIONAL COOPERATION – CENTRAL AUTHORITY – RECOGNITION OF FOREIGN JUDGMENTS.

I. INTRODUCCIÓN

La sociedad actual ha alcanzado un nivel de integración nunca antes visto en la historia humana. El desarrollo de medios de comunicación y transporte permite una conexión cercana entre las personas, proporcionando un aumento en el flujo de las relaciones interpersonales, poniendo el concepto de tiempo y distancia en perspectiva. Junto con este fenómeno, la Ley, como elemento cultural de la sociedad, ha buscado las herramientas necesarias para actualizarse y responder a la complejidad de las demandas que surgen.

Entre estas demandas están las relacionadas con las relaciones familiares que tienen algún elemento que las internacionaliza, como los matrimonios o las uniones entre personas de diferentes nacionalidades u hogares, o los divorcios con bienes en diferentes países. Dichas relaciones no se resuelven exclusivamente por el derecho de familia interno, sino que también dependen de las normas del Derecho internacional privado para encontrar una solución y, por lo tanto, garantizar la estabilidad de las relaciones sociales en el mundo contemporáneo.

Estas reglas, a su vez, tampoco pueden ser estáticas, por lo que deben actualizarse de acuerdo con el desarrollo de la sociedad, como ocurre en cualquier área de la ley. Y el proceso civil no es ni podría ser ajeno a estos cambios. En consecuencia, el antiguo Código de Procedimiento Civil de 1973 no fue suficiente para responder a las crecientes dudas derivadas de la evolución social a nivel internacional, cuando se creó una comisión para redactar un proyecto de ley para un nuevo Código de Procedimiento Civil el 1 octubre 2009, el tema se insertó rápidamente. Y el 16 marzo 2015, se aprobó el nuevo Código de Procedimiento Civil. Entre los cambios que se han realizado, se encuentra en el Libro II ('Sobre la función jurisdiccional'), Capítulo II ('Sobre la cooperación internacional') del Título II ('Sobre los límites de la jurisdicción nacional y la cooperación internacional'), donde se insertaron presuposiciones del diálogo jurisdiccional, que no existía en la antigua regla, así como nuevas posibilidades de acción del tribunal nacional, lo que tiene implicaciones significativas para el derecho de familia. Por lo tanto, en base a esto, el presente texto busca analizar las implicaciones de tales cambios de procedimiento para este campo normativo específico.

Para esto, se realiza una investigación de naturaleza aplicada en el campo del Derecho procesal y el Derecho internacional privado de Brasil a través del método de investigación deductiva. En cuanto a los procedimientos, el texto se guía por análisis doctrinal y documental, seleccionados a través de un sesgo cualitativo de su conexión con el tema del derecho de familia. Finalmente, se sigue el modelo de investigación descriptivo y crítico con respecto a los objetivos propuestos, ya que busca identificar los cambios insertados en la legislación procesal y verificar si son positivos o negativos.

II. La ampliación de la cooperación interjurisdiccional facilitada en Brasil: un punto positivo

La cooperación jurisdiccional internacional es una forma extremadamente importante para garantizar la efectividad de la disposición jurisdiccional, sin la cual muchos casos pueden no resolverse de manera justa y equitativa en

vista de la incapacidad probable de realizar un determinado acto en otra jurisdicción nacional debido a soberanía Después de todo, la cooperación jurisdiccional favorece el intercambio necesario para que un determinado foro pueda abordar adecuadamente una demanda, confiando en la información, el acto o la asistencia que debe proporcionar otra jurisdicción, para que pueda llevar a cabo efectivamente su actividad final.

Con respecto a las relaciones interestatales y las reglas del Derecho internacional privado, Pasquale Mancini advirtió sobre la necesidad de reconocer y respetar las jurisdicciones extranjeras, y el Estado debería abstenerse de regular las relaciones legales que dependen lógicamente de las leyes extranjeras para cumplir con un 'deber obligatorio de justicia internacional'.[1] Esto es precisamente lo que observa la cooperación jurídica internacional, para que el Estado no falte al respeto de la soberanía, las costumbres y/o el orden público de otro Estado, ya que solo con su consentimiento[2] expreso se llevará a cabo un acto de otro país en el plan nacional.

Es, por lo tanto, un verdadero 'diálogo de jurisdicciones'[3], no solo porque reúne los diferentes conjuntos normativos existentes en todo el mundo, sino que también los hace interactuar para llevar a cabo los pasos procesales y/o administrativos necesarios en una acción dada (*in situ*) que, al final, terminan aportando mayor seguridad jurídica al sistema legal en su conjunto. No solo eso, permite el logro del "*fin común de la pacificación social*"[4], que es el objetivo final de la ley, independientemente del país que lo prescriba.

Y los mecanismos más comunes para perfeccionar el diálogo mencionado abarcarían "esencialmente el rogatorio de letras y la homologación de oraciones extranjeras"[5], herramientas cuyas características esenciales para

[1] T. Ballarino, "Introdução", en P. S. Mancini, *Direito Internacional (Dirito Internazionale: prelezioni)* , trad. Ciro Mioranza, Ijuí, Unijuí, 2003, p. 15–16.

[2] "*É principio fundamental no Direito Internacional Publico que os tribunais e outras autoridades estatais desempenhem suas funções somente dentro dos limites do território do próprio Estado, salvo quando autorizadas, expressamente, por outro Estado para atuar no território alheio*" (B. W. Rechsteiner, *Direito Internacional Privado.* 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016, p. 334).

[3] Sobre el tema, particularmente porque se deriva del diálogo de las fuentes, *cf.* T. Cardoso–Squeff, "Para além da cooperação tradicional: a positivação do auxílio direito no novo Código de Processo Civil", *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 25, 2017, pp. 261–300.

[4] D. McClean aclara que la cooperación abarca actos que van desde la obtención de pruebas hasta la asistencia posterior al juicio y la ejecución de decisiones, tanto en el ámbito civil como penal. Sobre esto último, se habría desarrollado más recientemente, alejándose de la idea "territorial" debido a los efectos generados por la conducta ilícita (D. McClean, *International Cooperation in Civil and Criminal Matters*, Londres, Oxford University Press, 2002, p. 4).

[5] N. Araujo, "A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional", en Ministério da Justiça. *Manual de Cooperação*

su realización suelen estar determinadas por la legislación interna de los diferentes Estados, que señalan los requisitos específicos requisitos formales que deben cumplir las partes solicitantes. A pesar de esto, es precisamente porque pasan por un juicio[6] en el foro extranjero para darse cuenta de que estos dos medios de cooperación a veces se consideran extremadamente burocráticos y restrictivos, evitando una jurisdicción rápida e incluso la realización de la justicia misma.[7]

En este ámbito, buscando mejorar el diálogo interjurisdiccional, surge la asistencia directa[8], ya que este es un mecanismo dialógico que se aplicará cuando los medios tradicionales de cooperación disponibles obstaculicen, inhiban o retrasen el procesamiento de ciertos temas. En otras palabras, la asistencia directa permite a las autoridades estatales administrativas, ejecutivas o judiciales responder "*a la solicitud directa e independientemente de cualquier procedimiento burocrático*" o procedimiento formal/judicial específico, lo que da lugar a una apreciación a través de un análisis judicial.[9]

Y el primer documento legal que lo trajo explícitamente a Brasil, permitiendo su uso en cualquier tipo de acción con una conexión internacional, fue el Código de Procedimiento Civil de 2015. Esto fue porque, antes de su edición, este era un procedimiento que podría usarse en solo tres escenarios, todos relacionados con el derecho de familia a nivel internacional, fuertes en la existencia de tratados internacionales ratificados por Brasil que lo prevén.

El primer documento que trajo este mecanismo fue la Convención de Nueva York sobre la provisión de alimentos en el extranjero, 1956, un

Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: cooperação em Matéria Penal, Brasília: Secretaria Nacional de Justiça/DRCI, p. 238.

[6] A. de Castro explica que en el *delibatio*, el tribunal solo "*toca de leve nos requisitos externos, examinando sua legitimidade, sem entrar no fundo, ou mérito*", a final, se lo hicieras "*colocaria o tribunal de outro país em condição de instância inferior*" (A. Castro, *Direito Internacional Privado.* 6ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005, pp. 476–477). Así, en el analisis judicial se verifica la regularidad "*quanto à forma, à autenticidade, à competência do órgão prolator, bem como [...] se, frente ao Direito nacional, não houve ofensa à ordem pública e aos bons costumes*" (H. Theodoro Junior, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I. 20ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1997, p. 626). Ademais, de acordo com a Emenda Regimental n. 18 do Superior Tribunal de Justiça, a qual substitui a Resolução nº. 9 de 2005 desta mesma Corte, a Sentença Estrangeira homologanda e a Carta Rogatória tampouco poderão violar a dignidade da pessoa humana (Brasil. Superior Tribunal de Justiça, *Emenda Regimental n. 18.* 2014. Arts. 216–F e 216–P).

[7] F.F. Mange, *Medidas de Urgência nos Litígios Comerciais Internacionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 20–21, 38–40, e 54–55.

[8] Este término, según M.R. G. Loula, también se conoce como 'solicitud de asistencia', 'solicitud de asistencia legal' o 'solicitud de asistencia directa' (M.R. Loula, *Auxílio Direito: novo instituto de cooperação jurídica internacional civil*, Belo Horizonte, Fórum, 2010, p. 93).

[9] F.P. Hill, "Considerações sobre a Cooperação Jurídica Internacional no Novo CPC", en L.B. Macedo, R. Peixoto y A. Freire, *Novo CPC: Parte Geral*, vol. I. Salvador, JusPodivm, 2015, p. 610.

documento que fue promulgado en Brasil por el Decreto nº 56.826 del 2 septiembre 1965[10]. La intención de este documento era establecer mecanismos dialógicos para acelerar y proporcionar más alimentos cuando el deudor (alimento) no estaba en territorio nacional, sin embargo, estaba bajo la jurisdicción de otro Estado parte del Tratado[11].

Con este fin, la Convención de Nueva York estipuló que cada una de las partes contratantes designe autoridades administrativas o judiciales para ejercer en su territorio el papel de Autoridad de envío (autoridad que hace la solicitud de asistencia), y también el papel de Institución Intermedia (institución que recibe solicitudes de asistencia) para enviar la solicitud al organismo competente, para llevar a cabo el acto aplicable localmente, inaugurando la figura de las 'Autoridades Centrales'.[12] Por lo tanto, como explica Maria Rosa G. Loula[13], en lugar de alimentarse "para proponer un reclamo de alimentos en el país de su domicilio y esperar a que este Tribunal ordene una declaración ejecutiva a Brasil (mantenimiento provisional), propondrá la acción directamente en Brasil, con la intermediación de la autoridad central".

En este caso, todos los documentos necesarios para satisfacer el derecho de la persona a ser alimentada antes de que la persona domiciliada en diferentes países ocurra a través de las autoridades centrales antes

[10] En octubre de 2017, después de la entrada en vigor del nuevo código de procedimiento, entró en vigencia en Brasil otra convención internacional que trabaja con la figura de las autoridades centrales, que es la Convención de La Haya sobre Alimentos para Niños y Otros Miembros de la Familia y el Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones de Suministro de Alimentos, ambos de 2007, a través del Decreto nº 9.176. Al igual que la Convención de Nueva York (y, por cierto, al igual que la Convención Interamericana sobre Alimentos de 1989 – CIDIP IV, en el Decreto de Brasil nº. 2.428 del 17 diciembre 1997), estos documentos recientes tienen como objetivo garantizar una mayor efectividad y rapidez solicitudes de suministro internacional de alimentos e incluso la modificación de decisiones ya tomadas en otros foros, sin mencionar el establecimiento de parámetros para el reconocimiento y la ejecución de este tipo de sentencias, todo lo cual se procesará a través del Departamento de Recuperación y Cooperación de Activos Internacional – DRCI –, que es la autoridad central de esta Convención, vinculada al Ministerio de Justicia y Seguridad Pública. Sobre el tema, *cf.* L. Klein–Vieira y T. N. Barbosa, A Convenção de Haia sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em Benefício dos Filhos e de outros Membros da Família: a recente recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, v. 42, n. 2, pp. 76–96, 2018.

[11] Convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero elaborado en el seno de los Naciones Unidas, hecha en Nueva York el 20 de junio de 1956 Art. 1(1). En el mismo sentido, explica Yussef S. Cahali: "*O objetivo da Convenção foi facilitar a uma pessoa, designada como demandante, que se encontra no território de uma das Partes Contratantes, a obtenção de alimentos por parte de outra, designada como demandado, que se encontra sob a jurisdição de outra Parte Contratante*" (Y. Cahali, *Dos Alimentos*. 6ª ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 823).

[12] Convención de Nueva York el 20 de junio de 1956.

[13] M.R. Loula, *op. cit.*, p. 106.

mencionadas.[14] En otras palabras, se brinda asistencia directa en la medida en que los procedimientos formales de toma de decisiones no son necesarios, sino solo la transmisión de información.

Otro documento internacional que contempla la asistencia directa es el Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños de 1980, que fue promulgado por Brasil mediante el Decreto nº 3.413 del 14 abril 2000.[15] La preparación de este documento tenía la intención de establecer

> "… una red de colaboración entre diferentes países para prevenir la retención ilegal de menores en un estado extranjero, comúnmente llevados al extranjero por aquellos que no tienen la custodia exclusiva", evitando que "las decisiones unilaterales tomadas por cualquiera de los miembros de la familia que transfirieron al niño de manera irregular no están cubiertas por los Estados Partes".

Para lograr este objetivo, el Tratado garantiza el retorno inmediato del niño transferido o retenido ilegalmente al país de su residencia habitual y continua, respetando la custodia y los derechos de visita estipulados por un determinado tribunal.[16] Con este fin, se designan autoridades centrales en cada Estado, que enviarán y recibirán solicitudes de asistencia directa para la restitución de un menor, recibiendo así la documentación y la información necesarias para llevar a cabo el procedimiento apropiado ante el tribunal donde el menor se encuentra ilegalmente.[17]

Finalmente, el tercer documento internacional para trabajar con asistencia directa en asuntos civiles fue el Convenio de La Haya sobre

---

[14] T. Cardoso–Squeff, C. Fernandéz–Fernandes y C. Hofstteter, "Notas Introdutórias sobre a Execução de Alimentos no Exterior", en C.P. Rosa y L.M. Thomé, *Olhares Interdisciplinares sobre Família e Sucessões*. Porto Alegre, RJR, 2016, p. 6.

[15] T. Cardoso–Squeff y N. Souza, "Apontamentos Gerais Sobre o Sequestro Internacional de Crianças", en C. P. Rosa y L.M. Thomé, *As Famílias e os Desafios da Contemporaneidade*, Porto Alegre, IBDFAM–RS, 2015, p. 285.

[16] Art. 1 Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 octubre 1980.

[17] En Brasil, por ejemplo, el procedimiento consistiría en la presentación de una "búsqueda, incautación y restitución de la acción del menor" ante la Justicia Federal por parte del Fiscal General de la Unión – AGU, quien es el jus postulandi para llevar a cabo este procedimiento judicial. Además, quien recibe los documentos y los transfiere a la AGU es la autoridad central, que en el caso de secuestro de menores, hoy, es el Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional, dada la publicación del actual Decreto nº 9.360, el 7 mayo 2018, que trasladó los poderes de la Autoridad Administrativa Central Federal, antigua autoridad central tanto para este Convenio como para el Convenio de La Haya sobre Adopción Internacional de 1993, para el Departamento antes mencionado, modificaciones que permanecen hasta este año (2020). (Advocacia Geral da União (AGU), *Combate à Subtração Internacional de Crianças.* Cartilha publicada em 25 set. 2011, p. 11 [<http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateTexto.aspx?idConteudo=157035&ordenacao=1&id_site=4922>].

Protección de Niños y Cooperación en Materia de Adopción Internacional, internalizado por Brasil a través del Decreto no. 3.087 del 21 junio 1999. Su objetivo es proporcionar garantías mínimas para la adopción internacional cuando no es posible encontrar una familia adecuada en el país de origen del niño[18], respetando, sobre todo, el interés superior del niño[19].

Con este fin, teniendo en cuenta los derechos fundamentales de adoptar y tratar de evitar el secuestro de niños[20], la Convención establece una serie de requisitos y documentos obligatorios que deben cumplirse en el curso del proceso de adopción[21] tanto en el Estado de origen (donde el el niño tiene su residencia habitual), así como en el Estado anfitrión (donde el menor vivirá con la nueva familia) por parte de los involucrados, quienes se enviarán entre sí a través de las autoridades centrales, a fin de efectuar la adopción internacional correctamente[22].

Y con la edición del nuevo Código de Procedimiento Civil, el uso de dichos puntos de contacto entre jurisdicciones se ha extendido[23], extendiéndose a todos y cada uno de los procesos con una conexión internacional en materia

[18] Este es el principio de la excepcionalidad de la adopción internacional, que está presente en el artículo cuatro de la Convención de La Haya, que establece que el niño es adoptable, después de excluir las posibilidades de colocación en una familia sustituta en su país de origen. En todos los países, solo aquellos niños en situaciones de impotencia pueden ser derivados para adopción. Dependerá del país de origen del niño determinar los criterios de adopción internacional, así como obtener el consentimiento de la familia biológica. (T.J. Costa, *Adoção Transnacional: um estudo sociojurídico e comparativo da legislação atual*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998, p. 205).

[19] Principio básico del derecho internacional de la familia, inscrito en el art. 3.1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, tal como está escrito: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

[20] Preámbulo de la Convenio de La haya 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

[21] Para las etapas del procedimiento de adopción internacional en Brasil, *cf.* L.C. Figueirêdo, *Adoção internacional: doutrina e prática*, Curitiba, Juruá, 2011, p. 121–131.

[22] *Cf.* A.P. Moreira y T.A. Cardoso, "A capacidade das partes na adoção internacional: perspectivas brasileiras quanto à determinação da lei aplicável", *Revista Fórum de Direito Civil*. Belo Horizonte, vol. 4, 2015, pp. 65–79.

[23] En 2005, cuando la Resolución no. 9 del STJ, ahora reemplazado por la Enmienda Regmental no. 18 de 2014, la ayuda directa se introdujo ampliamente en el país. En el referido texto legal, se preveía, en su art. 7, párrafo único, que "[o] s las solicitudes de cooperación jurídica internacional que tengan por objeto *actos que no den lugar a una decisión del Tribunal Superior de Justicia*, incluso si se llama una carta rogatoria, se remitirán o devolverán al Ministerio de Justicia para medidas necesarias para cumplir con asistencia directa"–sin énfasis en el original–. Sucede que, debido a la falta de regulación, este procedimiento fue muy poco utilizado por las partes en las acciones civiles, lo que fue resuelto por el Código de Procedimiento Civil, ya que contempla las bases por las cuales se guiará la cooperación interjurisdiccional. Para mayor debate, *cf.* N. Araujo, *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução n. 9/2005*, Rio de Janeiro, Renovar, 2010, pp. 19–22.

civil, por lo tanto, ya no se limita a causas alimentarias secuestro de menores o adopción internacional[24], por lo que este hecho sigue siendo la relevancia positiva de su aprobación en 2015 para las relaciones familiares.

Primero, la introducción del art. 26, que prescribe los principios rectores de la cooperación internacional entre Brasil y los demás Estados, quedando así dispuesto:

> *Art. 26. A cooperação jurídica internacional será regida por tratado de que o Brasil faz parte e observará: I – o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; II – a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando–se assistência judiciária aos necessitados; III – a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente; IV – a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação; V – a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras. § 1º Na ausência de tratado, a cooperação jurídica internacional poderá realizar–se com base em reciprocidade, manifestada por via diplomática. § 2º Não se exigirá a reciprocidade referida no § 1º para homologação de sentença estrangeira. § 3º Na cooperação jurídica internacional não será admitida a prática de atos que contrariem ou que produzam resultados incompatíveis com as normas fundamentais que regem o Estado brasileiro. § 4ºO Ministério da Justiça exercerá as funções de autoridade central na ausência de designação específica*[25].

En este paso, se observa que el Código mantiene las bases de la cooperación jurisdiccional llevada a cabo en el pasado al mencionar que el diálogo se alcanzará mediante convenios internacionales, enfatizando expresamente, sin embargo, puntos importantes sobre su cumplimiento que no se han aclarado antes. A través del 'respeto a las garantías del debido proceso legal en el Estado requirente' recomendado en el punto I, por ejemplo, se enfatiza la relación directa con la protección de los derechos humanos[26], siendo este un problema de orden público internacional que, por lo tanto, puede evitar cualquier procedimiento.

---

[24] Hay otros tratados anteriores a 2015 que también brindan asistencia directa en asuntos civiles, sin embargo, firmados a nivel regional (y, por lo tanto, no tienen una aplicación global potencial como ocurre con los tratados internacionales), como no solo el CIDIP mencionado anteriormente IV, pero también de la Convención Interamericana sobre Evidencia e Información sobre Derecho Extranjero, internalizada por el Decreto nº 1.925 / 96, y el Protocolo de Las Leñas firmado en el ámbito del Mercosur para fomentar la cooperación y la asistencia judicial en materia civil, comercial, laboral y administrativa, promulgada por el Decreto no. 6.891/09 (N. Araujo, *Cooperação Jurídica Internacional.*, pp. 13–14).

[25] Art. 26 Brasil. *Lei Federal n. 13.105.* Brasília, 16 março 015.

[26] Sobre el tema, recordamos el pensamiento de Erik Jayme, para quien la protección de la persona humana es el eje central de la posmodernidad. (E. Jayme, O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção a pessoa humana face à globalização, en: N. Araujo y C. Lima Marques, *O Novo Direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005, p. 3–20).

Ya a través de lo expuesto en el punto II, no hay discusión sobre el derecho de los extranjeros no residentes a acceder a la justicia y la asistencia legal[27], reafirmando el principio de la dignidad humana como eje básico del orden nacional[28], que incluye garantizar igualdad de todos los que están bajo la jurisdicción del Estado, independientemente de su nacionalidad[29]. En relación con el punto III, esto aclara la posibilidad del procedimiento de diligencia debida requerido en secreto en los casos previstos en la legislación brasileña y/o extranjera (excepto en los casos que ofenden el orden público[30] o las normas fundamentales que rigen el Estado brasileño, como puntuado en §3 de este mismo artículo).

A su vez, el punto IV establece la existencia de puntos de contacto (autoridades centrales) en Brasil para llevar a cabo y procesar solicitudes de cooperación internacional que, en ausencia de disposiciones específicas, se ubicarán en el Poder Ejecutivo, particularmente en el Ministerio de Justicia, según lo estipulado en §4 del mismo artículo. Por lo tanto, el artículo antes mencionado confirmó el establecimiento de puntos de contacto como una alternativa al canal diplomático que generalmente se usa para transmitir información hacia/desde Brasil, que era conocido por la demora en llevar a cabo cualquier procedimiento debido a las burocracias que involucran representación externa del país, dirigido por el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Además, al vincular las actividades ya realizadas por el Ministerio de Justicia a través del Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional (DRCI) desde 2004[31] con las de una

[27] Nuestra posición es que el uso del término 'poder judicial', a pesar de ser restrictivo, no tiene como objetivo limitar la igualdad solo para los procedimientos judiciales, siendo aplicable a todos y cada uno de los procedimientos debido al contenido del artículo, habiendo sido solo un mero infelicidad del legislador su uso a expensas del término 'legal'.

[28] Sobre el principio de la dignidad humana como eje central del orden brasileño, *cf*. L. R. Barroso, *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010, p. 252.

[29] Esta pregunta ya se encontró en el boletín nº 502/2008 de la Corte Suprema Federal: "*Nesse contexto, impõe–se, ao Judiciário, o dever de assegurar, mesmo ao réu estrangeiro sem domicílio no Brasil, os direitos básicos que resultam do postulado do devido processo legal, notadamente as prerrogativas inerentes à garantia da ampla defesa, à garantia do contraditório, à igualdade entre as partes perante o juiz natural e à garantia de imparcialidade do magistrado processante*" (Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Informativo n. 502.* Brasília, 14–18 abr. 2008 [<http://www. stf.jus.br /arquivo/informativo/documento/informativo516.htm>].

[30] Es la disposición del tercer párrafo del art. 26 en cuestión, así como del art. 17 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, lo que establece: "*as leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes*" (Brasil. *Decreto n. 4.657.* Rio de Janeiro, 4 setembro 1942. Art 17).

[31] Las acciones del DRCI fueron previstas en la Estructura Reguladora del Ministerio de Justicia desde 2004, cuando el Decreto no. 4.991 de 2004, que fue revocada sucesivamente hasta la adopción del Decreto 5.535 de 2005, revocado por el Decreto 5.834 de 2006, que también fue

autoridad central, el ítem aclaró su alcance de acción. Esto se debe a que permitió vislumbrar las innumerables actividades que abarcan la cooperación interjurisdiccional, que van mucho más allá de las que se realizan a través de cartas rogativas y aprobaciones de sentencias extranjeras. Hoy sus acciones son las siguientes:

> *Art. 12. Ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional compete: I – articular, integrar e propor ações entre os órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário e o Ministério Público para o enfrentamento da corrupção, da lavagem de dinheiro e do crime organizado transnacional, inclusive no âmbito da ENCCLA; II – coordenar a Rede Nacional de Laboratórios de Tecnologia Contra Lavagem de Dinheiro – REDE–LAB; III – estruturar, implementar e monitorar ações de governo, além de promover a articulação dos órgãos dos Poderes Executivo e Judiciário e do Ministério Público nas seguintes áreas: a) cooperação jurídica internacional em matéria civil e penal, inclusive em assuntos de prestação internacional de alimentos, subtração internacional de crianças, adoção internacional, extradição, transferência de pessoas condenadas e transferência da execução da pena; e b) recuperação de ativos; IV – exercer a função de autoridade central, por meio da coordenação e da instrução de pedidos ativos e passivos de cooperação jurídica internacional nas áreas a que se refere o inciso III, por delegação do Ministro de Estado, exceto se houver designação específica que disponha de maneira diversa; V – exercer a função de autoridade central federal em matéria de adoção internacional de crianças, nos termos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; VI – negociar acordos de cooperação jurídica internacional nas áreas a que se refere o inciso III e aqueles relacionados com os demais temas de sua competência, além de exercer as funções de ponto de contato, enlace e similares nas redes de cooperação internacional e de recuperação de ativos; e VII – atuar nos procedimentos relacionados com a ação de indisponibilidade de bens, de direitos ou de valores em decorrência de resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas, nos termos da Lei nº 13.170, de 16 de outubro de 2015*[32].

Además, es importante tener en cuenta que, si hay una disposición en un tratado o como resultado de él, pueden existir otras autoridades en Brasil, además de la DRCI. Un ejemplo es la propia Oficina del Fiscal General, que desempeña la autoridad central para reclamos de alimentos relacionados con la Convención de Nueva York de 1956 y solicita asistencia directa destinada a Portugal y Canadá.[33]

---

revocado por el Decreto 6.061 de 2007, que a su vez fue revocado por el Decreto 8.668 de 2016, que, en su turno, también fue revocado por el Decreto 9.150 de 2017. Esto también fue revocado por el Decreto 9.360 de 2018. Con la nueva elección para la presidencia de la República, este decreto también fue revocado, ahora, por el Decreto 9.662 de 2019, que está vigente hasta el año actual (2020). En todas estas leyes, el Departamento de Recuperación de Activos y Cooperación Jurídica Internacional aparece como un órgano vinculado a la Secretaría Nacional de Justicia, vinculada al Ministerio de Justicia y Seguridad Pública, bajo los términos del art. 2, II, a, 1.

[32] Brasil. Decreto nº. 9.662. Brasília, 1º de janeiro de 2019. Salienta–se, por oportuno que os pedidos de cooperação em ações de alimentos citadas no artigo 12 não incluem àquelas pautadas pela Convenção de Nueve York de 1956". *Cf.* Brasil, Ministério Público Federal. *Convenção de Haia.* Brasília, s/d. [<www.mpf.mp.br/pgr/docu mentos/Informativo1SCI.pdf>].

[33] *Cf.* Brasil. Ministério Público Federal. *Autoridade Central.* Brasília, s/d [<http://www.mpf.mp.br/atuacao–tematica/sci/dados–da–atuacao/autoridade–central>].

Al final, aún más importante para la expansión de la cooperación internacional facilitada es el ítem V, ya que menciona el posible uso de ayuda directa cuando, por ejemplo, el mero intercambio de información entre autoridades nacionales y extranjeras para luchar por la espontaneidad en su transmisión. Esta espontaneidad excluye claramente los procedimientos burocráticos, como la celebración de un juicio deliberativo en Brasil en el caso de cartas rogativas y homologaciones de sentencias extranjeras, que termina en un diálogo directo con el art. 28 del Código para expresar que se proporcionará asistencia directa "cuando la medida no sea el resultado directo de una decisión de una autoridad jurisdiccional extranjera de someterse a un tribunal de deliberación en Brasil"[34].

De hecho, debe tenerse en cuenta que cualquier tipo de diálogo será admitido a través de asistencia directa, excluyendo solo "decisiones" como se señala en el art. 28, así como los arts. 960 a 965 CPC en relación con la obtención del *exequátur* y la homologación de decisiones extranjeras.[35] Y no solo las interlocuciones en el ámbito administrativo, sino que también se permite la asistencia directa para actos legales, lo cual es la gran novedad del Capítulo II del Código de 2015, que ayuda mucho en las acciones de derecho de familia con una conexión internacional. Después de todo, los casos en los que es necesario, por ejemplo, obtener información sobre el impuesto sobre la renta de un individuo, una herramienta importante para muchos asuntos relacionados con la pensión alimenticia o el intercambio de activos en casos de separación, o incluso para localizar a una persona para fines de la investigación de paternidad: pueden solicitarse por este medio, y la solicitud de cooperación se satisface plenamente en el lugar requerido directamente por las autoridades competentes, estableciendo un verdadero diálogo entre los foros interesados. En vista de esto, se dice que esta innovación legislativa, que amplía la posibilidad de intercambios espontáneos para todas las situaciones procesales posibles, ha sido positiva, particularmente cuando los medios tradicionales de cooperación no tienen éxito en el tratamiento de ciertos asuntos de derecho de familia.

III. Los aspectos positivos y negativos del cambio en las reglas brasileñas de competencia judicial internacional

La competencia judicial internacional junto con el conflicto de leyes en el espacio y los instrumentos de cooperación interjurisdiccional forman el

[34] Brasil. *Lei Federal n. 13.105*. Brasília, 16 de março de 2015. Art. 28, 960 e 965.

[35] T. Cardoso–Squeff, "Auxílio Direto: a nova ferramenta de cooperação interjurisdicional do Código de Processo Civil de 2015",en F. Rubin y L.A. Reichelt, *Desafios do Processo Civil Contemporâneo: os dois primeiros anos de vigência do Novo CPC*, Porto Alegre, Paixão Ed., 2018, pp. 51–66.

núcleo principal del Derecho internacional privado, de tal manera que las relaciones jurídicas internacionales encuentran, casi por completo, los elementos necesarios para proporcionar seguridad desde la constitución. desde la relación legal hasta la resolución de disputas que surjan de esa relación[36].

La competencia judicial internacional[37], por lo tanto, puede conceptualizarse como la competencia atribuida por una norma a un tribunal o juez para que pueda juzgar, con carácter definitivo y vinculante, disputas que tienen alguna conexión con ella. En este caso, la regla que determinará los límites jurisdiccionales de un tribunal para determinar una acción particular de derecho privado, que contenga elementos de internacionalidad, puede ser de origen nacional, comunitario o internacional, dependiendo de los tratados en los que el país sea parte. Sobre el tema, Beat Walter Rechsteiner[38] señala que tales reglas "determinan el alcance de la jurisdicción nacional, en comparación con la de otros estados. [...] Establecen bajo qué supuestos un juez o tribunal nacional está autorizado a conocer y decidir una causa con una conexión internacional y todavía está obligado a proceder de oficio en esta función".

Sin embargo, estas reglas deben seguir el "principio de jurisdicción razonable". Con respecto a este principio, Eduardo Vescovi[39] explica que "[...] podríamos enunciar este principio de una manera primaria al decir que cada conflicto en la disputa que da lugar a un caso multinacional debe confiarse a un juan cuyo cuyo orden legal está razonablemente relacionado con el objeto del litigio". En otras palabras, el principio antes mencionado señala la necesidad de que las reglas de la competencia judicial internacional establezcan parámetros que, de manera razonable, justifiquen la atribución

[36] Sobre la inserción de procedimientos civiles internacionales en el Derecho internacional privado, Férnandez Arroyo enseña que "[e]n consecuencia, la eminentemente funcionalidad de las doctrinas sustantivistas permiten – aun cuando no obligan a ello – estructurar un contenido del DIPr donde la dimensión judicial ocupe un lugar primordial por derecho próprio" (D. Fernández Arroyo, *Derecho internacional privado: uma mirada actual sobre sus elementos esenciales*, Córdoba: Advocatus, 1998, p. 25).

[37] Para J.L. Iglesias Buhigues, Jurisdicción internacional "[…] es la potestad atribuida por la ley a los órganos jurisdiccionales del Estado para entender de los negocios que se susciten en las relaciones de tráfico jurídico" (J.L. Iglesias Buhigues, C. Esplugues Mota y G. Palao Moreno, Derecho internacional privado, 15ª ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 99; A.-L. Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González en el mismo sentido, señalan que la competencia antes mencionada, "[…] es la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales, ya pertenezcan a la jurisdicción voluntaria o contenciosa" (A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. 1, 17ª ed. Granada: Comares, 2017, p. 71).

[38] B.W. Rechsteiner, *Direito Internacional..., op. cit.,* p. 156.

[39] E. Vescovi, *Derecho Procesal Civil Internacional*, Montevidéu, Idea, 2000, pp. 17–18.

de jurisdicción a un tribunal determinado, considerando los elementos del caso específico. Esto se debe a que, de esta manera, como señaló el autor antes mencionado, "este principio tiende a descartar lo que podríamos llamar foros arbitrarios y abusivos, y la compra de foros"[40]

Además, una vez que se haya verificado la jurisdicción de cierto tribunal a la luz de las posibilidades que brindan las diversas normas procesales para atraer su desempeño, se habrá ganado el primer paso para resolver una disputa internacional de Derecho de familia[41]. En este sentido, es imperativo verificar las posibilidades de acción de los jueces nacionales frente a un litigio multi–localizado, a la luz de las normas procesales aplicables al país en cuestión, ya que, sin ganar esta etapa, no es posible pasar a las otras etapas de determinar la legislación material a ser utilizado o para solicitar cooperación internacional.

En Brasil, además de las disposiciones contenidas en los tratados internacionales[42] y regionales[43], las normas sobre jurisdicción judicial internacional también están previstas en los arts. 21 a 23 del Código de Procedimiento Civil de 2015, y se dividen en reglas de jurisdicción en competencia (arts. 21 y 22) y competencia exclusiva (art. 23).

La competencia internacional concurrente es aquella en la que se admite el desempeño paralelo de la jurisdicción extranjera sobre una disputa, involucrando a las mismas partes, el mismo objeto y el mismo motivo de solicitud, que también está sujeto a la jurisdicción brasileña, ya que ambas

[40] Sobre el *forum shopping*, *cf.* T. Paluma y H. A. Paiva, "Regras de competência judicial internacional e análise crítica do fórum shopping e fórum non conveniens", en: R. Vasconcellos y otros, *Panorama do Direito Internacional Privado atual e outros temas contemporâneos: Festschrift ao Profesor Jacob Dolinger*, Arraes, Belo Horizonte, 2015, pp. 69–78.

[41] Según N. de Araujo *"[r]esponder à questão relativa à competência internacional é o primeiro passo para abordar uma hipótese multiconectada. Enquanto o conflito de jurisdições diz respeito à determinação do locus em que a prestação jurisdicional terá lugar, o conflito de leis no espaço pertine ao coração do Direito Internacional Privado. O juiz da causa precisa determinar primeiro sua competência, e em seguida utilizar o método conflitual para determinar a lei aplicável ao caso concreto"* (N. Araújo, *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*, Porto Alegre, Revolução eBook, 2016, p. 191).

[42] Un ejemplo de un tratado internacional que presenta normas sobre jurisdicción es el Código de Bustamante (Decreto N° 18.871 de 1929), que establece, por ejemplo, en su art. 318, la jurisdicción del tribunal en asuntos civiles y comerciales con una conexión internacional de cualquier tipo.

[43] Existen ejemplos regionales a nivel de la OEA, como en el caso de la mencionada Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (Decreto N° 2.428 de 1997), que estipula en el art. 8 la competencia de los jueces de los Estados Partes para escuchar reclamos de alimentos; o también del Mercosur, como el Protocolo de São Luiz sobre asuntos de responsabilidad civil que surgen de accidentes de tráfico (Decreto 3.856 de 2001), que figura en el art. 7 reglas de jurisdicción para escuchar acciones sobre accidentes de tráfico que involucran a personas domiciliadas en cualquiera de los Estados Parte del bloque.

normas procesales de Brasil, así como los del país extranjero, autorizan el desempeño de sus tribunales[44], no hay necesidad de hablar de *lis pendens* y, por lo tanto, de la extinción de los procedimientos en el foro nacional, excepto en el caso de disposición en un tratado internacional, según lo estipulado en el art. 24 del Código de Procedimiento Civil brasileño[45]. En esta situación, una vez que la sentencia extranjera ha sido dictada de antemano, será posible llevar a cabo la homologación apropiada ante el foro nacional, haciendo, por lo tanto, una cosa juzgada en suelo nacional, si los requisitos formales previstos tanto en el art. 963 del Código Procesal actual[46], así como en el art. 15 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho brasileño[47].

Sin embargo, la competencia es exclusiva cuando se trata de tratar temas específicos enumerados en la legislación nacional, comunitaria o internacional, que solo pueden ser analizados por los tribunales brasileños, excluyendo así la posibilidad de actuar por un socio extranjero, ya que está prohibido la posterior homologación de una sentencia extranjera emitida por este último[48]. En este caso, no es que se impida a un juez extranjero, ya que las reglas de madurez internacional son territoriales. Lo que se veta, en este caso, es la posibilidad de que la sentencia del exterior tenga efectos en el territorio nacional.

Entre las reglas de la competencia judicial internacional, para los propósitos de este documento, se destaca un tema positivo y uno negativo. En cuanto a la primera pregunta, la novedad insertada por el art. 22, punto I, que trata específicamente de acciones que tienen como objeto la provisión de mantenimiento, determinando que el Poder Judicial brasileño es concurrentemente competente cuando el acreedor del mantenimiento tiene

[44] F.P. Hill, "Considerações sobre...", *loc. cit.*., p. 605

[45] Sobre el tema, *cf.* T.C. Squeff y V.O. Bernardi, "Nuevas perspectivas de la *Lis Pendens* en la litigación internacional: el caso de la reestructuración del Código De Proceso Civil Brasileño", *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul*, Assunção, a. 4, nº. 7, pp. 262–279.

[46] Brasil. *Lei Federal n. 13.105.* Brasília, 16 de março de 2015. Art. 963. *Constituem requisitos indispensáveis à homologação da decisão: I – ser proferida por autoridade competente; II – ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia; III – ser eficaz no país em que foi proferida; IV – não ofender a coisa julgada brasileira; V – estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado; VI – não conter manifesta ofensa à ordem pública*.

[47] Brasil. *Decreto n. 4.657.* Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1942. Art. 15. *Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro, que reúna os seguintes requisitos: a) haver sido proferida por juiz competente; b) terem sido os partes citadas ou haver–se legalmente verificado à revelia; c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida; d) estar traduzida por intérprete autorizado; e) ter sido homologada pelo Superior Tribunal de Justiça*.

[48] Sobre el tema, *cf.* F.P. Hill, "Considerações sobre...", *loc. cit.*., p. 605.

domicilio o residencia en Brasil (ap. a), o incluso cuando el demandado tiene una relación económica con Brasil, como la existencia de bienes o recibos en el país (ap. b).

Esta regla de jurisdicción, como señaló André de Carvalho Ramos[49], se ocupa de "una hipótesis de jurisdicción protectora, cuyo objetivo es garantizar el acceso a la justicia para la parte vulnerable involucrada en el hecho transnacional". No solo eso, ratifica las reglas de jurisdicción internacional relacionadas con las acciones alimentarias derivadas de un tratado internacional promulgado por Brasil, a saber, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, celebrada en Montevideo el 15 julio 1989, bajo los auspicios de la Organización de Estados Americanos, debidamente pagados en Brasil a través del Decreto no. 2,428 del 17 diciembre 1997[50], extendiéndolo a todas y cada una de las naciones.

Esto se debe a que esta Convención prescribe que el juez del Estado del domicilio o residencia habitual del acreedor tendrá jurisdicción sobre las acciones de mantenimiento (art. 8.1º.a), seguido por el tribunal en el que el deudor está domiciliado o reside habitualmente (art. 8.1º.b), o una tercera posibilidad, por el juez del Estado con el que el deudor tiene vínculos personales, como posesión de activos, recibo de ingresos u obtención de beneficios económicos (art. 8.1º.c). Y la legislación procesal brasileña, como se vio anteriormente, hoy ofrece las mismas posibilidades de manera explícita, por lo tanto, ya no se limita a las partes del tratado, siendo esto una ganancia realmente positiva de la aprobación del nuevo Código.[51]

Con respecto al divorcio o la disolución de una unión estable, el intercambio de activos ubicados en Brasil es competencia exclusiva de la autoridad judicial brasileña, de conformidad con los términos del art. 23, III, del Código de Procedimiento Civil. Dicha disposición, además de atribuir competencia, con carácter exclusivo, al poder judicial brasileño, refleja el impedimento de ratificación de sentencias extranjeras relacionadas con el asunto por el Tribunal Superior de Justicia (STJ, en portugués). Sin embargo, este entendimiento no fue explícito en la antigua legislación procesal y gana importancia cuando se puntúa abiertamente en términos de la nueva

[49] A.C. Ramos, *Curso de Direito Internacional Privado*, Saraiva, São Paulo, 2018, p. 215.

[50] Brasil. Câmara dos Deputados. *Decreto n. 2.428.* Brasília, 17 de dezembro de 1997. Promulga a Convención interamericana sobre obligaciones alimenticias, hecha en Montevideo, el 15 julio 1989.

[51] También debe tenerse en cuenta que, aunque no es nuevo en el nuevo Código de 2015, también se proporciona la jurisdicción debido al domicilio del deudor, pero en el art. 21.I, que brinda la posibilidad al juez brasileño de conocer acciones en las que el acusado esté domiciliado en el país, según lo dispuesto en el antiguo art. 88 de la legislación procesal previamente vigente en el país.

legislación, generando una gran controversia[52] sobre el posible cierre judicial causado por dicha mención expresada en la ley nacional de 2015, ya que desde la sentencia de Homologación de Sentencia Extranjera n. 3.865–5/CS 1990[53] fue posible hacer que las sentencias de divorcio extranjeras tuvieran un efecto en el país a través de dicho procedimiento, restringiéndolas solo a casos de sucesión hereditaria o propiedad localizada en el país, por lo tanto, considerando aquellos temas de competencia competitivos y estos son de competencia exclusiva.

Así, en una lectura inicial del apartado III del art. 23 de la legislación procesal vigente desde 2015, existe la imposibilidad de llevar a cabo la homologación de sentencias de divorcio o la disolución de una unión estable emitida por un tribunal extranjero en su conjunto, y no solo en casos de participación de activos ubicados en Brasil. Por lo tanto, si el STJ no aprobó las sentencias extranjeras de divorcio, separación legal o disolución de una unión estable del extranjero en Brasil, cuando se ocupan de compartir los activos ubicados en el país, continuará sin ser aprobado, fuerte en el art. 23.I, del Código de 2015[54].

Además, el cierre jurisdiccional conferido por la exclusividad prevista en el art. 23.III, del Código de Procedimiento Civil también incluye otro análisis en vista de los entendimientos basados en la jurisprudencia brasileña. Esto se refiere a la posibilidad de ratificar una sentencia extranjera que comparta activos ubicados en Brasil cuando haya un acuerdo entre las partes sobre la participación. Este entendimiento fue el adoptado por la Corte Suprema Federal, antes de la Enmienda Constitucional no. 45/2004, que transfirió la jurisdicción de este tribunal con respecto a la ejecución de Homologaciones de Sentencia Extranjera a la Corte Superior de Justicia, y fue mantenida por el STJ después de dicha Enmienda[55].

---

[52] *Cf.* otra critica hecha por F.P. Meinero, "Um novo e injustificado caso de jurisdição internacional exclusiva no novo Código de Processo Civil", em W. Menezes, *Direito Internacional em Expansão*, vol. VIII, Belo Horizonte, Arraes, 2016, pp. 284–296.

[53] Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Homologação de Sentença Estrangeira n. 3.862–5/CS.* Tribunal Pleno. Rel. Min. Sidney Sanchez. Julgado em 15 fev. 1990. Dj em 09 mar. 1990.

[54] Se registra que este entendimiento había sido adoptado por el STJ en 2011, como se señaló en la solicitud de Homologación de Sentencia Extranjera nº 5.270 / US, que enfatizó la competencia exclusiva del poder judicial brasileño para dividir los activos ubicados en Brasil, y, por esta razón, esta decisión extranjera fue ratificada parcialmente, dando efecto a todas sus disposiciones, con la excepción de compartir de bienes ubicados aquí (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Sentença Brasileira Contestada n. 5.270/US*. Corte Especial Rel. Min. Félix Fischer. Julgado em 06 abr. 2011. DJe em 08 set. 2011).

[55] Homologação de sentença estrangeira. Suíça. Divórcio, com acordosobre a guarda e pensão de filho menor, e partilha de bens. Requisitos preenchidos. "*1. Não se constitui em óbice à homologação de sentença estrangeira questionamento acerca da estrutura formal do pronunciamento judicial, que, evidentemente, deve observar o regramento do país de origem.*

Sin embargo, incluso si las partes están de acuerdo con el intercambio de activos y el STJ hizo la homologación de sentencias del extranjero que ratificaron tal expresión de voluntad antes de que la nueva ley entrara en vigor, la prohibición expresa de esta práctica se llevó a cabo mediante la inserción del art. 23, III, puede cambiar la práctica previamente respaldada por la jurisprudencia. Y si eso no fuera suficiente, todavía parece haber un conflicto normativo entre el artículo mencionado y la disposición contenida en el art. 961, §5, del Código, según el cual "*la sentencia extranjera de divorcio consensual surte efecto en Brasil, independientemente de la ratificación por el Tribunal Superior de Justicia*"[56].

Esto se debe a que el quinto párrafo parece permitir tal práctica, afirmando que ya no es necesario ratificar sentencias en Brasil que comparten activos de acuerdo con la voluntad común de las partes, aunque no es posible realizar cambios en el estado civil o la propiedad de bienes notariales sin la debida aprobación del STJ porque es una sentencia, ya que la transferencia[57] en notarios solo se permite en el caso de documentos, creando una especie de limbo, dada la posibilidad de negar la aprobación en sí Corte, fuerte en el mencionado art. 23, III o incluso en el art. 961, §5.

Por lo tanto, al modificar la legislación procesal en cuanto a la jurisdicción exclusiva del foro brasileño para escuchar sobre el divorcio, la separación legal o la disolución de una unión estable, el legislador trajo más dudas que soluciones, lo que puede llegar a cambiar profundamente la práctica nacional sobre el tema.

Por lo tanto, lo que se sugiere ante esta situación es que, en caso de divorcio o disolución de una unión estable con activos ubicados en Brasil, es

Precedentes do Supremo Tribunal Federal. 2.Tanto a Corte Suprema quanto este Superior Tribunal de Justiça já se manifestaram pela ausência de ofensa à soberania nacional e à ordem pública a sentença estrangeira que dispõe acerca de bem localizado no território brasileiro, sobre o qual tenha havido acordo entre as partes, e que tão somente ratifica o que restou pactuado" (SEC 1.304/US, Corte especial, Rel. Ministro GILSON DIPP, DJe de 03/03/2008). 3. *Restaram atendidos os requisitos regimentais com a constatação da regularidade da citação para processo julgado por juiz competente, cuja sentença, transitada em julgado, foi autenticada pela autoridade consular brasileira e traduzida por profissional juramentado no Brasil, com o preenchimento das demais formalidades legais. 4. Pedido de homologação deferido. Custas ex lege. Condenação da Requerida ao pagamento dos honorários advocatícios* (Brasil. Superior Tribunal de Justiça. *Homologação de Sentença Estrangeira n. 4.223/CH.* Corte Especial. Rel. Min. Laurita Vaz. Julgado em 15 dez. 2010. DJe em 16 fev. 2011) – Sem grifos no original.

[56] Brasil. *Lei Federal n. 13.105.* Brasília, 16 março 2015.

[57] "*A palavra traslado significa a transcrição de um documento original. Isso quer dizer que o documento emitido em outro país ganhará uma versão nacional e, assim, produzir efeitos também no Brasil*" (Você sabe o que é traslado de documentos? *Cartório do Ipiranga*. São Paulo, 20 ago. 2018 [<https://cartoriodoipiranga.wordpress.com/2018/08/20/voce–sabe–o–que–e–traslado–de–documentos/>].

necesario llevar a cabo el procedimiento de compartir en el foro brasileño sobre la propiedad ubicada aquí, incluyendo , el juez nacional incluye el valor de los activos ubicados en el extranjero con el propósito de considerar el valor patrimonial total que se dividirá entre las partes[58] según lo dicte la legislación aplicable al divorcio, que, según la Ley de Introducción a las Reglas de la Ley Brasileña, art. 7, seguirá la ley del domicilio de las partes.

IV. CONCLUSIÓN

El estudio de las relaciones familiares desde el Derecho internacional privado es de creciente relevancia, ya que las relaciones internacionales en la época contemporánea, caracterizada por una creciente movilidad humana, se están intensificando cada vez más, llegando a reunir a los individuos. Esta situación amplifica las ya complejas relaciones sociales, de modo que el número de situaciones que contemplan algún punto de contacto en el extranjero aumenta considerablemente, lo que puede no sólo hacer competente a más de un país para actuar, sino que puede dar lugar a actos más allá de los límites político–territoriales del Estado.

Y en vista de estas posibilidades traídas por los tiempos contemporáneos, los países se ven obligados a realizar cambios en su legislación para adaptarse a la nueva realidad mundana, a fin de garantizar la seguridad jurídica de las relaciones humanas, incluso aquí, las relaciones familiares. Por lo tanto, el objetivo principal de este texto era debatir los impactos de los cambios introducidos por Brasil a través de la edición del nuevo Código de Procedimiento Civil en 2015, especialmente con respecto a los impactos causados por el derecho internacional de familia. Por esta razón, el texto se dividió en dos partes, que discutieron los impactos de las innovaciones para asuntos que involucran cooperación internacional y para asuntos de competencia internacional.

En esta comparación, en cuanto a la primera parte, se señalaron los aspectos positivos traídos por la nueva ley con respecto a la provisión de ayuda directa, que sirve para llevar a cabo, a través de las autoridades centrales, procedimientos administrativos y judiciales que son independientes de cualquier procedimiento burocrático para su Uso posterior en el extranjero. Este es un avance, ya que consolida el uso de asistencia directa en el país y aumenta las posibilidades de su uso para

[58] *Cf.* Separação de Cônjuges: Justiça brasileira pode incluir em partilha valor de patrimônio no exterior. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 14 jun. 2014 [<https://www.conjur.com.br/2014–jun–14/justica–brasileira–incluir–partilha–patrimonio–exterior2>].

cualquier asunto relacionado con el derecho de familia, dejando de limitarse a las predicciones de los tratados internacionales, como antes.

Se consideró la acción continua, en relación con la segunda parte, sobre la competencia internacional de los foros brasileños. Así, se consideró la introducción positiva en Brasil de una cláusula específica sobre competencia competitiva en reclamos de alimentos, ampliando la posibilidad de utilizar la justicia brasileña para situaciones que involucran a personas domiciliadas en otros Estados, además de aquellas que han ratificado la Convención Interamericana sobre El tema, en un intento efectivo de proteger los derechos humanos de las partes más vulnerables.

Sin embargo, se mencionó que esta no fue la única modificación realizada dentro del alcance de las normas brasileñas de competencia internacional, habiendo sido la inserción del ítem III, en el art. 23, del nuevo Código muy negativo. Esto se debe a que, si anteriormente era posible ratificar el divorcio, la separación o la disolución de una unión estable en Brasil cuando no proporcionaban propiedades ubicadas aquí o cuando había un consenso entre las partes involucradas con respecto al intercambio de activos, estas posibilidades no parecen sea más posible con esta modificación, que hace que la corte brasileña sea la única competente, ¡exclusiva! – para hacer frente a estas situaciones.

Por lo tanto, en el análisis final, se afirma que la introducción del nuevo Código de Procedimiento Civil en Brasil no solo fue necesario ante los cambios en el mundo contemporáneo, sino que también trajo más mejoras que pérdidas a la resolución de disputas internacionales de derecho de familia. , a pesar de que dejó algunas situaciones sin respuesta, en particular con respecto al punto negativo del cierre jurisdiccional presentado por el art. 23, III.

BIBLIOGRAFÍA

Araujo, N.: "A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a Atuação do Estado Brasileiro no Plano Interno e Internacional", *Ministério da Justiça. Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos: cooperação em Matéria Penal.* Brasília: Secretaria Nacional de Justiça/DRCI, 2013.

—: *Cooperação Jurídica Internacional no Superior Tribunal de Justiça: Comentários à Resolução n. 9/2005*. Rio de Janeiro, Renovar, 2010.

—: *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*, Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

Ballarino, T.: "Introdução", en: P. S. Mancini, *Direito Internacional (Dirito Internazionale: prelezioni)*. Trad. Ciro Mioranza, Ijuí, Unijuí, 2003.

Barroso, L.R.: *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.

Cahali, Y.S.: *Dos Alimentos*, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

Calvo–Caravaca, A.L. y Carrascosa González, J.: *Derecho internacional privado*, vol. 1, 17ª ed., Granada, Comares, 2017.

Castro, A.: *Direito Internacional Privado*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.

Costa, T.J.: *Adoção Transnacional: um estudo sociojurídico e comparativo da legislação atual*, Belo Horizonte, Del Rey, 1998.

Fernández–Arroyo, D.P.: *Derecho internacional privado: uma mirada actual sobre sus elementos esenciales*, Córdoba, Advocatus, 1998.

Figueirêdo, L.C.: *Adoção internacional: doutrina e prática*, Curitiba, Juruá, 2011.

Hill, F.P.: "Considerações sobre a Cooperação Jurídica Internacional no Novo CPC", em Macedo, L.B.; Peixoto, R.; Freire, A. *Novo CPC: Parte Geral,* vol. I., Salvador, JusPodivm, 2015.

Iglesias Buhigues, J.L., Esplugues Mota, C., Palao Moreno, G.: *Derecho internacional privado*, 15ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

Jayme, E.: "O Direito Internacional Privado do novo milênio: a proteção a pessoa humana face à globalização", en N. Araujo y C. Lima Marques, *O Novo Direito Internacional: estudos em homenagem a Erik Jayme*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005.

Loula, M.R.: *Auxílio Direito: novo instituto de cooperação jurídica internacional civil*, Belo Horizonte, Fórum, 2010.

Mange, F.F.: *Medidas de Urgência nos Litígios Comerciais Internacionais*, Rio de Janeiro, Renovar, 2012.

Mcclean, D.: *International Cooperation in Civil and Criminal Matters*. London: Oxford University Press, 2002.

Meinero, F.P.: "Um novo e injustificado caso de jurisdição internacional exclusiva no novo Código de Processo Civil", en W. Menezes, *Direito Internacional em Expansão*, vol. VIII, Belo Horizonte, Arraes, 2016, pp. 284–296.

Moreira, A.P. y Cardoso, T.A.: "A capacidade das partes na adoção internacional: perspectivas brasileiras quanto à determinação da lei aplicável", *Revista Fórum de Direito Civil. Belo Horizonte*, vol. 4, 2015, pp. 65–79.

Paluma, T y Paiva, H.A.: "Regras de competência judicial internacional e análise crítica do fórum shopping e fórum non conveniens", en R. Vasconcellos y otros (orgs.). *Panorama do Direito Internacional Privado atual e outros temas contemporâneos: Festschrift ao Profesor Jacob Dolinger,* Belo Horizonte, Arraes 2015, pp. 69–78.

Ramos, A.C.: *Curso de Direito Internacional Privado*, São Paulo, Saraiva, 2018.

Rechsteiner, B W.: *Direito Internacional Privado*, 18ª ed., São Paulo, Saraiva, 2016.

Squeff, T.C.: "Auxílio Direto: a nova ferramenta de cooperação interjurisdicional do Código de Processo Civil de 2015", en F. Rubin y L.A. Reichelt, *Desafios do Processo Civil Contemporâneo: os dois primeiros anos de vigência do Novo CPC*, Porto Alegre, Paixão Ed., 2018.

Squeff, T.C.: Bernardi; V.: "O. Nuevas perspectivas de la Lis Pendens en la litigación internacional: el caso de la reestructuración del Código De Proceso Civil Brasileño", *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul*, Assunção, a. 4, n. 7, pp. 262–279.

—: "Para além da cooperação tradicional: a positivação do auxílio direito no novo Código de Processo Civil", *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 25, 2017, pp. 261–300.

Squeff, T.C., Fernandes, C.F. y Hofstteter, C.K.: "Notas Introdutórias sobre a Execução de Alimentos no Exterior", en C.P. Rosa y L M. Thomé, *Olhares Interdisciplinares sobre Família e Sucessões*. Porto Alegre, RJR, 2016.

Squeff, T.C. y Souza, N.B.: "Apontamentos Gerais Sobre o Sequestro Internacional de Crianças", em C. P. Rosa y L. M. Thomé, *As Famílias e os Desafios da Contemporaneidade*, Porto Alegre, IBDFAM–RS, 2015.

Theodoro Junior, H.: *Curso de Direito Processual Civil*, 20ª ed., vol. I, Rio de Janeiro, Forense, 1997.

Vescovi, E.: *Derecho Procesal Civil Internacional*, Montevideo, Idea, 2000.

Vieira, L.K. y Barbosa, T.N.: "O. A Convenção de Haia sobre a Cobrança Internacional de Alimentos em Benefício dos Filhos e de outros Membros da Família: a recente recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro". *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, Goiânia, vol. 42, nº 2, 2018, pp. 76–96.

Reflexiones en cuanto a la figura del orden público y su pertinencia en los albores del siglo XXI

José Luis MARÍN FUENTES *

SUMARIO: I. Introducción II. De donde surge la figura del orden público. III. ¿Qué es el orden social y cuantas clases de él existen? IV. ¿Existe alguna relación entre la moralidad social y las normas de orden público? V. ¿Qué debe entenderse por orden público interno e interés social? VI. Como entender el Orden Público Internacional. VII. ¿Cuál es la relación que existe entre las normas de orden público y los derechos fundamentales? VIII. La relación entre el orden público y derecho económico. IX. ¿Pueden las normas de orden público amparadas en el concepto de soberanía estatal violar el orden público internacional? X. ¿Existe en la actualidad la noción del orden público en el DIPr?, ¿o su nombre se quedó sólo en el mito? XI. Conclusión.

RESUMEN: El presente ensayo trata de describir de una manera un poco tangencial el rol que siempre ha jugado una figura que en cierta medida ha sido considerada como enigmática, imprecisa y etérea, la cual no es otra que el denominado "orden público". Para ello trataremos de ver si hay algo de nuevo respecto a tal concepto y cuál es su relación con otras ciencias sociales y jurídicas. En este sentido estudiaremos los posibles vínculos que pueden existir entre el orden público y el orden social; de igual forma si hay una concordancia de sus postulados con aquellos de la moralidad social, así como con aquellos derechos denominados fundamentales en un ordenamiento jurídico dado. También buscaremos si existen correspondencias con algunas ramas del derecho como son el económico, el público y dentro de este, el constitucional, todo ello a la luz de una postura tanto jurídica, como desde las ciencias sociales, esto con el fin de dar respuesta a varios interrogantes en cuanto a la pertinencia actual y a la aplicación de las normas de orden público tanto local de como internacional, a las diferentes situaciones jurídicas que se presentan no sólo en el espectro del Derecho internacional privado como en el desarrollo de las sociedades actuales.

PALABRAS CLAVE: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO – ORDEN PÚBLICO – PRINCIPIO GENERAL DE DERECHO – GLOBALIZACIÓN – MORALIDAD.

Meditations regarding the figure of public policy and its relevance at the dawn of the 21st century

ABSTRACT: This paper tries to describe in a tangential way the role of a figure that has been considered to be sometimes enigmatic, imprecise and ethereal, and that has always playe dan

* José Luis Marín Fuentes, Profesor de Derecho internacional privado, Universidad de Medellín, Facultad de Derecho, Carrera 87 No. 30–65, Medellín, Colombia, E–mail: jlmarin@udem.edu.co.

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 461–488
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.17

important rol, and which is none other than the so–called "ordre public" [public policy]. To do this, we will try to see if there is something new about this concept and what is its relationship with other social and legal sciences. In this sense, we will study the possible links that may exist between "ordre public" [public policy] and social order; in the same way, see if there is any concordance with its postulates with those of social morality, as well as with those rights called fundamentals in a certain legal system. We will also look whether there are correspondences with some branches of the law such as economic law, public law and including within this, the constitutional law, all that, in light of a legal, as well as from the social sciences position. This study will be made in order to respond to several questions regarding the current relevance and application of local and international public policy rules, to the different legal situations that arise not only in the spectrum of private international law, but also in the development of current societies.

KEYWORDS: PRIVATE INTERNATIONAL LAW, PUBLIC POLICY, GENERAL PRINCIPLE OF LAW, GLOBALIZATION, MORALITY

I. INTRODUCCIÓN

Pretendemos en este corto escrito abordar desde la ciencia del Derecho internacional privado [en adelante DIPr] una figura a la cual cientos de autores en todo el mundo le han abierto un espacio en sus reflexiones personales, y donde le sumaremos una más buscando hacer más comprensible esta institución que ha permeado la mayor parte de los ordenamientos jurídicos y que no deja de crear interrogantes en cuanto a su utilización por parte de muchos operadores jurídicos, en especial por los jueces quienes deben lidiar con su particularidad en cuanto al permiso o rechazo de una ley extranjera que ha de tener lugar en sus jurisdicciones.

Creemos que para poder desarrollar de una manera más estructurada el presente tema, debemos partir de una cuestión y no es otra que preguntarnos qué tan pertinente es el uso de la figura del orden público en las relaciones jurídicas del siglo XXI y su efectividad en cuanto a su aplicabilidad a las mismas. Para lo anterior, es necesario que hagamos un recorrido a través de la historia jurídica de al menos los dos últimos siglos para saber si efectivamente el día de hoy existe una razón válida para determinar si el orden público como una de las figuras insignias que ha sido del DIPr, aún guarda la misma fuerza y validez que ha venido ejerciendo durante los últimos decenios.

Otro de los temas en el cual nos internaremos, al menos de una manera tangencial, será el estudio de las relaciones sociales en las cuales ha venido siendo aplicada la figura del orden público y el vínculo que ha existido entre ambas figuras para poder definir si efectivamente se puede pregonar que el segundo juega un papel esencial en las primeras en tanto un elemento

orientador e integral en el cual se recogen y resguardan principios y valores que identifican a la sociedad como tal.

También será necesario que indaguemos por la relación existente entre el orden público interno y el internacional, ya que ahí se podrán mezclar una serie de valores que pueden hacer que tanto el uno como el otro o se excluyan o se complementen, ello por la particularidad de esta clase de normas que poseen unos interrogantes y unas particularidades que le son propias, lo que en cierta medida ha dificultado su aplicabilidad en el contexto del DIPr, quizás porque como se tratará de demostrar más adelante, se trata de un sistema de control que está determinado no por una estructura jurídica, sino por una cuestión básicamente social.

Igualmente se tratará de analizar la relación que pueda existir entre las normas de orden público y aquellas que protegen los denominados derechos fundamentales; en tal sentido se pretende poder verificar si se presenta alguna interrelación o afinidad con el concepto de la soberanía estatal. Por último, nos detendremos a analizar si lo que hoy conocemos como normas de orden público conserva las mismas características que las hicieron famosas y pertinentes, o si por el contrario se trata de una cuestión quimérica o de un simple mito que aún pervive.

II. De donde surge la figura del orden público

Los primeros pasos de donde nos podemos apoyar para ofrecer una visión histórica de la cuestión del orden público como materia normativa se remontan a los estudios llevados a cabo por la escuela estatutaria en los siglos XIV y XV, donde sus algunos de sus máximos representantes pudieron distinguir que entre los diferentes estatutos que regulaban la vida de los habitantes de las ciudades del norte de la península itálica habían unos que eran muy favorables, en cuanto que en los otros eran muy odiosos e injustos, era así como Bartolo de Sassoferrato observaba que un estatuto que le impedía a una mujer hacer un legado a su esposo era favorable y debería ser reconocido por fuera de su territorio, en tanto que para *Baldo de Ubaldis*, aunque se trataba de un estatuto odioso, el mismo debía circunscribirse únicamente a su territorio[1].

En el Derecho llamado moderno podemos partir de la obra emprendida por Savigny para encontrar la verdadera construcción doctrinal del concepto de orden público[2], en este sentido y de acuerdo a Savigny había que dirigirse a las disposiciones imperativas o prohibitivas de una

[1] Y. Loussouarn y P. Bourel, *Droit International Privé*, 6e ed., París, Dalloz, 1999, p. 297.
[2] J.M. Trias de Bes, "Conflicts de lois", *Recueil de Cours*, t. 62, 1937, p. 66.

legislación en específico para poder determinar si las mismas chocaban con lo dispuesto por una ley extranjera, ya que para él una disposición puramente permisiva nunca sería de orden público en el derecho civil internacional además veía en tal noción la constatación de una falla en su comunidad jurídica entre dos o más Estados respecto al derecho de cada uno de ellos que entraban en colisión[3].

Para fundamentar su teoría sobre las normas de orden público, Savigny se apoyaba entre otros en hechos tales como la esclavitud, donde indicaba que si bien tal práctica podría ser reconocida en un Estado, difícilmente podría se reclamada [la propiedad sobre el esclavo] en otro que no la reconociera, al respecto señalaba que

> "… si un Estado no reconoce la esclavitud, un esclavo negro que se encuentre en su territorio no puede ser reclamado como propiedad de su amo, ni tampoco bajo el pretexto de ser un incapaz" en un caso contrario afirmaba que: "Si nuestras leyes prohíben a los judíos adquirir tierras, nuestros jueces deberán prohibir dicha adquisición no sólo de parte de los que nacieron en el país, sino de aquellos judíos que provienen de otros países donde es lícita la adquisición de tierra por ellos"[4].

En este sentido vemos como la cuestión del orden público como una cuestión de defensa de los valores sociales se va posicionando como una de las figuras esenciales del derecho de los conflictos de leyes o internacional privado como sería llamado posteriormente por Story[5].

Sin embargo y a pesar de lo anterior, serían los autores franceses Bartin[6] y Despagnet[7] quienes le darían la publicidad y el impulso que requería esta figura jurídica para que fuera tenida en cuenta no sólo en los manuales de estudio, sino por los juristas de la época; serían pues ellos los que pondrían de moda el término "*ordre public*" que ha llegado hasta nuestros días.

Bartin por su lado no concebía una noción general y abstracta de lo que por el orden público debía entenderse; ahora en su época tanto él como Despagnet se apoyaban en lo señalado en el art. 6º del Código Civil Francés

---

[3] F.K. von Savigny, *Traité de Droit Romain*, t. VIII, París, Libr. Fermin Didot Frères, 1851, p. 29.

[4] R. Michaels, "International Comity in comparative perspective", *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, (Curtis A. Bradley ed.), Nueva York, 2019, p. 707.

[5] J. Story, "Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially", en *Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*, 2ª ed., rev., Londres, A. Maxwell, 1841, p. 10 *"…This branch of public law may, therefore, be fitly denominated private" international law, since it is chiefly seen and felt in its application to the comon business of private persons…"*.

[6] E.A. Bartin, "Les dispositions d´ordre public, la théorie de la fraude à la loi, et l´idée de la communauté internationale", *Annuaire de l´Institut de Droit International*, Bruselas, 1897, p. 601.

[7] F. Despagnet, *Précis de Droit International Privé*, París, Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, 1904, p. 220.

[Code Napoléon que recoge el principio del *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest*] el cual aún el día de hoy estipula que: "*on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*"[8], no había una definición propia de lo que por dicha figura había de entenderse, toda vez que para éste las normas de orden público se encontraban de manera en la sociedad, en este sentido señala Bartin que: "*Le juge doit faire appel à des idées générales su l´esprit de la législation au nom de laquelle il rend la justice, et des idées générales de ce genre ne sauraient être enfermées dans une formule qui serait pour elles un étau: elles sont intraduisables en droit, parce ce qu´elles dominent le droit lui même*"[9].

En ese mismo sentido Paul Lagarde, indicaría posteriormente que el orden público en tanto que figura normativa era muy difícil de definir ya que se trata[ba] de un concepto esencialmente funcional el cual tiene como propósito el asegurar una combinación coherente entre los diferentes sistemas jurídicos, y que el mismo no tiene simplemente como objeto el asegurar la salvaguardia de las instituciones fundamentales de la civilización del foro, sino que el mismo interviene por razones de orden técnico como por ejemplo a título de medida urgente contra una institución jurídica extranjera desconocida[10].

Tampoco se puede desconocer el hecho que esta "nueva" escuela francesa de Derecho internacional privado surgida a principios del siglo XX sería la que más desarrollo le impregnaría a la figura del orden público, de hecho, el galicismo "*ordre public*" quedó empotrado en todos los manuales de DIPr y así es como se le reconoce por la mayoría de los juristas, especialmente por los *ius* privatistas internacionales cuando están frente a una situación en la cual la norma de conflicto en cuanto a su carácter de bilateral, designa a una ley extranjera para que regule la situación jurídica que está sometida a discusión ante el tribunal del foro, y será éste último quien determine si aplica o no la excepción que contemplan sus normas de orden público. En este caso podemos concluir señalando en cuanto a los orígenes del concepto del orden público, que los actos o conductas que el mismo regula de una u otra manera siempre han estado presente en el desarrollo de las sociedades, y como sucede en todas estas cuestiones, siempre llega el momento que llaman la atención de algún interesado o estudioso que se encarga de sacarlo a la luz proyectarlo a nivel social, y es a partir de allí que se lo concede la importancia que él mismo reclama. En este sentido es preciso aclarar que la figura del orden público no solamente está delimitada a una cuestión

[8] Esta norma se encuentra plasmada de forma análoga entre otros, en el art. 10 Cc y el 16 del Cc colombiano.

[9] E.A. Bartin, *op. cit.*, p. 614.

[10] P. Lagarde, *Recherches sur l´ordre public en droit international privé*, París, LGDJ, 1959, p. 96.

jurídica, sino que impregna igualmente conceptos políticos, culturales, económicos, religiosos, los cuales en situaciones normales al irse actualizando según la idiosincrasia y la evolución de la sociedad y la cultura, debe actualizarse igualmente aquella noción de orden público que no es inmutable, so pena de volverse anacrónica[11].

III. ¿QUÉ ES EL ORDEN SOCIAL Y CUANTAS CLASES DE ÉL EXISTEN?

Al estar relacionada la noción de orden público con conceptos tales como los valores, las costumbres y las tradiciones sociales, creemos necesario acudir [al menos de forma tangencial, ya que no es el propósito principal de este artículo] a los conceptos que nos ofrece la sociología para indagar si existe una relación estrecha entre el orden público como figura jurídica, y el orden social como catalizador de esos valores sociales y culturales.

En este sentido si queremos saber que ha de entenderse de manera general y abstracta por orden social, lo más sensato es reseñar primeramente a Comte quien como el padre del positivismo y de la sociología moderna determina en cierta medida lo que por tal concepto ha de entenderse; éste define al orden social como una coherencia que se presente entre el orden y el progreso, así como todas las funciones que aseguran su permanencia, y que puede ser observado en una comunidad respecto a sus valores y su progreso, esto es la marcha de la humanidad hacia un estado más conforme a sus necesidades[12]

Por otro lado, también se puede señalar que un orden social es cuando

> "… en una sociedad una buena parte de los actos individuales y grupales están coordinados y regulados con fines sociales. Para que esa coordinación y regulación de conductas se produzca, generalmente es necesario establecer diferenciaciones jerárquicas entre los integrantes de la sociedad, vale decir, establecer relaciones políticas, de mando y obediencia, que revelen el orden imperante"[13].

Al respecto es importante tener presente que un valor o una tradición social básicamente proviene o se deriva de un consenso sociocultural que ha sido alcanzado a través de un meticuloso proceso de escrutinio público de las decisiones y actos sociales, el cual se ampara en la estructura

[11] E. Jiménez Solarez, *Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ¿Derecho Uniforme, u orden público general?*, 2ª ed., México, Flores, 2017, p. 17.

[12] P.A. Comte, *Cours de Philosophie Politique*, t. I, París, Rouen Frères, Libr. Editeurs, 1830, p. 51.

[13] Glosario de conceptos políticos usuales [<http://www.eumed.net/diccionario/definicion.php?dic=3&def=405>].

cohesionante de las tradiciones o mitos en los que las personas depositaban su confianza para versen protegidas las mismas, este proceso que algunos autores[14] llaman como "solidaridad mecánica", es el que ha permitido que las sociedades hayan no sólo avanzado como tal en la historia, sino que se mantengan cohesionadas como lo son en cierta medida actualmente; sin embargo no con la misma fuerza con la que inicialmente comenzaron, ya que los procesos de globalización en determinada forma han contribuido a desmoronar los sistemas tradicionales y culturales locales.

En uno de los puntos en los cuales las normas de orden público local proceden a irrumpir es cuando se percibe por parte del juez que al dar aplicación a un derecho extranjero se va a producir una alteración con los valores y tradiciones que son resguardados por aquellas normas de máximo valor social; sin embargo creemos que eso no es así ya que como señala Esteva Fabregat:

> "La adaptación individual y social del grupo tiene como dialéctica la relación del individuo con su sociedad, de esta con otras sociedades y la de cada una con su medio total. En cada caso, la aparición de una contradicción sabemos también que puede ser debida a la anormalidad de una adaptación considerada en término de los valores predominantes en una tradición cultural, como cuando se intenta modificar, desde dentro o desde fuera, una costumbre sentida como habitual por parte de los miembros de un grupo social"[15].

En cuantos a la pregunta de cuantas clases de orden social existen, creemos que la respuesta sería solamente uno, en el contexto de un Estado como tal, ya que al igual que su ordenamiento jurídico, las tradiciones y los valores sociales tienen una aplicación en principio, netamente territorial, de ahí que las mismas tengan una protección al interior de sus fronteras, ya que no tendría sentido proteger valores y tradiciones sociales por fuera de su territorio [salvo algunas excepciones como en el caso norteamericano donde se hace valer extraterritorialmente el valor "*Democracy*" cuando algún otro país no lo observa a la manera norteamericana]. Sin embargo debemos tener presente que el anterior concepto no es absoluto, ya que de serlo estaríamos hablando que el sistema político y social imperante en la actualidad sería la autarquía, cosa que el día de hoy pertenece al pasado [sin embargo, no se puede asegurar que en futuro algunas sociedades opten por volver al mismo] ya que en las últimas décadas hemos sido testigos de un fenómeno que ha permeado no sólo nuestras vidas y tradiciones el cual no es otro que la globalización en todos sus aspectos: económico, jurídico y

[14] É. Durkheim, *Las reglas del método sociológico*, México D.F., Alianza Editorial, 1988, p. 75.
[15] C.E. Fabregat, *Cultura, sociedad y personalidad,* Barcelona, Anthropos, 1993, p 21.

social. En este caso creemos pertinente aportar las enseñanzas de Luhmann que al respecto y entre otros indicaba que:

> "La sociedad mundial no es un orden estático y jerárquico, ni una comunidad de naciones que simbolizan el todo, sino la emergencia de un orden social basado en la interconexión, interdependencia y aumento de la intensidad y del rango de la comunicación social a nivel mundial. Dicho horizonte recursivo de comunicaciones ya no es asociable a una región particular ni a un contexto específico, ni tampoco es conceptualizable como una parcelación regional de comunicaciones, ya que la constitución de la sociedad global intensifica hasta un punto irreversible la interdependencia de las comunicaciones sociales: "Si se parte de la comunicación como operación elemental cuya reproducción constituye a la sociedad, entonces en cualquier comunicación se implica obviamente a la sociedad del mundo –y esto independientemente de la temática concreta y de la distancia espacial entre los participantes"[16].

A manera de conclusión del presente capítulo podemos indicar que las normas de orden público al igual que el derecho como tal buscan brindar una protección, ya no al individuo como tal sino al grupo social en su conjunto, sin embargo, existe cierta dificultad ya que en este caso caeríamos en una generalización de los individuos al pretender que todos no solamente son iguales, sino que le sociedad o comunidad que los engloba los representa, pero de manera autónoma, esto es, cuando se defiende el orden y las buenas costumbre se hace frente a un grupo total y no a la persona como tal.

Creemos que una norma de orden público como una excepción a la aplicación de un derecho extranjero no puede ser entendida, ni aplicada si la misma no se aborda desde el problema que suscito su aplicación y los efectos que se producirán en caso de que prospere la excepción.

IV. ¿Existe alguna relación entre la moralidad social y las normas de orden público?

En este caso, y de una forma muy superficial, [ya que éste no es el tema principal del presente artículo] buscaremos determinar si existe una relación entre los conceptos "la moral social" y el orden público, y en caso positivo, nos detendremos a analizar que ha de entenderse por la primera y cuál es su relación directa con el segundo, y en caso afirmativo.

Por ello, para dar respuesta a la cuestión que suscita el título del presente apartado creemos necesario indagar que puede entenderse por el concepto de moralidad social.

[16] N. Luhmann, *La sociedad de la sociedad*, México D.F., Herder Editorial, 2007, p.112.

En cuanto a la cuestión de la moralidad social, vemos que ésta puede tenida como que la aplicación de las leyes morales a la producción y conservación del bien social; en otros términos: el objeto de la moral social es aplicar al bien de las sociedades todas aquellas leyes naturales que ha producido el orden moral, por lo tanto, no puede existir moral social sino en cuanto hay relaciones necesarias entre el individuo y la sociedad[17]. En este contexto Durkheim afirma que la función de la moral social es en primer lugar la de determinar la conducta individual, de fijarla y de sustraerla de su visión individual e implantarla en la vida en sociedad. Para él, el contenido de estos preceptos morales, es decir, la naturaleza de los actos que prescriben también tiene valor moral, ya que la moral presupone una cierta capacidad para repetir los mismos actos en las mismas circunstancias y, en consecuencia, implica un cierto poder para contraer hábitos a escala social, lo que implica una cierta necesidad de regularidad.

La afinidad del hábito y la práctica moral es incluso tal que cualquier hábito colectivo casi inevitablemente tiene algún carácter moral. Cuando una forma de actuar se ha convertido en habitual en un grupo, todo lo que se desvía de ella suscita un movimiento de reprobación muy cercano al surgido por las faltas morales propiamente dichas. Si todos los hábitos colectivos no son morales, todas las prácticas morales son hábitos colectivos. Como resultado, cualquiera que sea resistente a todo lo habitual, también corre el riesgo de ser refractario a la moral[18].

Sin embargo, autores como Heler han sostenido que la autonomía moral se propone entonces como la auto–imposición de normas compartidas para la regulación de una convivencia donde se defienda ese espacio de libertad individual. Los hombres tienen el derecho, que es también deber, de consentir por sí mismos a las limitaciones que requieren las interacciones con sus congéneres, a la espera de que todos harán lo mismo guiados por las mismas o similares consideraciones. Esta expectativa de cumplimiento recíproco constituye la base sobre la que se hacen obligatorias las normas para una moral secularizada, acosada siempre por el miedo a los parásitos que pueden aprovecharse de esa expectativa en provecho propio y en desmedro de la libertad de todos.

En este caso, hablamos no de la moral personal o individual, sino de la moral social, aquella que es el producto de la interacción social que la genera y reproduce, en parte conservándola y en parte modificándola; mientras que los individuos emergen de un proceso de socialización–individuación en relación con el cual se constituyen como tales sobre la base de

[17] E.M. De Hostos, *Moral Social,* Madrid, Imprenta de Bailly–Bailliere e Hijos, 1906, p. 28.
[18] É. Durkheim, *L´éducation morale*, París, PUF, 2012, p. 24.

significaciones sociales, de significaciones que a su vez los individuos contribuyen a reproducir. La moralidad es así común, sus normas y valores son compartidos; genera expectativas de cumplimiento recíproco[19].

Siempre se ha señalado por parte no sólo de la doctrina, sino por la misma jurisprudencia, que para poder autorizar la aplicación de una ley o derecho extranjero en el ordenamiento jurídico local, la misma debe ser sometida al "proceso de filtración" de las normas de orden público, las cuales apoyadas o con fundamento entre otros en el orden social determinan o no la aplicabilidad de tal derecho foráneo. Hasta este punto las cosas son claras en cuanto a que el orden social no tiene una característica meramente personal sino comunitaria, es decir, general porque su aplicación es a todos los habitantes del territorio sin distinción alguna; ello de la misma forma que lo hacen las normas de orden público. En ese punto se podría afirmar que entre ambos conceptos si existe una relación muy estrecha, sin embargo, ésta aplica desde el punto de la generalidad de la sociedad, y no desde el punto de vista de la individualidad de las personas, siendo en este punto donde radica uno de las cuestiones que nos conducen a realizar el presente artículo, y es al final, poder demostrar que las normas de orden público deben de tener en cuenta en primer lugar al individuo y sus derechos personales y de manera subsidiaria al orden y a la moralidad social.

¿Qué debe entenderse por orden público interno e interés social?

Hemos de aclarar que en este caso hablaremos no de normas de orden público, sino del orden público como un concepto propio de la ciencia política. En este caso, el orden público interno puede ser abordado como aquel elemento con el cual se busca implementar en un grupo social un determinado nivel de restricción frente a la producción y observación de determinadas conductas que representan la esencia y razón de ser de la sociedad y de los bienes comunes que la conforman.

El orden público es en sí mismo un concepto indeterminado que al igual que aquel del interés general, su definición dependerá en cada momento de las concepciones políticas y sociales que sean y observadas e interesen a los fines del Estado, siendo éste mismo indeterminado en cuanto a su concepción. Y es que al constituir un límite oponible al ejercicio de las libertades, el mantenimiento del Orden Público en una democracia supone un requisito esencial para preservar el orden social. En palabras de Montalvo Albiol:

[19] M. Heler, "La Construcción social de las normas morales", *Revista Tópicos*, nº 16, Universidad Católica de Santa Fé, Argentina, 2008, pp. 6 ss.

> "La idea general de lo que es "Orden Público", o incluso lo que es "orden" y lo que es "público" es necesariamente modificada por el curso de la historia. El conglomerado social dista mucho de ser estático, al menos en la actualidad. Reflejo de toda sociedad es su organización jurídica, que habiendo sido creada para auxiliar a la primera, debe poseer igualmente los mecanismos evolutivos necesarios para adaptarse desechando de su sistema aquellos postulados que no gocen de la misma flexibilidad"[20].

Por otro lado, el orden público puede referirse a la preservación de los intereses fundamentales de una sociedad, en la medida en que estos podrían ser identificados en sus políticas públicas y su actividad legislativa, en lo que la gente entiende por decencia y moral. En este sentido el concepto mismo de orden público puede representar axiomas sociales y consideraciones sociológicas dinámicas que sólo pueden ser analizadas en un momento y lugar determinados. pues todas las naciones soberanas tienen un interés en definir particularmente lo que ellas consideran como propio de su orden público[21].

No en vano, el tema del orden público no es nuevo. Por el contrario, el concepto ha sido utilizado fructíferamente ya desde hace tiempo en cualquier cantidad de ordenamientos disímbolos. Paradójicamente, poco o nada se ha dicho a ciencia cierta sobre el contenido del aludido concepto. De cierta manera podría decirse que el orden público delimita la frontera entre los derechos de los cuales uno puede disponer libremente de los que no; estos últimos son los que el orden público protege[22].

Las descripciones anteriores en cuanto al orden público interno nos sirven para identificar uno de los pilares o fundamentos en los cuales se apoyan las autoridades judiciales o tribunales de un determinado Estado para permitir o negar los efectos de una ley extranjera en su propio territorio. Sin embargo, ha de tenerse presente que dicho orden público ha sido creado más por el Estado que por la propia sociedad la cual si bien participa de manera lenta y regular, es el primero quien cataliza aquellos comportamientos como contrarios al orden social.

En lo que respecta al interés social o general, vemos que es un concepto hermano del de orden público, ya que con el mismo lo que se busca es que el Estado en su calidad de depositario y respecto a su estructura política, debe velar porque las actuaciones de los ciudadanos en su territorio sean

---

[20] J.C. Montalvo Abiol, "Concepto de orden público en las democracias contemporáneas", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid,* nº 22, 2010–II, p. 199.

[21] N.F. Diebold, "The Morals and Order Exceptions in WTO Law: Balancing the Toothless Tiger and the Undermining Mole", *Journal of International Economic Law*, vol. 11, nº 1, 2007, p. 59.

[22] D. Ruiz Lares, "Los criterios de definición de 'orden público' como excepción a las obligaciones en el derecho de la OMC", *Revista de Derecho Económico Internacional*, vol. 2, nº 2, 2012, p. 7.

acordes a los principios de sociabilidad instaurados, observados y respetados dentro de aquél. Ese interés social debe ser tenido igualmente como un principio de causalidad o de finalidad que debe estar presente tanto en las actividades humanas como en las relaciones sociales a fin de crear un valor común que esté por encima de los valores propios individuales. En otras palabras, el interés general o social ha de ser tenido como un principio fundamental de la legitimación del poder en las sociedades modernas: cualquier poder, sea lo que sea, debe aparecer como portador de un interés que excede y trasciende los intereses particulares de los miembros. Esta representación ayuda a anclar la creencia en sus méritos y a crear el consenso esencial para su ejercicio. Todo sucede como si el poder, en las sociedades modernas, solo pudiera considerarse cubierto con el sello de interés general: esto constituye, no solo uno de los atributos del poder estatal, sino también una referencia necesaria para todas las instituciones que entrecruzan el espacio social;

El interés general figura así como la matriz de todos los discursos de legitimación de las formas sociales instituidas[23].

Frente a las descripciones anteriores podemos observar que tanto el orden público interno, como el interés social o general, son por así llamarlos, universales o genéricos dentro de ese espacio social que delimita el Estado, por lo que su naturaleza es muy difícil de determinar ya que como se afirmó los mismos no sólo son propios de cada sociedad, sino que dependen de situaciones de modo, espacio y lugar, por lo que su análisis debe darse para caso en concreto. En este sentido pretendemos apoyar nuestra posición respecto al hecho que cuando un juez o tribunal local pretenden reconocer el valor que ha de tener un derecho extranjero en sus propios territorios deberán tener presente la individualidad frente a la generalidad cuando se trata de reconocer derechos que serán disfrutados por un sujeto en particular y no la sociedad en su conjunto.

VI. Como entender el Orden Público Internacional

En este apartado pretendemos abordar de una manera muy particular y restrictiva lo que por orden público internacional ha de entenderse, todo ello a la luz de los postulados del DIPr; [ya que el concepto como tal es más propio del Derecho internacional público], esto con el fin de delimitar no sólo el concepto en sí mismo, sino su aplicabilidad a una situación jurídica determinada. Vemos en este caso como la rigidez que comporta el concepto

[23] J. Chevalier, "Intérêt général", en I. Casillo y otros, *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, París, GIS Démocratie et Participation, 2013.

de Estado ha venido siendo matizada y suavizada por uno nuevo que viene implícito con la noción de la globalización o comunidad internacional, esto sucede al igual que con el término fronteras y su estructuración tal como surgió después de los tratados de Münster y Osnabrück de 1648 también llamados como la Paz de Wesfalia; ambas concepciones se han estado redefiniendo y han dado paso a nuevas apreciaciones. En este sentido podemos también entender que el día de hoy la noción del orden público internacional va más ligada a hechos que trascienden fronteras y que lesionan valores "universales" reconocidos por la comunidad internacional, y no en cuestiones meramente locales y territoriales. Entre los hechos más visibles que son abordados por el orden público internacional se encuentran en conductas tales como el narcotráfico, la trata de personas, la corrupción, la esclavitud, el tráfico de fauna entre otros[24], las cuales pueden ser sancionadas en cualquier lugar y a cualquier por momento no sólo por los tribunales sino por otras autoridades políticas o administrativas del Estado del foro.

En cuanto al concepto propio, hay autores que sostienen que el orden público internacional tiene que mirarse como una institución jurídica protectora del orden jurídico nacional, misma que los Estados podían invocar como una excepción al deber de atribución de efectos extraterritoriales cuando ciertas normas o resoluciones extranjeras se consideraban podían afectar principios o valores fundamentales y esenciales del orden jurídico local[25].

Sin embargo, creemos que el orden público internacional el día de hoy se circunscribe, más que a valores sociales y culturales locales, a la protección internacional de los derechos humanos por lo que en el derecho interno se encuentran más ligados a las normas de orden constitucional que a la estructura y concepción política del Estado, es de ahí que tanto en el derecho internacional público como en el DIPr se le considere como el *ius cogens* siendo válido para evitar que se lleven a cabo actos que vulneren esa clase de derechos así sea por los Estados mismos entre ellos o los particulares.

En otras palabras, vemos que hablar de un orden público internacional significa que existe en derecho internacional público un grupo de reglas de importancia fundamental para la comunidad internacional en su conjunto las cuales los Estados no podrían, so pena de nulidad, derogar por acuerdos que les sean contrarios. Esta noción se fundamenta en el hecho esencial que existen en la sociedad internacional contemporánea un cierto número de

[24] B. Audit y L. D´Avout, *Droit International* Privé, París, Economica, 2010, p. 276.

[25] E. Novoa Monreal, *Defensa de las Nacionalizaciones ante tribunales extranjeros*, México D.F., IIJ-UNAM, 1976, p. 123.

valores fundamentales que son comunes a todas las naciones y a toda la especie humana[26].

Entonces vemos como la aproximación conceptual que acabamos de indicar nos servirá para poder determinar, así sea de una manera cercana, cual es el aporte y la utilización que está teniendo el orden público internacional en las sociedades modernas y sus respectivos ordenamientos jurídicos. Todo lo anterior, porque estimamos [teniendo de presente lo que esta clase de atrevimiento significa, y sin la intención de aparecer como pretencioso] que sería esta clase de orden público la que debería imponerse en lugar la del orden público local, ello porque el Juez o el tribunal respectivo debería tener también presente el hecho que los valores sociales se están volviendo universales al ser inherentes al ser humano y al ambiente que lo rodea, y si un derecho personal se adquiere en un ordenamiento jurídico extranjero el cual es más protector de la clase de derecho que se reclama ante el juez del foro, no habría razón a negar su reconocimiento, ya que puede darse el caso, primero: que el mismo no exista en su territorio, o segundo: si existe uno análogo, el nuevo para nada interfiere con éste último, ni daña ningún valor social o moral de los existentes para dicho Estado. Hoy en día existe una cuestión que merece la pena en ser tratada a la luz del orden público internacional y está relacionada con la cuestión de la pandemia del Covid-19, y el rol que juega la Organización Mundial de la Salud frente a la misma, ya que habría que preguntarse: ¿Si sus directrices deben ser tenidas por los Estados y a su vez por sus ciudadanos como asuntos de imperativo y obligatorio cumplimiento? En este caso creemos que las respuestas pueden ser toda índole o matiz ya que algunos les darán el valor de normas de estricta y obligatoria observancia, en tanto que los demás las tendrán como reglas de *soft law* que serán aplicadas según el criterio de cada Estado. En este mismo aspecto podríamos encajar la señalado en el art. 14 de la Convención de Chicago de 1944 sobre la Aviación Civil Internacional que indica

> "[Propagación de enfermedades] Cada Estado contratante conviene en tomar medidas efectivas para impedir la propagación por medio de la navegación aérea, del cólera, tifus (epidémico), viruela, fiebre amarilla, peste y cualesquiera otras enfermedades contagiosas (por ejemplo Covid 19) que los Estados contratantes decidan designar oportunamente. A este fin, los Estados contratantes mantendrán estrecha consulta con los organismos encargados de los reglamentos internacionales relativos a las medidas sanitarias aplicables a las aeronaves. Tales consultas se harán sin perjuicio de la aplicación de cualquier convenio internacional existente sobre la materia en el que sean partes los Estados contratantes".

[26] M. Kamto, "Volonté de l´Etat et Ordre Public International", *Recueil des Cours*, t. 310, 2004, pp. 314 ss.

Lo anterior también nos lleva a preguntarnos si la salud pública puede ser considerada como un argumento que tiene un espacio reservado en el abanico de opciones que son reguladas por las reglas tanto de orden público local, como internacional.

Ahora, si bien, a primera vista, parece que todo este tema no se ha abordado con la profundidad que del mismo se requiere, en las conclusiones finales trataremos nuevamente esta cuestión [así como los otras que hemos estado aquí discutiendo] para ver si realmente tiene sentido lo que afirmamos, y puede de alguna manera crear no sólo alguna clase de discusión en torno al mismo, sino contribuir al desarrollo de esta ciencia jurídica.

VII. ¿Cuál es la relación que existe entre las normas de orden público y los derechos fundamentales?

En la cuestión que aquí trataremos debe quedar claro que abordaremos el orden público no desde el punto de vista de la protección de ciertos valores, costumbres o tradiciones que si bien son parte integrante de una sociedad, los misma no alcanzan el valor de protección que si poseen ciertos valores que han sido positivizados como es el caso de aquellos que se encuentran presentes en normas de mayor grado jerárquico las cuales resguardan derechos fundamentales que alcanzan no sólo un grado de protección a nivel constitucional, sino que son universalmente reconocidos.

Entonces se vamos a hablar de orden público y derechos fundamentales, debemos en primer lugar advertir que si bien ambos conceptos pueden aparecen en todos los aspectos como antagónicos, esto es, donde el orden público se compone de un conjunto de valores holísticos, representativos del interés general y de carácter legislativo, y los derechos fundamentales estarían marcados por su carácter ontológico, al amparo de intereses sobre todo individual y consagrado en los estratos más altos de la jerarquía normativa, los mismos no se excluyen sino que en ciertas situaciones se pueden complementar.

En este sentido acogiéndonos a lo señalado por Drouiller, vemos, por un lado, que el orden público deberá entenderse en una dimensión axiológica tomado como el conjunto de valores sociales esenciales que una comunidad se otorga a sí misma. Por lo tanto, este enfoque requiere poder identificar qué valores recibirán esta calidad, un proceso de manera racional que permita resaltar la escala de valores. Un ejemplo de lo anterior lo podemos encontrar en el hecho que en las últimas décadas, han recibido una

protección mayor las cuestiones ambientales y ecológicas las cuales en muchos ordenamientos jurídicos han recibido una protección con carácter constitucional. Este reconocimiento legal es solo un reflejo de la escala de valores y el lugar que ocupan hoy las consideraciones ambientales.

Por otro lado, los derechos fundamentales reciben este nombre porque contienen valores sociales que están anclados en la base de la ley misma. De hecho, se tal caracterización es autónoma frente a los conceptos de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En este caso vemos como los derechos fundamentales se analizan como valores sociales esenciales, mientras que las normas de orden público se tienen como el mecanismo adecuado para garantizar la protección de estos mismos valores sociales esenciales; en este sentido el orden público integra así los derechos fundamentales. Por ello y más allá de esta correspondencia axiológica, el orden público se beneficia de un régimen legal exorbitante de derecho ordinario capaz de asegurar su prevalencia y que puede rescatar un derecho fundamental que no se beneficia de la protección otorgada por la jerarquía de normas[27].

Debe quedar claro frente a lo anterior que existe una relación bien diferente no sólo entre las normas de orden público y la protección que las mismas han de brindar a cuestiones relacionadas con la violación de ciertos valores, costumbres o tradiciones que son observadas al interior de una determinada sociedad, [El Juez de la CIJ, Sir Hersch Lauterpach, en un asunto relacionado con la Convención de la Haya de 1902 sobre la guarda de menores, Caso *Suecia vs Los Países Bajos* (1958), expresó, con referencia a lo que aquí señalamos, esto es, la relativo a la moralidad, las costumbre y tradiciones, que lo mismo se adscribe al llamado orden público "ideológico", para distinguirlo del institucional, el cual se produce primero y luego se incorpora al último][28] sino que llegado el caso, cuando de dar aplicación a un Derecho extranjero se trata, se podría por parte del juez matizar la aplicación de la normativa extranjera, ya que el daño previsto sería de menor entidad, en tanto que cuando se trata de la protección de derechos fundamentales, los mismos no sólo cuentan con una protección de máximo nivel en ese ordenamiento jurídico, sino que lo más probable será que dicha protección tenga un alcance internacional o por no decir universal frente a ciertos derechos que eventualmente se verían vulnerados por un lado, con

[27] C. Drouiller, "L'Ordre public et les droits fondamentaux. Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne", *Revue des Droits et Libertés fondamentaux*, RDLF 2020 thèse n 02, p. 24.

[28] "*The notion of ordre public is generally used in two meanings: It is either applied as referring to specific spheres of the law such as territorial laws, criminal laws, police laws, laws relating to national welfare, health and security, and the like; … Secondly, it is resorted to as embracing , more generally, fundamental national conceptions of law, decency and morality".*

el reconocimiento de la decisión judicial o administrativa extranjera, o por el otro, con la aplicación de un Derecho extranjero solicitada por una de las partes frente a los jueces del foro.

VIII. LA RELACIÓN ENTRE EL ORDEN PÚBLICO Y DERECHO ECONÓMICO

Existe una cuestión bien particular en cuanto al tema del Derecho económico y es que el mismo puede ser objeto de regulación por las normas de orden público, en especial aquellas que buscan defender el establecimiento de una libre y sana competencia [*antitrust*] en el plano económico. Los albores de tal protección los podemos encontrar esencialmente en territorio norteamericano, en especial el *Sherman Antitrust Act* de 1890, propuesto por el Representante de Ohio, el senador John Sherman, y el *Clayton Antitrust Act* de 1914; ambos serían el origen no sólo de las normas [de carácter de orden público] que en materia de protección de la libre competencia rigen en los EE UU, sino que han inspirado la mayoría de las normativas que sobre la materia existen a nivel global. Para señalar el alcance y la importancia que ha logrado dicha protección, nada mejor que traer a colación las palabras del Juez Marshall quien al defender su posición respecto a la protección de la libre competencia señalaba entre otros que:

> *"Antitrust laws in general, and the Sherman Act in particular, are the Magna Carta of free enterprise. They are as important to the preservation of economic freedom and our free–enterprise system as the Bill of Rights is to the protection of our fundamental personal freedoms. And the freedom guaranteed each and every business, no matter how small, is the freedom to compete—to assert with vigor, imagination, devotion, and ingenuity whatever economic muscle it can muster. Implicit in such freedom is the notion that it cannot be foreclosed with respect to one sector of the economy because certain private citizens or groups believe that such foreclosure might promote greater competition in a more important sector of the economy"*[29].

Al hablar en este caso de normas de orden público económico, se puede inferir que son aquellas que buscan la protección no sólo de la libre competencia, sino el buen funcionamiento del mercado, sin embargo, hay que tener presente que las mismas en la actualidad provienen básicamente de Derecho público por lo que todas aquellas cuestiones relativas a la voluntad personal de las partes, necesariamente estarán sometida a esta clase de preceptos, así como a muchos otros del Derecho público o administrativo como se le desee abordar.

[29] [*United States v. Topco Assocs.*, Inc., 405 U.S. 596 (1972)].

La relación entre el orden público y el derecho económico de una u otra manera se basa en equilibrios frágiles entre un principio de acción y un principio de abstención, y entre un objetivo de protección y un objetivo de dirección, todos ellos cada vez más concebidos como una regulación. Respecto al principio de abstención podemos observar que éste consiste en dejar que el poder del mercado juegue libremente, en tanto que aquel relativo al de la acción promueve y guía la intervención de los operadores económicos y preserva el funcionamiento adecuado del mercado. La oposición entre el intervencionismo basado en el principio de acción y una economía liberal que pide la abstención es obviamente demasiado esquemática. El Estado regulador no puede prescindir de intervenir, pero lo hará indirectamente, con moderación, incitando y guiando más que imponiendo y enmarcando[30].

El orden público económico resultante de dicha simbiosis se ocupa de la reglamentación directa de los intercambios económicos, esto es de riqueza y de servicios, lo que lo lleva a que se pueda determinar con antelación el contenido de muchos contratos. En cuanto al orden público económico también se pueden generar o existir otros dos principios que se agregan a los anteriores, de los cuales: uno, el principio de dirección, cual aboga por la protección del interés público en general, buscando impregnar a los actos de las personas una dirección económica determinada, por lo que permite la implantación de una política económica dirigida; el otro principio, el de protección, como su nombre lo indica, busca proteger los intereses particulares o privados, generalmente los de la parte más desfavorecida en un equilibrio de poder entre las partes contratantes, sin embargo el mismo permite que la parte que la ley busca proteger puede renunciar al beneficio que la misma le está garantizando[31].

Ahora, si buscamos ofrecer un panorama más amplio en cuanto al significado de la expresión jurídica orden público económico, podemos acudir a lo indicado por Sainz Moreno quien indica que aquél, designa aquellos principios organizadores de la actividad económica de un país a los que su ordenamiento jurídico atribuye eficacia normativa. En sentido jurídico, pues, esta noción no hace referencia a todos los principios que, de hecho, configuran la actividad económica en un momento dado, ni tampoco, solamente, a todos los principios reconocidos expresamente por las normas vigentes, sino que designa el conjunto de reglas mínimas que se estiman esenciales para el desarrollo de la vida económica del país en un momento

[30] J. Morand–Deviller, "Ordre public économique, ordre public écologique", *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, vol. 9, nº 1, 2018, pp. 3-17, esp. p. 7.

[31] V. Karim, "L'ordre public en droit économique: contrats, concurrence, consommation", *Les Cahiers de droit, Université de Laval*, vol. 40, nº 2, 1999, pp. 413 ss.

dado. De ahí que este concepto sea, igual que lo es el de «orden público», un concepto valorativo en el sentido de que implica una selección de aquello que se estima esencial para la vida económica con independencia de que figure expresamente mencionado o no en normas jurídicas. Su contenido normativo, por otra parte, sólo adquiere pleno sentido cuando se pone en relación con un supuesto de hecho concreto al que se trata de calificar[32].

Respecto a la cuestión que aquí se plantea, podemos ver como existe una relación bastante estrecha entre las normas de orden público de un Estado y aquellas que regulan su actividad económica local, ello en el sentido de brindar no sólo una protección a la libre competencia entre los diferentes actores de tal actividad, sino también procurar por la protección de las partes débiles en una relación contractual. Lo anterior lo podemos ver cuando una persona busque el reconocimiento o la aplicación de un derecho extranjero que le beneficia, en este caso, puede ver acrecentada su petición al preverse por las normas de orden público de aquel Estado una mayor protección a la que le ha sido brindada por las autoridades extranjeras, o la ley extranjera dado el caso. En este caso, la ganancia sería doble, en el sentido que no sólo se reconoce su derecho, sino que el mismo tiene un alcance mayor al inicialmente esperado; sin embargo, puede darse el efecto contrario, y es que se le reconozca o aplique un derecho que le concede menos que lo que le había brindado el tribunal o la ley extranjera.

IX. ¿PUEDEN LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO AMPARADAS EN EL CONCEPTO DE SOBERANÍA ESTATAL VIOLAR EL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL?

En cuanto al desarrollo de la presente temática, primero que todo debemos confesar que el título del presente párrafo, no solamente es muy sugestivo, sino que es bastantemente amplio, sin embargo, lo que pretendemos en este caso, es analizarlo de una manera algo superficial con el fin de que la cuestión en estudio nos pueda indicar si la misma presenta algún tipo de relación con el tema central del presente artículo.

Entre otras cuestiones se podrá observar que el concepto de soberanía actual no es exclusivo ni absoluto, ya que hace muchos años atrás dejó su estructura monolítica para convertirse en un concepto no solamente amplio, sino que también es maleable y adaptable a las necesidades internacionales de los Estados en sus relaciones recíprocas. Si bien es claro

[32] F. Sainz Moreno, "Orden público económico y restricciones de la competencia", *Revista de Administración Pública*, nº 84, 2000, pp. 599 ss.

que en los Estados modernos, la potestad de legislativa está en cabeza de éstos mismos, también no se puede obviar el hecho que en tiempos de globalización dicha potestad puede ser compartida, especialmente con ciertos organismos internacionales cuya tarea principal es la elaboración de normas unificadas [después de un tratado o convenio que las acoja como tal] y armonizadoras o llamadas *soft law*.

Ahora, lo que queremos poner de relieve es el hecho que un Estado en uso de su soberanía dicte normas que en su territorio sean consideradas como de orden público, o quizás existan en tal Estado ciertos usos, costumbres y valores que alcancen el grado de protección constitucional, y qué sin embargo, los mismos por sus particularidades y especificidades sean considerados como contrarios al orden público internacional.

En este caso, cabría preguntarnos qué sucederá cuando se pretenda solicitar el reconocimiento de un derecho obtenido a la luz de una normativa extranjera o de una decisión judicial internacional y el mismo es negado bajo el pretexto que tal reconocimiento atentaría contra las normas de orden público local, no obstante, el hecho que la mismas constituyen en sí, una violación del orden público internacional. Un ejemplo de lo anterior lo podemos ver cuando se pretende solicitar el reconocimiento de una filiación bien sea natural o por adopción otorgada en el extranjero, sin embargo, las leyes locales permiten que el padre pueda posteriormente disponer de la venta de su hijo o de su hija para que sea posteriormente explotado sexual o laboralmente. En el caso anterior que es hipotético, pero que también puede ser real, nos encontramos frente a una situación que desborda los presupuestos "normales" de la doctrina del orden público clásico, toda vez que debería hacerse una valoración en cuanto al hecho de estaríamos frente a dos normativas, una nacional, y otra "internacional" las cuales entran en conflicto y habría que decidir cuál de ellas finalmente se aplicaría. En tales circunstancias, y en los tiempos actuales, creemos que se debería renunciar en principio a las normas de orden público interno, para dar paso a aquellas que parecen ser "más justas" dentro del contexto global, caso este, donde el tema de la soberanía estatal pasaría a un segundo plano, y en consecuencia se le abriría un espacio a la llamada "justicia universal".

Basado en lo anterior, podemos indicar que nada obsta para que se presente ante el juez o tribunal una situación jurídica en la cual exista una especie de "conflicto de leyes", no ya en el evento en que cada una de ellas se proyecta como la más idónea para regular tal situación, sino que parece ser que una de ellas excluye la otra.

La cuestión no es fácil, ya que será el juez quien deba ponderar el nivel del derecho que pretende otorgar o negar[33]. Esta postura, halla respaldo en Goldschmidt quien citando al Juez Jessups indica que:

> "En lugar de aplicar a cada caso la ley de un Estado determinado, debiera haber la posibilidad de elegir entre varios Derechos aquél que más adecuado fuese al caso concreto, o en un caso particular recurriendo a principios generales comunes a todos los derechos en tela de juicio"[34]

X. ¿Existe en la actualidad la noción del orden público en el DIPr?, ¿o su nombre se quedó sólo en el mito?

Hablar hoy en día sobre el orden público, en especial al abrigo de la ciencia del Derecho internacional privado, no es nada nuevo; ahora atreverse a abordar un tema sobre el cual han discurrido tantos ríos de tinta [y de escritos en Word o PDF] parece una cuestión redundante; sin embargo, siempre habrá algo que se pueda adicionar a lo ya establecido. La figura del orden público en el DIPr tiene tanto admiradores como sus detractores, algunos lo han calificado como un "*enfant terrible qui se trouve partout*", como un "*paragraphe de caoutchouc*"[35], otros como el Juez Burrough, J. en el caso: *Richardson v. Mellish* [julio 02 de 1824] pronunció una frase lapidaria en cuanto a la naturaleza intrínseca del orden público a quien señaló de ser un caballo desbocado, ello al indicar que: "*as my Lord has done, against arguing too strongly upon public policy; is a very unruly horse, and when you get astride, you never know where it will carry you*"; empero, siempre ha estado presente en nuestras vidas y en los ires y venires del DIPr durante los últimos siglos.

---

[33] En una cuestión donde se puso se pusieron de relieve las normas de orden público local para que se desconociera la jurisdicción de un Tribunal arbitral, la Corte **[**US Supreme Court *Scherk v. Alberto–Culver Co*., 417 U.S. 506 (1974)] defendió la postura de acuerdo a la cual había que hacer una distinción entre el orden público interno y el orden público internacional para poder determinar si aplicaba la excepción o no. Al respecto entre otros señaló: **"***we rejected the doctrine that a forum selection clause of a contract, although voluntarily adopted by the parties, will not be respected in a suit brought in the United States "unless the selected state would provide a more convenient forum than the state in which suit is brought.", "much uncertainty and possibly great inconvenience to both parties could arise if a suit could be maintained in any jurisdiction in which an accident might occur or if jurisdiction were left to any place [where personal or in rem jurisdiction might be established]. The elimination of all such uncertainties by agreeing in advance on a forum acceptable to both parties is an indispensable element in international trade, commerce, and contracting*.".

[34] W. Goldschmidt, *El S.O.S. del Derecho internacional privado clásico y otros ensayos*, Buenos Aíres, Editorial de Belgrano, 1979, pp. 53 ss.

[35] P. Mayer, *Droit international privé*, 4ª ed., París, Montchrestian, 1991, pp. 138 ss.

Ahora, negar o afirmar la existencia de dicha figura jurídica no ayudaría nada, ya que el hecho que la misma produzca o no efectos jurídicos tal como lo buscan la partes, no tiene que ver con su existencia misma, sino con su efectividad. Lo que no interesa en este caso es poder determinar su practicidad a las cuestiones legales actuales e igualmente definir el grado de pertinencia que las normas de orden público tienen en la actualidad.

En el contexto anterior se debe determinar si tales clases de preceptos, se encuentran ligados o determinados por una cuestión jurídica o por una social, ello porque muchos de los jueces y tribunales hoy en día recurren a las normas de orden público pero de una forma por así llamarla "automatizada", en el sentido que dan una aplicación exegética a normas que han estado incólumes en sus ordenamientos jurídicos durante siglos, décadas o muchos años, en tanto que sus sociedades han cambiado, esto es, evolucionado hacia una forma de vida totalmente diferente a la que estaba vigente al momento en el que se promulgaron tales normas.

Por esto para dar una explicación a tal cuestión hemos abordado al principio del presente escrito aspectos tales como el orden social, los valores, las costumbres, la moralidad, el interés social, la economía; todo ello para tratar de justificar nuestra posición en cuanto al valor y el significado que ha de tener la noción del orden público no sólo el día de hoy, sino a la luz de postulados del DIPr moderno. En este sentido creemos que la cuestión del orden público va ligada a una comunidad humana muy específica, con rasgos culturales y físicos muy propios, ya que esa es la forma más aproximada para que pueda desplegar sus efectos, se podría decir que a una clase social en particular dentro del esquema establecido en un determinado país. De igual manera estimamos que el orden público como tal va sujeto al desarrollo de las sociedades, de ahí que lo que hoy puede considerarse como atentatorio del orden público, el día de mañana no lo será; por eso es que el juez al momento de analizar una decisión judicial o administrativa [que ha sido producida a la luz de un derecho extranjero] debe tener presente tanto las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se produjo la adquisición del derecho que se reclama, ya que si lo hace apegado a lo que expresamente señala su normativa interna [haciendo gala de una posición totalmente exegética] y sin tener en cuenta si la misma puede anular un derecho que ha sido adquirido de una manera legal, puede incurrir en un denegación de justicia, ello porque las decisiones judiciales más que estar en consonancia con las normas, deben hacerlo con los tiempos y movimientos sociales actuales, ya que los efectos de un derecho que se reclaman siempre se surtirán a futuro (*ex nunc)*. Por ello estimamos que las normas de orden público no pueden en ningún momento ser anacrónicas, y es al juez del foro al que le corresponde determinar el nivel

de anacronía que existe entre su derecho interno y aquél que pretende reconocer, todo esto debe llevarse a cabo al momento de tomar su decisión. Señalamos lo anterior porque creemos que una regla jurídica corresponde a un lugar y momento dado, y su aplicación dependerá más del momento en el cual se aplica y no de aquel en cuando se creó, ya que pueden haber pasado muchos siglos o lustros y la sociedad ya no es igual a cuando se creó la norma jurídica, por ello estimamos que las normas no necesariamente son como el buen vino y el ron, que entré más añejo mejor, en este caso somos más pragmáticos y nos adscribimos mejor a la doctrina del *judge made law* que ofrece más seguridad a la hora de aplicar las reglas de orden público.

En este caso, merece la pena tener presente el hecho que si el orden público va ligado a una cuestión social, entonces habría que ver si el mismo podría adscribirse dentro del término [doctrina] *Volkgeist* usado por Hegel[36], ya que en la actualidad hay muchas sociedades que no cumplen ese parámetro[37], en especial la misma Alemania, el pueblo israelí, los norteamericanos, por el contrario los chinos, los coreanos (tanto los del norte como los del sur) los japoneses, los hindúes de la India, los pigmeos en África, los indígenas en América Latina, los esquimales, los islandeses entre otros. Hacemos la distinción anterior en el sentido que entre más homogénea y estructurada sea una sociedad, será más fácil que se compartan los mismos valores y por ende se pueda reclamar una observación uniforme de los mismos. En el caso de los EE UU, vemos que el mismo es un crisol de culturas, un popurrí de nacionalidades, donde cada grupo social, o etnia busca proteger sus valores más preciados, no se puede decir lo mismo de la sociedad japonesa o coreana, que llevan siglos resguardando los mismos valores.

En el caso norteamericano como en de la mayoría de los países, será muy difícil determinar un valor social o cultural único que englobe toda la población[38], por eso es que vemos difícil que tenga aplicación una regla

[36] J.Ferrater Mora, *Diccionario de Filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1979, p. 16.

[37] Siguiendo el concepto del *Volgeist* se afirmaba que: "Puesto que el hombre nace de una raza y dentro de ella, su cultura, educación y mentalidad tienen carácter genético. De ahí esos caracteres nacionales tan peculiares y tan profundamente impresos en los pueblos más antiguos que se perfilan tan inequívocamente en toda su actuación sobre la tierra. Así como la fuente se enriquece con los componentes, fuerzas activas y sabor propios del suelo de donde brotó, así también el carácter de los pueblos antiguos se originó de los rasgos raciales, la región que habitaban, el sistema de vida adoptado y la educación, como también de las ocupaciones preferidas y las hazañas de su temprana historia que le eran propias. Las costumbres de los mayores penetraban profundamente y servían al pueblo de sublime modelo" (J.G. Herder, *Ideas para una Filosofía de la Historia de la Humanidad 1784–91*, Madrid, Alianza Editorial, p. 91).

[38] A manera de ejemplo podemos el caso colombiano o español, es muy difícil encontrar el representante o estandarte verdadero de dichos Estados, en Colombia, son cinco regiones

general [orden público] que está fundamentada en cuestiones culturales y en valores sociales y morales en territorios que no tienen un alto grado de homogeneidad social.

Cada país en cuanto a su origen tiene sus propios valores e instituciones que son fundamentalmente relevantes para las tradiciones legales y culturales, así como para los sistemas políticos y económicos. Se considera que estos valores e instituciones son muy relevantes para la existencia y el desarrollo de las naciones involucradas y, por lo tanto, no deben verse comprometidos con cuestiones que no están íntimamente ligadas con los mismos[39].

Por eso estimamos que en cuanto a la aplicación de las normas de orden público, el juez del foro debe tener presente que para poder hacer parte de la comunidad internacional, los Estados deben ceder algo de soberanía, en favor d ellos otros Estados y viceversa, es un "sacrificio" que se debe hacer en aras de la interrelación personal global, siendo ese pedazo de soberanía el precio que se paga por las mismas; en el siglo XXI el concepto de territorialidad de la ley tiene que ser menos estricto, ya que no se puede someter la aplicación del primero a la voluntad total de esta última, ya que en esta clase de situaciones se puede llegar al extremo que todas las normas, en especial las de derecho constitucional, son convertidas en reglas de orden público[40]. Un ejemplo que nos trae el anacronismo de ciertas normas de orden público se puede presentar que hasta hace varios años el divorcio como tal estaba prohibido en un sinnúmero de países, el día de hoy es una cuestión prácticamente normal, igual sucede con los matrimonios heterosexuales, dicha institución cada día va cediendo lugar a las uniones entre personas del mismo sexo, el día de mañana no sabremos si la misma puede ser legal entre seres humanos y animales, como ya se produce en algunos países en cuento a cuestiones hereditarias donde los animales pueden suceder perfectamente a los humanos, o la misma naturaleza, es decir, un río o una zona se convierten en herederos universales del causante.

Finalmente, hay otra cuestión que estimamos puede incidir en el hecho de reconocer o no una ley o decisión judicial extranjera y es cuando se está frente a una normativa que emana hace parte de un ordenamiento jurídico con el cual se guarda cierto nivel de afinidad como es el caso de los países del *Commonwealth* donde por su historia y origen hay un mayor nivel de cohesión por lo que un reconocimiento legal en estas condiciones no sería

totalmente disímiles, en el caso español para variar, está el País Vasco, Cataluña, Galicia que marcan la diferencia con las otras comunidades.

[39] Q. Kong, "The Doctrine of Ordre Public and the Sino–US Copyright Dispute" (June 17, 2008). Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008, p. 3.

[40] R. Ago, "Les regles de conflicts de lois", *Recueil des Cours*, t. 58, 1936, pp. 431 ss.

tan traumático; igual podríamos hacer extensivo lo anterior para el caso de la Francofonía, sin embargo, creemos que en el último evento, aplicaría más entre Francia, Canadá, la parte francófona de Bélgica y Suiza que entre los países africanos y aquellos otros.

Entonces, frente a la cuestión inicial, perfectamente podríamos señalar que el orden público como una de las figuras emblemáticas del DIPr, no sólo existe en la actualidad, sino que el mismo tiene su nivel de validez, lo que sucede es que hay que tener presente que éste ha evolucionado a la par que las sociedades, e igualmente se ha particularizado por lo que su manejo debe hacerse no sólo bajo el apego irrestricto a las tradiciones de antaño, sino a las realidades actuales, vistas no ya desde una óptica meramente territorialistas, sino que debe ser globalista, son pena de incurrir en una injusticia, lo que lastimosamente ha parecido ser la tendencia en muchas de las jurisprudencias que actualmente llenan los anaqueles judiciales de muchos países.

XI. Conclusiones

Igualmente creemos que en la actualidad debe existir una relación simbiótica entre las normas del orden público local con aquellas del orden público internacional, ya que ello es el resultado que presenta cuando los Estados abren sus fronteras y se sumergen el mar de la globalización.

En primer y desde un punto de vista netamente jurídico nos acogemos al hecho indiscutible de que el orden público debe ser tenido como una excepción que surge cuando se presenta un conflicto de leyes entre las normas protectoras del derecho del foro y un derecho extranjero que pretende regular una situación legal determinada y que ha sido designado por la misma ley del foro. Lo que si puede tener alguna clase de matiz es la ponderación en cuanto a los verdaderos valores sociales que se piensan proteger, y la efectivad que resulta de tal protección. Creemos que en este caso puede tener cabida la siguiente cuestión: ¿Puede darse que caso que las normas de orden público emanen directamente de la voluntad de las partes, y no del conglomerado social o del mismo Estado a través de la aplicación del Derecho público?

Frente a tal interrogante, estimamos que sería el Juez quien al observar el principio del *pacta sunt servanda* que aplica a las relaciones particulares, puede determinar que una de las partes no observó alguna de sus obligaciones, la cual para las particularidades del contrato, era tenida como una norma de imperativo cumplimiento; aquí la cuestión sería bastante difícil ya que las partes es uno de su libertad contractual están sometidas al

marco que les impone el ordenamiento jurídico[41], y dentro de éste las normas de orden público, en este caso aunque no sea imposible sería un contrato demasiado onerosos y normativo en el sentido que las pares, o una de ella estaría sometida a un doble nivel de normas de orden público.

Seguramente muchos pensaran que la postura que aquí se toma va en contra de la misma seguridad jurídica, así como la esencia misma del derecho, sin embargo no creemos que eso sea así o tenga tal dimensión, ya que no es un secreto que en muchas de las decisiones judiciales que se han tomado al respecto, hay algunas que permiten inferir si realmente estamos frente normas de orden público del foro, o la postura personal del juez de lo que él entiende por orden público. También es sabido que hay cuestiones donde se admite ninguna excepción al respecto, ello porque los derechos que están en juego, a la luz de la lógica, del sentido común y de la sensatez no admiten en pleno siglo XXI que se tome una postura que los vulnere, como por ejemplo los derechos elementales de niños, los de la mujer, los de los animales, el del medio ambiente entre otros. Igualmente, en ciertas ocasiones se puede observar que los jueces adoptan una especie de figura de Can Cerbero para pararse en la puerta del ordenamiento jurídico local con el fin de defender a capa y espada los valores sociales y morales de su comunidad (no los del Hades), y con su prístina labor evitar la entrada de aquellos derechos intrusos que puedan lesionar los valores y principios en los cuales se apoya la sociedad. Aunque la función de los jueces es proteger el ordenamiento jurídico y los valores sociales, debe tener presente que la generalidad que los mismos pregonan y defienden debe de hacerse a partir de la individualidad misma, y de los derecho personales que están en juego, ya que cuando un persona se dirige ante el aparato judicial estatal a que se le reconozca un derecho obtenido en el extranjero, y a la luz de un derecho con las mismas características, lo que busca es un efecto personal y no social; igual sucede cuando las partes invocan a su litigio o relación jurídica la aplicación de una ley extranjera, lo hacen porque creen que la misma no sólo tiene más vínculos con aquella relación, sino que es más idónea para resolverla.

BIBLIOGRAFIA

Ago, R.: "Les regles de conflicts de lois", *Recueil des Cours*, t. 58, 1936, pp. 431 ss.

Audit, B. y D´Avout, L.: *Droit International* Privé, París, Economica, 2010.

[41] J.D. González Campos y J.C. Fernández Rozas "Art. 12, ap. 3 del Código Civil", Comentarios al Código civil y Compilaciones forales (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995, pp. 907 ss.

Bartin, E.A.: "Les dispositions d´ordre public, la théorie de la fraude à la loi, et l´idée de la communauté internationale", *Annuaire de l´Institut de Droit International*, Bruselas, 1897, pp. 601 ss.

Comte, P.A.: *Cours de Philosophie Politique*, t. I, París, Rouen Frères, Libr. Editeurs, 1830.

Chevalier, J.: "Intérêt général", en I. Casillo y otros, *Dictionnaire critique et interdisciplinaire de la participation*, París, GIS Démocratie et Participation, 2013.

De Hostos, E.M.: *Moral Social,* Madrid, Imprenta de Bailly–Bailliere e Hijos, 1906.

Despagnet, F.: *Précis de Droit International Privé*, París, Librairie de la Société du recueil général des lois et des arrêts, 1904.

Diebold, N.F.: "The Morals and Order Exceptions in WTO Law: Balancing the Toothless Tiger and the Undermining Mole", *Journal of International Economic Law*, vol. 11, nº 1, 2007, pp. 59 ss.

Drouiller, C.: "L'Ordre public et les droits fondamentaux. Contribution à l'étude de la fondamentalisation du droit privé interne", *Revue des Droits et Libertés fondamentaux*, RDLF 2020 thèse n 02, pp, 24 ss.

Durkheim, É.: *L´éducation morale*, París, PUF, Paris, 2012.

——: *Las reglas del método sociológico*, México D.F., Alianza Editorial, 1988.

Fabregat, C.E.: *Cultura, sociedad y personalidad,* Barcelona, Anthropos, 1993.

Ferrater Mora, J.: *Diccionario de Filosofía*, Madrid, Alianza Editorial, 1979.

Goldschmidt, W.: *El S.O.S. del Derecho internacional privado clásico y otros ensayos*, Buenos Aíres, Editorial de Belgrano, 1979

González Campos, J.D. y Fernández Rozas, J.C.: "Art. 12, ap. 3 del Código Civil", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (M. Albaladejo y S. Díaz Alabart, eds.), t. I, vol. 2, Jaén, Edersa, 1995, pp. 907 ss.

Heler, M.: "La Construcción social de las normas morales", *Revista Tópicos*, nº 16, Universidad Católica de Santa Fé, Santa Fé, Argentina, 2008, pp. 6 ss.

Herder, J.G.: *Ideas para una Filosofía de la Historia de la Humanidad 1784–91*, Madrid, Alianza Editorial, 1999.

Jiménez Solarez, E.: *Tratados Internacionales de Derechos Humanos, ¿Derecho Uniforme, u orden público general?*, 2ª ed., México, Flores, 2017.

Kamto, M.: "Volonté de l´Etat et Ordre Public International", *Recueil des Cours*, t. 310, 2004, pp. 314. ss

Karim, V.: "L'ordre public en droit économique: contrats, concurrence, consommation", *Les Cahiers de droit, Université de Laval*, vol. 40, nº 2, 1999, pp. 413 ss.

Kong, Q.: "The Doctrine of Ordre Public and the Sino–US Copyright Dispute" (June 17, 2008). Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008, p. 3.

Lagarde, P.: *Recherches sur l´ordre public en droit international privé*, París, LGDJ, 1959.

Loussouarn, Y. y Bourel, P.: *Droit International Privé*, 6e ed., París, Dalloz, 1999

Luhmann, N.: *La sociedad de la sociedad*, México D.F., Herder Editorial, 2007.

Mayer, P.: *Droit international privé*, 4ª ed., París, Montchrestian, 1991.

Michaels, R.: "International Comity in comparative perspective", *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law* (Curtis A. Bradley, ed.), Nueva York, 2019, pp. 707 ss.

Montalvo Abiol, J.C.: "Concepto de orden público en las democracias contemporáneas", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid,* nº 22, 2010–II, pp. 199 ss.

Morand–Deviller, J.: "Ordre public économique, ordre public écologique", *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, vol. 9, nº 1, 2018, pp. 3-17, esp. p. 7.

Novoa Monreal, E.: *Defensa de las Nacionalizaciones ante tribunales extranjeros, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, México D.F., UNAM, 1976.

Ruiz Lares, D.: "Los criterios de definición de 'orden público' como excepción a las obligaciones en el derecho de la OMC", *Revista de Derecho Económico Internacional*, vol. 2, nº 2, 2012, pp. 7 ss.

Sainz Moreno,F.: "Orden Público económico y restricciones de la competencia", *Revista de Administración Pública*, nº 84, 2000, pp. 599 ss.

Story, J.: "Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in Regard to Contracts, Rights, and Remedies, and Especially", en *Regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgments*, 2ª ed.., rev., Londres, A. Maxwell, 1841.

Trias de Bes, J.M.: "Conflicts de lois", *Recueil de Cours*, t. 62, 1937, pp. 66 ss.

Von Savigny, F.K.: *Traité de Droit Romain*, t. VIII, París, Libr. Fermin Didot Frères, 1851.

AEDIPr, t. XIX–XX, 2019–2020, pp. 461–488
ISSN 1578–3138
DOI: 10.19194/aedipr.19/20.17