

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Nº 22 - 1^{er} semestre 2012

FAMILIA Y PERSONA EN LA UNIÓN EUROPEA: PROBLEMAS ACTUALES

- *Presentación.* Mónica Guzmán Zapater
- *El marco general de intervención de la Unión Europea en el ámbito personal y familiar.* Enrique Linde Paniagua.
- *Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y Derecho aplicable: el Reglamento (UE) nº 1259/2010, del Consejo de 20 de diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.* Mónica Herranz Ballesteros.
- *Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico.* Pilar Blanco-Morales Limones.
- *El cobro internacional de alimentos. Reflejos del dispositivo protector del acreedor de alimentos en las normas del Reglamento (CE) 4/2009.* Marina Vargas Gómez-Urrutia.
- *Las certificaciones de estado civil: perspectivas de impulso de la libertad de circulación en el interior de la Unión Europea.* Mónica Guzmán Zapater.
- *Derecho aplicable a los daños derivados de la difamación.* Juan José Álvarez Rubio



Revista de Derecho de la Unión Europea

Madrid. ISSN 1695-1085
Nº 22, enero-junio 2012

UNED COLEX



REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Núm. 22 - 1^{er} semestre 2012



Revista de Derecho de la Unión Europea

Madrid. ISSN 1695-1085
Nº 22, enero-junio 2012

UNED COLEX



RELACIÓN DE NÚMEROS PUBLICADOS

1. ¿Quo Vadis Europa?
2. La Unión Europea en el proceso de globalización
3. El futuro de la Unión Europea. La reforma de las Instituciones
4. La Unión Europea, una perspectiva mexicana
5. La Europa social. La Europa de la solidaridad
6. La gobernanza europea
7. Servicios públicos, privatizaciones y liberalizaciones en la Unión Europea
8. La Constitución de la Unión Europea
9. La acción exterior de la Unión Europea en la Constitución Europea
10. La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia
11. La protección de los ciudadanos europeos por el Derecho de la Unión
12. El Proceso de Bolonia en el Espacio Europeo de Educación Superior
13. Las regiones en la Unión Europea
14. La Directiva relativa a los servicios en el Mercado Interior (la Directiva Bolkestein)
15. Los derechos fundamentales en la Unión Europea: nuevas perspectivas
16. La Unión Europea en la encrucijada de la globalización
17. Cuatro perspectivas sobre la inmigración
18. Sobre el Tratado de Lisboa: Algunas perspectivas críticas
19. Sin título
20. Sin título
21. El sistema de competencias de la Unión Europea de acuerdo con el Tratado de Lisboa
22. Familia y persona en la Unión Europea: problemas actuales

Copyright © 2012

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) vela por el respeto de los citados derechos.

© UNED

© Constitución y Leyes, S.A.
colex@colex.es
www.colex.es

I.S.S.N.: 1695-1085
Dep. Legal: M-51.747-2001

Preimpresión: Lufiercomp S.L., San Fernando de Henares (Madrid)
Imprime: Edipack Gráfico. Tel.: 91 648 73 24

Consejo de Redacción

Director: Enrique LINDE PANIAGUA (Dpto. Derecho Administrativo)

Director Ejecutivo: Jesús Ángel FUENTETAJA PASTOR (Dpto. Derecho Administrativo)

Secretaria: Pilar MELLADO PRADO (Dpto. Derecho Político)

Vicesecretaria Primera: Pilar CELMA ALONSO (Dpto. Derecho Administrativo)

Vicesecretaria Segunda: Susana VIÑUALES FERREIRO (Dpto. Derecho Administrativo)

Vocales:

Juan CRUZ ALLI TURRILLAS (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Alicia ARROYO APARICIO (Dpto. Derecho Mercantil UNED)

Mariano BACIGALUPO SAGGESE (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Diego CÁMARA DEL PORTILLO (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Carmen FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Marta GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO (Dpto. Derecho Procesal UNED)

Miguel GÓMEZ JENE (Dpto. Derecho de la Empresa UNED)

Marta LORA-TAMAYO VALLVÉ (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Juan José MONTERO PASCUAL (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Ramón PAIS RODRÍGUEZ (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Ramón PARADA VÁZQUEZ (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Silvia DEL SAZ CORDERO (Dpto. Derecho Administrativo UNED)

Consejo Asesor

Manuel Ahijado Quintillán (UNED)

Óscar Alzaga Villaamil (UNED)

Francisco Aldecoa Luzárraga

Universidad Complutense de Madrid

Alfredo Allue Buiza

Universidad de Valladolid

Paz Andrés Sáenz de Santa María

Universidad de Oviedo

Enrique Barón Crespo

Expresidente del Parlamento Europeo

Antonio Calonge Velázquez

Universidad de Valladolid

Alberto A. Herrero de la Fuente

Universidad de Valladolid

Mercedes Fuertes López

Universidad de León

José María Gil Robles y Gil Delgado

Expresidente del Parlamento Europeo

Vicente Gimeno Sendra (UNED)

Mónica Guzmán Zapater (UNED)

Manuel Jiménez de Parga y Cabrera

Expresidente del Tribunal Constitucional

Araceli Mangas Martín

Universidad Complutense de Madrid

Ramón Martín Mateo

Universidad de Alicante

Manuel Medina Ortega

Exdiputado europeo

Luciano Parejo Alfonso

Universidad Carlos III de Madrid

Beatriz Pérez de las Heras

Universidad de Deusto

Ángel Rodríguez-Vergara Díaz

Universidad de Málaga

Álvaro Rodríguez Bereijo

Expresidente del Tribunal Constitucional

Gil Carlos Rodríguez Iglesias

Expresidente del Tribunal de Justicia

de la Unión Europea

Pedro Solbes Mira

Excomisario Europeo

Francisco Sosa Wagner

Universidad de León

Leopoldo Tolivar Alas

Universidad de Oviedo

Carlos Westendorp y Cabeza

Exministro de Asuntos Exteriores

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (REDUE)

Publicación semestral del Departamento de Derecho Administrativo. Centro de Estudios de Derecho de la Unión Europea (CEDUE) Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Precio del número suelto: 20 euros

Suscripción anual, 2 números: 33 euros

SUSCRIPCIONES Y ADQUISICIONES

Editorial Constitución y Leyes, SA (COLEX)

colex@colex.es

www.colex.es

UNED (Difusión y ventas)

C/ Bravo Murillo, 38

28015 Madrid

Fax: 91 398 75 27

NORMAS GENERALES PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN LA REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (REDUE)

1. Todos los estudios y notas deberán ser informados favorablemente por algún miembro de la Dirección, del Consejo de Redacción, del Consejo Asesor, o por algún especialista, por delegación de esos órganos.
2. Todos los estudios y notas deberán ser inéditos: no se publicarán trabajos publicados ya en otras revistas o en libros o en actas de congresos. Pero si un autor deseara publicar un trabajo, previamente publicado en la Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE), en otra revista española o extranjera o en algún libro colectivo, deberá hacer constar en nota que el trabajo se publicó previamente en la Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE).
3. Los originales de los ESTUDIOS no sobrepasarán las 30 hojas a doble espacio en DIN A4 (en Times New Roman 12 o equivalente). En dichos límites se incluyen las notas a pie de página (dos puntos inferiores).
4. Los originales de las NOTAS no sobrepasarán las 15 hojas a doble espacio en DIN A4 (en Times New Roman 12 o equivalente). En dichos límites se incluyen las notas a pie de página (dos puntos inferiores).
5. Debe ser enviado en soporte informático, así como en texto impreso (sistema Word) a la Dirección de la Revista.
6. Los libros enviados a la REDUE serán objeto de publicación en una Lista de libros recibidos. La dirección de la REDUE encargará en determinados casos una breve reseña. Sólo se publicarán las reseñas encargadas por la REDUE.

La correspondencia con la Revista de Derecho de la Unión Europea debe dirigirse a la Secretaría de la misma.

FACULTAD DE DERECHO DE LA UNED
Departamento de Derecho Administrativo

C/ Obispo Trejo, s/n.
28040 Madrid
Tel.: 91 398 61 40
Fax: 91 398 61 24

FAMILIA Y PERSONA EN LA UNIÓN EUROPEA: PROBLEMAS ACTUALES

	<u>Págs.</u>
• <i>Presentación.</i> Mónica Guzmán Zapater	15
• <i>El marco general de intervención de la Unión Europea en el ámbito personal y familiar.</i> Enrique Linde Paniagua	19
• <i>Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y Derecho aplicable: El Reglamento (UE) nº 1259/2010, del Consejo de 20 de diciembre 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial.</i> Mónica Herranz Ballesteros	43
• <i>Las sucesiones internacionales y su régimen jurídico.</i> Pilar Blanco-Morales Limones	67
• <i>El cobro internacional de alimentos. Reflejos del dispositivo protector del acreedor de alimentos en las normas del Reglamento (CE) 4/2009.</i> Marina Vargas Gómez-Urrutia.....	99
• <i>Las certificaciones de estado civil: perspectivas de impulso de la libertad de circulación en el interior de la Unión Europea.</i> Mónica Guzmán Zapater	119
• <i>Derecho aplicable a los daños derivados de la difamación.</i> Juan José Álvarez Rubio	137

FAMILY AND PERSON IN THE EUROPEAN UNION: CURRENT PROBLEMS

	<u>P.</u>
• <i>Presentation.</i> Mónica Guzmán Zapater	15
• <i>The general framework of European Union intervention in the personal and family.</i> Enrique Linde Paniagua	19
• <i>Legal regime of the international breakdown of marriage and law applicable: Council regulation (EU) No. 1259/2010 of the 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of law applicable to divorce and legal separation.</i> Mónica Herranz Ballesteros	43
• <i>The international successions and their legal status.</i> Pilar Blanco-Morales Limones	67
• <i>International recovery of maintenance. Highlights of the maintenance creditors interests in the regulation (CE) 4/2009.</i> Marina Vargas Gómez-Urrutia	99
• <i>Civil Status records: Perspectives to improve their freedom of movement within the EU.</i> Mónica Guzmán Zapater	119
• <i>Law applicable to damage of defamation.</i> Juan José Alvarez Rubio.....	137

A la profesora Elisa Pérez Vera

PRESENTACIÓN

FAMILIA Y PERSONA EN LA UNIÓN EUROPEA: PROBLEMAS ACTUALES

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER

La presentación del número 22 de esta Revista tiene para mí distintos motivos de satisfacción. Ante todo porque desde aquí rendimos homenaje a Elisa PÉREZ VERA quien, como catedrática de Derecho internacional privado y magistrada del Tribunal Constitucional, ha sido un ejemplo de dedicación al Derecho internacional y europeo y, por qué no decirlo, al Derecho en general. En la hora de su jubilación nos parece de justicia expresar este merecido reconocimiento.

Quisiera también agradecer a Enrique LINDE, Director de la Revista, la oportunidad que nos brinda para sacar a la luz las importantes aportaciones sobre temas radicalmente nuevos en el Derecho de la Unión Europea que se contienen en las distintas intervenciones que tuvieron lugar en el marco del Curso de Verano sobre *Familia y Persona en la Unión Europea: problemas actuales*, que tuvieron lugar en Madrid, los días 25 a 27 de junio de 2012 y dirigimos la profesora Mónica HERRANZ y yo misma.

En realidad, este curso tiene su origen en la edición del verano anterior y se han reproducido prácticamente tanto los temas escogidos como los intervinientes. Entonces afrontamos como un reto ir avanzando en el conocimiento y divulgación de los desarrollos del nuevo Derecho internacional privado que se está gestando en la Unión Europea. Nos lo impusimos como una de las tareas que corresponde a todo profesor universitario, máxime en una disciplina cada vez más vinculada con la Unión Europea. Por lo demás, comoquiera que la Unión Europea hace intensos esfuerzos por transmitir a la sociedad los progresos en el proceso de integración, el curso ha estado apoyado financieramente por la Oficina de la Representación de la Comisión Europea en Madrid, a la que estamos agradecidos.

La irrupción de la Unión Europea como legislador de primer orden en materia de Derecho internacional privado no es un acto de generación espontánea sino un proceso abierto, que formalmente se inicia en 1999 tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, tercera de las reformas que han experimentado los Tratados constitutivos. Los artículos 61 y 65 contenían el mandato de desarrollar una cooperación judicial

civil. Aquel objetivo se mantiene y refuerza en el Tratado de Lisboa de 2009 como expresa el artículo 67.4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), pórtico del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y desarrollada en el artículo 81 TFUE. Una primera lectura comparada de los artículos 81 TFUE y su precedente, el artículo 65 del Tratado de Amsterdam, indica continuidad o, a lo sumo, consolidación de lo existente. Pero una lectura más atenta sugiere la emergencia de una tendencia hacia un sistema de Derecho internacional privado con una base competencial clara (art. 81.1 TFUE), más amplia por el ámbito de materias contempladas y diferente al estar aquel marcado por una fuerte incidencia del principio de reconocimiento mutuo.

Y es que, una mirada retrospectiva permite afirmar que el desarrollo del mercado da lugar, en un momento determinado, a la perentoria necesidad de articular espacio público en el que la libertad de circulación de las personas debería quedar garantizada en condiciones aceptables de seguridad política y jurídica. Las dimensiones de seguridad y justicia acompañan a la dimensión de la libertad legitimando la abolición total de fronteras en el interior de la Unión. Afianzada la libertad de circulación de personas se imponía combatir los efectos más perversos derivados de la supresión de fronteras (seguridad o cooperación policial) y profundizar en la justicia (cooperación judicial civil y penal).

El desarrollo de la cooperación judicial civil implica la articulación de respuestas normativas para los problemas jurídico-privados que acucian a los operadores en su actividad profesional, así como para las consecuencias de índole personal derivadas de los desplazamientos de personas en el interior de la Unión Europea. La delimitación espacial se explicita por cuanto que el objeto de regulación son las llamadas «*situaciones con repercusión transfronteriza*» (art. 81.1 TFUE); exigencia que se reitera en el artículo 81.3 TFUE dado que cuando se trate de adoptar «medidas relativas al Derecho de familia», dicha precisión actuará como límite a la intervención normativa europea.

En un curso de estas características era imposible abordar todos los desarrollos normativos existentes en materia civil. Hemos optado por limitar su contenido a los logros alcanzados y a los trabajos en curso en el ámbito personal y familiar, por resultar, tal vez, el sector de problemas más singular. Éstos reciben un colosal impulso en el Tratado de Lisboa al beneficiarse de la proclamación del artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) del que se infiere una preocupación prioritaria por el ciudadano como persona y no ya como agente económico en el proceso de integración. Así, la Unión Europea viene a asumir expresamente la gran conquista del Derecho internacional de la posguerra: colocar al individuo en el centro del sistema internacional; y ahora, en el centro del sistema europeo.

Las sesiones fueron abiertas por el profesor LINDE. Si bien es catedrático de Derecho Administrativo, su lejanía a los temas tratados es solo aparente, ya que en su dilatada experiencia profesional pasó un tiempo por el Ministerio de Justicia. Una experiencia que, sin duda, le sirvió para aproximarse al fenómeno familiar y a la que une un sólido bagaje en Derecho de la Unión Europea. Su disertación sobre el *Marco general de intervención de la Unión Europea en el ámbito personal y fa-*

miliar va mucho más allá de lo que evoca el título, al enfocar el tema en la amplia perspectiva que arroja la acción del Consejo de Europa y la normativa general y regional sobre derechos humanos, sobre la que necesariamente descansa el Derecho de familia. Me parece, además, un ejemplo de colaboración interdisciplinar cada vez más necesaria en la comprensión de los fenómenos jurídicos.

Las profesoras HERRANZ, BLANCO-MORALES y VARGAS, asumieron el núcleo duro del Derecho internacional privado de la Unión Europea más reciente en el ámbito personal y familiar. Mónica HERRANZ, profesora titular de la UNED, expuso el *Reglamento (UE) n° 1259/2010, del Consejo de 20 de diciembre 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*, que complementa en buena medida al *Reglamento n° 2201/2003, relativo a la competencia judicial y al reconocimiento de decisiones en materia matrimonial y de autoridad parental*. Un tema éste al que ha dedicado trabajos anteriores demostrando un conocimiento amplio de los problemas tratados. Pilar BLANCO-MORALES, catedrática de la Universidad de Extremadura, ha sido una colaboradora de lujo en el tema que le fue asignado; en efecto, por su privilegiada posición como Directora General de los Registros y del Notariado hace pocos años, fue espectadora de excepción del proceso de elaboración del *Reglamento en materia de competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo*, aprobado en julio de 2012. Su exposición se refiere a las principales cuestiones que suscita dicho instrumento, de enorme complejidad técnica como lo es en sí el Derecho de sucesiones. La intervención de Marina VARGAS, profesora titular de la UNED, tuvo por objeto el *Reglamento n° 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos*, sobre el que lleva tiempo trabajando. Una institución compleja y actual sobre la que además gravita un amplio número de instrumentos internacionales anteriores sobre la misma cuestión, dificultando su armónica comprensión, como expuso con rigor.

En el terreno más movedizo de lo que únicamente son propuestas de regulación se situarían las intervenciones del profesor Juan José ÁLVAREZ RUBIO, catedrático de la Universidad del País Vasco, e incluso la mía. A él le correspondía el tema de *Derecho aplicable a los daños por difamación* que, como es sabido, quedaron excluidos del ámbito de aplicación del *Reglamento n° 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales*. Una exclusión criticable, por lo que el ponente ha abogado por la reforma del Reglamento y la inclusión de las acciones por difamación dentro de su ámbito. Por lo demás, adoptó un enfoque pragmático como corresponde tal vez a quien diariamente vive la práctica. Y en lo que a mi tema respecta, sobre *las Actas de estado civil y las perspectivas de impulso de la libertad de circulación*, quise transmitir cómo el *Libro Verde sobre la promoción de la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil*, publicado en 2010, y cualquiera las distintas opciones de regulación contempladas pueden introducir una dosis de claridad de la que adolece el Derecho internacional privado español vigente en esta materia.

Finalmente, creo que las intervenciones de los profesores Joaquín FORNER e Iván HEREDIA están dominadas por la nota de actualidad aunque se distancien del ámbito del Derecho internacional privado de la Unión. Así es, sin duda, en el caso de la presentación de Iván HEREDIA, profesor titular en la Universidad Autónoma de Madrid, sobre *El contrato de gestación por sustitución en el extranjero y los problemas de acceso al registro civil español*. El mismo día, en un diario nacional, bajo el título de «Atrapados en la India», se recogía la noticia de la negativa de los cónsules españoles a inscribir a un hijo de españoles nacido por gestación por sustitución. Y al contar con él, hemos tenido el privilegio de compartir el tema con un protagonista desde su puesto de Subdirector General de los Registros y del Notariado coincidiendo con los primeros recursos contra decisiones de Consulados españoles que se plantearon ante dicha Dirección General. Su intervención provocó un amplio debate entre los asistentes. Por su parte, Joaquín FORNER, catedrático de la Universidad de Barcelona, expuso la práctica más reciente de los tribunales catalanes sobre distintos problemas del Derecho de familia internacionales, muy activos en los últimos tiempos. Desgraciadamente no están recogidas en esta publicación a petición de sus autores; autoexclusión que justifican, porque una exposición sistemática de la jurisprudencia siempre entraña el reto de reducir la complejidad, tarea que en este momento no les ha sido posible abordar como hubiera sido su deseo.

Vaya por delante mi agradecimiento a todos ellos por el espíritu de colaboración interuniversitaria demostrado, aunque sólo fuera por aceptar la invitación a desplazarse a Madrid coincidiendo con el final de curso, siempre fatigante, y el tórrido verano madrileño. Y, claro es, a Mónica HERRANZ, pues además de su colaboración docente, llevó con soltura la siempre pesada carga de la gestión y organización del Curso. Finalmente, al sub-centro de la UNED de Madrid, en las antiguas Escuelas Pías, y a todo su personal de apoyo, pues sin ellos tampoco habría sido posible la celebración de este Curso de Verano 2012.

Decía al principio que hemos reproducido prácticamente el curso impartido en la edición de 2011. No es del todo exacto. Ha cambiado y a mejor: se ha incrementado el número de participantes, casi todos ellos antiguos alumnos de Derecho internacional privado de la Facultad de Derecho de la UNED o futuros alumnos. Ellos son los principales destinatarios de esta publicación y ojalá no los únicos, pues el recurso a medios tecnológicos de que dispone la UNED nos ha permitido su reproducción directa y cabe esperar una más amplia difusión.

Madrid, 5 de julio de 2012

Mónica GUZMÁN ZAPATER
Catedrática de Derecho internacional privado
UNED

EL MARCO GENERAL DE INTERVENCIÓN DE LA UNIÓN EUROPEA EN EL ÁMBITO PERSONAL Y FAMILIAR

THE GENERAL FRAMEWORK OF EUROPEAN INTERVENTION IN THE AREA PERSONAL AND FAMILY

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

Profesor de Derecho administrativo de la UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN ¿ESTÁ JUSTIFICADA LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS PARA REGULAR EL ÁMBITO PERSONAL Y FAMILIAR? II. LA FAMILIA EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES. III. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. UNA CONCEPCIÓN ABIERTA. LA APLICACIÓN DIRECTA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE VELAN POR LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS. IV. LA FAMILIA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN: 1. La familia en los Tratados de la Unión Europea. 2. La familia en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La liquidación de las relaciones jerárquicas horizontales (hombre y mujer) y verticales (padres e hijos). 3. La familia en el Derecho derivado de la Unión Europea. V. CONCLUSIONES. LA LARGA MARCHA HACIA LA LIBERTAD PLENA EN LAS RELACIONES PERSONALES.

I. INTRODUCCIÓN ¿ESTÁ JUSTIFICADA LA COMPETENCIA DE LOS ESTADOS PARA REGULAR EL ÁMBITO PERSONAL Y FAMILIAR?

La Unión Europea se parece cada vez más a una hidra insaciable cuyos tentáculos llegan hasta los más recónditos rincones de la sociedad europea. Si los fundado-

res de la Unión Europea vivieran en nuestros días se asombrarían de la expansión creciente del Derecho de la Unión y, en particular, de su penetración en ámbitos en los que hasta hace pocos años nadie hubiera creído que pudiera llegar. Uno de esos ámbitos es el personal y familiar que hasta hace pocas décadas ha sido privativo de los Derechos nacionales y, acaso, del Derecho internacional; particularmente en lo relativo a la protección de los menores.

Pues bien, antes de abordar el objeto principal de este trabajo considero conveniente hacer mención a un asunto que todavía, en nuestros días, se considera indiscutido: el de la competencia de los Estados miembros para intervenir en el ámbito personal y familiar. ¿Está justificada la intervención del Estado en el ámbito personal y familiar? ¿Acaso podemos pasar por alto este tema? No lo creo, particularmente en un ámbito como el universitario, que debe ser siempre reflexivo, en el que no se debe aceptar la existencia de dogmas indiscutibles.

En Occidente alardeamos de ser abanderados de la libertad y, sin embargo, la libertad está en grave peligro: nunca ha dejado de estarlo. Como ejemplo el asunto que nos ocupa: todas las legislaciones occidentales intervienen, algunas desde tiempo inmemorial, en los ámbitos personal y familiar y, dichas intervenciones, no se producen casi nunca para proteger dichos ámbitos de la intervención de los poderes públicos, sino que la intervención tiene por finalidad configurarlos, definiendo dichos ámbitos, trasladando a los mismos concepciones ideológicas determinadas. Así, no solo se exige que las personas, en su vertiente de ciudadanos, aceptemos unas reglas del juego social, sino que los poderes públicos y las religiones de todas las latitudes han dispuesto cómo tenemos que ser y cómo debemos estar en nuestro ámbito privado o privadísimo.

No es empresa fácil la de cobrar conciencia de las limitaciones que los poderes públicos ponen a la definición de nuestro ámbito personal: la intervención de los poderes públicos en la intimidad de las personas es tan antigua como el Derecho mismo. Asombra comprobar dicha injerencia en el ámbito personal y familiar desde la Edad Media, como atestiguan entre nosotros desde las normas contenidas en la *Novísima Recopilación* hasta nuestros días. No voy, sin embargo, a remontarme tan atrás, pues no es ese mi objetivo en este trabajo, sino tan solo resaltar algunas injerencias con trascendencia política en las últimas décadas. Así, por ejemplo, las mujeres en España no tuvieron derecho a votar en elecciones generales hasta la Segunda República. Numerosos juristas, también progresistas, justificaban tales limitaciones como consecuencia de la subordinación de las mujeres a los hombres. Se pensaba por no pocos que, en la inmensa mayoría de los casos, otorgar el voto a la mujer suponía otorgar dos votos a los maridos (o a los padres), en particular en el medio urbano. Pero, aunque la libertad de las mujeres fuera algo quimérico en tiempos de la Segunda República, resulta difícil justificar, e incluso entender, la oposición al voto de la mujer por tantos prohombres españoles.

Las mujeres españolas, hasta la reforma del Código Civil de 1975 adquirían la mayoría de edad plena a los 25 años, mientras que los hombres la adquirían a los 21. Y hasta las dos grandes reformas del Código Civil de 1981, en que tuve el

honor de participar activamente desde el Ministerio de Justicia, la mujer casada era tratada como una menor tutelada siempre por su marido. Para equiparar la mujer al hombre, y los derechos de todos los hijos nacidos fuera o dentro del matrimonio, fue necesario modificar alrededor de dos centenares de artículos del Código Civil.

No cabe duda de que desde los inicios de la transición a la democracia existían voces que pedían la aplicación inmediata de la Constitución, en que se consagra la igualdad del hombre y la mujer, pero no era un clamor social. El legislador lejos de anticiparse cuando se decidió, en 1981, desarrollar la Constitución llegaba tarde. Pero es el caso que para grandes sectores conservadores de la población española lo que estábamos haciendo quienes teníamos la responsabilidad de aplicar la Constitución, al llevar a la práctica la igualdad formal de hombres y mujeres en el Código Civil, era desvertebrar la familia y la sociedad española. Y no les faltaba razón, pues estábamos desvertebrando un tipo de sociedad de sesgo patriarcal incompatible con la Constitución, entre otras cosas¹. O, si se prefiere, acomodando las normas a una realidad social emergente en España, aunque tardía en relación con nuestros vecinos europeos. Es decir, estábamos adoptando un tipo de intervención material en el ámbito personal equiparable a la de nuestros vecinos europeos: intervención necesaria para enmendar intervenciones anteriores del Estado y de la Iglesia Católica, pero, a la postre intervención del Estado en el ámbito personal y familiar.

Las desigualdades entre las personas en nuestra sociedad no se limitaban a las relaciones entre hombres y mujeres al inicio de la era democrática. El trato desigual alcanzaba hace no muchos años a los homosexuales, a las lesbianas, a los discapacitados y a los dependientes, como una modalidad de estos últimos, y solo tardíamente, varias décadas después de promulgada la Constitución, se ha afrontado el trato discriminatorio que se había dispensado a dichos colectivos de modo injustificado.

Este trabajo vamos a centrarlo en la familia, concepto éste en extremo poliédrico. Se trata de un concepto-realidad en permanente evolución², objeto de regulación (y de protección) en distintos niveles normativos que no son coincidentes.

¹ El que suscribe fue Secretario General Técnico y posteriormente Subsecretario del Ministerio de Justicia durante la tramitación parlamentaria de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación o divorcio y de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

² LATHAM, *Descriptive Ethnology*, 1859; BACHOFEN, *Derecho materno*, 1861; E. B. TAYLOR, *Researches into the Early History of Mankind*, 1865; L. H. MORGAN, *Systems of Consanguinity and Affinity*, 1871, *Ancient Society, or Researches in the Lines of Human Progress from Savagery, through Barbarism to Civilization*, 1877; F. ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, 1884; MACLENNAN, *Primitive Marriage* en *Studies in Ancient History*, 1886; B. GIRAUD-TEULON, *Orígenes du mariage et de la famille*, 1884; BANCROFT, *The native Races of the Pacific Coast of North America*, 1885; LUBBOCK, *Origin of Civilization*, 1884; LETOURNEAU, *Evolution du mariage et de la famille*, 1888; KOVALEVSKY, *Cuadro de los orígenes y de la evolución de la familia y de la propiedad*, Estocolmo, 1890.

En efecto, el concepto «familia» en todo tiempo y espacio se ha caracterizado por corresponderse a realidades coincidentes; algo diferentes; muy diferentes; o totalmente diferentes. Las diferencias entre unas y otras concepciones de la familia pueden llegar al extremo de que sus contenidos no tengan otra semejanza que la denominación común. Todas las culturas han tenido realidades organizativas u organizaciones sociales que pueden denominarse familia. Así, existen familias desde en las culturas tribales hasta en las sociedades más desarrolladas. Y, en estas últimas se aprecia en la actualidad la existencia de familias extensas, pasando por familias nucleares y hasta familias monoparentales³.

El concepto familia tiene tal atractivo, tal poder evocador, que se aplica a agrupaciones o asociaciones de personas o de ideas de la más diversa naturaleza: así se habla formal o informalmente de familias políticas, familias económicas, familias culturales, familias universitarias, familias delincuenciales, etc. Si tuviéramos que establecer un rasgo común a todas las que se denominan familias este sería el de que sus miembros mantienen *relaciones especiales* claramente diferentes de cualquiera otro tipo de relación personal, jurídica o social.

Y lo que nos importa destacar en este lugar es la persistente regulación de la familia en el mundo occidental, particularmente condicionada por las Iglesias cristianas que optaron por la familia monogámica, que fue incorporada a las legislaciones de los Estados europeos, tanto en los textos de naturaleza civil como en los textos penales que califican como delictivas cualquier desviación sobre el modelo de familia monogámica. En Europa, en los últimos siglos, no ha existido libertad de las personas para que organizaran sus relaciones digamos «familiares» (yo preferiría denominarlas relaciones en su esfera íntima, o relaciones personales). Y la cuestión que nos planteamos en este trabajo es la de si esa falta de libertad persiste en la actualidad, o por el contrario, la libertad se ha abierto paso en este ámbito. Para esta averiguación haremos un recorrido por los textos internacionales más significativos y los compararemos con el texto de la Constitución y con el Derecho de la Unión Europea, lo que nos permitirá concluir cuál sea el estado de la libertad para organizar las relaciones personales en nuestro tiempo.

II. LA FAMILIA EN LOS TEXTOS INTERNACIONALES

Resulta conveniente comprobar cómo se ha ido fraguando el concepto de familia en el mundo occidental en la *era de los derechos fundamentales*. En primer lugar, la *Declaración Universal de Derechos del Hombre* (a partir de ahora también Declaración Universal), hecha en Nueva York el 10 de diciembre de 1948 establece en su artículo 16.3 que «La familia es un elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado». Al margen de

³ Tiene interés el trabajo de S. DEL CAMPO, «Matrimonios y tipos de familia», en *Inmigración, familia y derecho* (J. V. GAVIRIA SÁNCHEZ, coord.), Marcial Pons, 2011.

lo discutible de considerar a la familia un «elemento» (sería más preciso referirse a «agrupación» e incluso a «organización social» u «organización básica»), es también discutible su carácter natural. Más bien sería el origen y evolución de la familia de naturaleza cultural⁴. Justamente, la calificación de la familia occidental, que es a la que se refiere la Declaración Universal, como elemento «natural» es causa principal de las dificultades que se aprecian en los textos internacionales para dar entrada en los mismos al principio de libertad en las relaciones «familiares». Pero, dejando a un lado estas consideraciones, sobre las que volveremos más adelante, nos interesa destacar la consideración de la familia como un elemento u organización que merece una doble protección, de la sociedad y del Estado en la Declaración Universal, texto que, pese a sus deficiencias, da nacimiento a una nueva etapa de la humanidad en que los derechos fundamentales cobran una posición principal.

La protección de la sociedad a que se hace referencia en la Declaración Universal (algo bien diferente a la protección social) es difícil de articular. La sociedad se organiza políticamente con forma de Estado o de otras organizaciones políticas, sub o supra-estatales, que tienen atribuidos los poderes normativos primigenios o derivados, de modo que la protección que puede suministrarse a la familia tiene su origen en las instituciones políticas.

Por otro lado, en lo relativo al matrimonio, la Declaración Universal se pronuncia en el sentido de proclamar que: «Los hombres y las mujeres a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión a casarse y fundar una familia». Además, proclama que para contraer matrimonio los futuros esposos deben prestar libre y pleno consentimiento. Es más, la Declaración Universal establece que los hombres y las mujeres disfrutarán de iguales derechos al contraer matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Resultan indubitadas las líneas maestras de la Declaración Universal: los hombres y mujeres tienen derecho a contraer matrimonio a partir de la edad núbil, con igualdad plena de derechos al contraerlo, durante y después de la disolución del mismo (en España esta igualdad solo se alcanzó en 1981). Se trata de una versión de la concepción de la familia monogámica y nuclear de tipo cristiano, que está pensando, exclusivamente, en el matrimonio de un hombre con una mujer, aunque no se diga explícitamente. Y no se dice explícitamente porque en aquella época no era necesario: dicha concepción subyacía en el modelo consagrado por las leyes, por la costumbre y por la inmensa mayoría de las iglesias cristianas. De manera que puede afirmarse que España vulneró el citado artículo de la Declaración Universal desde su incorporación a las Naciones Unidas en 1956 hasta las reformas del Código Civil de 1981.

A propósito de la indefinición de la Declaración Universal sobre el sexo de los que pueden contraer matrimonio, cabe preguntarse si resulta posible interpretar que la misma pueda amparar el matrimonio entre personas del mismo sexo, u otras

⁴ Es especialmente clarificador F. ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, 1884 (Editorial Fundamento, Madrid, 1970).

versiones de uniones personales. La polémica se ha producido en España y en otros Estados, a propósito de la legalización de los matrimonios entre personas del mismo sexo, de manera que aquí queda planteado el tema sobre el que volveremos más adelante.

El *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* hecho en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, solo será ratificado por España el 27 de abril de 1977, es decir, tras el fin de la Dictadura. En el artículo 10 del *Pacto* se reiterará lo establecido en la Declaración Universal y además exigirá: «la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo». Así, el Pacto vendrá a incidir en dos vertientes de la familia que no habían sido objeto de la Declaración Universal: los hijos y las madres. Los hijos comienzan a situarse en el centro de la familia, protegiéndoles contra la explotación económica y social, excluyendo los trabajos que para su moral y salud impliquen peligros de vida o corran el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, o prohibiendo el empleo a sueldo de la mano de obra infantil, llegando a prescribir que las conductas contrarias a dichas prohibiciones sean sancionadas por la ley. Y a las madres se les dispensa especial protección, durante un período razonable, antes y después del parto, estableciendo de modo preciso que a las madres se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de la Seguridad Social. El cumplimiento del Pacto por la legislación española ha sido especialmente laxo hasta muy recientemente, sobre todo si comparamos la protección tan intensa de las que son beneficiarias las madres en los Estados de la Unión del centro y norte de Europa. Si bien, es cierto que los términos en que se produce el Pacto se prestan a diferentes interpretaciones que permiten diferentes grados de protección de madres y niños.

Las ideas del Pacto sobre la protección de los niños serán desarrolladas tardíamente por la *Convención sobre Derechos del Niño* (a partir de ahora también Convención), hecha en Nueva York el 20 de diciembre de 1989 (ratificada por España el 6 de diciembre de 1990). Así, por ejemplo, el artículo 9 establece que los Estados velarán: «porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo casos excepcionales» (maltrato, descuido, separación de los padres, etc.). El interés de los niños es calificado por la Convención como «superior», de manera que las determinaciones legales deben estar al servicio de dicho interés, prohibiéndose las injerencias en la vida familiar (artículo 16).

Por lo demás, la Convención establece un auténtico código de obligaciones para los padres y los Estados en relación con los niños, cuyo cumplimiento se ha realizado con mayor o menor intensidad en el período democrático español.

El *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas*, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España el 4 de octubre de 1979), no se refiere a la familia de modo directo. Así, establece «el derecho al respeto a la vida privada y familiar» (artículo 8), así como el derecho a que a partir de la edad núbil el hombre y la mujer puedan casarse y puedan fundar una familia, estableciéndose en este precepto una remisión a las leyes

nacionales en lo que atañe al ejercicio del derecho a contraer matrimonio (artículo 12)⁵. Nos interesa destacar que el Convenio considera como un mismo derecho el de contraer matrimonio y fundar a una familia, en vez de dos derechos diferenciados. La precaria normativa del Convenio dedicada al matrimonio y la familia no le ha impedido al Tribunal de Derechos Humanos de Estrasburgo pronunciarse en algunas ocasiones sobre la misma, en particular en lo que concierne a la protección de los hijos⁶.

III. LA FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. UNA CONCEPCIÓN ABIERTA. LA APLICACIÓN DIRECTA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES QUE VELAN POR LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

La Declaración Universal de 1948, el Convenio Europeo de Derecho Humanos de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles de 1966, son los precedentes fundamentales, en el tema que nos ocupa, de la Constitución española de 1978.

La Constitución española dedica varios de sus preceptos explícita o implícitamente a la familia. Así, el artículo 39, encabezando los preceptos dedicados a los principios rectores de la política social y económica, establece que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia». Puede decirse que se trata de una transposición correcta del artículo 16.3 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre.

El precepto citado da por sentado que la protección de la familia tiene lugar. Pero, la circunstancia de que no se haga mención al contenido material del derecho determina que tengamos que acudir a las leyes para averiguar la intensidad de la protección, hasta el punto de poder llegar a la conclusión de que se trataría de un derecho, el que deriva de dicho principio rector, de configuración legal⁷. Por tanto

⁵ Pueden verse al respecto las sentencias de 17 de octubre de 1986, caso Rees contra Reino Unido; 27 de septiembre de 1990, caso Cossey contra Reino Unido; y de 24 de junio de 2010, caso Schalk y Kopf contra Austria, que incluyen una versión conservadora del matrimonio que parece excluir el matrimonio entre personas del mismo sexo. Una ligera inflexión de esta doctrina puede apreciarse, por ejemplo, en las sentencias de 25 de marzo de 1992, caso B. contra Francia y de 11 de julio de 2002, caso Christine Goodwin contra Reino Unido. La doctrina del Tribunal sobre los derechos de los homosexuales y lesbianas es muy abundante. Ver un ejemplo de doctrina conservadora en la sentencia de 5 de mayo de 2001, caso Antonio Mata Estévez contra España, que deniega pensión al sobreviviente de una relación homosexual.

⁶ Son numerosas las sentencias sobre protección de los derechos de los niños y sobre los derechos de los padres en relación con los mismos. En este último sentido puede verse la sentencia de 24 de mayo de 2011, caso Saleck Bardi contra España.

⁷ Así lo interpreta el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la sentencia 75/2011, de 19 de mayo, en la que llega a afirmar que «Este Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del sistema (se refiere al sistema de Seguridad Social), salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista

es susceptible, dependiendo de los gobiernos en el poder, de mayor o menor densidad regulatoria.

La redacción del apartado 2 del artículo 39, que entronca con la Convención sobre Derechos del Niño, exige que los poderes públicos otorguen protección integral a los hijos y, lo que es más relevante, rompe con una tradición que discriminaba a los hijos habidos fuera del matrimonio, considerando a todos los hijos iguales, con independencia de su filiación. De manera que mientras que la protección integral de los hijos se presta a múltiples interpretaciones y grados de protección, la igualdad de los hijos es un mandato que no se presta a confusión o interpretación alguna⁸. Se trata de un precepto de directa aplicación, a cuyo servicio se ordena por la Constitución que la ley posibilite la investigación de la paternidad.

La protección de los poderes públicos se extiende también, de acuerdo con dicho precepto, a las madres, con independencia de su estado civil.

Así, de una interpretación sistemática del precepto mencionado, se deduce con claridad que la Constitución supone la ruptura con la concepción monolítica de la familia monogámico-jerárquica⁹ auspiciada por la Iglesia Católica que, por lo demás, también cabe en la Constitución. Esta conclusión se obtiene en especial de los artículos 39.3 y 32 de la Constitución. En efecto, el apartado 3 del artículo 39, establece que los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, no solo durante su minoría de edad sino en los demás casos en que legalmente proceda¹⁰. Y el artículo 32 de la Constitución establece de modo indubitado la igualdad jurídica del hombre y la mujer para y en el matrimonio, así como el mandato dirigido al legislador ordinario de que regule las formas de edad, capacidad, derechos y deberes, así como las causas de separación y diso-

de toda justificación objetiva y razonable» (FJ 5, también en sentencia del TC 184/1993, FJ 6). La posición del Tribunal Constitucional es especialmente limitativa de sus competencias interpretativas, a mi juicio sin justificación razonable, pues más allá de la garantía de la igualdad y no discriminación pudiera haber interpretado lo que debe entenderse por protección de la familia y sus límites.

⁸ Puede verse para los casos de reclamación de filiación en supuestos de inexistencia de posesión de estado, las sentencias del Tribunal Constitucional 273/2005, de 27 de octubre y 52/2006, de 16 de febrero.

⁹ Con gran agudeza, F. ENGELS, ob. cit., adivinó la evolución de la familia, probablemente con demasiada anticipación, dice así: «lo que seguramente desaparecerá de la monogamia son todos los caracteres que le han impuesto las condiciones de la propiedad a las cuales debe su origen; estos caracteres son, en primer término, la preponderancia del hombre y, luego, la indisolubilidad. La preponderancia del hombre en el matrimonio es consecuencia, sencillamente, de su preponderancia económica y caerá por sí sola con ésta. La indisolubilidad del matrimonio es consecuencia, en parte, de la situación económica de donde salió la monogamia y, en parte, es una tradición de la época en que, mal comprendido aún el enlace de esa situación económica con la monogamia, fue exagerado hasta el extremo por la religión. Actualmente está desportillada ya por mil lados. Si el matrimonio fundado en el amor es el único moral, sólo podría serlo donde el amor persista», pág. 103.

¹⁰ Este último aspecto es desarrollado en el Código Civil, en particular a través del derecho de alimentos, así como por una jurisprudencia del Tribunal Supremo que interpreta de modo particularmente extensivo el concepto de derecho de alimentos.

lución y sus efectos, lo que finalmente se ha plasmado en el Código Civil y en una serie de leyes que constituyen el ordenamiento jurídico de la familia en España¹¹.

La Constitución española dibuja un marco abierto en lo que se refiere al concepto de familia, de manera que las posibilidades para el legislador ordinario son numerosas. Sin embargo, algunos aspectos de su régimen jurídico son inmodificables, a saber: la igualdad de derechos y obligaciones de los padres; los derechos de los hijos, no solo los menores de edad; y la libertad en lo que concierne a las formas del matrimonio y las posibilidades de su disolución. Por tanto, en la Constitución se produce una desvinculación clara de la relación jurídica entre los padres, en el caso de que sean progenitores, y las obligaciones que les competen en todo caso como padres. Si embargo, no puede decirse que los Tribunales Supremo y Constitucional hayan llevado a cabo una interpretación a la altura de nuestro tiempo¹².

¿Puede alcanzarse la conclusión de que existe indiferencia en lo relativo al sexo de las personas que pueden integrar un matrimonio? La concepción abierta de la familia y del matrimonio que contiene el texto constitucional permite que el legislador ordinario interprete la institución (matrimonio y familia) de acuerdo con los cambios sociales que se estén produciendo. Los únicos límites que tiene el legislador ordinario son los anteriormente señalados. De manera que debe considerarse, entre otras variantes, el matrimonio entre personas del mismo sexo¹³.

Finalmente, hay que señalar que la Constitución española es una excepción en el conjunto de los textos constitucionales de nuestro entorno, en la medida en que establece el artículo 27.3 el derecho de los padres, frente a todos, incluidos los poderes públicos, a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Ahora bien, debe interpretarse que los poderes públicos no tienen obligación de sufragar a otros centros educativos que los públicos, pues no debe confundirse el derecho de los padres con la existencia de una obligación correspondiente de los poderes públicos.

Cuestión de gran interés es la de cómo se aplican en España los Tratados internacionales a que antes me he referido, en particular la Convención sobre Derechos del Niño. Pues bien, el apartado 4 del artículo 39 de la Constitución establece

¹¹ El estudio del Derecho de familia en España cuenta con numerosos manuales, monografías y estudios de considerable calidad y no es mi propósito hacer la menor incursión en el análisis de la legislación ordinaria sobre la familia.

¹² Una muestra del conservadurismo del Tribunal Constitucional se aprecia en la sentencia 69/2007, de 16 de abril, que no equiparó los matrimonios contraídos por el rito gitano a los matrimonios contraídos por otros ritos religiosos inscritos en el Registro Civil. El voto particular del magistrado J. RODRÍGUEZ ZAPATA hubiera merecido ser la doctrina que sentara el Tribunal Constitucional. Tiene interés el trabajo de B. RODRÍGUEZ RUIZ, «Matrimonio, género y familia en la Constitución española: trascendiendo la familia nuclear» en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 91, enero/abril, 2011, págs. 69 y sigs., así como la bibliografía que se cita.

¹³ Con posterioridad a la redacción del texto de esta ponencia en el verano de 2012, el Tribunal Constitucional ha resuelto el recurso presentado por el Partido Popular contra la Ley que regula el matrimonio de personas del mismo sexo, desestimándolo.

que: «Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». Esta previsión es excepcional en el conjunto del texto constitucional. La cuestión que debemos indagar es si dicho precepto debe interpretarse como una invocación meramente ritual al Derecho internacional, o debe tener una interpretación diferente. A mi juicio, dicho precepto podría interpretarse como un mandato de incorporación directa de los tratados internacionales que velan por los derechos de los niños al Derecho interno español. De manera que dicho precepto no se estaría refiriendo, tan solo, a los tratados ratificados por España, sino a los tratados internacionales suscritos en el seno de la comunidad internacional, aunque no hubieran sido suscritos por España.

La tesis que respaldo¹⁴ se sustentaría en que de no ser ésta la interpretación del precepto en cuestión, la referencia a los tratados internacionales sería superflua, ya que no es necesario que se reitere en un precepto (en cada precepto) constitucional que los tratados internacionales ratificados por España y publicados en el *Boletín Oficial del Estado*, con carácter general, por virtud de lo establecido en el apartado 1 del artículo 96 de la Constitución, se integran en el Derecho interno español. Así, no parecería razonable pensar que el constituyente hubiera incluido dicha prescripción a modo de adorno, sino que creó un régimen jurídico especial para los niños, un régimen excepcional más allá del cumplimiento del artículo 96.1 del texto constitucional. De modo que la circunstancia de que exista en la comunidad internacional un tratado que vele por los derechos de los niños determina que dicho tratado es aplicable en España. No debe olvidarse que este tipo de referencia a los acuerdos internacionales solo tiene lugar, a lo largo del texto constitucional, en el citado artículo 39.4.

Igual interés tiene determinar si se aplica a la familia (cuya protección se contempla en la Constitución en el Capítulo III, del Título I, bajo el epígrafe «De los principios rectores de la política social y económica») la técnica del artículo 10.2 del texto fundamental que se refiere, como es sabido, a los derechos fundamentales y las libertades públicas que la Constitución reconoce.

Pues bien, la naturaleza de dicho derecho fundamental, que está implícita en la protección de la familia, así como otros derechos conexos (derecho a crearla, igualdad de las mujeres, derechos de los niños), sin embargo no se corresponde al dise-

¹⁴ Los autores que han analizado este precepto no coinciden con la tesis que mantengo. Así, con todo, se aproxima a la interpretación que sostengo D. ESPÍN CANOVAS, «Artículo 39. Protección de la familia», en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo IV, Ed. por Cortes Generales y EDERSA, Madrid, 1996, dice: «pero el artículo 39.4 les confiere, en mi opinión, un valor de principio programático que puede servir de inspiración al futuro legislador; dichos acuerdos no ratificados pueden, también a mi juicio, servir como elemento revelador, en su caso, de la realidad social a tener en cuenta en la interpretación de normas conforme a las reglas del Código Civil, que incorpora, junto a las tradicionales, la derivada de la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas (CC art. 3.1)». La idea de que el precepto en cuestión no es susceptible de generar por sí mismo derechos judicialmente actuables se encuentra en G. JIMÉNEZ BLANCO, «Artículo 39», en VVAA, *Comentario a la Constitución. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, en A. JIMÉNEZ BLANCO, G. JIMÉNEZ BLANCO, P. MAYOR, L. OSORIO.

ño del constituyente español que tan solo incluye entre los derechos fundamentales (de segundo orden) el derecho a contraer matrimonio en el artículo 32. De manera que la vulneración del derecho garantizado en el artículo 32 no es susceptible de recurso de amparo, debiendo utilizarse para su protección los recursos ordinarios.

IV. LA FAMILIA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN

1. La familia en los Tratados de la Unión Europea

El Tratado de la Unión Europea de 1992 y sus precedentes, los Tratados de las Comunidades Europeas, no contenían referencia alguna expresa a la familia hasta la reforma llevada a cabo por el Tratado de Lisboa y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (citada también a partir de ahora como Carta o CDFUE). Así, la única referencia indirecta a la familia tenía lugar en artículo 42 del TCE (ahora artículo 48 del TFUE), en que, a propósito de la libre circulación de los trabajadores, se hace referencia a los derechohabientes de los mismos, esto es a personas cuyos derechos derivan de otros. El olvido de los familiares de los trabajadores en los textos de los Tratados de la Unión tiene una especial gravedad; es una de las numerosas caras oscuras de la Unión Europea.

En efecto, el Tratado de Lisboa modificó el artículo 65 del Tratado de la Comunidad Europea que renumeró como artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) al que añadió un apartado 3 relativo al Derecho de familia con repercusión transfronteriza¹⁵. Por su parte, la Carta dedica dos artículos directamente a la familia, y otros varios indirectamente a la misma. Así, en el artículo 9 de la Carta, que se titula «Derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia», se establece: «Se garantiza el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio». El segundo de los preceptos fundamentales de la CDFUE que nos concierne es el 33, que garantiza la protección de la familia en los planos: jurídico, económico y social¹⁶.

¹⁵ Dice así dicho apartado: «3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

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

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

¹⁶ Sigue diciendo dicho artículo en su párrafo 2 «Con el fin de poder conciliar vida familiar y vida profesional, toda persona tiene derecho a ser protegida contra cualquier despido por causa rela-

Para interpretar el artículo 9 de la CDFUE es preciso tener en cuenta varios de sus preceptos, como el artículo 21 sobre prohibiciones de discriminación, el 22 sobre el respeto de la diversidad cultural y lingüística, el artículo 23 de igualdad entre hombres y mujeres, el artículo 24 sobre los derechos del niño, el artículo 32 que prohíbe el trabajo infantil y el artículo 34 sobre Seguridad Social y ayuda social.

El artículo 81.3 del TFUE es un precepto que no atribuye directamente una competencia normativa a las instituciones de la Unión Europea. El objeto regulatorio es más complejo, y excepcional en el marco de los tratados, así se exceptiona la posibilidad de que el Parlamento y el Consejo puedan adoptar medidas, por el procedimiento legislativo ordinario, en el ámbito del Derecho de familia, tal y como se prevé en el apartado 2 del artículo 81. Artículo 81 en que se prevé que la cooperación judicial en materia civil «podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros». Pues bien, entre dichas medidas de aproximación deben incluirse las que se refieren al Derecho de familia.

Obsérvese que el TFUE elude una intervención directa en el Derecho de familia, justificando la posible intervención en aras de la cooperación judicial en materia civil que sería el objeto principal del precepto. Así, la intervención directa en el Derecho de familia puede tener lugar de modo ordinario por medidas adoptadas por el Consejo, por un procedimiento legislativo especial, en que la adopción de las medidas en cuestión exige la unanimidad de sus miembros. No obstante, la Comisión puede proponer al Consejo que la medidas en cuestión se adopten mediante el procedimiento legislativo ordinario, exigiéndose en el apartado 3 del artículo 83 tres garantías procedimentales: el Consejo debe aprobar la decisión en cuestión por unanimidad; debe consultar previamente al Parlamento Europeo; y cada uno de los parlamentos nacionales, a los que debe comunicarse la propuesta de la Comisión, puede oponerse a la adopción de la misma, lo que determinará que no podrá ser adoptada.

En definitiva, con la finalidad de alcanzar el objetivo de la cooperación judicial en asuntos civiles, y no para otra finalidad, la Unión Europea puede dictar normas que aproximen las legislaciones de los Estados miembros en el ámbito normativo del Derecho de familia. Tal intervención, por la vía del artículo 81.3 no ha tenido lugar configurando una familia tipo o familia transfronteriza¹⁷, aunque en base a

cionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño».

¹⁷ Es más, en el artículo 22 del Reglamento (CE) 4/2009, del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7 de 10-1-2009), se establece: «El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos en virtud del presente Reglamento no implicarán en modo alguno el reconocimiento de las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad en que se basa la obligación de alimentos que dio origen a la resolución». A la misma conclusión se llega del análisis del Reglamento (UE) 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010 y del Reglamento (UE) 650/2012, de 27 de julio de 2012.

dicho precepto y otros del mismo título se han dictado disposiciones que afectan indirectamente al Derecho de familia¹⁸. Pero, en todo caso, el citado artículo 81.3 no anticipa criterio alguno interventor de carácter material.

2. La familia en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. La liquidación de las relaciones jerárquicas horizontales (hombre y mujer) y verticales (padres e hijos)

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se considera el hito de mayor relevancia en lo que concierne a consolidación de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Como es bien sabido, no se ha integrado en los Tratados de la Unión, como hubiera sido deseable, pero el artículo 6 del Tratado de la Unión, tras la reforma del Tratado de Lisboa, otorga a la Carta el mismo valor jurídico que a los Tratados.

Una Carta de derechos es un gran instrumento de intervención en las personas y en las familias; un gran instrumento configurador, en la medida en que puede crear, ampliar o limitar derechos en las personas. Cuando un instrumento jurídico nacional, de la Unión o internacional, crea nuevos derechos, amplía el panorama de nuestra personalidad, pero al crear derechos los define y, por tanto, les pone límites. Una modalidad particular de creación de derechos es la prohibición de la entrada de los poderes públicos o de terceros en un determinado ámbito, y en esa medida el instrumento jurídico en cuestión es antiintervencionista interviniendo.

Sistematizando los preceptos de la Carta dedicados a la familia, podremos configurar el siguiente esquema. En primer término, en el título dedicado a las libertades se incluyen dos preceptos que debemos analizar. Me refiero a los artículos 9

¹⁸ Además del Reglamento considerado en la nota anterior, pueden citarse, entre otros muchos: Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Decisión 2001/470/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, por la que se crea la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil; Reglamento (CE) 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil; Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios; Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000; Reglamento (CE) 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; Reglamento (CE) 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos); Decisión del Consejo de 31 de marzo de 2011, relativa a la firma, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia.

y 7. El artículo 9 garantiza el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia, pero es el caso que la configuración de dichos derechos se remite a las leyes nacionales. Es decir, la Carta garantiza un cascarón jurídico, cuyo contenido se llena por la legislación de cada Estado miembro. Así la Carta solo garantiza el derecho de las personas a ejercer unos derechos cuyo contenido corresponde establecer a los Estados miembros, que deberán, por tanto, regular los derechos a contraer matrimonio y a fundar una familia.

La regulación suscita algunas dudas. Obsérvese que el precepto se refiere a dos derechos el de contraer matrimonio y el de fundar una familia. De manera que, como sucede en la Constitución española, se disocian matrimonio y familia. De manera que se descarta una concepción conservadora de la familia, tal y como ha hecho la Constitución española.

Pero, dicho lo anterior, no deja de ser decepcionante que el artículo 9 de la Carta no haya señalado unos mínimos principios comunes al matrimonio y a la familia. A mi juicio, las leyes no tendrían que entrar en la regulación de la organización del que podríamos denominar ámbito íntimo, sino solo sus efectos. Pero, justamente una de las funciones de la Carta podría haber sido incidir en la desregulación de la injerencia de los Estados miembros en la organización de la intimidad. Sin embargo, por el contrario, la Carta no hace sino remitirse a la regulación de los derechos nacionales, por lo que la regulación del matrimonio y la familia, en lo que respecta al artículo que analizamos, tiene un tanto de superfluo.

Por no pronunciarse sobre la configuración del matrimonio y la familia la Carta ni siquiera se pronuncia sobre los titulares de los derechos a contraer matrimonio y a fundar una familia, lo que es igualmente decepcionante, ya que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado pasos muy significativos en la concepción abierta del matrimonio y de la familia con escasas bases jurídicas y la Carta podría haber convertido en norma dicha doctrina. Pero en todo caso debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, los derechos fundamentales que garantiza el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas (aún antes de la adhesión de la Unión al mismo) formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales¹⁹.

No finalizan en esos los derechos relacionados directa o indirectamente con la familia. Así, el artículo 7 proclama el derecho de toda persona al respeto a su vida privada y familiar. Este sería un precepto antiintervencionista interviniendo. Las constituciones de los Estados miembros contienen preceptos similares en sus ordenamientos jurídicos (por ejemplo, el artículo 18 de la Constitución española) y lo mismo puede decirse de los Tratados internacionales (por ejemplo, el artículo 8 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas). Si interpretamos extensivamente este precepto podríamos llegar a la con-

¹⁹ Una interpretación de la vinculación del Derecho de la Unión al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas puede verse en la sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de noviembre de 2011, asunto 256/11, caso Murat Dereci y otros.

clusión de que el respeto a la vida privada y familiar consistiría en dejar a la libre voluntad de las personas las formas de organización que les parezcan oportunas, inclusive lo que debe entenderse por familia. Pero esta interpretación no parece ser la practicada por el legislador europeo, que se remite en el artículo 9 a la legislación de los Estados miembros, en una suerte de reinterpretación de dicha capacidad de organización. No deja de ser curioso que a las organizaciones políticas se les reconozca la competencia para organizarse libremente y que dicha competencia se les niegue a las personas físicas en lo que concierne a su intimidad.

El artículo 23, párrafo primero, de la Carta contiene un mandato dirigido a las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea y a los Estados miembros de la Unión cuando apliquen el Derecho de la Unión, para que garanticen en todos los ámbitos la igualdad entre mujeres y hombres, por tanto en el ámbito del matrimonio y de la familia. La igualdad del hombre y la mujer se proclama en la Declaración Universal y en la Constitución española, por lo que la Carta no añade nada significativo²⁰. Sin embargo, no hubiera estado de más que la Carta hubiera proclamado la igualdad entre hombres y mujeres en el matrimonio. Pues la igualdad y la no discriminación son un derecho y una prohibición que luce ya en los Tratados de la Unión en los ámbitos en que insiste la Carta (empleo, trabajo y retribución) mientras que en el ámbito familiar no se hace referencia alguna a la igualdad. Y tampoco está la Carta al nivel del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a que antes me he referido.

Debe, no obstante, entenderse que la igualdad de hombres y mujeres debe respetarse sea cual sea la forma de matrimonio o de familia integrada por hombres y mujeres. Es decir, en base al Derecho de la Unión Europea no podrían constituirse uniones entre hombres y mujeres que no fueran igualitarias, lo que estaría en plena sintonía con la Declaración Universal y la Constitución española.

Los artículos 24 y 32 de la Carta se refieren a los derechos del niño. El artículo 24 es un tanto desconcertante en la medida en que su derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar no tiene obligado u obligados expresos. Esto mismo sucede con su derecho a expresar su opinión libremente. Y todavía resulta más sorprendente que tan solo se citen como obligados a tener en cuenta el interés superior del niño a autoridades públicas o instituciones privadas. Nada se dice de las obligaciones de los padres. Solo se mencionan padres y madres para establecer el derecho de los niños a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos, salvo si fuere contrario a sus intereses. Sin embargo, aunque el precepto contiene deficiencias muy notables debe deducirse del mismo que los intereses superiores del niño son primordiales para autoridades públicas, para las instituciones privadas y para los padres.

²⁰ No obstante queda mucho por hacer para conseguir una auténtica igualdad entre los hombres y las mujeres, incluso en la Unión Europea. Véase la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de marzo de 2011, sobre la igualdad entre hombres y mujeres en la Unión Europea-2010 (2010/2138(INI)) (*DOUE* C 1999 de 7-7-2012).

En la línea de la Convención de los derechos del niño se proclama en la Carta el derecho del niño a expresar su opinión libremente y el derecho a que su opinión sea tenida en cuenta en los asuntos que le afecten en función de su edad y madurez. Tanto este precepto como el artículo 23 de la Carta, que proclama la igualdad entre hombres y mujeres, suponen preceptos que liquidan la familia de tipo patriarcal jerárquico. Es más, el interés del niño no está en una posición igual a la de los padres sino en una posición superior²¹.

El artículo 32 es mucho más preciso, aunque no todo lo que debiera, al establecer la prohibición general del trabajo infantil que vincula a todos, a las autoridades públicas, a las personas físicas o jurídicas y a los padres. En este precepto se establece que la edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que concluye el período de escolaridad obligatoria, edad que es competencia de los Estados miembros, admitiendo disposiciones más favorables para los jóvenes, así como excepciones limitadas. Si bien, nada se dice sobre qué tipo de excepciones son posibles, lo que puede dar como resultado tratos diferentes de los jóvenes en los Estados de la Unión. Tampoco se hace referencia a la diferencia que existe entre niños y jóvenes, aunque parece deducirse que se consideran infantes los que están en edad de escolarización obligatoria y jóvenes a los que no siendo infantes son menores de edad.

La norma general es la de que los infantes o niños en edad de escolarización obligatoria tienen prohibido trabajar y los jóvenes (es decir niños que han alcanzado la edad superior a la del periodo en que concluye la escolaridad obligatoria y no son mayores de edad) tienen una especial protección en lo relativo a las condiciones de trabajo, así: «deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación».

La Carta no contiene novedades en relación con los derechos de los niños, susceptibles de motivar modificaciones en el ordenamiento jurídico español, ni en el de la mayoría de los Estados de la Unión. Y lo mismo puede decirse de la genérica garantía de la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social que se contiene en el artículo 33 de la Carta, en que lo único destacable se encuentra en el apartado segundo del artículo 33, en que se consagra al máximo nivel la conciliación entre la vida familiar y la vida profesional: la protección contra el despido motivado por la maternidad, así como el derecho a permisos pagados por la maternidad y permiso paternal con motivo del nacimiento o la adopción de hijos, en la línea de lo establecido en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

²¹ Ver, a título de ejemplo, B. VIDAL FERNÁNDEZ, «Protección jurisdiccional de los hijos en casos de ruptura de los matrimonios mixtos. Especial consideración de la regulación adoptada en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia», en *Revista de Estudios Europeos*, núm. 55, julio-diciembre, 2010, págs. 105 y sigs. Y bibliografía que se cita.

La Carta se inclina, igualmente, por la familia nuclear. Esta conclusión se obtiene de la interpretación del artículo 25 de la misma, en sentido contrario, ya que reconociendo derechos a las personas mayores no menciona como obligados a los hijos. Ni siquiera menciona a la familia como una referencia que incluya a las personas mayores.

Por último, no debe olvidarse que la Carta tiene un ámbito de aplicación subjetivo y objetivo muy limitado, ya que vincula a instituciones, órganos y organismos de la Unión, y a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión²². No obstante, no deben descartarse interpretaciones extensivas del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Pero, en todo caso, puede afirmarse que la Carta, en la línea de la Constitución española, supone la liquidación definitiva de la familia patriarcal-monogámica regida por el principio de jerarquía vertical (de los padres en relación con los hijos) y horizontal (del hombre en relación con la mujer).

3. La familia en el Derecho derivado de la Unión Europea

Como hemos tenido oportunidad de analizar anteriormente, la única base jurídica explícita del Derecho originario de la Unión Europea (al margen de lo dicho en relación con la Carta) que permite la intervención de la Unión en el Derecho de familia, es la contenida en el artículo 81 del TFUE, que hasta la fecha no ha sido objeto de desarrollo.

Sin embargo, se ha producido una importante intervención en la configuración de la familia como consecuencia de la expansión del mercado interior, y en particular de una de las libertades que lo integran. Me refiero a la libertad de circulación y residencia de los trabajadores y de los ciudadanos europeos, de acuerdo con los artículos 45 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

El Reglamento 492/2011, del Parlamento y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Unión que deroga el Reglamento 1612/1968 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, dedica uno de sus artículos a la familia²³. Me refiero al artículo 10 que lleva por título «De la familia

²² Ver, ampliamente, mi trabajo «El sistema de competencias en la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa», en el núm. 21 de la *Revista de Derecho de la Unión Europea*. En este trabajo sostengo una interpretación extensiva de lo que debe entenderse por aplicación del Derecho de la Unión Europea por los Estados miembros, que podría suponer una ampliación del ámbito de aplicación de la Carta. Su trascendencia no derivaría tanto del escaso carácter innovativo de la Carta como de la interpretación de la misma por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

²³ Otras normas europeas relevantes en lo que concierne a los trabajadores y sus familias fueron el Reglamento 1251/70 de la Comisión, de 29 de junio de 1970, relativo al derecho de los trabajadores a permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo y las Directivas 68/360/CEE del Consejo, de 15 de octubre de 1968, sobre supresión de restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y de sus familias dentro de la Comunidad; y 73/148/CEE del Consejo, de 21 de mayo de 1973, relativa a la supresión de

de los trabajadores». Su contenido es muy breve, solo se refiere a los hijos, conteniendo una reiterada jurisprudencia del TJUE en el sentido de que los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro serán admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, si esos hijos residen en su territorio.²⁴ Pero en este lugar no vamos a entrar a analizar la expansión de derechos para los miembros de las familias transfronterizas fruto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, a la que presto atención en otro lugar. Lo que nos interesa es averiguar si el Derecho derivado de la Unión Europea ha configurado un tipo determinado de familia.

El derecho a la libre circulación de las personas presentó grandes dificultades habida cuenta de que los Tratados originarios, antes del Tratado de la Unión de 1992, tan solo se referían a la libre circulación de los trabajadores. No obstante, en 1990 se dictaron tres Directivas que suponían la irrupción de la libertad de circulación de las personas al margen de su condición de trabajadores. Me refiero a las Directivas: 90/364/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia; 90/365/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al derecho de residencia de los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que hayan dejado de ejercer su actividad profesional; y 93/96/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa al derecho de residencia de los estudiantes, que permitieron la libre circulación de rentistas, jubilados y estudiantes. Tras la aprobación del Tratado de la Unión, que incluyó la ciudadanía y el derecho a la libre circulación de las personas en la Unión Europea, se produjo una parálisis normativa notable de un proceso que parecía imparable, en lo relativo a facilitar el ejercicio del derecho a la libertad de circulación de las personas. Parálisis acompañada de interpretaciones de carácter restrictivo por los Estados miembros de dicho derecho, paliada por la interpretación del derecho por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que obligó al legislador comunitario a dictar la *Directiva 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*.

En este lugar nos interesa la última directiva citada en la medida en que contiene una particular concepción de la familia. Es decir, a propósito de regular el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión Europea configura un modelo de familia que, sin duda, ha producido y seguirá produciendo la acomodación de la concepción de la familia en los distintos Estados miembros a la familia de la Directiva 2004/38/CE. Se trata, decíamos, de una incursión en la configuración de la familia (que solo sería posible en base en el artículo 81.3 del TFUE), como con-

restricciones al desplazamiento y a la estancia, dentro de la Comunidad, de los nacionales de los Estados miembros en materia de establecimiento y prestación de servicios.

²⁴ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en varias ocasiones sobre este tema, ver los asuntos C-389/87, C-390/87, C-3/90, C-310/08 y C-480/08.

secuencia del ejercicio de la competencia de la Unión en materia de circulación de las personas. En efecto, en la medida en que un ciudadano europeo puede tener una familia, es necesario que el Derecho de la Unión establezca qué debe entenderse por familia, si se considera, como parece lógico, que el ciudadano de la Unión al ejercer su derecho a la libre circulación pretenda que el mismo incluya a su familia. La opción de considerar que el derecho a la libre circulación de las personas solo pudiera ser ejercido y solo alcanzara a los ciudadanos de la Unión, pudiendo excluirse a los demás miembros de la familia, sería tanto como convertir a la Unión Europea en una suerte de entidad amoral a la que no le importaría convertirse en un instrumento para la liquidación de toda forma de organización familiar.

Así, el artículo 2.2 de la Directiva 2004/38/CE, establece como norma detallada, de obligado cumplimiento por todos los Estados de la Unión, que son miembros de la familia, a los efectos del ejercicio del derecho a la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión, además del ciudadano de la Unión: a) el cónyuge; b) la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, en las condiciones a que más adelante me referiré; c) los descendientes directos menores de 21 años o a cargo y los del cónyuge o de la pareja del apartado b); y d) los ascendientes directos a cargo y los del cónyuge o de la pareja del apartado b).

Por lo que se refiere a la pareja del ciudadano transfronterizo de la Unión el artículo 2 de la Directiva 2004/38/CE, prevé la integración de la misma en la familia de modo condicional. Esto es, para que la pareja de un ciudadano de la Unión pueda ser considerada parte de su familia, además de ser preciso que haya celebrado con la misma una unión registrada con arreglo a la legislación de un Estado miembro de origen, exige que el Estado de acogida otorgue a dichas parejas un trato equivalente a los matrimonios, lo que debe ser conforme con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado de acogida. De manera que la incorporación franca y sin límites de las parejas de ciudadanos europeos en el concepto de familia exigirá la armonización del Derecho de la Unión (lo que puede suceder por la vía del artículo 81.3 del TFUE), pues en otro caso la diversidad de tratamientos de las parejas no cónyuges dificultará enormemente su inclusión en el concepto de familia, a los efectos de la libre circulación por la Unión Europea.

Al margen de lo dispuesto en el artículo 2.2 de la Directiva 2004/38, que tiene carácter obligatorio, con la salvedad de lo dicho en relación con la pareja del ciudadano europeo, el artículo 3.2 de la misma Directiva, establece la obligación de que el Estado miembro de acogida facilite (facilitará) de acuerdo con su legislación nacional la entrada y residencia de las siguientes personas relacionadas con el ciudadano europeo, a saber²⁵:

²⁵ La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hace una interpretación restrictiva de artículo 3.2 de la Directiva 2004/38. Ver al efecto la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de septiembre de 2012, caso *Secretary of State for Home Department/ Muhammad Sazzadur Rahman* y otros. Ver también el *Libro Verde sobre la reunificación familiar* 2012/C 225/02 (*DOUE* C 225 de 27-7-2012).

a) Cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del artículo 2.2 del TFUE que, en el país de procedencia esté a cargo o viva con el ciudadano del titular del derecho.

b) Cualquier otro miembro de la familia, sea cual fuere su nacionalidad, que no entre en la definición del artículo 2.2 del TFUE, en caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión se haga cargo del cuidado del miembro de la familia.

c) La pareja con la que el ciudadano de la Unión mantiene una relación estable, debidamente probada.

No cabe duda de que de los artículos 2.2 y 3.2 suponen una concepción abierta de la familia, con elementos comunes y obligatorios a todos los Estados miembros y otros elementos comunes y facultativos de los Estados miembros. Un concepto de familia extensa integrada por cónyuges o por parejas, con ascendientes, descendientes y otros miembros que están a su cargo o vivan con los primeros o a los que cuidan.

De manera que nos encontramos ante una intervención de la Unión que, sin pretender configurar, configura intensamente una determinada concepción de la familia, en la medida en que la libertad de circulación de las personas, de los ciudadanos europeos, viene determinada con el concepto de familia que se contiene en dicha directiva, la que podríamos denominar *familia transfronteriza*.

Finalmente hay que mencionar la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar²⁶. Esta Directiva se aplica a los ciudadanos de terceros países y aquí nos interesa en la medida en que al establecer los que deben considerarse como miembros de la familia va a confirmar un tipo determinado de familia.

Así, en relación con los ciudadanos de terceros países, se entiende que forman parte de la familia, de acuerdo con el artículo 4 de la Directiva antes citada, en primer lugar el cónyuge del reagrupante, si bien se introducen restricciones en lo que respecta a la edad de los cónyuges. Pero a partir de ese punto las restricciones son considerables en relación con los hijos mayores de edad y con los ascendientes. De la misma manera, las restricciones son considerables en relación con la pareja no casada. Y se produce un rechazo claro al matrimonio poligámico²⁷, prohibiendo la

²⁶ Esta Directiva se completa con la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (*DOUE* L 16 de 23-1-2004) que se remite para el concepto de familia a la Directiva 2003/86/CE.

²⁷ Ver, sobre el matrimonio poligámico: M. LEMA TOMÉ, «Matrimonio poligámico, inmigración islámica y libertad de conciencia», en *Migraciones internacionales*, vol. II, México, 2003. También A. FERNÁNDEZ CORONADO, «Matrimonio islámico y función promocional de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril, 2009, págs. 125 y sigs. El Código Penal tipifica el delito de poligamia en su artículo 217. El Tribunal Supremo considera que «la poligamia no es simplemente algo contrario a la legislación española, sino algo que repugna al orden público español, que constituye siempre un límite infranqueable a la eficacia del Derecho extranjero» (se le denegó a un polígamo la nacionalidad española), según la sentencia de 19 de junio

reagrupación de un segundo cónyuge, cuando el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo en el territorio del Estado de acogida. En esta Directiva la Unión Europea ha manifestado su perfil más sectario, pues lo relevante debe ser que queden garantizados los derechos de igualdad de hombres y mujeres y el derecho superior de los niños, pues estos sí son valores y derechos comunes a los Estados miembros, consagrados en sus respectivas constituciones, así como en el Derecho de la Unión. Pero la composición de una familia no debiera ser objeto de las leyes nacionales ni de los tratados internacionales.

V. CONCLUSIONES. LA LARGA MARCHA HACIA LA LIBERTAD PLENA EN LAS RELACIONES PERSONALES

¿Es aceptable, que el Derecho interno, el Derecho de la Unión Europea, o los Tratados internacionales establezcan quiénes son miembros de una familia? Cabría una primera respuesta, que sería la negativa. Pues, a mi juicio, debiera dejarse a las personas entera libertad para configurar su familia u otras organizaciones de la intimidad. Esta solución no estaría exenta de problemas, aunque superables, en relación con el disfrute de los derechos y cumplimiento de obligaciones, por las personas miembros de las familias en los Estados occidentales regidos por el Derecho. Las resistencias a que los ciudadanos configuren libremente sus relaciones, digamos «familiares», derivan de causas económicas y de posiciones ideológicas.

Por razones económicas, los Estados se oponen a la libre configuración de la familia, habida cuenta de que en el Estado del bienestar, que en mayor o menor medida existe en los Estados de la Unión Europea, los beneficios que reciben los miembros de las familias son considerables, latiendo en las reservas a una concepción abierta de la familia la sospecha de fraudes y abusos. Pero la oposición mayor a la libre configuración de la familia, que postulo, deriva de concepciones ideológicas y religiosas. Hemos asumido de un modo tan acrítico la intervención del Estado y de las religiones en las relaciones personales y en la intimidad, que cuesta considerar a la familia como una mera organización de las relaciones personales, desacralizada, que, sin duda, es su futuro.

Los Códigos civiles y demás leyes de los Estados miembros sobre el matrimonio y la familia se han convertido en los mayores enemigos de la libertad de los ciudadanos para configurar sus familias. Con arreglo a los mismos no es posible ejercer la libertad para fundar organizaciones sociales libres, o permiten fundarlas sin considerarlas familias o no reconociendo a las mismas los efectos o beneficios

de 2008 (rec. 6358/2008). La sentencia conceptúa de modo disparatado el orden público como «el conjunto de aquellos valores fundamentales e irrenunciables sobre los que se apoya el entero ordenamiento jurídico». La identificación que se hace en la sentencia entre poligamia y desigualdad entre mujeres y hombres carece de fundamento, y pone de manifiesto el dogmatismo intolerante que preside la concepción de la familia de los sectores más conservadores de la sociedad española que en la actualidad anidan en el Tribunal Supremo.

que otorgan a las familias «ortodoxas» que regulan las legislaciones de los Estados miembros y de la Unión Europea. Y la interpretación conservadora de constituciones y tratados internacionales, llevada a cabo por la inmensa mayoría de los legisladores ordinarios de los Estados miembros, no ha sido neutralizada, como cabía esperar, por los diferentes tribunales competentes (nacionales, de la Unión Europea y de Derechos Humanos de Estrasburgo) que debieran interpretar el matrimonio, de la familia y de las relaciones personales a la altura de nuestro tiempo.

En definitiva, ya sea en el Derecho interno, en el Derecho de la Unión Europea, o en el Derecho internacional, los ciudadanos no tienen plena libertad para organizar sus relaciones personales. No obstante, el camino hacia la libertad se ha iniciado ya y no será posible detener a las nuevas generaciones. Como dijera Federico ENGELS «cuando hayan venido esas gentes, se burlarán de cuanto se hubiese pensado acerca de lo que habrían de hacer; se dictarán a sí mismas su propia conducta y crearán una opinión pública basada en ella para juzgar la conducta de cada uno»²⁸.

RESUMEN: En este trabajo se analiza la intervención de la Unión Europea en el ámbito personal y familiar, comparando dicha intervención con la que tiene lugar en los tratados internacionales más relevantes (Declaración Universal de Derechos del Hombre, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Convención de Derechos del Niño) y en la Constitución Española. Las conclusiones que se obtienen son varias. Por una parte, no se advierten grandes innovaciones ni en los Tratados de la Unión Europea ni en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se limita a reiterar derechos proclamados en instrumentos internacionales y constituciones como la española, si bien con la Carta pueden considerarse definitivamente liquidadas las relaciones matrimoniales y familiares basadas en la jerarquía. Por otra parte, el mayor grado de intervención de la Unión Europea en la familia tiene lugar a través del Derecho derivado que, con base a sus competencias en el mercado interior, ha configurado un modelo específico de familia transfronteriza. Este trabajo es un alegato jurídico en pro de la libertad de la configuración de las relaciones personales y familiares que en la actualidad impiden las normas nacionales, europeas e internacionales.

PALABRAS CLAVE: Competencia de la Unión Europea, Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, familia, matrimonio, niños, familia transfronteriza, igualdad de hombres y mujeres, liquidación de la jerarquía en las relaciones personales y familiares, intervención de los poderes públicos en las relaciones personales y familiares, libertad plena en las relaciones personales.

ABSTRACT: This paper analyzes the European Union intervention in the area personal and family, comparing the intervention with those that take place in the most relevant international treaties (The Universal Declaration of Human Rights, The International Covenant on Economic, Social and Cultural and The Convention on the Rights of the Child) and in the Spanish Constitution. The conclusions obtained are several. First, no major innovations are noted in the European Union Treaties nor in the Charter of Fundamental Rights of the Euro-

²⁸ F. ENGELS, *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, 1884, edición castellana de editorial Fundamentos, Madrid, 1970, pág. 104.

pean Union, which merely reiterates rights enshrined in international instruments such as the Spanish Constitution, although the Charter be considered definitive liquidation of the marriage and family relationship based on hierarchy. Moreover the highest level of European Union intervention in the family takes place through legislation which, based on their expertise in the internal market has set up a specific model of cross-border family. This work is a legal argument for freedom of setting personal and family relationships that currently are impeded by national, European and international legal rules.

KEYWORDS: Rights of the European Union, family, marriage, children, cross-border family, equality of men and women, settlement hierarchy in personal and family relationships, public authority intervened in relations personal and family full freedom in relationships

**RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CRISIS MATRIMONIALES
INTERNACIONALES Y DERECHO APLICABLE:
EL REGLAMENTO (UE) N° 1259/2010,
DEL CONSEJO, DE 20 DE DICIEMBRE DE 2010,
POR EL QUE SE ESTABLECE UNA COOPERACIÓN
REFORZADA EN EL ÁMBITO DE LA LEY APLICABLE
AL DIVORCIO Y A LA SEPARACIÓN JUDICIAL**

**LEGAL REGIME OF THE INTERNATIONAL
BREAKDOWN OF MARRIAGE AND LAW APPLICABLE:
COUNCIL REGULATION (EU) NO. 1259/2010 OF THE
20 DECEMBER 2010 IMPLEMENTING ENHANCED
COOPERATION IN THE AREA OF LAW APPLICABLE
TO DIVORCE AND LEGAL SEPARATION**

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS
Profesora titular de Derecho Internacional Privado. UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO DE APLICACIÓN: 1. Aplicación temporal. 2. Aplicación material. 3. Aplicación espacial. 4. Aplicación personal. III. SOLUCIONES EN TORNO AL DERECHO APLICABLE: 1. Autonomía de la voluntad. 1.1. Régimen jurídico de la elección de ley: momento, requisitos formales y materiales del convenio. 1.2. Alcance de la autonomía de la voluntad. 2. Ley aplicable al defecto de elección de ley. IV. DESPLAZAMIENTO DE LA LEY EXTRANJERA POR LA LEY DEL FORO Y DIFERENCIAS ENTRE LAS LEGISLACIONES NACIONALES: 1. Aplicación de la ley del foro. 2. Diferencias entre las legislaciones nacionales. V. A MODO DE REFLEXIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El aumento del número de litigios internacionales en materia de separación y de divorcio sirvió de argumento a la Comisión para presentar en el año 2005 un *Libro Verde* sobre la unificación de normas de conflicto en materia de disolución del vínculo matrimonial¹. La larga trayectoria recorrida desde aquel *Libro Verde* hasta la publicación en el *Diario Oficial* del texto definitivo², es una muestra de las importantes dificultades a la hora de llegar a un acuerdo en una materia enraizada en la evolución cultural, social y jurídica de cada país³. Finalmente, ante la complejidad de llegar a un punto de encuentro, varios Estados de la Unión Europea recurrieron al mecanismo de la cooperación reforzada⁴. Ha sido la primera vez que se ha utilizado la cooperación reforzada para la negociación en la Unión Europea y su repercusión en el texto final y en su práctica, como podrá observarse, ha sido y va a ser importante⁵.

Es cierto que los demás problemas que se plantean a la hora de litigar en asuntos de separación y de divorcio ante los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea están resueltos. De un lado la cuestión de la competencia judicial in-

¹ Este trabajo se incorpora en el marco del Proyecto de investigación «*Gobernanza y reforma internacional tras la crisis financiera y económica: el papel de la Unión Europea*», Referencia: DER2010-20414-C02-02 (subprograma JURI).

Libro verde sobre legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio COM (2005), 82, de 14 de marzo de 2005. Aunque las cifras, en función de las fuentes consultadas varían, los datos van del 16% al 19% de los divorcios en la UE en 2005 eran internacionales, es decir se presentaron unos 170.000 casos en los que las partes ostentaban distinta nacionalidad o vivían en un Estado miembro cuya nacionalidad no poseían.

² *Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*. DO de 29-12-2010 Serie L 343 (en adelante R 1259/2010).

³ Todo este recorrido puede seguirse en CALVO CARAVACA, A.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La ley aplicable al divorcio en Europa. El futuro Reglamento Roma III», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, núm. 1, 2009, pp. 1-36. CAMPUZANO DÍAZ, B., «Uniform conflict of law rules on divorce and legal separation via enhanced cooperation», *Latest Developments in EU Private International Law, Intersentia*, 2011, pp. 23-44. VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M^a. M., «El divorcio en Derecho internacional privado comunitario: cuestiones de ley aplicable», *RGDE*, 17 (2008), pp. 1-33.

⁴ En particular fueron España, Bélgica, Bulgaria, Alemania, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumania y Eslovenia.

⁵ Como es sabido, otro de los intentos de negociación por cooperación reforzada ha sido en relación a la creación de una patente única en el ámbito de la Unión Europea, a la que España se ha opuesto. Sobre la cooperación reforzada, y sin ser exhaustivo, puede verse, URREA CORRES, M., *La cooperación reforzada en la Unión Europea: concepto, naturaleza y régimen jurídico*, Colex, Madrid, 2002; «La efectividad del derecho de retirada, el sistema de reforma y las cooperaciones reforzadas: una incógnita que condiciona el proceso de integración de la Unión», *El Tratado de Lisboa: la salida de la crisis constitucional* (coord. J. M. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES), IUSTEL, AEPDIRI, 2008, pp. 690-703, en esp. 699-702. PONS RAFOLS, X., «Las potencialidades de las cooperaciones reforzadas», *El Tratado de Lisboa, op. cit.*, pp. 628-666.

ternacional queda determinada con la aplicación del *Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000* (en adelante R 2201/2003). Por otro lado, si lo que pretende el particular es dar efecto a una sentencia dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante los tribunales de otro Estado miembro, el mismo instrumento jurídico sigue siendo aplicable. En consecuencia, faltaba sólo un instrumento en el que se unificara la determinación de la ley aplicable a las citadas materias y todo ello con el propósito de facilitar la libre circulación de personas. Objetivo cuyo desarrollo se propone en el marco del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (establecido en el artículo 3.2 del Tratado de la Unión Europea –TUE–).

La eficacia y respeto a la libre circulación de personas conlleva garantizar la circulación del estatuto familiar⁶. En el marco del R 1259/2010 hay ejemplos que demuestran la dificultad de dar continuidad al estatuto familiar en un Estado distinto al que se ha constituido, situación que se ha «salvado» a través de acuerdos políticos, trasladando soluciones jurídicas cuya convivencia en un mismo texto no deja de sorprender –es el caso de los artículos 10 y 13–. Tampoco pasa desapercibido que en un instrumento donde se regula la ley aplicable a las crisis matrimoniales no se definan instituciones nucleares –como matrimonio o divorcio– y se excluyan del ámbito de aplicación del texto materias como la nulidad⁷.

A través de este trabajo analizaremos si, finalmente, con el R 1259/2010 se completa la regulación de las crisis matrimoniales en el Derecho de la Unión Europea y en qué medida las soluciones jurídicas a las que se ha llegado son o no satisfactorias. Para ello, fundamentalmente, nos centraremos en el análisis de los ámbitos de aplicación del texto, las soluciones aportadas para la determinación de la ley aplicable y en dos cuestiones particulares, como son la aplicación de la ley del foro conforme a la previsión del artículo 10 y el tratamiento de las diferencias entre las legislaciones nacionales del artículo 13⁸.

⁶ Son muy interesantes las reflexiones de BUCHER, A., «La famille en Droit international privé», *Recueil de Cours*, 2000, vol. 283, pp. 96 ss.

⁷ Aunque en un principio pudiera parecer, como ha sido apuntado por la doctrina que ha estudiado el texto, cómo con esta actuación se pretende no interferir en los Estados, esta supuesta neutralidad es más aparente que real, como demuestran después determinadas soluciones jurídicas adoptadas en el Reglamento; *vid.*, GUZMÁN ZAPATER, M., «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III», *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 521-536.

⁸ Debido a la limitación de espacio y a la visión que se quiere ofrecer en este trabajo hay aspectos del texto que quedan fuera del análisis, como las soluciones a los conflictos territoriales de leyes (artículo 14), conflictos interpersonales de leyes (artículo 15), o a la relación del Reglamento con convenios internacionales existentes (artículo 19).

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. Aplicación temporal

El R 1259/2010, conforme a su artículo 21, es plenamente aplicable desde el 21 de junio de 2012, aunque su entrada en vigor se produjo el 30 de diciembre de 2010. Con objeto de que los Estados miembros participantes trasladaran con tiempo a la Comisión determinada información y de que ésta la pusiera al servicio del ciudadano, las previsiones del artículo 17 entraron en vigor en junio de 2011 (requisitos formales que han de cumplir los acuerdos de elección de ley o incluso la posibilidad de elegir el Derecho aplicable una vez iniciado el proceso)⁹. El R 1259/2010 prevé la aplicación retroactiva de sus normas a los acuerdos de elección de ley anteriores al 21 de junio de 2012, pero únicamente en el supuesto de que la demanda presentada sea posterior a la citada fecha.

2. Aplicación material

El análisis del ámbito *ratione materiae* del R 1259/2010 lleva a formularse dos cuestiones: ¿a qué materias se aplica el texto? y ¿sobre qué aspectos de dichas materias se extienden sus soluciones? Antes de responder hay que tener en cuenta que en el considerando número 10 del texto se establece la necesaria coherencia entre este instrumento y el R 2201/2010. Pues bien, en relación a las materias reguladas por el R 1259/2010, lo cierto que es la coherencia entre ambos instrumentos europeos no se consigue. Mientras que el R 2201/2003 sí incluye en su ámbito de aplicación la determinación de la competencia judicial internacional para la cuestión de la nulidad, el R 1259/2010 la excluye de forma expresa (art. 1.2), dejando su posible incorporación para una futura revisión¹⁰. A mi juicio, la ausencia de normas que determinen la ley aplicable a la nulidad del matrimonio trasluce la discordancia existente entre los diferentes modelos matrimoniales que se reconocen en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros¹¹. Así, su exclusión del ámbito material del Reglamento, lejos de ser neutral, puede ser interpretada, no sin falta de razones, como el triunfo de unas concepciones frente a

⁹ Preferentemente la Comisión empleará el lugar web de la Red Judicial Europea. Si bien es cierto que a día de hoy (octubre de 2012) no hay disponible al respecto información alguna.

¹⁰ Revisión prevista para 2015 conforme a su artículo 20.

¹¹ En definitiva, hay una falta de unidad de los presupuestos legales establecidos para la validez del matrimonio y la nulidad, como se ha dicho, supone «la sanción legal por su inobservancia». GONZÁLEZ CAMPOS, J. D.; ABARCA JUNCO, P., «Artículo 197», *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del libro Primero del Código civil*, Civitas, Madrid, 1994, p. 1335.

otras¹². Por lo tanto, sólo la determinación del Derecho aplicable a la separación judicial y al divorcio conforman el ámbito *ratione materiae* del R 1259/2010.

En relación a la segunda de las cuestiones planteadas, sobre qué aspectos de las materias incluidas se extienden sus soluciones, hay que advertir que únicamente las respuestas del R 1259/2010 alcanzan a la existencia de la disolución o relajación del vínculo y a las causas o los motivos para obtener el divorcio o la separación judicial¹³. En lo que hace a los efectos de la separación y del divorcio no quedan bajo la ley rectora de la crisis que resulte del R 1259/2010. El establecimiento de tales efectos no es tarea fácil y tampoco lo es la determinación del Derecho aplicable¹⁴. Lo cierto es que quedan fuera del ámbito de aplicación del R 1259/2010 y que en muchos supuestos el ordenamiento que resulta aplicable a un determinado efecto será diferente al que regule la crisis matrimonial, así como el instrumento jurídico por el que el mismo se ha determinado.

El R 2201/2003 también limita su aplicación a la determinación de la competencia judicial internacional para la disolución del vínculo matrimonial, dejando sin regular el establecimiento de la competencia judicial internacional de las autoridades en relación a los efectos que puedan producirse en un procedimiento de separación o de divorcio¹⁵, salvo a lo relativo a la responsabilidad parental, materia a la que sí se extiende el ámbito de aplicación del texto.

En resumen, en lo que hace al ámbito de aplicación material, dos observaciones: la limitación en el ámbito material del R 1259/2010 conlleva la necesaria aplicación en un mismo procedimiento de normativa diferente para determinar la ley

¹² Muy crítica se muestra OREJUDO, P., «La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España», *Diario La Ley*, nº 7913, Sección Tribuna, 2012, p. 5. Conforme con esta opción se muestra ARENAS, R.; ORÓ MARTÍNEZ, C., «El Reglamento Roma III: la nueva regulación aplicable a la separación judicial y al divorcio», <http://blogs.uab.cat/adipr/category/divorcio/>

¹³ Para el ámbito de las normas de conflicto internas, también se extiende la *lex divortii* a la legitimación para instar la disolución y a determinados elementos de la prueba, *vid.*, ARENAS, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 316 y ss.

La ley que resulte aplicable del R 1259/2010 sí regulará el estatuto de los cónyuges divorciados, en particular si una posible reconciliación pone fin o no a la separación.

¹⁴ A esto hay que sumar la obligatoriedad en Derecho español, como en otros ordenamientos, que las partes tienen de presentar el convenio regulador, con independencia de que la ley rectora de la crisis lo contemple o no. Las cláusulas de tal convenio tendrán que ajustarse a las previsiones del ordenamiento que resulte aplicable a cada una de las materias a las que se refieran tales cláusulas. Por ejemplo las cláusulas referidas a la liquidación del régimen económico matrimonial tendrán que ajustarse a la ley que regula los efectos del matrimonio; en el caso español la que resulte aplicable del artículo 9.2 del Código Civil.

¹⁵ Es cierto que en la práctica se han producido supuestos en los que el tribunal, de forma intencionada, ha inaplicado las normas de competencia judicial internacional, debido a que éstas no atribuían competencia al juez español para conocer de materias fundamentales en las crisis matrimoniales. Pueden verse ejemplos en ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales*, *op. cit.*, p. 323, nota al pie núm. 651.

aplicable a los distintos aspectos sobre los que se litiga y que, inexorablemente, van a surgir con motivo de una crisis matrimonial. La coherencia que se predica desde un principio entre el R 2201/2003 y su homólogo en ley aplicable, no siempre se ha conseguido. Desde esta constatación surge una duda práctica ¿están preparados nuestros tribunales para afrontar mayores complejidades a la hora de determinar el instrumento jurídico, así como el Derecho aplicable en un proceso de separación judicial o de divorcio?¹⁶

3. Aplicación espacial

En relación al ámbito de aplicación espacial hay que analizar varios aspectos: en primer lugar, la determinación territorial de aplicación del instrumento. En relación a este aspecto tanto la incidencia que tiene la negociación del R 1259/2010 a través del mecanismo de la cooperación reforzada, como la aplicación universal del texto, son las cuestiones a tratar (apartado 3.1).

Como ya indicamos al principio del estudio, la negociación de este texto mediante cooperación reforzada es un elemento que incide en su aplicación¹⁷. En lo que hace al ámbito territorial, es obligatorio diferenciar entre Estados miembros participantes del R 1259/2010, Estado miembros y terceros Estados¹⁸. Por lo tanto, hay que advertir que el instrumento sólo será aplicable ante los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes. El avance en Europa de esta materia a «varias velocidades»¹⁹ ha sido muy criticado. La unificación de las normas de con-

¹⁶ Y ello aunque la doctrina especializada haya quitado importancia a la cuestión de la fragmentación en el Derecho aplicable en las crisis familiares y estime que «lo importante es articular la aplicación de las leyes diferentes que se proyectarían sobre las distintas relaciones que se vean afectadas por la crisis matrimonial», ARENAS, R., «Crisis matrimoniales internacionales: algunas propuestas», *Estudios de Derecho de Familia y Sucesiones*, Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ (ed.), Santiago de Compostela, 2009, pp. 49-64, en especial, pp. 54-59.

¹⁷ Este mecanismo no sólo tiene repercusiones en la aplicación territorial del texto, también hay que observar que un texto negociado por cooperación reforzada no puede incidir en la normativa ya existente. Sobre este aspecto y otros de este instrumento *vid.*, HERRANZ BALLESTEROS, M., «Reflexiones en torno al Reglamento (UE) n° 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial» (J. M. SOBRINO HEREDIA (dir.) y coords. C. GARCÍA SEGURA, C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, G. PALAO MORENO), *El desarrollo del Tratado de Lisboa: un balance de la presidencia española*, Col. Cuadernos de la Escuela Diplomática, n° 17, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 197-206.

¹⁸ El artículo 3 del R 1259/2010 define Estado miembro participante incluyendo tanto a aquellos que desde un principio han participado en el mecanismo de cooperación reforzada (tanto los que la impulsaron como los que después se han sumado antes de la publicación del texto) como a los que podrán sumarse con posterioridad. Conforme al considerando número 6 hasta el momento son Estados miembros participantes Bélgica, Bulgaria, Grecia, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumania, Eslovenia.

¹⁹ DE MIGUEL ASENSIO, P., «Ley aplicable al divorcio y fragmentación del DIPr en la UE», <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.co.uk/2010/04/ley-aplicable-al-divorcio-y.html#more>

flicto que sólo son obligatorias para las autoridades de los Estados miembros participantes no excluye del todo el *forum shopping*; en efecto, depende de dónde se interponga la demanda, ante un tribunal de un Estado miembro participante o ante los tribunales de un Estado miembro no participante, para que el acuerdo en el que las partes eligen el Derecho aplicable a la disolución del vínculo surta o no efectos. Y esto aunque la elección de un tribunal o de otro quede bajo la aplicación de las reglas comunes de competencia judicial internacional es decir del R 2201/2003²⁰.

Teniendo en cuenta lo anterior no está de más recordar que las reglas de reconocimiento del R 2201/2003 se aplicarán a la hora de hacer efectiva la decisión dictada en un Estado miembro participante o no participante del R 1259/210, en otro Estado miembro participante o no participante del mismo instrumento sin que, conforme al artículo 25 del R 2201/2003²¹, tenga incidencia el Derecho que el tribunal de origen aplicó. Tales decisiones se beneficiarán del régimen de reconocimiento del R 2201/2003, pues bien, ahora con el R 1259/2010, pueden producirse las situaciones siguientes:

1) Un acuerdo de elección de ley válido conforme al R 1259/2010 es factible que no tenga operatividad cuando una de las partes presenta la demanda antes que la otra ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no participante, cuyo ordenamiento no permite, para regulación de la ley aplicable al divorcio, la autonomía de la voluntad. Dicha decisión, adoptada en base a una ley distinta de la elegida por las partes, tendrá efectos ante las autoridades de un Estado miembro participante a través del R 2201/2003²², Estado en el que sí sería válido el acuerdo de elección de ley bajo la aplicación del R 1259/2010. 2) Otra situación que puede producirse y cuya explicación la hacemos bajo un caso práctico es la siguiente: unos cónyuges deciden finalizar un acuerdo de elección de ley a favor de una ley restrictiva del divorcio (circunstancia que no creemos sea la más habitual pero,

²⁰ Véase al respecto y sobre estos riesgos DE MIGUEL ASENSIO, P., «Ley aplicable al divorcio y fragmentación del DIPr en la UE», <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.co.uk/2010/04/ley-aplicable-al-divorcio-y.html#more>. La profesora A. BORRÁS lo observa como una nueva manifestación de la fragmentación del Derecho comunitario, «Las perspectivas de la cooperación judicial civil», *La Presidencia española de la Unión Europea en 2010: propuestas para una agenda ambiciosa*, Col. Cuadernos de la Escuela Diplomática, n° 38, Marcial Pons, 2009, pp. 366-379, en esp. p. 368.

²¹ Es útil reproducir el artículo 25 del R 2201/2003: «No podrá negarse el reconocimiento de una resolución de divorcio, de separación judicial o de nulidad matrimonial alegando que el Derecho del Estado miembro requerido no autorizaría el divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial basándose en los mismos hechos». Es decir la perspectiva es la de una *lex fori* más restrictiva del divorcio frente a una *lex causae* (la aplicada en el proceso) más permisiva a la hora de disolver el vínculo.

²² Es interesante destacar cómo en la jurisprudencia francesa se ha denegado la eficacia en Francia de una decisión dictada en EEUU, debido a que el juez de origen descarta la aplicación de un contrato de matrimonio pactado por las partes, en el que sometían la regulación de sus intereses a la ley francesa. En su lugar, para resolver, el tribunal aplicó el ordenamiento de Nueva York. El juez francés emplea como argumentos la protección de principios como la previsibilidad o la seguridad jurídica presente en la libertad de los acuerdos matrimoniales, Tribunal de Grande Instance de Paris, 26 de noviembre de 2008, *Rev. crit. DIP*, 98 (2) abril-jun, 2009, pp. 311-320. Nota de B. Ancel.

desde luego, es posible), por ejemplo las partes optan por el Derecho irlandés conforme al cual, para acceder al divorcio, es necesario que la convivencia haya cesado en los últimos cuatro años antes de la presentación de la demanda. Instado el proceso ante los tribunales españoles en aplicación del R 1259/2010, el acuerdo de elección de ley es válido y, por tanto, aplicable el Derecho irlandés. Conforme a las pruebas presentadas queda acreditado que las partes no cumplen los requisitos para disolver el vínculo y, por tanto, la decisión del tribunal español es la no disolución del matrimonio (en definitiva sería una resolución negativa de divorcio)²³. Si se pretende hacer eficaz la decisión española en otros Estados miembros (participantes o no), el R 2201/2003 no resulta aplicable, dado que sólo es posible reconocer a través del mismo las decisiones positivas y no aquellas en las que se deniega la disolución del vínculo²⁴. Esto último supone extender o no la aplicación de las reglas de reconocimiento del R 2201/2003 en función de que la sentencia sea positiva o negativa o, lo que es lo mismo, que la libre circulación de decisiones se asegure o no en una misma materia en función del sentido de la decisión²⁵.

A través de estos dos ejemplos se muestra cómo la elección del tribunal es decisiva, no eliminando el R 1259/2010 la posibilidad de que el *forum shopping* continúe siendo factible.

En relación a la segunda cuestión del ámbito de aplicación territorial del Reglamento, su artículo 4 se refiere al carácter universal del texto, lo que permite la aplicación de cualquier ordenamiento jurídico, aunque sea la ley de un Estado miembro no participante o la de un tercer Estado. La búsqueda del ordenamiento jurídico más próximo es el objetivo que justifica la posible aplicación de cualquiera de los ordenamientos de los Estados apuntados²⁶. Una vez establecido el ordenamiento jurídico que puede resultar aplicable, es interesante referirnos al requerimiento que

²³ En la jurisprudencia española encontramos decisiones en las que los tribunales, ante un supuesto similar, actúan de distinta forma. A modo de ejemplo traemos a colación el caso de una pareja de nacionales búlgaros a quienes para su divorcio les resultaba aplicable el artículo 107 del Código Civil y, por lo tanto, al tratarse de un divorcio contencioso, la ley nacional común. El ordenamiento búlgaro reconoce la institución del divorcio, pero las exigencias para el divorcio contencioso son mucho más severas en el Código de Familia búlgaro que en el ordenamiento español. La Audiencia de Navarra ratifica el divorcio en aplicación de la ley española, aplicando, según el órgano juzgador, un criterio funcional basado en el perjuicio que supondría la aplicación de la ley búlgara al procedimiento contencioso de divorcio. Sentencia de la AP de Navarra núm. 63/2009, (Sección 2), de 21 de abril. Esta forma de proceder, que no nos parece correcta en términos de la aplicación de la norma de conflicto española, no será posible ahora con las previsiones del R 1259/2010.

²⁴ Como es sabido en el marco del R 2201/2003 se permite instar el no reconocimiento de decisiones de divorcio, pero no el reconocimiento de decisiones negativas de divorcio, ABARCA JUNCO, P., *Derecho internacional privado. Derecho civil internacional*. AAVV (dir. P. ABARCA JUNCO). Vol. II, UNED, 2008, p. 166.

²⁵ Esta exclusión fue muy polémica y respondió a las demandas de aquellos Estados cuyos ordenamientos conocen un verdadero derecho al divorcio, *vid.*, ANCEL, B.; MUIR-WATT, H., «La désunion européenne: le Règlement dit "Bruxelles II"», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 90(3) 2001, pp. 404-458, pp. 434-436.

²⁶ Considerando número 14.

desde el propio instrumento se hace a las autoridades competentes a la hora de participar en el conocimiento del Derecho extranjero. En el considerando número 14 se alude expresamente a la ayuda que pueden recibir los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para el conocimiento del Derecho extranjero, a través de la información que puede proporcionarles la Red Judicial Europea²⁷ para los casos en los que dicho ordenamiento sea el de un Estado miembro participante o no. La referencia expresa a este mecanismo es importante en un tema trascendente y de dificultad en la práctica, como es el del Derecho extranjero en el proceso. La Red Judicial Europea es una herramienta de ayuda a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes, cuyo funcionamiento sólo será posible cuando resulte aplicable la ley de un Estado miembro; ahora bien, ello no quiere decir que el tratamiento del Derecho cuando estamos ante la aplicación en el proceso del ordenamiento de un tercer Estado sea diferente. En todos los supuestos la aplicación del Derecho extranjero se ha de realizar de forma imperativa, sin que ello deba debilitarse ni por el sistema que se siga en el Derecho internacional privado del foro ni porque no exista una herramienta de ayuda como la Red Judicial Europea.

4. Aplicación personal

La aplicación del R 1259/2010 a las *situaciones que impliquen un conflicto de leyes* es una expresión ya empleada en otros instrumentos europeos en los que se regula la ley aplicable. Son dos las cuestiones alrededor de las cuales quedará fijado el carácter internacional de la relación: el momento en el que dicha internacionalidad tiene que producirse y la vinculación con el territorio de la Unión.

En lo que hace a la primera de las cuestiones, la aplicación de las normas del R 1259/2010, no sólo se extiende a situaciones en las que la internacionalidad se presenta en el momento de decidir sobre el divorcio, sino también a supuestos que pueden calificarse como internos en el momento de la disolución del vínculo, pero internacionales en momentos anteriores. Así, la relación puede tener carácter internacional en el momento en el que las partes eligen la ley aplicable a una situación futura, como la ruptura del vínculo, aunque cuando ésta se produce la relación sea puramente interna²⁸. En efecto, la determinación del Derecho aplicable a través del

²⁷ Establecida por medio de Decisión 2001/470/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001.

²⁸ Situación, por ejemplo, de dos españoles con residencia habitual en Gran Bretaña, en un acuerdo de elección de ley determinan que la posible disolución de su matrimonio se regule por la ley británica. Años más tarde se trasladan de nuevo a España y, tras cinco años de residencia en Madrid, presentan demanda de divorcio ante los tribunales españoles. El supuesto es interno cuando presentan la demanda, pero en el momento en que eligieron la ley aplicable, era internacional. El convenio de elección de ley se sometería a las normas del Reglamento. Esta misma opinión mantiene FRANZINA, P., «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) n. 1259/2010 of 20 December 2010», *CDT* (octubre 2011), vol. 3, nº 2, pp. 85-129, en espec., p. 103.

En otros textos con gran bagaje doctrinal y práctico, como el R. 44/2001, donde se permiten los acuerdos de elección de foro, la tesis mayoritaria sitúa el momento en el que se tiene que apreciar el

criterio de la residencia habitual de las partes en el momento de elección de ley y no cuando se presenta la demanda, puede provocar situaciones como la que acabamos de describir. Esta circunstancia puede desembocar en que la autoridad para la atribución de la competencia califique el supuesto como interno y aplique las normas de competencia territorial, dado que se trata de un supuesto que en el momento de presentación de la demanda no es internacional (por tanto, no aplica ni el R 2001/2003 ni, en su caso, las normas de la LOPJ). Pero para la determinación del Derecho aplicable, ante la presentación por las partes de un acuerdo de elección de ley celebrado conforme a la ley de su residencia habitual en el momento en el que éste se otorgó, la autoridad califique el mismo supuesto de internacional y, por lo tanto, tendrá que aplicar el R 1259/2010. Supuesto distinto es la internacionalización del caso por la sola elección de ley, esta situación entendemos que no estaría comprendida en el ámbito de aplicación del R 1259/2010.

Otro de los aspectos a despejar para la determinación del ámbito de aplicación de las normas del Reglamento es su aplicación personal. La aplicación del texto se producirá con independencia de la nacionalidad o de la residencia habitual de las partes en un Estado miembro participante, no participante o tercer Estado.

A efectos prácticos, conforme a lo analizado, el R 1259/2010 se va a aplicar a la determinación del Derecho aplicable (con independencia de que resulte aplicable el ordenamiento jurídico de un Estado miembro participante o no participante o de un tercer Estado) cuando la demanda se interponga ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro participante y con independencia de que la competencia judicial internacional para conocer del asunto se hubiera asumido por las normas de fuente institucional, convencional o internas.

III. SOLUCIONES EN TORNO AL DERECHO APLICABLE

En el Capítulo II del texto y bajo el título «Normas uniformes sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial» se recogen las soluciones adoptadas por los Estados miembros participantes para determinar el Derecho aplicable. La autonomía de la voluntad aparece como la primera de las soluciones (artículo 5), construyendo, como segunda opción, una norma de conflicto clásica (artículo 8).

1. Autonomía de la voluntad

A diferencia del R 2201/2003, en el que entre sus foros no se encuentra incluida la autonomía de la voluntad como criterio de competencia, en el marco del R.

domicilio de una de las partes en un Estado miembro, para determinar si el texto es o no aplicable a la cláusula de jurisdicción, en el momento de finalización del acuerdo y no en el momento de la litis. Vid. RODRÍGUEZ BENOT, A., *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*, Eurolex, 1994, pp. 126-131.

1259/2010, se elige como criterio de conexión principal, si bien limitada a la elección de uno de los ordenamientos jurídicos que el artículo 5 establece. Esta limitación reside en el principio de proximidad²⁹, excluyendo la posibilidad de optar por un ordenamiento jurídico completamente alejado de las partes.

Los ordenamientos a los que las partes pueden someterse son: la ley del Estado en el que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de celebración del convenio; la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento de celebración del convenio; la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento de celebrar el convenio; la ley del foro. Con el propósito de evitar el conflicto móvil se concreta en la norma el momento a tener en cuenta a la hora de elegir el ordenamiento, es decir, el de *celebración del convenio*. Excepto en el supuesto de que los cónyuges elijan como ley aplicable el ordenamiento del foro, en cuyo caso el momento temporal fijado será el de la presentación de la demanda.

El criterio del momento de celebración del convenio de elección de ley es independiente de las autoridades ante las que, a la postre, se presente una demanda de separación judicial o de divorcio. Sin embargo, en el supuesto contemplado en último lugar, elección de la ley del foro, sí inciden las normas de competencia judicial internacional. Esta vinculación puede llevar, en algún supuesto, a desvirtuar la consecución del principio de proximidad sobre el que se ha justificado la limitación de la autonomía de la voluntad³⁰. Serían casos en los que efectivamente el criterio de competencia judicial internacional no se ajustara al principio de proximidad razonable, principio sobre el que se basan la mayor parte de los foros de competencia, pero que no se exige en los asuntos donde se permite que opere la autonomía de la voluntad³¹.

Aunque somos conscientes de que se trata de un ejemplo poco habitual en la práctica, ello no quiere decir que no pueda darse. Dos nacionales de un tercer país y con domicilio en otro tercer Estado presentan una demanda de divorcio ante los tribunales españoles. Los foros de competencia del R 2201/2003 no confieren competencia judicial internacional a las autoridades españolas ni a ningún otro tribunal europeo. Ante esto las autoridades españolas emplean las normas de competencia judicial internacional españolas contenidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, aceptando la competencia para conocer del asunto en aplicación del foro de sumisión (no se trata de un criterio excluido, aunque sí es controvertida su operativi-

²⁹ Véase el Considerando núm. 14.

³⁰ Sin embargo en el propio R 1259/2010, en el Considerando número 16, pareciera como si se hubiese sido consciente de que las partes puede que no tengan una vinculación especial con la ley del foro. El texto establece: «Es importante que los cónyuges puedan elegir como ley aplicable a su divorcio o a su separación judicial la de un país con el que tengan una vinculación especial, o la ley del foro».

³¹ VIRGÓS SORIANO, M.; GARCIAMARTÍN, F., *Derecho procesal civil internacional*, 2ª edición Civitas, Madrid, p. 55.

dad³²). Como se ha visto anteriormente, la aplicación del R 1259/2010 no depende de la norma de competencia judicial internacional por la que la autoridad asume la competencia, sino de la presentación de la demanda ante una autoridad de un Estado miembro participante. La autoridad española, por tanto, en este caso, aplicará el mencionado instrumento para determinar el Derecho aplicable al asunto. Si las partes deciden entonces, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, acogerse al Derecho español, podrán hacerlo sin que este ordenamiento presente la proximidad que justifica la limitación de la autonomía de la voluntad.

Con esto último, y aunque se trate de un caso sin duda poco común, se pretende poner el énfasis en la importancia de los preceptos siguientes del R 1259/2010, porque son los que en realidad van a confirmar que el sometimiento de las partes a un ordenamiento jurídico se ha producido con el pleno conocimiento de las consecuencias que ello conlleva. Sin duda la proximidad del ordenamiento elegido por las partes puede facilitar el acceso de las mismas a su conocimiento, pero sólo queda asegurado el efectivo cumplimiento de la elección informada de ambos cónyuges, tal y como obliga el R 1259/2010, con el correcto cumplimiento de los requisitos que se requieren para que el acuerdo de elección sea válido.

1.1. Régimen jurídico de la elección de ley: momento, requisitos formales y materiales del convenio

En relación al momento temporal, las partes tienen libertad para celebrar el acuerdo de elección de ley en cualquier momento. Lo pueden modificar cuantas veces deseen hasta el momento en el que se interpone la demanda. Un aspecto interesante que incorpora el R 1259/2010, aunque desde el respeto a las tradiciones jurídicas internas de los Estados, es la posibilidad de que el acuerdo de elección de ley se produzca ante el órgano jurisdiccional ya en el curso del procedimiento, eso sí, siempre que la ley del foro lo permita³³.

En el caso español, o en otros ordenamientos, no se prevé o se establece un cauce para la designación del Derecho aplicable³⁴. Si bien ya hay interpretaciones doctrinales a favor de que la estipulación, y entendemos que también la posible

³² ESPLUGUES MOTA, C., *El divorcio internacional (jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 56 y ss. ARENAS, R., *Crisis matrimoniales internacionales*, *op. cit.*, pp. 39 y ss.

³³ Hay que observar que esta posibilidad no sólo deroga la posible elección de ley hecha por las partes conforme al artículo 5, sino también el derecho que resultara aplicable de conformidad con el artículo 8 del Reglamento. HAMMJE, P., «Le nouveuse règlement (UE) n° 1259/2010...», *op. cit.*, p. 324.

³⁴ Igualmente sucede, por ejemplo, en el ordenamiento italiano. Puede verse la polémica desatada en FRANZINA, P., «É ammissibile in Italia, ia sensi del regolamento “Roma III” sulla separazione e il divorzio, una soleta di legge sucesiva all’instaurazione del procedimento», 23 de junio de 2012, publicación electrónica en Aldricus.

modificación, de un pacto de ley pueda producirse durante el proceso, en supuestos en que, como el español, se permite el tránsito de un procedimiento contencioso a un procedimiento de mutuo acuerdo³⁵. Las partes podrán solicitar el sometimiento a una las leyes del artículo 5 del R 1259/2010 en el propio escrito en el que se solicita el cambio de sustanciación procesal (artículo 770.5 y 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Al margen de los supuestos de tránsito de un proceso contencioso a un proceso de mutuo acuerdo, el artículo 774 de la LEC dispone que en la vista del juicio, si no se hubiera hecho antes, los cónyuges podrán someter al juez los acuerdos a los que hubieran llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio y proponer la prueba que consideren conveniente para justificar su procedencia.

No puede olvidarse que el convenio de elección de ley, en coherencia con el ámbito material del R 1259/2010, establecerá el ordenamiento al que las partes se someten y que será aplicable para regular la existencia o no la de la institución, las posibles causas o motivos, como también, por supuesto, como en el caso español, la ausencia de las mismas, por las que puede solicitarse el divorcio o la separación judicial; por tanto, las consecuencias de la separación o del divorcio no quedan contenidas en la aplicación del referido convenio de elección de ley. Otra cosa es que dicho convenio de elección de ley pueda, por ejemplo, insertarse en el convenio regulador de las consecuencias de la separación y del divorcio que las partes pueden proponer al juez, conforme al artículo 90 del Código Civil (en consonancia con los artículos 81 y 86 del Código Civil) y en el momento procesal que indica el artículo 774.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En lo que hace a los requisitos formales, se trata de regular el vehículo de expresión del acuerdo en el que se plasma la elección de ley. En el marco del R 1259/2010 es requisito ineludible que el acuerdo se plasme por escrito, a lo que hay que sumar la fecha y la firma de ambos cónyuges³⁶.

Junto a estos últimos requisitos obligatorios es posible además que sea necesario que el convenio de elección de ley tenga que cumplir otras exigencias adicionales que dependerán de la residencia de uno o de ambos cónyuges en un Estado miembro participante en la fecha de celebración del convenio. Las diferentes situaciones son: a) las partes tienen su residencia habitual en el mismo Estado miembro participante y si en el ordenamiento de este Estado se establecen requisitos especia-

³⁵ Vid., ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El pacto de elección de *lex separationis* y *lex divorcii* en el Reglamento 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010», *Diario La Ley*, nº 7613, Sección Doctrina, 18 de abril de 2011.

³⁶ A diferencia de otros instrumentos en los que no es imprescindible para su validez que el acuerdo sea escrito y, por lo tanto, la elección de ley puede deducirse de otros elementos. Por ejemplo el caso del *Reglamento (CE) nº 593/2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales* la elección de ley puede deducirse de otros elementos; ahora bien, aunque la elección sea implícita, ha de ser segura, *vid.*, GUZMÁN ZAPATER, M., «El Reglamento CE nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: régimen general, contratos de consumo y contrato individual de trabajo», *Aranzadi Civil*, nº 12/2009.

les tales condiciones serán de aplicación; b) las partes tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros participantes y las legislaciones de dichos Estados disponen requisitos formales diferentes, pues bien el convenio de elección de ley será válido si se hace conforme a la legislación de uno de ellos; c) una de las partes tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante y su legislación establece requisitos formales adicionales, dichas condiciones tienen que cumplirse.

Lo anterior supone que si se trata de hacer valer en un Estado miembro participante un convenio de elección de foro donde ninguna de las partes ha tenido su residencia habitual en el momento de otorgarlo (la han podido tener en otro Estado miembro participante u otro Estado miembro o en un tercer Estado) dicho acuerdo únicamente habrá de cumplir los requisitos formales obligatorios del apartado 1 del artículo 7 (por escrito, fechado y firmado por ambas partes) aunque la legislación del Estado miembro participante establezca otros requisitos formales adicionales al convenio de elección de ley. De igual forma, si la legislación de un Estado miembro o de un tercer Estado establece exigencias adicionales para la celebración de un acuerdo de elección de ley, dichas condiciones no serán relevantes a efectos de determinar luego la validez de estos acuerdos ante la autoridad de un Estado miembro participante conforme al R 1259/2010.

Por el momento no se exige que el convenio de elección de ley se materialice en un documento público, si bien ello no quiere decir que en un futuro sí sea obligatorio.

La conformación del convenio de elección de ley requiere también el cumplimiento de unos requisitos materiales que se recogen en el artículo 6. Este precepto coloca la existencia y la validez del convenio bajo la ley a la que las partes se someten³⁷. Por lo tanto, se requiere realizar una ficción de validez del convenio para que, determinada la ley aplicable, sea ésta la que establezca la validez o no del convenio o cláusula. Esta ley podrá ser descartada por la ley de la residencia habitual, en el momento de presentar la demanda, de quien alega no haber dado su consentimiento. Esta última salvaguarda está en conexión con la importancia del consentimiento informado en el marco del R 1259/2010 y conlleva la posible aplicación de un ordenamiento que contenga requisitos más severos en lo que hace a su otorgamiento. Hay que advertir que la impugnación del acuerdo de elección de ley puede realizarse por el cónyuge demandando o por el demandante, quien al presentar la demanda de separación judicial o de divorcio pretende negar la validez de tal acuerdo. En definitiva se trata de establecer las garantías necesarias para que los pactos de elección de ley realizados sin el pleno consentimiento de ambas partes no tengan eficacia.

Otra cuestión es si dicho consentimiento se impugna por una cuestión de capacidad de una de las partes. Para este asunto la ley aplicable no viene establecida en

³⁷ Artículo inspirado en el artículo 10 del *Reglamento CE nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales* (en adelante R 593/2008).

el R 1259/2010 –el artículo 1.2 letra a) lo excluye– sino por la ley nacional de cada una de las partes.

1.2. Alcance de la autonomía de la voluntad

A diferencia de lo que ocurre en otros textos en los que también se encuentra plasmada la autonomía de la voluntad en la elección de ley (me refiero por ejemplo al R 593/2008), las partes en el R 1259/2010 sólo podrán someterse a un único ordenamiento jurídico. Como se ha afirmado, la posibilidad de que las partes puedan someter la relación objeto de controversia a más de un ordenamiento jurídico ha sido calificado como un exponente *del amplio margen de la autonomía conflictual de los particulares*³⁸; por lo tanto, en la medida que ello no sea posible, podría caracterizarse como una limitación a dicha autonomía. Esta opción nos parece lógica dado el ámbito material al que se aplica el instrumento, es decir, sólo a la disolución del vínculo³⁹. Otra cuestión sí prevista en el R 1259/2010 (artículo 9) es que las partes hayan elegido una ley que se aplique a la separación judicial y otra al divorcio. Y si no lo hubieran hecho así, el ordenamiento que se eligió para la separación judicial será igualmente aplicado al divorcio en caso de conversión.

Además de lo apuntado (limitación en el número de ordenamientos a elegir) podrían existir otros límites que configuran el alcance de la autonomía de la voluntad en el marco del R 1259/2010, por ejemplo la limitación que la *lex fori* (ley del tribunal que conoce del asunto) puede imponer a la elección de ley. Así se pueden encontrar supuestos en los que la *policy* del foro se impone a la ley designada en el convenio de elección de ley. En el marco del R 1259/2010 hay un supuesto evidente en el artículo 13, precepto que habilita las autoridades de un Estado miembro participante a no pronunciar una sentencia de divorcio cuando su ordenamiento no lo contemple y ello a pesar de que las partes hubieran elegido para regular su divorcio un ordenamiento que sí lo incluye. En consecuencia el Derecho elegido queda descartado, imponiéndose la aplicación, como han advertido algunos autores, de una norma material imperativa del foro⁴⁰ y limitando, claro está, el alcance de la autonomía de la voluntad⁴¹.

³⁸ Así, por ejemplo, lo califica la profesora M. GUZMÁN en *Derecho internacional privado. Derecho civil internacional*. AAVV (dir. P. ABARCA JUNCO). Vol. II, UNED, 2010, p. 386.

³⁹ En este sentido HAMMJE, P., «Le nouveau règlement (UE) n° 1259/210...», *op. cit.*, p. 315.

⁴⁰ GUZMÁN ZAPATER, M., «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III», *op. cit.*, p. 525, quien ha calificado esta norma o de norma procesal material o en lo que a nosotros nos interesa la ubica dentro de las *lois de police* cumpliendo una función similar, según la autora, a la que cumple el artículo 9 del R 593/2008.

⁴¹ Sobre la operatividad de esta norma véase el epígrafe IV. Apartado 2.

2. Ley aplicable al defecto de elección de ley

Como todos los instrumentos que contienen como solución la autonomía de la voluntad, el R 1259/2010 prevé qué ordenamiento aplicar en defecto de dicha elección o cuando el convenio no sea válido al no cumplir las condiciones de validez formales o materiales. El artículo 8 del R 1259/2010 recoge una norma de conflicto tradicional⁴². Su funcionamiento es de carácter jerárquico y fija como referencia temporal para la determinación de la ley aplicable en todos los supuestos el momento de interposición de la demanda. La conexión principal, a falta de elección de ley por las partes, será la ley del Estado de la residencia habitual (se entiende que común) de los cónyuges. En su defecto, se aplicará la ley de la última residencia habitual, siempre que se cumplan de forma cumulativa dos requisitos: que desde que se interpone la demanda y hasta el momento en el que finalizó el periodo de residencia no haya transcurrido más de un año y que uno de ellos siga residiendo allí. Si no se cumpliera alguno de los requisitos, o simplemente nunca hubo residencia habitual común, se aplicará la ley de la nacionalidad de ambos cónyuges. En su defecto, y como conexión de cierre, resultará aplicable la ley de los órganos jurisdiccionales ante los que se interpone la demanda.

Como en el caso de la elección de ley pactada, el criterio de la residencia habitual juega un papel destacado en el marco del R 1259/2010, como también lo tiene, si se examinan los foros de competencia judicial internacional, en el R 2201/2003. Esta idea ha llevado a sostener como la aplicación combinada de ambos textos promoverá la unión de *forum-ius*, prevaleciendo la aplicación de la ley de la residencia habitual común⁴³. Vamos a comprobar si lo anterior es o no correcto en relación al ordenamiento que resulta aplicable conforme al artículo 8 del R 1259/2010, combinándolo con los posibles criterios de competencia en aplicación bien del R 2201/2003 o bien con las normas de fuente interna (dado que las normas del R 1259/2010 seguirán siendo de aplicación con independencia del instrumento conforme al que el tribunal de un Estado miembro participante haya adquirido competencia).

A) La primera conexión recogida en el artículo 8 del R 1259/2010 conduce a la aplicación de la **ley de la residencia habitual común de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda**.

A1) Si se ha utilizado el R 2201/2003, y para que resulte aplicable la ley de la residencia habitual común de los cónyuges en el momento de interposición de la demanda, el Estado miembro participante ante el que se presenta la demanda tiene que ser: bien el tribunal de la residencia habitual común de las partes o bien el tribunal de la nacionalidad común de las partes (ambos foros de competencia están

⁴² *In extenso*, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 de diciembre de 2010», CDT (marzo 2012), Vol. 4, n. 1 pp. 52-85.

⁴³ FRANZINA P., «The law applicable to divorce...», *op. cit.*, p. 93.

recogidos en el artículo 3 del R 2201/2003). En el primero de los casos hay unión *forum ius* y en el segundo no. En los demás foros de competencia abiertos en el artículo 3.1 del R 2201/2003, aunque se utiliza el criterio de la residencia para la atribución de la competencia, su concreción se hace en función de la residencia de una de las partes, con lo cual se entiende que no hay residencia habitual común, por lo tanto, conforme al R 1259/2010, dicho ordenamiento no es aplicable y hay que pasar a la siguiente conexión.

A2) Si en el Estado miembro participante no se ha aplicado el R 2201/2003 y, por ejemplo, es en el territorio español donde se plantea la demanda, las autoridades españolas aplicarán la LOPJ⁴⁴. Conforme a este texto es posible que la competencia se asuma mediante el criterio de la sumisión a nuestros tribunales; en consecuencia siendo estos competentes sólo se producirá la unión *forum-ius* cuando los criterios anteriores (en primer lugar la ley de la residencia habitual común de las partes en el momento de interposición de la demanda, etc.) no se produzcan y sea aplicable el último criterio de conexión previsto en el artículo 8 del R 1259/2010.

B) La segunda de las conexiones prevista en el artículo 8 determina la aplicación de la **ley de la última residencia habitual común de las partes** cuando no haya transcurrido más de un año entre la interposición de la demanda y el momento en el que finalizó dicha residencia habitual común y que uno de los cónyuges todavía siga residiendo allí. Durante el plazo de un año el legislador entiende que no existe un ordenamiento más vinculado con las partes que el de su última residencia habitual común⁴⁵.

B1) Si se ha determinado la competencia conforme al R 2201/2003, dicho ordenamiento sería aplicable sólo si el Estado miembro participante en el que se ha planteado la demanda es el Estado de la residencia habitual común de los cónyuges, siempre que una de las partes resida allí, o si se trata del Estado de la nacionalidad común de los cónyuges. En el primero de los casos el foro de atribución de la competencia no está condicionado al hecho de que se presente la demanda en el periodo de un año desde que cesó la convivencia, por lo tanto puede ser que esta autoridad sea competente conforme al R 2201/2003, pero no pueda aplicar su ordenamiento conforme al R 1259/2010. Y en el segundo, foro de la nacionalidad común, tampoco hay unión *forum-ius*.

B2) Podemos extender a este supuesto lo ya dicho para el anterior (caso A2), si los foros del R 2201/2003 no confieren competencia a ningún tribunal comunitario y se aplica el foro de la sumisión en base a la LOPJ española. El tribunal español será competente y aplicará la ley de la última residencia habitual común siempre que se produzca el requisito temporal de un año y que una de las partes siga tenien-

⁴⁴ Al respecto hay que recordar que si presentada la demanda ante un tribunal comunitario frente a un no domiciliado ni nacional comunitario, y si ningún otro tribunal comunitario es competente, entonces podrán aplicarse las normas de fuente interna para fundamentar la competencia (véase el artículo 7 competencia residual).

⁴⁵ HAMMJE, P., «Le nouveau Règlement (UE) n. 1259/2010...», *op. cit.*, pp. 291-338.

do en dicho Estado su residencia habitual pero, desde luego, no hay unión *forum-ius*.

C) La tercera de las conexiones del artículo 8 es la **ley de la nacionalidad común de las partes en el momento de interposición de la demanda**.

La ley de la nacionalidad común es un punto de conexión que entra a funcionar cuando no hay residencia habitual común o ha transcurrido más de un año entre la interposición de la demanda y el momento en el que finalizó dicha residencia habitual común, o aún estando dentro de ese periodo de tiempo, ninguna de las partes sigue residiendo en dicho Estado. Como podrá comprobarse, puesto en relación con las normas de competencia judicial internacional, y siempre, claro está, salvo acuerdo de elección de ley, será el ordenamiento que vendrá a aplicarse en un número mayor de ocasiones cuando se presente la demanda ante los tribunales de un Estado miembro participante y ello aunque aparezca en el artículo 8 del R 1259/2010 como la tercera opción.

C1) Si se determina la competencia vía R 2201/2003, el ordenamiento de la nacionalidad común de las partes sería aplicable si se ha presentando la demanda ante un Estado miembro participante y este es el Estado de la residencia habitual común cuando uno de los cónyuges todavía reside allí⁴⁶; o el Estado de la residencia habitual del demandado⁴⁷; o en el caso de demanda conjunta el Estado de la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges⁴⁸; o el Estado de la residencia habitual del demandante con los requisitos temporales que establece el texto en función de que sea o no nacional de dicho Estado⁴⁹; o el Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges.

C2) Igualmente podemos extender a este supuesto lo dicho en el caso anterior: si los foros del R 2201/2003 no confieren competencia y se aplica el foro de la sumisión en base a la LOPJ española y, por supuesto, ninguno de los ordenamientos jurídicos establecidos en el artículo 8 del R 1259/2010 resultan de aplicación.

D) Por último, el artículo 8 contiene una conexión de cierre mediante la que resultará aplicable **el ordenamiento jurídico ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda**.

D1) Si en el Estado miembro participante se ha aplicado el R 2201/2003, el ordenamiento jurídico del foro determinaría el Derecho aplicable, sólo si no puede

⁴⁶ Obviamente el periodo de un año desde que finalizó la residencia habitual común en dicho Estado y el momento de interposición de la demanda tiene que haber transcurrido.

⁴⁷ En este caso, o bien ninguna de las partes sigue residiendo en el Estado de la residencia habitual común o el periodo de un año desde que finalizó la residencia habitual común en dicho Estado y el momento de interposición de la demanda, ha transcurrido.

⁴⁸ En este supuesto, como en el anterior, para que resulte aplicable la ley nacional común, no se tienen que dar los requisitos temporales y de que uno de los cónyuges siga residiendo en el Estado de la residencia habitual común.

⁴⁹ En este caso, o bien ninguna de las partes sigue residiendo en el Estado de la residencia habitual común o el periodo de un año desde que finalizó la residencia habitual común en dicho Estado y el momento de interposición de la demanda, ha transcurrido.

presentarse la demanda ante las autoridades de la residencia habitual común de las partes y tampoco ante el Estado de la nacionalidad común, simplemente porque no se dan dichos foros de competencia. En consecuencia, el Estado miembro participante ante el que se presenta la demanda tendría que ser bien el Estado de la residencia habitual del demandado o, en caso de demanda conjunta, las autoridades jurisdiccionales de la residencia habitual de cualquiera de las partes o, por último, si se presenta ante el tribunal de la residencia habitual del demandante, cumpliendo los requisitos temporales que el R 2201/2003 establece en función de que sea nacional o no de dicho Estado.

D2) Igualmente, podemos extender a este supuesto lo dicho en el caso anterior, si los foros del R 2201/2003 no confieren competencia y se aplica el foro de la sumisión en base a la LOPJ española y, por supuesto, ninguno de los ordenamientos jurídicos establecidos en el artículo 8 del R 1259/2010 resultan de aplicación.

Del análisis realizado en función del los foros de competencia judicial internacional incorporados en el R 2201/2003, y aunque estos estén contruidos en base al criterio de la residencia habitual, puede comprobarse cómo, si bien en el R 1259/2010 la primera de las conexiones conduce a la aplicación de la ley de la residencia habitual común de las partes, este ordenamiento va ser aplicado en un número menor de ocasiones frente a la ley de la nacionalidad común o a la ley del foro, cuya aplicación será mayor y tampoco la combinación de los criterios de competencia del R 2201/2003 con las conexiones del R 1259/2010 asegura la coincidencia *forum-ius* dando entrada al Derecho extranjero en el proceso.

IV. DESPLAZAMIENTO DE LA LEY EXTRANJERA POR LA LEY DEL FORO Y DIFERENCIAS ENTRE LAS LEGISLACIONES NACIONALES

Los artículos 10 y 13 son una muestra de la tensión provocada por las diferencias entre los derechos materiales de los Estados. Ambos son el resultado de los acuerdos o consensos políticos que han desembocado en soluciones jurídicas cuya convivencia en un mismo instrumento resulta sorprendente.

1. Aplicación de la ley del foro

El artículo 10 contempla dos supuestos en los que se produce el desplazamiento del Derecho llamado a aplicarse, ya sea por mandato o del artículo 5 o del artículo 8⁵⁰.

⁵⁰ Se trata de un precepto propuesto por la Delegación española en la negociación de la propuesta del R 1259/2010. Sobre la misma *in extenso*, HERRANZ BALLESTEROS, M., «Reflexiones en torno al R 1259/2010...», *op. cit.*, p. 202.

A través de su aplicación se extiende el Derecho del foro, *aunque no se acredite que en el caso concreto la ley extranjera produce un perjuicio para la estructura jurídica de la sociedad del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto*⁵¹; es decir es suficiente con comprobar el tenor de las normas extranjeras para descartar su aplicación⁵².

Este precepto supone que finalmente es el ordenamiento del foro el que regulará la disolución del vínculo cuando: a) la ley llamada a aplicarse no contemple el divorcio o; b) cuando no conceda a uno de los cónyuges por motivos de sexo igualdad de acceso a separación judicial o al divorcio.

En cuanto al primero de los supuestos –desconocimiento del divorcio– no se trata de que la *lex causae* contenga motivos o causas que hagan más difícil la disolución del vínculo, sino que se trata de que en la *lex causae* no exista la propia institución. Por lo tanto, aunque la aplicación de la *lex causae* sea más estricta que la *lex fori*, en orden a la obtención del divorcio la aplicación de la primera no podrá descartarse por la aplicación del artículo 10. Tampoco activará la cláusula cuando sea la separación judicial la institución que no esté contenida en la ley extranjera, simplemente lo que sucederá es que no podrá obtenerse mediante esta vía la relajación del vínculo matrimonial en cuestión⁵³. En definitiva en el marco del R 259/2010 y aunque su ámbito material contiene la separación judicial puede decirse que el instrumento no tutela un derecho a dicha separación.

⁵¹ Esto quiere decir que si se insta la disolución del matrimonio ante el tribunal español de una pareja de musulmanes y el Derecho que resulta aplicable al repudio judicial no resulta discriminatorio –imaginemos que además es la mujer quien insta ser repudiada por el marido para conseguir después que la sentencia sea reconocida en el Estado de origen–, la acción del artículo 5, y dado que según se argumenta es bastante con comprobar el tenor de las normas extranjeras, podrá desplazar a la ley extranjera por la ley del foro, circunstancia que a la postre conlleva el no reconocimiento de la decisión dictada, pretensión querida por la mujer desde un principio. Véase el ejemplo propuesto por G. PALAO, «La separación y el divorcio de extranjeros en España: entre su integración y el respeto de su identidad cultural», A.C., 2001, núm., 15, pp. 529-576, en esp. p. 567.

⁵² CALVO CARAVACA, A. L.; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La ley aplicable al divorcio...», *op. cit.*, pp. 66-67.

⁵³ En este supuesto el Derecho extranjero no sería desplazado simplemente no se puede declarar la separación. Por ejemplo entre la jurisprudencia española podemos encontrar la Sentencia de la AP de Barcelona (Sección 12), de 6 de abril de 2000 que determina la inaplicación del Derecho español, en particular en lo que la hace a la institución de la separación legal, a una pareja de nacionales marroquíes cuyo Derecho nacional desconoce dicha institución pero no por ello a la disolución del vínculo se deja de aplicar la ley nacional común de las partes de conformidad con el artículo 107 del Código Civil. Pueden encontrarse sentencias italianas que sostienen esta postura en: ABARCA JUNCO, P., «La regulación de la sociedad multicultural», *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, 2000, pp. 163-179, en esp. p. 171. Igualmente pueden verse distintas referencias jurisprudenciales en CALVO CARAVACA, A., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Crisis matrimoniales», *Derecho internacional privado*, vol. II, 9ª edición, p. 186. Como se ha establecido en la doctrina esto no es más que una diferencia entre los ordenamientos ESPLUGUES, C., *El divorcio internacional (Jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 138-144. JUÁREZ PÉREZ, P., «Hacia un Derecho internacional privado intercultural», *Globalización y Derecho*, Colex, 2003, pp. 331-349, en esp. p. 343.

Un supuesto distinto del anterior, localización de la ley aplicable en ordenamientos alejados que desconozcan el divorcio, se plantearía si resultase aplicable un ordenamiento jurídico en el que se contemple la institución del divorcio pero sin embargo no lo contiene para determinados supuestos, por ejemplo el caso de matrimonios entre personas del mismo sexo (en este caso simplemente porque dicho matrimonio no existe para el ordenamiento en cuestión). Veamos un ejemplo:

Un nacional español y un nacional italiano contraen matrimonio en España⁵⁴. Posteriormente se trasladan a vivir a Italia. Años más tarde el español vuelve a España y tras seis meses de residencia interpone demanda de divorcio en España. El Tribunal español conforme al artículo 3 del R 2201/2003 acepta la competencia y, ante la inexistencia de un acuerdo de elección de ley, aplica para determinar el Derecho por el que se disuelve el vínculo el artículo 8 del R 1259/2010, cuya primera conexión determina la aplicación de la ley de la última residencia habitual común de las partes cuando no haya transcurrido más de un año entre la interposición de la demanda y el momento en el que finalizó dicha residencia habitual y una de las partes todavía reside allí. En consecuencia, resultaría aplicable la ley italiana que, como es sabido, considera la unión matrimonial sólo la conformada por parejas heterosexuales y, por tanto, sólo para éstas establece el divorcio ¿podría el tribunal español recurrir a la previsión del artículo 10 y, por lo tanto, sustituir la ley italiana por la aplicación de la ley española para disolver el vínculo? Nos parece que la previsión del artículo 10 sí sería de aplicación para estos supuestos. Lo contrario llevaría a una autoridad cuyo ordenamiento sí conoce y regula por ejemplo el matrimonio entre parejas del mismo sexo a no poder disolverlo lo cual no sería coherente con el sistema.

Respecto al segundo de los casos –no conceda a uno de los cónyuges por motivos de sexo igualdad de acceso a separación judicial o al divorcio– se trata, como ocurre en la cláusula general de orden público, de descartar la aplicación de la ley extranjera en la medida que conculca los principios fundamentales del foro, en este caso discriminación por razón de sexo. Entiendo que la proyección de este precepto puede ser doble: a) supuesto en el que el acceso al divorcio o a la separación judicial se restrinja por motivos de sexo –simplemente una de las partes no pueda solicitarlo–; b) también en el supuesto en que las causas mediante las que se puedan obtener presenten alguna discriminación eso sí por motivos de sexo.

⁵⁴ *Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de Derecho a contraer matrimonio. Así como la Resolución Circular de 29 de julio de 2005, de la DGRN sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo.* En dicha Resolución de forma textual se recoge: «Todo ello conduce a la obligada conclusión de que el matrimonio celebrado entre español y extranjero o entre extranjeros residentes en España del mismo sexo será válido, por aplicación de la ley material española, aunque la legislación nacional del extranjero no permita o no reconozca la validez de tales matrimonios, y ello tanto si la celebración ha tenido lugar en España como en el extranjero, sin perjuicio en este último caso del obligado cumplimiento de los requisitos de forma y competencia a que se refiere el siguiente apartado».

En ningún caso el artículo 10 me parece una norma superflua. Entiendo adecuado su incorporación y mantenimiento sólo en la primera parte –que el divorcio sea inexistente en el derecho extranjero–, pero mantengo la duda sobre su adecuación para los supuestos que regula a continuación –supuestos discriminatorios por razón de sexo–. Esta conclusión se debe a que alguno de sus resultados puede ser contrario a los logros obtenidos con la intervención de los órganos judiciales a través de la flexibilidad que permite la cláusula general de orden público⁵⁵. La correcta aplicación por los órganos jurisdiccionales de esta cláusula debería de garantizar resultados acordes con lo previsto en la CDFUE en particular con su artículo 21 que prohíbe cualquier tipo de discriminación.

2. Diferencias entre las legislaciones nacionales

El artículo 13 permite –que no obliga– a las autoridades nacionales de un Estado miembro participante separarse de la aplicación del R 1259/2010 y no pronunciar una sentencia de divorcio cuando: a) su legislación no contemple el divorcio o b) no consideren válido el matrimonio en cuestión. Son dos los supuestos diferentes que se proyectan en situaciones distintas y que trasluce un orden público negativo del divorcio. En este caso nos encontramos con una *lex causae*, a la que por ejemplo vía autonomía de la voluntad se someten las partes, permisiva de la disolución del vínculo frente a una *lex fori* restrictiva o prohibitiva del mismo.

Desde un principio siempre se ha afirmado que el primero de los supuestos del artículo 13 estaba pensado para Malta⁵⁶. Al final se trataba de sumar un Estado más a la negociación de la cooperación reforzada aún teniendo con ello que incorporar una cláusula que permitiera la proyección de una *policy* del foro a la regulación de los supuestos internacionales de divorcio⁵⁷.

El segundo de los supuestos del artículo 13 es diferente. A través de su aplicación se trata de no forzar a los órganos jurisdiccionales a disolver una relación jurídica para cuyo ordenamiento, conforme al considerando número 26, «(...) entre otras cosas, no existe según la ley de tal Estado miembro». La no existencia de tal relación en la ley de la autoridad del Estado miembro participante puede ser: porque su ordenamiento no contemple tales uniones⁵⁸ (estamos pensando sin duda en los matrimonios entre personas del mismo sexo⁵⁹) o relaciones que constituidas al amparo de un ordenamiento extranjero adolecen de una causa de nulidad.

⁵⁵ Véanse los ejemplos propuestos en la nota al pie número 50.

⁵⁶ Ley aprobada el 25 de julio de 2011 por la que se modifica el Código Civil y se incorpora el Capítulo 16 Sección IV «Del divorcio» Puede consultarse en <http://parlament.mt/divorcereferendum>

⁵⁷ GUZMÁN, M., «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales...», *op. cit.* p. 526.

⁵⁸ La profesora M. GUZMÁN siguiendo al profesor J. M. ESPINAR VICENTE habla de matrimonios que *carecen de apariencia*, «Divorcio, matrimonio...», *op. cit.* p. 528.

⁵⁹ Uniones reconocidas como matrimonios sólo en España, Bélgica y Holanda. Los ordenamientos de los demás Estados de la Unión no reconocen tales uniones como matrimonios.

Conforme al R 1259/2010 y según su considerando número 10 «(...) las cuestiones relativas a la validez del matrimonio se resuelven conforme a las normas sobre conflicto de leyes aplicables en cada Estado miembro participante»; sin embargo y según hemos traído a colación anteriormente en el considerando número 26 la referencia del Reglamento al hecho de que la ley del Estado miembro participante a cuyos órganos jurisdiccionales se recurre no considere válido el matrimonio, a efectos de un proceso de divorcio, debe de interpretarse «(...) en el sentido de que ese matrimonio no sea válido según la ley de tal Estado miembro». Así, y aunque en principio la solución del Reglamento pareciera decantarse por una solución conflictual posteriormente, con la referencia directa al término «ley», se da entrada a la aplicación de la ley material del foro para analizar la validez del mismo.

La diferencia es notable. Conforme al primero de los supuestos un matrimonio entre un nacional belga y un nacional holandés celebrado en Bélgica que insta su disolución por ejemplo ante un Tribunal francés (lugar de residencia habitual común de los cónyuges) si resulta aplicable la ley material francesa dicha unión no sería válida y por tanto no se podría disolver. Sin embargo si a ese mismo asunto con el objeto de determinar la validez del matrimonio se le aplica las normas de Derecho internacional privado del foro (en este caso las francesas) dicho matrimonio podría considerarse válido para las necesidades del DIPr en este caso, y conforme Roma III, a los efectos de disolverlo⁶⁰.

Las posturas doctrinales apuntan a la posible construcción de soluciones en torno a la interpretación del artículo 13 que permitan obtener resultados adecuados en los supuestos que pueden darse en el tráfico internacional⁶¹. De forma que se trataría no aplicar directamente a los requisitos de validez del matrimonio la *lex fori* sino dar entrada a las normas de Derecho internacional privado del foro que permitirían la posibilidad de reconocer el matrimonio con el único objeto de permitir ordenar su disolución⁶². Apuntada la respuesta desde el derecho dispositivo y las interpretaciones doctrinales al respecto sólo la aplicación por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros participantes irán marcando los derroteros que toma la práctica de este precepto.

⁶⁰ FONGRARO, E., «Le mariage homosexuel à l'épreuve du droit international privé. A propos de la réponse ministérielle du 26 juillet 2005», *JDI*, núm. 2, 2006, p. 486.

⁶¹ Se descarta por tanto la opción de implementar la regla del sistema jurídico del Estado de procedencia del matrimonio que se asemeja a la regla de origen propia del reconocimiento mutuo. Puede verse un desarrollo muy interesante en REQUEJO, M., «Dipr. de la familia y libre circulación de trabajadores: reflexiones suscitadas por el matrimonio homosexual», *La unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*, XIX Jornadas de la Asociación Española de Profesora de Derecho Internacional, 2001, pp. 243-247.

⁶² A favor de esta interpretación, OREJUDO P., «La nueva regulación de la ley aplicable...», *op. cit.*, nota al pie núm. 33. Entendiendo que se ha de producir la aplicación de la *lex fori* para los requisitos de validez del matrimonio, DEVERS A. y FARGE, M., «Le nouveau droit international privé du divorce. A propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce», *Droit de la famille*, núm. 6, junio 2012, p. 3.

V. A MODO DE REFLEXIÓN

La unificación de las normas de conflicto en el R 1259/2010 supone un paso muy importante en la regulación para los supuestos internacionales en materia de separación judicial y de divorcio. Es en el considerando número 9 del R 1259/2010 donde desde un principio se reflejan los propósitos del texto: «El presente Reglamento debe: crear un marco jurídico claro y completo (...) garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad, e impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes de otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada (...)».

¿Ha respondido el texto a los objetivos señalados? Ciertamente no. Se ha dicho que las soluciones previstas en el R 1259/2010 han sido timoratas, poco ambiciosas, o que la consecución de los objetivos perseguidos se ha quedado a medio camino. Ahora bien, ¿era posible haber llegado más lejos en las soluciones? En el momento actual del proceso de integración y en la materia objeto de tratamiento esto último es difícil. Esta afirmación abre el interrogante no sólo sobre la necesidad del texto sino también en relación a si la cooperación reforzada, como instrumento de negociación, era el mecanismo adecuado para que el R 1259/2010 saliera adelante⁶³.

RESUMEN: Este estudio tiene como finalidad analizar el régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales. En particular, y dada la novedad, el análisis se basa principalmente en la respuesta dada en el *Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*.

PALABRAS CLAVE: Libre circulación de personas. Espacio de libertad, seguridad y justicia. Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio.

ABSTRACT: This study examines the legal regime of the international breakdown of marriage. In particular the law applicable to divorce and legal separation under the *Council Regulation (EU) No. 1259/2010 of the 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of law applicable to divorce and legal separation*.

KEY WORDS: Free movement of persons. Area of freedom, security and justice. Law applicable to divorce and legal separation.

⁶³ Al respecto véanse las reflexiones de DESANTES REAL, M., «*In varietati concordia: el ayer y el hoy de la integración diferenciada como instrumento para la construcción europea. Divertimento en homenaje a mi maestro*», *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 80 -100.

LAS SUCESIONES INTERNACIONALES Y SU RÉGIMEN JURÍDICO

INTERNATIONAL SUCCESSIONS AND THEIR LEGAL STATUS

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES

Catedrática de Derecho internacional privado. Universidad de Extremadura.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I. EL REGLAMENTO SOBRE SUCESIONES: ASPECTOS GENERALES: 1. Antecedentes. 2. Ámbito de aplicación. II. LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN: 1. La Ley aplicable a la sucesión en el Derecho internacional privado español. 2. La Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias. 3. Ley aplicable a la sucesión. Las soluciones del Reglamento. 3.1. La ley aplicable a la sucesión: residencia habitual del causante y principio de la vinculación más estrecha. 3.2. La elección de la ley aplicable a la sucesión. 3.3. El reenvío. 3.4. Ámbito de la *lex successio-nis*. 3.4.1. Reglas aplicables a cualquier tipo de sucesión. 3.4.2. Reglas especiales para las disposiciones *mortis causa*. 3.5. Validez formal de las disposiciones *mortis causa*. 3.6. La reserva del orden público. III. COMPETENCIA INTERNACIONAL: 1. Competencia de los Tribunales. 2. Competencia de los notarios. 3. Las soluciones del Reglamento.

INTRODUCCIÓN

La regulación jurídica de las sucesiones *mortis causa* es muy diferente de país a país. Esta diferencia de regulación se aprecia tanto en el plano del Derecho sustantivo, como en el plano del Derecho internacional privado. En el plano del Derecho material, las diferencias están ancladas en razones sociales, económicas y culturales de profunda raigambre¹. Por ello, las sucesiones internacionales son *una de*

¹ Vid. DE WAAL, M. J.: «Comparative Succession Law», en REIMANN, M.; ZIMMERMANN, R., *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2008, pp. 1071 y ss.; «The Social and Economic

las cuestiones más arduas del Derecho internacional privado. Así lo subraya J. CARRASCOSA², quien nos recuerda que en la regulación de las sucesiones confluyen elementos del Derecho de la persona y de la familia y del Derecho de los bienes, con toda su carga ideológica que suscita y explica la vigencia de modelos no sólo diferentes sino inconciliables. De ahí que las sucesiones sean el espigón desde el que observar la marea de las cuestiones clásicas del conflicto de leyes: calificación, reenvío, orden público internacional, fraude de Ley internacional, remisión a sistemas plurilegislativos *ad extra* y *ad intra*, prueba del Derecho extranjero, conflicto internacional transitorio, adaptación, cuestión previa, etc.

Los numerosos y complejos problemas jurídicos que plantean las sucesiones en casos internacionales³, las diferencias entre los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros⁴, así como su incidencia e importancia para la construcción del Espacio Europeo de Justicia⁵, justifican el interés y la necesidad de contar con una reglamentación europea. El pasado 27 de julio, el *DOUE* publicó el Reglamento (UE) 650/2012, que establece una disciplina uniforme sobre la competencia judicial, la Ley aplicable y el reconocimiento de decisiones en materia sucesoria y que regula el «certificado sucesorio europeo», que será automáticamente reconocido en toda la UE. Esta normativa jurídica de la UE, sustituirá a las disposiciones que en nuestro Derecho rigen para estas materias.

Todas y cada una de las soluciones que se adoptan en este Reglamento suscitan numerosas cuestiones dignas de reflexión. De entre ellas, hemos elegido analizar los problemas que plantea la determinación de la ley aplicable y de la competencia judicial para resolver las cuestiones sucesorias. En este trabajo nos vamos a ocupar de analizar en paralelo la vigente regulación en España y los cambios que introduce el Reglamento. Cambios sustanciales que, especialmente en el ámbito de la determinación aplicable, son ya elementos esenciales a la hora de planificar la sucesión. En efecto, el juego de la disposiciones transitorias conlleva la inaplicación del art. 9.8 CC.

Foundations of the Law of Succession», *StellenboschL. Rev.* 8 (1997), pp. 162 y ss. Cfr. REID, K. G. C.; DE WAAL, M. J.; ZIMMERMANN, R. (eds.): *Exploring the Law of Succession: Studies National, Historical and Comparative*, Edimburgo, 2007; ANDERSON, M.; ARROYO I.; AMAYUELAS, E. (eds.): *The Law of Succession: Testamentary Freedom – European Perspectives*, Groningen, 2011.

² Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado sucesorio español*, en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ; J. J. MARTÍNEZ NAVARRO: *Prontuario de Derecho sucesorio internacional*, Granada 2012, pp. 2 y s.

³ Cfr. BONOMI, A.: «Successions internationales: conflits de lois et de juridictions», *R des C*, 350 (2010), pp. 71-418.

⁴ Vid. DÖRNER, H.; LAGARDE, P. (coords.), *Étude de Droit comparé sur les règles de conflits de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l'Union Européenne (Rapport final: synthèse et conclusions)*, Deutsches Notarinstitut, Würzburg, 2002; FRANTZEN, T., «Europäisches internationales Erbrecht», en: MANSEL, H. P. et al. (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, T. 1, Munich, 2004, pp. 187-196.

⁵ Por todos, vid. IGLESIAS BUHIGUES, J. L., «Desarrollo del Espacio Europeo de Justicia: hacia el nuevo Derecho internacional privado de sucesiones en la UE», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gastéiz*, 2008, pp. 337-364.

I. EL REGLAMENTO SOBRE SUCESIONES: ASPECTOS GENERALES

1. Antecedentes

La armonización del Derecho de sucesiones fue contemplada entre las prioridades Plan de Acción de Viena de 1998⁶; el Programa de La Haya impulsó a la Comisión a presentar un instrumento que englobara todas las cuestiones relacionadas con la ley aplicable, la competencia judicial, el reconocimiento de decisiones y las medidas administrativas, tales como los certificados de herencia, o el registro de testamentos⁷. La Comisión encomendó al *Deutsches Notarinstitut* la realización de un estudio sobre el Derecho internacional de sucesiones en la UE y las perspectivas de su armonización, que fue entregado en noviembre de 2002⁸. A resultas del cual el *Libro Verde «Sucesiones y testamentos»*⁹, planteó una serie de propues-

⁶ *Plan de acción del Consejo y de la Comisión, de 3 de diciembre de 1998, sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia*, DOCE C 19 de 23-1-1999.

⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, *Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia*, COM (2005) 184 final, DOCE C 236 de 24-9-2005.

⁸ <http://www.successions.org>. Cfr. *Le Droit des successions en Europe (actes du Colloque de Lausanne du 21 février 2003)*, Zurich, 2003; LAGARDE, P., «Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions», en *Pacis Artes (Libro Homenaje al Profesor Julio D. González Campos)*, vol. II, Madrid, 2005, pp. 1686-1708.

⁹ COM(2005) 65, <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l16017.htm>. Vid. BENDITO CAÑIZARES, M. T., «Quelques réflexions à propos du Livre vert sur les successions et testaments et ses réponses», *L'Observateur de Bruxelles*, nº 67 (enero 2007), pp. 23-25; BORRÁS, A., «La expansión comunitaria: penetración en el ámbito del Derecho de familia y de sucesiones», en: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.), *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones (dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, 2009, pp. 65-90; FONT SEGURA, A., «Valoración de las respuestas al Libro verde sobre sucesiones y testamentos relativas a la competencia judicial», en R. VIÑAS y G. GARRIGA (cords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Barcelona, 2009, pp. 59-81. HARRIS, J., «The Proposed EU Regulation on Succession and Wills», *Trust Law International* 2008, pp. 181-235; MIQUEL SALA, R. «El libro verde sobre sucesiones y testamentos: primeros pasos hacia el Reglamento de “Bruselas IV”», *AEDIP*, vol. 7 (2007), pp. 695-718; DE LAMBERTYE-AUTRAND, M. C. «Quel Droit européen en Droit patrimonial de la famille?: Le livre vert sur les successions et les testaments», *Informations Sociales*, no 129 (enero de 2006), pp. 84-90; LEHMANN, D., *Die Reform des internationalen Erb- und Erbprozessrechts im Rahmen der geplanten Brüssel-IV Verordnung*, Heidelberg, 2006, «Internationale Reaktionen auf das Grünbuch zum Erb- und Testamentsrecht», *IPRax*, 2006, pp. 204-206 y «Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission der Europäischen Gemeinschaften zum Erb- und Testamentsrecht», *ZErB*, 2005, pp. 320-327. STUMPF, C., «EG-Rechtssetzungskompetenzen im Erbrecht», *EuR*, 2007, pp. 291-316 y, «Europäisierung des Erbrechts: Das Grünbuch zum Erb- und Testamentsrecht», *EuZW*, 2006, pp. 587-592; TERNER, P., «Perspectives of a European Law of Succession», *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 14 (2007) 147-178; VOLTZ, M., «Internationales Erbrecht in der EU - Perspektiven einer Harmonisierung. Symposium des Deutschen Notarinstituts in Brüssel», *IPRax*, 2005, pp. 64-66.

tas sometidas a discusión pública¹⁰. La entidad y riqueza de las contribuciones que respondieron a la audiencia pública abierta por la Comisión, confirmaron y respaldaron la necesidad de un instrumento europeo. La iniciativa para adoptar este instrumento recibió el apoyo del Parlamento Europeo¹¹ y del Comité Económico y Social Europeo¹². Finalmente, el 14 de octubre de 2009 se presentó la *Propuesta de Reglamento*¹³. El Programa de Estocolmo¹⁴, contempló entre sus acciones prioritarias culminar los trabajos para la adopción del Reglamento en materia de sucesio-

¹⁰ http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/successions/news_contributions_successions_en.htm. Seguidamente, 1 de marzo de 2006, la Comisión constituyó un grupo de expertos denominado «PRM III/IV», DO C 51 de 1-3-2006, p. 3, que se reunió en siete ocasiones entre 2006 y 2008 y la Comisión organizó una reunión de expertos nacionales el 30 de junio de 2008.

¹¹ Resolución de 16-11-2006, P6_TA(2006)0496.

¹² Dictamen de 26-10-2005, DOCE C 28 de 3-2-2006, p. 1.

¹³ COM(2009) 154 final – 2009/0157 (COD) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0154:FIN:ES:PDF#page=2>. Cfr. Resolución de la Comisión Mixta para la Unión Europea, de 9 de diciembre de 2009, sobre el cumplimiento del principio de subsidiariedad por la Propuesta de Reglamento sobre la jurisdicción, legislación aplicable y reconocimiento de decisiones y medidas administrativas en materia de sucesiones y donaciones, *BOCG, Congreso, Serie A, 22-12-2009*, núm. 242. *Inter allia, vid.* BALDUS, C., «¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, n° 49 (2009), pp. 419-438; CALÒ, E., «El proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las sucesiones: lo que no se ha dicho. Reflexiones desde el derecho italiano», *InDret* 3/2010, Julio 2010; BUSCHBAUM, M.; KOHLER, M., «Vereinheitlichung der Erbkollisionsrechts in Europa: Eine kritische Würdigung des Kommissionsvorschlags zur Erbrechtsverordnung. Erster Teil», *GPR*, 2010, núm. 3, pp. 106-113; DÖRNER, H. «Der Entwurf einer europäischen Verordnung zum Internationalen Erb- und Erbrechtsverfahrensrecht – Überblick und ausgewählte Probleme», *ZEV*, 2010, pp. 221-228; M. FUGARDO; ESTIVILL, J. M., *En torno a la Propuesta de Reglamento Sobre Sucesiones y el Certificado Sucesorio Europeo*, Barcelona, 2010; DUTTA, A. «Succession and Wills in the Conflict of Laws on the Eve of Europeanisation», *RabelsZ* 73 (2009) 547-606; GUZMÁN, M., «Sobre el futuro de las sucesiones internacionales en la Unión Europea», *El Notario del Siglo XXI*, mayo-junio 2010, pp. 187-189; HARRIS, J., «The proposed EU Regulation on Successions and Wills: Prospects and Challenges», *TLI*, 2008, pp. 181-235; HAUSMANN, R., «Community Instrument on International Successions and Wills», en: BARUFFI, M. C.; CAFARI PANICO, R., *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, Verona, 2009, pp. 149-169; JAYME, E., «Der Verordnungsvorschlag für ein Europäisches Erbkollisionsrecht (2009) auf dem Prüfstand – Tagung in Wien» *IPRax* 3/2011 (Mai 2011), pp. 312; KNOT, «Europees internationaal erfrecht op komst: het voorstel voor een Europese Erfrechtverordening nader belicht», *NILR*, 2010, n° 1, pp. 3-13; MARINO, S., «La proposta di regolamento sulla cooperazione giudiziaria in materia di successioni», *Rivista di Diritto Internazionale*, 2010, n° 1, pp. 463-470; Max Planck Institute For Comparative And International Private Law, *Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and authentic instruments in matters of succession and the creation of a European Certificate of Succession* (marzo de 2010), <http://www.mpipriv.de/>; NOURISSAT, C., «Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne», *Défrénois*, núm. 4, 2010, pp. 394-418; REVILLARD, M., «Premier commentaire de la proposition de règlement communautaire», *Défrénois*, 2010, núm. 2, pp. 176-188; WAGNER, R., «Der Kommissionsvorschlag vom 14. 10. 2009 zum internationalen Erbrecht: Stand und Perspektiven des Gesetzgebungsverfahrens», *DNotZ*, 2010, n° 7, pp. 506-519.

¹⁴ DOCE C 115, de 4-5-2010.

nes. El Parlamento Europeo en sesión de 13 de marzo de 2012, aprobó en primera lectura su posición sobre la Propuesta de la Comisión y el Reglamento fue finalmente adoptado en el Consejo JAI de 7 de junio de 2012 y publicado en el *DOUE* de 27 de julio.

2. Ámbito de aplicación

El nuevo Reglamento se aplicará en todos los Estados miembros excepto en Dinamarca. De momento, tampoco será aplicable en el Reino Unido ni en Irlanda, puesto que estos países todavía no han manifestado su voluntad de participar o no en él.

El Reglamento tendrá una *vacatio legis* de 36 meses desde su entrada en vigor, a los veinte días de su publicación en el *DOUE*. En su art. 83.1 se establece que será aplicable a la sucesión de las personas que fallezcan a partir del 17 de agosto de 2015¹⁵. No obstante, como veremos más adelante, se establecen reglas transitorias especiales para las disposiciones sucesorias en aras a asegurar su validez material y formal, adelantando la aplicación de las normas relativas a la ley aplicable al momento en que se hiciera la disposición. Es decir, a partir de la entrada en vigor del Reglamento a los veinte días de su publicación, el 16 de agosto de 2012.

La base jurídica del Reglamento 650/2012 es el art. 81.2 TFUE¹⁶ y ha sido tramitado de conformidad con el procedimiento legislativo ordinario. De su complejidad rinde cuenta su extensión, el Reglamento consta de 84 artículos estructurados en siete Capítulos.

El Capítulo I está dedicado a delimitar el ámbito de aplicación sustantivo, para lo cual se acompaña de algunas definiciones ancilares que completarán las reglas establecidas en los diferentes ámbitos. En el art. 1, tras proclamar que el Reglamento se aplicará a las sucesiones por causa de muerte, se enumeran las exclusiones expresas que comprenden las siguientes materias:

- Las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas.
- El estado civil de las personas físicas, así como las relaciones familiares y las relaciones que, con arreglo a la ley aplicable a las mismas, tengan efectos comparables.

¹⁵ En el art. 84 se determina que el Reglamento será aplicable a partir del 17 de agosto de 2015, excepto por lo que respecta a los artículos 77 y 78, que serán aplicables a partir del 16 de enero de 2014, y a los artículos 79, 80 y 81, que serán aplicables a partir del 5 de julio de 2012.

¹⁶ *Vid.* AGUILAR GRIEDER, H., «La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa», *CDT*, 2010, pp. 308-338, <http://kusan.uc3m.es/CIAN/index.php/CDT/issue/view/239>, WAGNER, R., «Die politischen Leitlinien zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen im Stockholmer Programm», *IPRax*, 2010, pp. 97-100.

– La capacidad jurídica de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23, apartado 2, letra c), respecto de la capacidad para suceder y en el artículo 26 respecto a la validez material de las disposiciones *mortis causa*;

– Las cuestiones relativas a la desaparición, la ausencia o la presunción de muerte de una persona física;

– Las cuestiones relativas a los regímenes económicos matrimoniales, así como a los regímenes patrimoniales resultantes de las relaciones que la ley aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables al matrimonio;

– Las obligaciones de alimentos distintas de las que tengan su causa en la muerte;

– La validez formal de las disposiciones *mortis causa* hechas oralmente;

– Los bienes, derechos y acciones creados o transmitidos por título distinto de la sucesión, por ejemplo mediante liberalidades, propiedad conjunta de varias personas con reversión a favor del supérstite, planes de pensiones, contratos de seguros y transacciones de naturaleza análoga, sin perjuicio de lo dispuesto respecto de la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios, conforme al art. 23.2.i);

– Las cuestiones que se rijan por la normativa aplicable a las sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, como las cláusulas contenidas en las escrituras fundacionales y en los estatutos de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas, que especifican la suerte de las participaciones sociales a la muerte de sus miembros;

– La disolución, extinción y fusión de sociedades, asociaciones y otras personas jurídicas;

– La creación, administración y disolución de trusts;

– La naturaleza de los derechos reales, y cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo.

Respecto de las exclusiones, entendemos necesarias algunas precisiones. En particular, la exclusión de *la capacidad jurídica de las personas físicas*, pone de manifiesto que pese a la falta de competencia para la regulación de las cuestiones relativas al estatuto personal las remisiones a los artículos 23.2.c) y 26 conlleva la sujeción a la ley sucesoria de la capacidad para heredar y de la capacidad para testar.

La exclusión de *la desaparición, la ausencia y el presunto fallecimiento de una persona física* (ex art. 1.3.c) debe completarse con previsión de una solución material para la conmorienca, para la que se prevé en el artículo 32, por el que se establece que: *en caso de que dos o más personas cuyas sucesiones se rijan por leyes diferentes fallecieran en circunstancias que no permitan determinar el orden en que se produjeron los fallecimientos y dichas leyes regularan esa situación me-*

diante disposiciones incompatibles o no la regularan en absoluto, ninguna de las personas fallecidas tendrá derecho alguno a la sucesión de la otra o de las otras. Regulación que llama la atención, en primer lugar, porque se establece una solución material, aunque limitada al supuesto de personas cuyas sucesiones se rijan por leyes diferentes. Por otra parte, se trata de una cuestión vinculada a la extinción de la personalidad y, por tanto, al estatuto personal.

La exclusión del art. 1.3.d) implica que la liquidación del régimen económico matrimonial quedará sometida a su ley rectora. Sin embargo, los *derechos hereditarios del cónyuge viudo* estarán incluidos en la ley sucesoria, aunque dicha ley vincule los mismos al régimen matrimonial. No así las denominadas *mortis causa capiones* que estarán sujetas a la ley que rige los efectos del matrimonio.

Sin poder detenernos en esta cuestión, sólo constatamos que el juego conjunto de las exclusiones previstas en el artículo 1.3.g) y h) y en el artículo 1.3.f) consagran lo que en la doctrina se conoce como la doble vía: a las sucesiones de mayor importancia se aplica el Derecho mercantil, a las modestas el Derecho civil¹⁷. Dicho sea sin dejar de compartir las exclusiones señaladas que, no obstante, a la vista de lo dispuesto en el artículo 23.j), que incluye en el ámbito de la *lex successionis* la obligación de reintegrar o computar donaciones o liberalidades, producirán no pocos litigios.

En el art. 2 se contiene una reserva de carácter ordinamental, al señalarse que el Reglamento no afecta a la competencia de las autoridades de los Estados miembros en materia de sucesiones.

De singular importancia tanto para delimitar el ámbito de aplicación material del Reglamento como para poner en práctica las normas que establece son las definiciones que se contienen en su art. 3 en el que se enuncian las nociones de sucesión, pacto sucesorio, testamento mancomunado, disposición *mortis causa*, Estado miembro de origen, Estado miembro de ejecución, resolución, transacción judicial, documento público, tribunal.

El Capítulo II regula la competencia judicial, dedicando los arts. 4 a 19 a establecer los foros y las normas de aplicación del sistema establecido, tanto en orden a la relación de los diferentes foros, como al control de oficio de la competencia, las situaciones de litispendencia y conexidad, así como las garantías de emplazamiento del demandado.

A la determinación de la Ley aplicable se dedica el Capítulo III, cuyos arts. 20 a 35 contienen junto a las normas de conflicto las normas de aplicación de las mismas en aras a precisar el ámbito de la ley aplicable, la validez material de las disposiciones *mortis causa*, la validez formal de una declaración relativa a una aceptación o una renuncia, las normas especiales relativas al nombramiento y las facultades de los administradores de la herencia en ciertas situaciones, las disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de

¹⁷ E. CALÒ, «El proyecto de Reglamento de la Unión Europea sobre la ley aplicable a las sucesiones: lo que no se ha dicho. Reflexiones desde el derecho italiano», *InDret* 3/2010, julio 2010.

determinados bienes, la adaptación de los derechos reales, la conmorienca, la sucesión vacante, el reenvío, la reserva del orden público, la remisión a ordenamientos plurilegislativos y la inaplicación del Reglamento a los conflictos internos de leyes.

El reconocimiento, la fuerza ejecutiva y la ejecución de resoluciones se regula en el Capítulo IV, que dedica los arts. 39 a 58 al reconocimiento, los motivos de denegación del reconocimiento, la prohibición de revisión en cuanto al fondo, la suspensión de los trámites de reconocimiento, la fuerza ejecutiva, la determinación del domicilio, la competencia territorial, el procedimiento, la declaración de fuerza ejecutiva, la notificación de la resolución sobre la solicitud de declaración de fuerza ejecutiva, el recurso contra la resolución sobre la solicitud de declaración de fuerza ejecutiva, el procedimiento para recurrir las resoluciones dictadas sobre el recurso, la desestimación o revocación de la declaración de fuerza ejecutiva, la suspensión del procedimiento, las medidas provisionales y cautelares, la ejecución parcial, la asistencia jurídica gratuita y la prohibición de caución o depósito así como la exención de impuestos, derechos y tasas.

El Capítulo V se consagra a los documentos públicos y las transacciones judiciales, que han sido definidos en el art. 3.1.h) y g) respectivamente. A tal fin, contemplan los arts. 59 a 61 la aceptación de documentos públicos, la fuerza ejecutiva de los documentos públicos y la de las transacciones judiciales.

El Certificado Sucesorio europeo se regula en el Capítulo VI, comprensivo de los arts. 62 a 73 en los que se establece la creación de un certificado sucesorio europeo, su finalidad, la competencia para expedirlo, la forma en que ha de solicitarse, el examen de la solicitud, la expedición del certificado, su contenido, sus efectos, el régimen para las copias auténticas del certificado, así como la rectificación, modificación o anulación del certificado, la vías de recurso y la suspensión del certificado.

El Capítulo VII, arts. 74 a 84 comprende las disposiciones generales y finales destinadas a regular, entre otras, la legalización y demás formalidades similares, las relaciones del Reglamento con convenios internacionales vigentes y con el Reglamento 1346/2000, la información facilitada al público, las disposiciones transitorias y la entrada en vigor.

No se aborda en el Reglamento la regulación europea del registro de actos de última voluntad¹⁸, desplazada a una consideración posterior y singularizada, aunque en los inicios de los trabajos armonizadores se contempló como una de las cuestiones más relevante y de mayor trascendencia práctica.

El Reglamento establece una regulación que abarca un amplísimo conjunto de problemas que surgen en las sucesiones internacionales y procura el máximo respeto a la competencia de los Estados para regular sustantivamente el fenómeno sucesorio. De ahí que abunden las soluciones de compromiso. Con el objetivo de

¹⁸ BALDUS, C.; KUNZ, L., «Das Europäische Testamentsregister Sachstand und ausgewählte Fragen», en: JUD, B.; RECHBERGER, W. H.; REICHEL, G. (eds.), *Kollisionsrecht in der Europäischen Union Kollisionsrecht*, cit., pp. 165-179.

asegurar la previsibilidad y la seguridad jurídica, el Reglamento acoge el principio de unidad y universalidad de la sucesión y lo refuerza con una decidida orientación a procurar la unidad *forum-ius*¹⁹. A tal fin se parte de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento como criterio básico –nexo general– a efectos de la determinación tanto de la competencia como de la ley aplicable.

En la justificación de la Propuesta de Reglamento, la Comisión recordaba que el concepto de «sucesión» *debe interpretarse de manera autónoma e incluye todos los aspectos de una sucesión, en particular la adjudicación, la administración y la liquidación*». El criterio *interpretación autónoma* regirá no sólo para el concepto de sucesión, sino también para todas las nociones y categorías de las disposiciones del Reglamento, excepto cuando se prevea expresamente una remisión del Derecho de los Estados miembros. Se trata de un principio ampliamente respaldado por la jurisprudencia del TJUE y suficientemente conocido por los operadores jurídicos, aunque no exento de complejidad. Una complejidad acrecentada en nuestro caso por el carácter poliédrico del fenómeno sucesorio y las muchas disparidades existentes entre los ordenamientos jurídicos llamados a regir la sucesión, que dado el carácter universal del Reglamento (art. 21), pudiera ser el de un tercer Estado. En último extremo, la interpretación autónoma será garantizada por el TJUE. En esta definición autónoma se pone de manifiesto que estamos ante una configuración unitaria y universal de la sucesión que debe ser precisamente delimitada. Lo que no siempre será fácil. Ello por dos razones. En primer lugar, por lo que el Reglamento no dice o no dice con suficiente claridad.

Nada se establece respecto de los problemas que surgirán en los casos, muy frecuentes, en que para solventar una cuestión sucesoria haya que resolver una cuestión previa o incidental. Por ejemplo, la validez y existencia de una adopción. Ante la falta de una Parte General del Derecho internacional privado de la UE y de una solución expresa para estos casos entendemos, como acertadamente se señala por el MPI²⁰, que la cuestión previa debe quedar sometida a conexión autónoma y regida por la ley que así resulte designada. Tesis que consideramos preferible, pese a que se opone a la seguida por el Parlamento Europeo, cuya Resolución de 16 de noviembre de 2006, en su recomendación 6ª propuso que el futuro Reglamento sometiera la disciplina de la cuestión preliminar a la de la ley designada por la norma de conflicto de la ley aplicable a la sucesión aunque limitada al procedimiento en que se discute la cuestión preliminar.

En particular, respecto de aquellas de las exclusiones que resultan más frecuentes y problemáticas, relativas al estado de las personas físicas, así como las relaciones familiares y las relaciones de análogos efectos; las cuestiones relativas al

¹⁹ En el Considerando 27 expresamente se afirma: *Las normas del presente Reglamento están concebidas para garantizar que la autoridad que sustancie la sucesión aplique, en la mayoría de los casos, su propio Derecho. Por consiguiente, el presente Reglamento establece una serie de mecanismos que se utilizarían cuando el causante haya elegido para regir su sucesión la ley de un Estado miembro del que era nacional.*

²⁰ MPI, *Comments on the European Commission's Proposal...* cit., parágrafo 8.

régimen matrimonial, así como al régimen patrimonial aplicable a las relaciones que tengan efectos comparables al matrimonio y las cuestiones relativas al Derecho de Sociedades, habrá que estar a la ley que resulte aplicable por mandato de las normas de conflicto del foro.

II. LEY APLICABLE A LA SUCESIÓN

A la entrada en vigor del Reglamento hemos empezado a despedirnos del art. 9.8 CC. Un adiós de momento limitado a las sucesiones internacionales y especialmente a las disposiciones *mortis causa*. Pero su análisis conserva interés, en primer lugar, porque seguirá aplicándose a las sucesiones de las personas que fallezcan hasta el 17 de agosto de 2015, sin perjuicio de que la validez de la elección de la ley sucesoria realizada con anterioridad quedará sometida a las normas del Reglamento. Y sobre todo, conserva interés porque resultará plenamente aplicable a las sucesiones interregionales, dada la inaplicación del Reglamento a los conflictos de leyes internos, al menos mientras el legislador español no decida que así sea; lo que consideramos conveniente y recomendable.

1. La Ley aplicable a la sucesión en el Derecho internacional privado español

El art. 9.8 del Código Civil determina la Ley reguladora de las sucesiones por causa de muerte. El precepto contiene tres soluciones diferentes. En primer lugar, establece una regla general aplicable a cualquier tipo de sucesión, testada, pactada o intestada, comprensiva del conjunto de los elementos: «*La sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren*». Esta regla general se completa con una previsión especial para un supuesto muy concreto, cambio de ley nacional entre la disposición *mortis causa* y la apertura de la sucesión, previsión ordenada a garantizar la validez de las disposiciones y su ajuste a las previsiones sobre legítimas de la ley personal del causante en el momento del fallecimiento: «*Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última*». Y finalmente se delimita el alcance de la regla general precisando que «*Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes*»²¹. Estas dos reglas especiales tienen en común la finalidad de proteger los derechos de los legitimarios.

²¹ En el Derecho interregional aragonés la adaptación entre estas dos leyes aplicables a la disolución del régimen económico matrimonial y la sucesión del cónyuge viudo se soluciona ajustando el

En los casos de Derecho interregional, cubiertos también por el art. 9.8 CC, la nacionalidad del causante será reemplazada por la vecindad civil del causante²². Las normas dictadas por las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio que reiteran lo establecido por estas normas de conflicto contenidas en el Código Civil son válidas, aunque ociosas²³.

El art. 9.8 CC emplea la conexión nacionalidad del causante, si bien para evitar el conflicto móvil fija dicha circunstancia en el tiempo. Así habrá que estar a la nacionalidad del causante *en el momento de su fallecimiento*. No obstante, la practicabilidad de la conexión presenta no pocos problemas y es muy frecuente que los tribunales españoles deban concretar la nacionalidad del causante en supuestos muy complejos²⁴.

La Ley aplicable a la sucesión, en los términos que dispone el artículo 9.8 del Código Civil, conduce rígidamente a la aplicación de la ley nacional, cuya féru-la puede ser mitigada con una comprensión funcional del reenvío. En cuanto al juego del reenvío de primer grado *ex art. 12.2 CC*, dada la diversidad de los sistemas conflictuales en materia sucesoria, hemos de recordar, como señalan CALVO y CARRASCOSA, que para aplicar el Derecho extranjero es preciso constatar que no hay ninguna norma de conflicto extranjera que reenvíe al Derecho español. En otras palabras: la parte interesada en la aplicación de normas materiales extranjeras,

contenido material de los Derechos en presencia *ex art. 16.2 CC*, apartados primero y tercero, en relación con los derechos de viudedad previstos en la Compilación del Derecho civil de Aragón. Según el art. 16.2, apartado primero del CC *«El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria»*. Y el apartado tercero del art. 16.2 CC dispone que *«El usufructo viudal corresponde también al cónyuge superviviente cuando el premuerto tuviese vecindad civil aragonesa en el momento de su muerte»*.

²² STS 14 septiembre 2009.

²³ STC 6 mayo 1993, núm. 156/1993. Cfr. art. 188 de la Ley gallega 2/2006 de 14 junio, de Derecho Civil de Galicia, que indica que los gallegos pueden otorgar testamento mancomunado incluso fuera de Galicia; el art. 417 de la Compilación de Derecho Foral de Aragón, 2011, establece: *«1. Los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aun fuera de Aragón. 2. Si uno de los dos testadores es aragonés y el otro no lo tiene prohibido por su ley personal, pueden testar mancomunadamente, incluso fuera de Aragón»*. Un supuesto muy particular es el de la Ley 200 de la Ley 1/1973, de 1 de marzo, Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra, que indica que *«Los navarros pueden otorgar testamento de hermandad tanto en Navarra como fuera de ella, así en España como en el extranjero»*. Esta disposición no es, en ningún caso, inconstitucional, pues se contiene en una Ley estatal. Sin embargo, colisiona con los arts. 11 y. 733 CC, debiendo prevalecer sobre estos por su carácter de ley especial. En general, *vid. E. ZABALO ESCUDERO: «Legislación autonómica sobre las parejas de hecho y los conflictos de leyes internos»*, en *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. Consejo General del Poder Judicial, Manuales de Formación continuada, 28, 2004. Madrid, 2005, pp. 46-80.

²⁴ *Vid. i.a.*, STS 10 julio 2009, STS 19 julio 1989, SAP Alicante 5 octubre 2010, SJPI Calatayud 23 diciembre 1985, SAT Zaragoza 10 abril 1987, SJPI núm. 1 Pamplona 16 julio 1986.

deberá probar que las normas de conflicto extranjeras no provocan un reenvío en favor del Derecho material español (art. 12.2 CC)²⁵.

Sin embargo, en la regulación de nuestro CC sobre el reenvío, no basta con comprobar si se produce o no la remisión devolutiva a la Ley española. También hay que tener en cuenta que el reenvío es un instrumento al servicio de las normas de conflicto y que no debe destruir los principios que las inspiran. Como ha sentado la jurisprudencia del TS, el reenvío no constituye una solución general ni un mecanismo automático. Así resulta de la literalidad del art. 12.2 CC, que indica que no es obligado aplicar las normas de conflicto extranjeras que remiten al Derecho sustantivo español, sino que se puede *tener en cuenta* la remisión que tales normas de conflicto extranjeras realizan en favor del Derecho sustantivo español²⁶.

La Ley que rige la sucesión *ex art. 9.8 CC* presenta un ámbito material muy extenso. La intención del legislador es que la *lex successionis* resuelva la mayor parte de las cuestiones jurídicas que se plantean en los supuestos internacionales. Con ello se cumple un designio de seguridad jurídica y de prevención de conflictos de los particulares. La *lex successionis* regula las siguientes cuestiones:

- Bienes y relaciones jurídicas transmisibles por sucesión *mortis causa*.
- Causas y momento temporal de apertura de la sucesión, incluidas las consecuencias de la conmorienencia.
- Incapacidades relativas o prohibiciones de suceder en determinados supuestos.
- Determinación de los sujetos que pueden recibir por sucesión *mortis causa*.
- Incapacidades absolutas y causas de desheredación y de indignidad.
- Régimen de las legítimas.
- Delación de la herencia.
- Aceptación de la herencia.
- Herencia yacente.
- Renuncia de la herencia.
- Comunidad de bienes anterior a la partición.
- Aspectos centrales de la partición hereditaria.
- Adquisición de la propiedad de los bienes de la herencia.
- Administración de la herencia.

Aunque son cuestiones relacionadas con la sucesión *mortis causa*, ciertos aspectos jurídicos están excluidos del ámbito de la *lex successionis* y se rigen por su propia Ley reguladora. Se trata de los siguientes aspectos:

- Capacidad para heredar, aceptar o repudiar la herencia y para pedir y practicar la partición.

²⁵ Tesis formulada en Francia en la sent. Cour Cass. de 20 de junio de 2006, *Wildenstein*.

²⁶ *Vid.* STS 15 noviembre 1996, STS 21 mayo 1999, STS 23 septiembre 2002.

- Forma jurídica del acto unilateral de aceptación de la herencia.
- Forma jurídica de la partición.
- Partición judicial.
- Contratos sobre partición de herencia.
- Registro de bienes hereditarios.
- Derechos sucesorios del cónyuge viudo.
- Ventajas parasucesorias.

2. La Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias

De todas las cuestiones excluidas del ámbito de aplicación de la *lex successio-nis*, la que presenta menos problemas y mayor interés es la relativa a la validez formal de las disposiciones *mortis causa*. De acuerdo con el principio de conexión autónoma de la forma, en nuestro Derecho la Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias se determina con arreglo al Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 sobre la Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias, en vigor para España desde el 10 junio 1988. Del carácter *erga omnes* del Convenio (art. 6), resulta la inaplicabilidad de los arts. 11, 733.1, 732.1 y 732.3 todos ellos del Código Civil. Sin embargo, la Ley designada por el art. 11 CC y por los arts. 732-733 CC regulará la forma de la sucesión *mortis causa* en los casos de Derecho interregional.

El Convenio entiende que son cuestiones de forma las siguientes:

- La posibilidad de testar de forma mancomunada y las formalidades de dicho testamento mancomunado (art. 4). Es decir, el testamento mancomunado es calificado por el Convenio como una cuestión de forma.
- Las prescripciones que limitan las formas admitidas de disposiciones testamentarias referidas a la edad, nacionalidad u otras circunstancias personales del testador (art. 5).
- Las circunstancias que deben poseer los testigos requeridos para la validez de una disposición testamentaria (art. 5).

El Convenio se aplica también para determinar la Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias que revoquen una disposición testamentaria anterior (art. 2).

Una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma (art. 1) si se ajusta a alguna de las siguientes «Leyes internas»:

- a) Ley del lugar en que el testador realizó la disposición.
- b) Ley del Estado de la nacionalidad ostentada por el testador, sea en el momento en que otorgó, sea en el momento de su fallecimiento.

c) Ley del lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que otorgó, sea en el momento de su fallecimiento.

d) Ley del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que otorgó, sea en el momento de su fallecimiento.

e) Respecto a los inmuebles, Ley del lugar en que estén situados tales inmuebles.

f) Ley del país a la que conducen las normas de conflicto españolas si éstas recogen algún punto de conexión no contemplado en el art. 1 del Convenio (art. 3). En tal sentido, el testamento también será válido si respeta lo establecido por la Ley española como Ley del país del que depende el funcionario diplomático o consular español ante el que se otorga la disposición testamentaria (regla *auctor regit actum* recogida en el art. 11.3 CC y en el art. 734 CC); o la Ley del país cuya bandera extranjera enarbola un buque durante su navegación en alta mar, siempre que se trate de testamento de españoles (art. 732.2 CC).

En definitiva, el Convenio acoge un sistema de puntos de conexión alternativos cuya función residen en facilitar la validez formal del testamento, evitando las situaciones claudicantes. No obstante, el *favor validitatem* inspirador de las soluciones del Convenio ha de cohonestarse con la reserva del orden público internacional del Estado cuyas autoridades conocen del asunto (art. 7). En su virtud, no se aplicará la Ley extranjera designada por el Convenio si su aplicación *es manifiestamente incompatible con el orden público* español. Así, el testamento mancomunado, cuando fuera permitido por un Derecho extranjero, no podrá ser considerada contraria al orden público internacional español²⁷, pues aunque prohibido en el Código Civil *ex arts.* 699 y 733, se admite en el Código del Derecho Foral de Aragón²⁸, en su artículo 417, que puede ser otorgado, incluso fuera de Aragón, por aragoneses, y que, a partir de la Ley de sucesiones por causa de muerte²⁹, incorporó un segundo inciso, en la actualidad apartado 2 del artículo 417 del Código de Derecho Foral, según el cual también podrá otorgarse, cuando uno de los dos testadores sea aragonés y el otro no lo tenga prohibido por su ley personal, en el Derecho gallego, arts. 187-195 Ley 2/2006, de 14 junio 2006, de Derecho Civil de Galicia, en el Derecho navarro y en el Derecho vasco.

3. Ley aplicable a la sucesión. Las soluciones del Reglamento

Según se establece en el art. 20, las normas de conflicto del Reglamento se aplican con carácter universal, aun cuando la ley designada sea la de un tercer Estado,

²⁷ STS 8 octubre 2010.

²⁸ Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba, con el título de Código del Derecho Foral de Aragón, el Texto refundido de las Leyes civiles aragonesas. *BOA* nº 63 de 29 de marzo de 2011.

²⁹ Ley 1/1999, de 24 de febrero.

3.1. La ley aplicable a la sucesión: residencia habitual del causante y principio de la vinculación más estrecha

Por lo que se refiere a la ley aplicable, el Reglamento establece que la sucesión se regirá con carácter general por la ley de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento (art. 21.1).

En la disyuntiva entre la ley nacional y la ley de la residencia habitual, tan presente en todas las cuestiones que suscita la determinación de la ley aplicable a las materias englobadas en el estatuto personal, el Reglamento se hace eco de la tensión así como de las diferentes concepciones acerca de la sucesión y parece optar claramente por la residencia habitual, a la que como hemos visto ha calificado de nexo general para determinar la ley aplicable y la competencia. Sin embargo, el Reglamento reconoce las dificultades prácticas que implica la conexión seleccionada. De ahí que dedica tres de sus ochenta y cuatro *Considerandos* a explicar qué debe entenderse por residencia habitual y cómo debe concretarse. Así se afirma que³⁰:

«Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento.»

En algunos casos, determinar la residencia habitual del causante puede revelarse complejo. Tal sería el caso, en particular, cuando por motivos profesionales o económicos el causante hubiese trasladado su domicilio a otro país para trabajar en él, a veces por un período prolongado, pero hubiera mantenido un vínculo estrecho y estable con su Estado de origen. En tal caso, dependiendo de las circunstancias, podría considerarse que el causante tenía su residencia habitual en su Estado de origen, en el que estaba situado el centro de interés de su familia y su vida social. También podrían suscitarse otras situaciones complejas cuando el causante haya residido en diversos Estados alternativamente o viajado de un Estado a otro sin residir permanentemente en ninguno de ellos. Si el causante fuera nacional de uno de dichos Estados o tuviera sus principales bienes en uno de ellos, la nacionalidad de aquel o la localización de dichos bienes podrían constituir un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias objetivas.»

Por lo que respecta a la determinación de la ley aplicable a la sucesión, en casos excepcionales en los que, por ejemplo, el causante se haya mudado al Estado de su residencia habitual poco tiempo antes de su fallecimiento, y todas las circunstancias del caso indiquen que aquel tenía un vínculo manifiestamente más estrecho con otro Estado, la autoridad que sustancie la sucesión puede llegar a concluir que la ley aplicable a la sucesión no sea la ley del Estado de residencia habitual del causante sino la ley del Estado con el que el causante tenía un vínculo manifiestamente más estrecho. No obstante, la vinculación manifiestamente más estrecha no debe emplearse como nexo subsidiario cuando la determinación de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento resulte compleja.»

El fundamento de esta opción por la residencia habitual es su consideración como el lugar que es el centro de interés del causante y donde suele encontrarse la

³⁰ Considerandos 23, 24 y 25.

mayoría de sus bienes, al tiempo que también favorece la integración en el Estado miembro de residencia habitual y evita cualquier discriminación contra aquellas personas que tienen su residencia en un Estado del que no son nacionales.

Frente a otros puntos de conexión, como la nacionalidad o el domicilio, la residencia habitual se caracteriza por una mayor flexibilidad, lo que al mismo tiempo se traduce en la posibilidad de una mayor incertidumbre en su determinación, en buena medida derivada de la propia dificultad de su definición. Tradicionalmente se ha considerado que dos son los elementos que integran el concepto de la residencia habitual: por una parte, el *corpus*, entendiéndose como tal la presencia o permanencia efectiva en un determinado lugar y, por otra parte, el *animus* o la voluntad del sujeto interesado de dotar a esa presencia de una continuidad o permanencia en el tiempo, de manera que se constituya en el espacio para el desarrollo de sus principales intereses.

Siendo así, para el caso de una sucesión testada o pactada convendría dejar constancia tanto de los elementos fácticos como de las expresiones de voluntad que permitan integrar la adecuada fijación de la residencia habitual. E incluso, dejar constancia de la expresa voluntad de que la sucesión se rija por la ley de su residencia habitual. Como señala CALVO VIDAL, en los supuestos de sucesión intestada, a la luz de la naturaleza no contenciosa de la intervención notarial en la declaración de herederos abintestato, una de las cuestiones de mayor interés, una vez vigente el nuevo Reglamento, pasará a ser la determinación de la residencia habitual del causante. Así las cosas, dada su trascendencia en todo el devenir del procedimiento sucesorio, partiendo de la propia competencia notarial para participar en el mismo y concluyendo en el señalamiento de quienes resulten ser los llamados a la herencia, como punto de partida resultará aconsejable asegurar que no se suscite duda alguna acerca de la residencia habitual del causante. A tal fin, entre las diligencias a practicar por el notario sobre tal circunstancia serán de gran utilidad las declaraciones no sólo de testigos, sino también de quienes puedan ser los llamados a la sucesión.

La conexión general a la ley de la residencia habitual cede frente al principio de la vinculación más estrecha que se recoge en el art. 21.1 por el que excepcionalmente si resultase claramente de todas las circunstancias del caso que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto al de su residencia habitual, la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado. Principio de mayor proximidad o de la vinculación más estrecha de textura abierta que, en situaciones litigiosas nos situará ante un escenario de *onus* y medios de prueba; mientras que en situaciones no contenciosas, será dilucidable por la autoridad que intervenga en la sucesión.

3.2. La elección de la ley aplicable a la sucesión

La residencia habitual del causante también cede frente a la posibilidad de elegir la ley aplicable a la sucesión que se reconoce en el art. 22. Nos encontramos

ante un supuesto de autonomía conflictual limitada y controlada. Limitada porque dado que el Reglamento se aplica a las sucesiones internacionales, la nacionalidad es el único elemento considerado en aras de permitir la elección de la ley aplicable. Controlada porque la única ley elegible es la del Estado cuya nacionalidad posea el causante en el momento de la elección o en el momento del fallecimiento. Se justifica el reconocimiento de la autonomía conflictual limitada en razones de seguridad jurídica y se razona la elegibilidad de la ley nacional en atención a su *conexión entre el difunto y la ley elegida* y **para evitar que se elija una ley con la intención de frustrar las expectativas legítimas de los legitimarios** (Considerando 18, la letra negrita es nuestra).

Para lo supuestos de plurinacionalidad, el art. 22.1.2 contiene una auténtica norma material, al permitir que la elección abarque cualquiera de las nacionalidades que se ostente, sea en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento. Esta previsión altera en cierta medida el principio de remisión a la Ley del Estado cuya nacionalidad se posee para determinar la conexión *nacionalidad*, principio de vigencia general que resulta así modulado. La principal consecuencia de esta disposición es que resultará inaplicable el art. 9.9 CC y con ello inoperante la distinción entre supuestos de plurinacionalidad admitidos en las leyes y supuestos de plurinacionalidad patológica.

El reconocimiento de la posibilidad, siquiera limitada, de elegir la ley aplicable es una sustancial diferencia entre el Reglamento y el art. 9.8 CC. El Reglamento, que acoge la posibilidad de que pueda señalarse en una disposición por causa de muerte la Ley reguladora de la propia sucesión, subraya la importancia de la autonomía de la voluntad. De esta manera será la voluntad del causante el primer factor que haya de ser tenido en cuenta al tiempo de fijar la Ley aplicable, al tener reconocida la posibilidad de optar por la ley de su nacionalidad, frente al criterio general de la ley de su residencia habitual.

Varias cuestiones merecen una especial referencia. En primer lugar, la elección de la ley de la nacionalidad como ley de la sucesión podrá llevarse a cabo tanto de forma unilateral, a través de la figura del testamento, como de forma plurilateral, a través de un pacto o contrato sucesorio. En uno y otro caso la elección de la ley aplicable puede ser el contenido exclusivo del testamento o del pacto sucesorio. Es decir, resulta perfectamente ajustado al Reglamento que el testador limite el contenido de su testamento a disponer que sea la ley de su nacionalidad la que haya de regir su sucesión y que el pacto sucesorio se limite únicamente a acordar que la sucesión de uno o varios de los contratantes se ha de regir por la ley de sus respectivas nacionalidades.

Las consecuencias de una y otra posibilidad serán diversas. En el primer caso, dado el carácter esencialmente revocable del testamento, será posible la modificación y la revocación de la designación de la ley de la sucesión. Tratándose de un pacto sucesorio, en función de cómo éste se configure, es posible que la elección de la ley sucesoria devenga definitiva.

La designación de la ley sucesoria de manera expresa es la fórmula más conveniente para evitar problemas sobrevenidos a causa de una posible falta de claridad, especialmente si puede entrar en juego un sistema de carácter plurilegislativo, como el español. Sin embargo, el principio de la prevalencia de la voluntad del causante que debe informar en cualquier caso la interpretación de las disposiciones *mortis causa* también se reconoce en el Reglamento en sede de determinación de la ley aplicable, al permitir que aun cuando la designación de la ley de la sucesión no se haya realizado por medio de una declaración expresa, bastará con que la misma pueda entenderse implícita en el contenido del testamento o pacto sucesorio. En el Reglamento se regula la elección de la Ley aplicable a la sucesión vinculándola a las disposiciones *mortis causa*, exigiéndose que se haga expresamente en forma de testamento, testamento mancomunado o pacto sucesorio, o que resulte de los términos de una disposición de ese tipo.

La validez material del acto por el que se haya hecho la elección de la ley se regirá por la ley elegida. Cualquier modificación o revocación de la elección de la ley deberá cumplir los requisitos formales aplicables a la modificación o la revocación de las disposiciones *mortis causa* (art. 22, 2.3 y 4)³¹.

La validez material de la elección de la ley aplicable, quedará sometida a la elegida en virtud del artículo 22.3.

En todo caso, dado el juego de las disposiciones transitorias, aunque el Reglamento será aplicable a las sucesiones de las personas que fallezcan a partir del 17 de agosto de 2015, si el causante realizó la elección de la ley aplicable con anterioridad a dicha fecha, esta elección será válida si cumple las condiciones establecidas en el Capítulo III del Reglamento o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía (art. 83.2). Se pone de relieve con ello la importancia fundamental de la autonomía conflictual en la ordenación de la sucesión.

3.3. El reenvío

En la Propuesta de la Comisión, siguiendo la cláusula al uso en otros Reglamentos sobre la Ley aplicable, se excluía el reenvío. Pero en el largo proceso de negociación de la Propuesta, en diciembre de 2011, ya se incluye una norma sobre el reenvío³²; a este texto se presentó en el Parlamento la enmienda 75³³ y en el Infor-

³¹ Vid. FONTANELLAS I MORELL, J. M., «La forma de la designación de ley en la propuesta de Reglamento europeo en materia de sucesiones», *REDI*, 2011-2, págs. 123-144.

³² <http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/11/st18/st18475-ad01.en11.pdf>

³³ En la Propuesta de la Comisión se establecía en el art. 26 que: *Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un Estado, se entenderá por tal las normas jurídicas vigentes en ese Estado con exclusión de las normas de Derecho internacional privado.* La enmienda 75 estable-

me presentado el 6 de marzo ante la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Reglamento, del que fue ponente el eurodiputado K. LECHNER, se incluyó dicha enmienda con el texto que finalmente fue aprobado por el Parlamento y pasó a ser el actual art. 34.

La regulación del reenvío no puede ser más compleja ni oscura. En primer lugar, se deduce de la literalidad del art. 34.1 que la remisión hecha por las normas de conflicto del Reglamento si se verifica al Derecho de un Estado miembro es una remisión material. En segundo lugar, en consecuencia, el reenvío sólo opera cuando la Ley aplicable resulte ser del de un tercer Estado. En este caso se admite el reenvío de retorno a la europea, es decir se aplicarán las normas de conflicto del Derecho internacional privado de ese tercer Estado que designen como *lex sucessionis* la ley de un Estado miembro, sea éste el del foro –reenvío de primer grado en el sentido tradicional– o el de otro Estado miembro, en este caso sería un reenvío de segundo grado no devolutivo, pues se aplicarían las normas materiales del Estado miembro designado. Junto a este reenvío de retorno a la europea, se admite también el reenvío de segundo grado no devolutivo a la Ley de un tercer Estado, siempre que ésta se considere competente³⁴.

No obstante, el reenvío no será de aplicación cuando la ley aplicable a la sucesión haya sido elegida por el disponente, *ex art. 22*, ni cuando haya sido determinada en aplicación del principio de los vínculos más estrechos (art. 21.2), ni respecto de la validez formal de las disposiciones *mortis causa* realizadas por escrito (art. 27), ni respecto de la validez formal de una declaración de aceptación o renuncia de la herencia conforme a la ley de la residencia habitual del declarante (art. 28.b), ni respecto de las disposiciones especiales que imponen restricciones especiales respecto de determinados bienes.

3.4. Ámbito de la *lex sucessionis*

3.4.1. Reglas aplicables a cualquier tipo de sucesión

Como hemos indicado el Reglamento milita en pro de la universalidad y la unidad de la sucesión. La universalidad queda modulada por el juego de las exclusio-

ción: Cuando el presente Reglamento establezca la aplicación de la ley de un Estado, se entenderá por tal las normas jurídicas vigentes en ese Estado con exclusión de las normas de Derecho internacional privado, sin contar aquellas normas jurídicas del Derecho internacional privado que remitan en su totalidad o en parte al Derecho de un Estado miembro. No se acompaña de justificación.

³⁴ Artículo 34. *Reenvío.* 1. *La aplicación de la ley de un tercer Estado designada por el presente Reglamento se entenderá como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío a:*

- a) *la ley de un Estado miembro, o*
- b) *la ley de otro tercer Estado que aplicaría su propia ley.*

2. *En ningún caso se aplicará el reenvío respecto de las leyes a que se refieren los artículos 21, apartado 2, 22, 27, 28, letra b), y 30.*

nes, en los términos someramente analizados. El perímetro del principio de unidad de la sucesión se traza en el artículo 23, precepto que no debe leerse como una enumeración exhaustiva y cerrada de las cuestiones que comprende. Al margen de ello, su exacta delimitación requiere una minuciosa consideración de los artículos 24, 25, 26, 29 y 30.

La regulación establecida en el art. 23 del Reglamento se inspira directamente en el artículo 7 de la *Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte*, de 1 de agosto de 1989, si bien como se subraya en el informe del MPI existen algunas desviaciones terminológicas, de consecuencias no despreciables, fruto del recurso dispar a las versiones francesa e inglesa de la citada Convención.³⁵ No obstante, el Reglamento incluye en el ámbito de la *lex successiones* algunos aspectos relativos a la administración de la herencia, que como es sabido constituye el objeto de la *Convención sobre la administración internacional de las sucesiones*, hecha en La Haya el 2 de octubre de 1973.

En primer lugar, con las salvedades y precisiones que a continuación realizaremos, se comprenden en el campo de aplicación de la *lex successions* las diferentes fases de la adquisición de la herencia: la apertura de la sucesión, la delación de la herencia, la capacidad e incapacidad para suceder; las prohibiciones y sus efectos; la indignidad para suceder, sus efectos y la eventual rehabilitación del indigno; la aceptación y la repudiación de la herencia, capacidad, forma y plazos; la responsabilidad del heredero aceptante por las deudas del causante y por las cargas hereditarias, etc.

La inclusión en el ámbito de la *lex successions* de *las causas, el momento y el lugar de apertura de la sucesión*, plantea algunas dudas. En primer lugar, la inclusión de las causas de la apertura de la sucesión resulta contradictoria con la exclusión del ámbito material del Reglamento de *la desaparición, la ausencia y el presunto fallecimiento de una persona física*. La muerte de una persona como desencadenante de la sucesión es una cuestión previa sometida a la conexión autónoma del estatuto personal. Por otra parte, resulta superflua pues el apartado 1 del artículo 23 ha dejado suficientemente establecido que la *lex successions* rige la apertura de la sucesión.

El artículo 23.2.b) regula algunos de los aspectos principales de la delación de la herencia, en concreto la determinación de los causahabientes, herederos y legatarios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge superviviente, la determinación de las partes alícuotas respectivas de dichas personas y las obligaciones que les hayan sido impuestas por el difunto, así como los demás derechos sobre la sucesión que tengan su origen en el fallecimiento. De nuevo las relaciones entre ámbito material del Reglamento y ámbito de la *lex successions* requiere de un esfuerzo de precisión. En concreto por lo que se refiere a la inclusión de *los derechos sucesorios del cónyuge superviviente*, convendría aclarar que se trata de aquellos que según la ley aplicable no traen causa del régimen económico matrimonial, excluido del Reglamento *ex* artículo 1.3.d).

³⁵ Vid. MPI, *Comments on the European Commission's Proposal* cit. párrafo 169.

Quedarán sometidas a la *lex successionis* la capacidad para suceder y las causas específicas de incapacidad para disponer o recibir, previsión que modula la exclusión del artículo 1.3.b) y que resulta justificada desde cualquier punto de vista. En estrecha relación con ello, la *lex successionis* regirá la desheredación y la indignidad para suceder. Con ello tenemos que la *lex successionis* se aplica a las principales cuestiones jurídicas que plantea la identificación de los llamados a la herencia: quiénes, en qué orden, con qué extensión, bajo qué obligaciones impuestas por el difunto, etc. Son relevantes dos órdenes de capacidades: la capacidad para ser llamado y la capacidad para adquirir o suceder. La primera presenta dos vertientes, una subsumida en la ley sucesoria que afecta a las prohibiciones legales y el momento de apreciación de la capacidad, en cuanto ligadas al fenómeno hereditario, y la otra comprende las llamadas incapacidades relativas, realmente prohibiciones legales a suceder a determinadas personas (por ejemplo al notario autorizante del testamento). Los llamamientos condicionales, a favor de *nondum concepti* o de *nascituri* plantean problemas de coordinación de la ley sucesoria con la ley personal del sucesor o incluso de situación de los bienes.

La transmisión de los bienes y derechos que componen la sucesión a los herederos y legatarios, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación de la sucesión o del legado o la renuncia a los mismos quedan sometidas a la *lex successionis*, ex artículo 23.2.e). Está prevista en el artículo 28 la aplicación alternativa de la ley de la residencia habitual del heredero a la validez en cuanto a la forma de la aceptación o la renuncia, incluida la declaración destinada a limitar la responsabilidad del heredero o del legatario, *favor validitatem* que nos parece justificado y saludable. Pero, esta opción de política legislativa no obsta a la aplicación de la *lex successionis* a la responsabilidad por las deudas de la sucesión. La capacidad concreta para aceptar y adquirir es autónoma y conduce a la ley sucesoria, que rige para la concreta capacidad hereditaria del causahabiente, ya sea sucesor a título universal o particular. Con carácter general, existen dos sistemas de adquisición de bienes por el sucesor: la *successio in locum et in ius*, que produce una subrogación en la misma posición del causante, *ultra vires*, con confusión de patrimonios y la *adquisitio per universitatem*, caracterizada por la *responsabilidad cum viribus* de las deudas del causante.

La transmisión de los bienes y derechos que componen la sucesión y los poderes de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la sucesión³⁶ son cuestiones íntimamente ligadas, que quedan sometidas a la *lex successionis*. La ley aplicable a la sucesión regulará las facultades de las personas

³⁶ Vid. RODRÍGUEZ BENOT, A., «La administración de la herencia en las sucesiones internacionales: especial referencia al Derecho comunitario europeo», *Academia Sevillana del Notariado*, Tomo 19, 2009, pp. 253-304 y «La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado europeo de heredero», en: VIÑAS, R.; GARRIGA, G. (coords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, cit. pp. 175-217; MARIOTTINI, C., «The internal and external dimensions in the harmonization of european conflict rules on the administration of estates», en: MALATESTA, A.; BARIATTI, S.; POCAR, F. (eds.), *The External Dimension of EC Private International Law in Family and Succession Matters*, cit. pp. 375-383.

—herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores— que pueden ser designados para administrar y liquidar la sucesión, sin perjuicio de las normas especiales relativas al nombramiento y facultades de los administradores de la herencia en ciertas situaciones que se regulan en el art. 29.

Como hemos visto anteriormente, la validez y los efectos de las liberalidades quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento y son regulados por el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). Lo mismo ocurre con otros derechos y bienes creados o transmitidos por otros medios distintos de la sucesión y con las denominadas ventajas parasucesorias (art. 1.3.f). No obstante, la *lex successionis* determinará si una liberalidad, o cualquier otro acto *inter vivo*, que tenga por efecto la adquisición inmediata de un derecho real o de un crédito, debe estar sujeta a una obligación de imputación, reducción o toma en consideración en el cálculo de las partes de la herencia según la ley sucesoria. Así resulta de lo dispuesto en el artículo 23.2.j).

La solución adoptada nos parece satisfactoria pero incompleta. Satisfactoria porque constituye un elemento esencial para garantizar la unidad del régimen jurídico sucesorio, especialmente en relación con las limitaciones y reservas. Incompleta porque la aplicación de la *lex successionis* a la restitución de las liberalidades implica una considerable incertidumbre para el donatario y para los terceros, que en el momento de recibir la liberalidad ni sabían, ni podían saber cuál será la ley que regulará la sucesión tras la muerte del donante.

La *lex successionis* rige la partición de la herencia (artículo 23.2.j), por la que en la generalidad de los casos se extinguirá la comunidad hereditaria reconociendo a cada heredero su porción en la sucesión. Entendemos incluida en la noción de partición de la herencia las cuestiones relativas a las personas legitimadas para pedirla, la cuestión de la prohibición de indivisión y, en términos generales, todos los aspectos relacionados con las tareas particionales, las acciones de rescisión, lesión e invalidez, formación de la masa hereditaria, la colación, la reducción de las donaciones inoficiosas, la acción personal en garantía de evicción. Algunos de ellos, como la reducción de las liberalidades, expresa y singularmente contemplados.

La *lex successionis* concurrirá con la *lex rei sitae*, frente a la que cederá, para regular los regímenes sucesorios particulares respecto de determinados inmuebles, empresas u otras categorías especiales de bienes debido a su destino económico, familiar o social cuando, según dicha ley, este régimen fuera aplicable con independencia de la ley que rige la sucesión (art. 30). Pese a la dicción del precepto, el problema que se plantea no es de naturaleza estrictamente sucesoria. A nuestro juicio, esta disposición aborda de manera incompleta, la cuestión de las normas rigurosamente imperativas o leyes de policía, que merecerían un tratamiento inspirado en la solución del artículo 9 del Reglamento 593/2008. Por otra parte, conduce a un fraccionamiento de la sucesión en un supuesto legal demasiado inconcreto, que únicamente nos parece admisible en el ámbito de las leyes de policía, reguladas por lo demás con una perspectiva de conjunto. Esta excepción a la ley sucesoria

debe ser interpretada restrictivamente y, en consecuencia, no abarca ni a las normas de conflicto que someten la sucesión de los bienes inmuebles a una ley distinta a la que rige la de los bienes muebles, ni las disposiciones relativas a las legítimas y demás reservas hereditarias³⁷.

La *lex successionis* concurrirá con la *lex rei sitae* para regular la sucesión vacante, ex art. 33. La solución que se formula aspira a prever un resultado coherente, respetando en todo momento el Derecho material de los Estados miembros. Respeto que se logra reconociendo el derecho de un Estado miembro o de una entidad designada por la ley de dicho Estado miembro a apropiarse de la parte del caudal relicto que se encuentre situada en su territorio. La solución propuesta, directamente inspirada en la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones, únicamente resuelve el problema de la sucesión vacante cuando la *lex rei sitae* prevé el derecho de apropiación por parte del Estado donde se encuentren los bienes. Una solución más correcta podría ser la de someter toda la sucesión a la *lex rei sitae*.

La cuestión de la transmisión de la propiedad de los bienes hereditarios plantea arduos problemas en la relación entre la *lex successionis* y la *lex rei sitae*. Aquí nos limitaremos a señalar que la exclusión de las cuestiones de derecho de la propiedad del ámbito de aplicación del Reglamento no soluciona los problemas que se plantean cuando la *lex successionis* reconoce al sucesor un derecho real, por ejemplo un usufructo viudal, que es desconocido por la *lex rei sitae*. En esta situación, partiendo de la primacía de la *lex rei sitae* en materia de derechos reales, respecto de los otorgados por la *lex successionis* se establece en el art. 31 una regulación que prevé las adaptaciones necesarias para evitar la frustración del empeño unificador para determinar la ley aplicable a la sucesión, por un lado, y la frustración del sucesor que ve reconocido un derecho, conforme a la ley sucesoria, del que no podrá disfrutar ni ejercer porque en el Estado donde se sitúan los bienes es desconocido.

3.4.2. Reglas especiales para las disposiciones *mortis causa*

Para garantizar la seguridad jurídica tanto en los supuestos de disposición testamentaria como de pactos sucesorios, el Reglamento establece una regulación especial respecto de su admisibilidad y validez material. Se trata de normas de aplicación de las normas de conflicto que garantizan la aplicación uniforme del Reglamento detallando los elementos que se consideran integrados en la noción de validez material, en los que se incluyen la capacidad del disponente, la admisibilidad de la representación para realizar las disposiciones *mortis causa*, las cuestiones relativas a la voluntad o al consentimiento del disponente, las causas específicas

³⁷ Cfr. Considerando 54.

que impidan disponer a favor de determinadas personas, las incapacidades absolutas, relativas y las prohibiciones de suceder (art. 26)³⁸.

Al vincularse a las disposiciones *mortis causa* las cuestiones relativas a la capacidad, la determinación de la ley aplicable plantea la necesidad de distinguir según el tipo de disposición. Si bien el art. 1.2.b) contiene una exclusión genérica del ámbito material de aplicación del Reglamento de la capacidad jurídica de las personas físicas, el juego de los arts. 24, 25 y 26.1.a), implica que la capacidad del disponente para realizar la disposición *mortis causa*, sea mediante pacto sucesorio (art. 25) o mediante una forma distinta (art. 24), quede vinculada a la validez material y sometida a Ley rectora de la sucesión. No obstante, para los pactos sucesorios relativos a la sucesión de varias personas se establece que su admisibilidad quedará sometida a ley que hubiera sido aplicable respecto de cada una de ellas.

La *lex successionis* regula las limitaciones testamentarias, legítimas, reservas etc., en suma, la parte de libre disposición, las porciones de bienes de que el testador o los contratantes no pueden disponer y las demás restricciones sobre la libertad de disponer por causa de muerte, incluidas las atribuciones asumidas sobre la sucesión por una autoridad judicial o por otra autoridad en favor de personas próximas al difunto. Se trata, sin duda, de uno de los mayores aciertos del Reglamento, fruto de un intenso trabajo para lograr el consenso.

En suma, la validez, la interpretación, la modificación y la revocación de una disposición por causa de muerte, excepto su validez en cuanto a la forma se regulan por la *lex successionis*. En cuanto a las cuestiones incluidas entendemos que lo son tanto en su aspecto sustantivo, como en lo relativo a la legitimación, en especial para solicitar la revocación o la declaración de invalidez.

3.5. Validez formal de las disposiciones *mortis causa*

En la Propuesta de la Comisión no se contenía ninguna disposición sobre la forma de las disposiciones *mortis causa*³⁹. La calificación de un requisito como atinente al fondo o a la forma no siempre resulta fácil⁴⁰; por ello, para impedir que se sacrificase el esfuerzo armonizador que lleva acabo el Reglamento, ante la crítica unánime de tal carencia de regulación, finalmente se recoge en el art. 27 una norma

³⁸ Vid. Considerandos 48, 49 y 50.

³⁹ El Considerado (19) de la Propuesta se limitaba a señalar que: La validez en cuanto a la forma de las disposiciones por causa de muerte no se regula en el Reglamento. Para los Estados miembros que lo hayan ratificado, se rige en su ámbito de aplicación por las disposiciones del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. Sorprendía tan escueta justificación máxime si tenemos en cuenta que la cuestión fue expresamente sometida a consulta y recibió merecida y razonada respuesta por la mayor parte de las instituciones.

⁴⁰ Vid. R. ZIMMERMANN: *Testamentsformen: «Willkür» oder Ausdruck einer Rechtskultur?*, *RabelsZ*, 76 (2012), pp. 471-508.

de conflicto, inspirada en el Convenio de La Haya sobre los conflictos de leyes en materia de formas testamentarias de 5 de octubre de 1961, que consagra una solución uniforme inspirada en el *favor validitatem*, aplicable a las disposiciones *mortis causa* realizadas por escrito.

Se consideran cuestiones de forma las disposiciones jurídicas que limiten las formas admitidas de disposiciones *mortis causa* por razón de edad, nacionalidad o cualesquiera otras condiciones personales del testador o de alguna de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio. También se consideran cuestiones de forma la cualificación exigida a los testigos requeridos para la validez de las disposiciones *mortis causa*.

Una disposición *mortis causa* realizada por escrito será válida si se admite como tal por cualquiera de las siguientes leyes:

- a) La del Estado en que se realizó la disposición o se celebró el pacto sucesorio;
- b) La del Estado cuya nacionalidad poseyera el testador, o al menos una de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio, bien en el momento en que se realizó la disposición o en que se celebró el pacto, bien en el momento del fallecimiento;
- c) La del Estado en el cual el testador, o al menos una de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio, tuviera su domicilio, bien en el momento en que se realizó la disposición o en que se celebró el pacto, bien en el momento del fallecimiento. La determinación de si el testador o cualquiera de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio tenían su domicilio en un Estado miembro concreto se regirá por la ley de ese Estado.
- d) La del Estado en el cual el testador, o al menos una de las personas cuya sucesión sea objeto de un pacto sucesorio, tuviera su residencia habitual, bien en el momento en que se realizó la disposición o en que se celebró el pacto, bien en el momento del fallecimiento.
- e) Respecto de los bienes inmuebles, del Estado en el que estén situados.

3.6. La reserva del orden público

La reserva del orden público, recogida en el artículo 33 del Reglamento con una fórmula inspirada directamente en el artículo 18 de la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a las sucesiones, merece algunas consideraciones. En primer lugar, la regulación del orden público en el Reglamento se ajusta a la regulación establecida en otros instrumentos europeos, por ejemplo, art. 21 del Reglamento Roma I y art. 26 del Reglamento Roma II. De esta forma, se contribuye a la construcción de una Parte general del Derecho internacional privado de la UE. En segundo lugar, nos parece que los principios de orden público internacional que justifiquen la evicción de la ley extranjera, no son ni deben ser únicamente los del foro.

Como se desprende del Considerando 58 habrá que atender también a los Derechos fundamentales de la Unión Europea⁴¹.

III. COMPETENCIA INTERNACIONAL

Las sucesiones internacionales plantean en numerosas ocasiones cuestiones litigiosas y no litigiosas que deben ser decididas por los tribunales de Justicia o por otras autoridades públicas.

1. Competencia de los tribunales

La competencia judicial internacional de los tribunales españoles se determina con arreglo al art. 22 LOPJ. Según dicho precepto, los tribunales españoles son competentes en materia de sucesiones cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a nuestros tribunales pues los litigios sucesorios versan, generalmente, sobre materias patrimoniales, que son disponibles por las partes⁴². También serán competentes cuando el demandado tenga su domicilio en España (art. 22.2 LOPJ). Y en defecto de estos foros generales, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español⁴³, o cuando el causante posea bienes inmuebles en España (art. 22.3, inciso 10 *in fine* LOPJ)⁴⁴.

Una vez acreditado que los tribunales españoles poseen competencia judicial internacional en un caso sucesorio, la precisión del tribunal español territorialmente competente se lleva a cabo con arreglo al art. 52.4 LEC, precepto que utiliza como foros de competencia territorial el último domicilio del finado en España, o en su defecto, el lugar donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante⁴⁵.

⁴¹ *En circunstancias excepcionales, los tribunales y otras autoridades competentes que sustancien sucesiones en los Estados miembros deben, por consideraciones de interés público, tener la posibilidad de descartar determinadas disposiciones de la ley extranjera cuando, en un caso concreto, la aplicación de esas disposiciones sea manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro de que se trate. Sin embargo, los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público para descartar la ley de otro Estado ni negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución dictada, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación.*

⁴² Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Prontuario cit*, pp. 2 y ss.

⁴³ SAP Madrid 23 junio 2010.

⁴⁴ STS de 25 de junio de 2008.

⁴⁵ SAP Valencia 14 octubre 2008.

Respecto de los actos de jurisdicción voluntaria en que deben actuar nuestros tribunales, tales como la elevación a escritura pública de testamento o codicilo hecho de palabra otorgado sin intervención de notario (arts. 1943-1955 LEC 1881); la apertura de testamento cerrado y protocolización de memorias testamentarias (arts. 1956-1979 LEC 1881); la adveración y protocolización de testamentos específicos del algunos Derechos forales, la declaración judicial de herederos, la protocolización de los testamentos ológrafos. La competencia judicial internacional de los tribunales españoles se decide, en relación con los actos sucesorios de jurisdicción voluntaria, con arreglo a los criterios contenidos en el art. 22 LOPJ, si bien, el foro de la sumisión tácita y el foro del domicilio del demandado en España, no pueden operar en relación con los actos de jurisdicción voluntaria, pues en estos casos nos hayamos ante procedimiento sin contienda ni partes contrapuestas.

2. Competencia de los notarios

Los notarios son competentes en relación con numerosísimos actos de jurisdicción voluntaria en materia sucesoria, tanto en supuestos de sucesión testada –otorgamiento de testamento, elevación a escritura pública de testamento o codicilo hecho de palabra, etc.– como de sucesión intestada –declaración de herederos *ab intestato*, actas de notoriedad para la declaración de herederos– o comunes a ambas –aceptación de herencia, renuncia a la herencia, partición en escritura pública etc.–.

Tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 por la Ley de 30 de abril de 1992, la competencia para la declaración de herederos es exclusiva del notario, cuando aquéllos corresponden a los tres primeros órdenes sucesorios, descendientes, ascendientes, o cónyuge viudo. Al juez le corresponde, en vía no contenciosa, esa declaración sólo cuando los herederos llamados pertenezcan al orden colateral, o en los demás supuestos en que el llamamiento no es a favor de parientes del testador. No obstante, cualquiera que sea la autoridad o funcionario competente, por razón del parentesco de los llamados por Ley, la naturaleza del expediente es la misma.

La dualidad en cuanto a la autoridad o funcionario competente para instruir el procedimiento determina también una dualidad normativa. La regulación del procedimiento se encuentra dispersa en varias normas, fundamentalmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 y en el Reglamento Notarial (art. 209 bis), que ofrecen el cuadro normativo básico de referencia, sin perjuicio que en ciertos aspectos puedan y deban integrarse recíprocamente.

El art. 22 LOPJ es inaplicable para determinar la «competencia internacional» de los notarios españoles⁴⁶. De acuerdo con el principio de libre elección de notario, *ex* art. 3.II del Reglamento Notarial, el interesado puede acudir al notario que

⁴⁶ *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Prontuario cit*, p. 8.

deseo y rogar su intervención para el acto sucesorio de jurisdicción voluntaria del que se trate. Esta regla de competencia interna puede extenderse también a casos internacionales. En consecuencia, cualquier persona, aunque no tenga bienes ni domicilio en España, siempre que el notario actúe en su demarcación notarial (art. 3.IV y 116 RN), puede otorgar testamento notarial en España, renunciar o aceptar una herencia, realizar la partición, etc.

En las actas de notoriedad de declaración de herederos a las que se refiere el art. 979 LEC 1881, esto es, cuando los herederos son hijos, descendientes, padres o ascendientes del causante o el cónyuge viudo, el notario competente está determinado por el art. 209 bis Reglamento Notarial. En su virtud, es competente para autorizar el acta de declaración de herederos cualquiera de los notarios que sea competente para actuar en la población donde el causante hubiera tenido su último domicilio en España. Si el causante nunca tuvo domicilio en España, será competente el notario correspondiente al lugar de su fallecimiento. Si el causante hubiere fallecido fuera de España, será competente el notario que corresponde al lugar donde estuviere parte considerable de los bienes⁴⁷.

3. Las soluciones del Reglamento

Las reglas de competencia internacional que se establecen en el Reglamento se inspiran en los principios de unidad y universalidad de la sucesión y gravitan sobre la centralidad de la residencia habitual y el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, limitada y controlada, completados con la previsión de un foro subsidiario, fundado en la situación de los bienes y de un foro de necesidad. Antes de analizarlas hemos de tener presente que la definición de tribunal que se contiene en el art. 3 tiene un sentido amplio y respetuoso con los diferentes sistemas para sustanciar las sucesiones que rigen en los Estados miembros, comprendiendo en nuestro caso no solo a los órganos judiciales en sentido propio, que ejercen funciones jurisdiccionales, sino también a los notarios en los supuestos en que ejercen tal tipo de funciones, que acabamos de reseñar⁴⁸.

El sistema de foros de competencia internacional del Reglamento parte de la competencia general de los tribunales del Estado miembro en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento. Esta competencia comprende la totalidad de la sucesión (art. 4)⁴⁹.

⁴⁷ SAP A Coruña 22 septiembre 2010. Vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Prontuario cit.*, p. 8. Vid. Resolución de la DGRN de 18 de enero de 2005; CALVO VIDAL, I. A.: «Acta de notoriedad de declaración de herederos *abintestato* de un causante extranjero. Comentario sobre la Resolución de la DGRN de 18 de enero de 2005». En *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII-2005, núm. 2, julio-diciembre. Madrid, págs. 1.028-1.033.

⁴⁸ Vid. Considerando 20.

⁴⁹ Vid. ALVAREZ TORNÉ, M., *Criterios de determinación de la competencia internacional en supuestos de sucesiones en el ámbito de la UE*, <http://miami.uni-muenster.de/servlets/DerivateServlet/>

No obstante se recoge un principio de unidad entre *forum* y *ius* por el que se permite el juego de la sumisión expresa para los supuestos en que se verifiquen dos condiciones. En primer lugar, que el causante tuviese una nacionalidad distinta a la del Estado de residencia y en segundo, que el causante hubiese elegido como aplicable a la sucesión la ley de su nacionalidad o de su residencia siempre que ésta elección recaiga en la Ley de un Estado miembro. En estos casos, las partes en el litigio sucesorio o los interesados en un acto de jurisdicción voluntaria podrán acordar que un tribunal o los tribunales de dicho Estado miembro tengan competencia exclusiva para sustanciar cualquier causa en materia de sucesiones (art. 5.1).

El acuerdo relativo a la elección del foro constará por escrito, con expresión de su fecha, y será firmado por las partes interesadas. Se considerará hecha por escrito toda comunicación efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo (art. 5.2).

El carácter exclusivo de la competencia acordada, a diferencia de lo que sucede en otros Reglamentos europeos, se refuerza con la imposición al juez que conociera de un asunto sucesorio del deber de abstenerse (art. 6.b).

Junto a la sumisión expresa, la autonomía de la voluntad de las partes se reconoce también como foro de competencia judicial internacional en un supuesto que si bien no se regula como sumisión tácita, presenta perfiles muy similares a ésta al regularse en el art. 7.c) la competencia de los tribunales del Estado miembro cuya Ley fue elegida por el causante si las partes del procedimiento admiten expresamente la competencia del tribunal al que se ha sometido el asunto.

La unidad *forum-ius* en los casos en que el causante ha elegido la Ley aplicable a la sucesión determina además la posibilidad de que el tribunal del Estado miembro de la residencia habitual del causante se inhiba –abstenga– a instancia de una de las partes en el procedimiento, si considera que los tribunales del Estado miembro cuya ley fue elegida están en mejor situación para pronunciarse sobre la sucesión, habida cuenta de las circunstancias prácticas de esta, tales como la residencia habitual de las partes y la ubicación de los bienes (art. 6.a). Se acoge así el *forum non conveniens*, aunque de manera más imprecisa que en el art. 15 del Reglamento 2201/2003 y prohibido en el ámbito del Reglamento 44/2001⁵⁰.

La potencia de la autonomía de la voluntad como fundamento de la competencia judicial y de la correlación *forum-ius* se manifiesta también en los supuestos en que un tribunal haya incoado de oficio un procedimiento de sucesión, sea en virtud

Derivate-5848/diss_alvarez_torne.pdf; GAUDEMET-TALLON, H., «Les règles de compétence dans la proposition de règlement communautaire sur les successions», en: KHAIRALLAH, G.; REVILLARD, M., *Perspectives du droit des successions européennes et internationales: Étude de la Proposition de Règlement du 14 octobre 2009*, París, 2010, pp. 121-134; FORNER DELAYGUA, J., «Consideraciones acerca de la regulación de la competencia internacional de autoridades en un futuro Reglamento comunitario de Derecho Internacional Privado relativo a las sucesiones por causa de muerte», en R. VIÑAS y G. GARRIGA (cords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Barcelona, 2009, pp. 83-109.

⁵⁰ Vid. STJUE de 1 de marzo de 2005, C-281/02, *Owusu*.

del foro de la residencia del causante o en virtud del foro subsidiario del lugar de situación de los bienes, al establecer el art. 8 que dicho tribunal sobreseerá la causa si las partes en el procedimiento acuerdan resolver la sucesión extrajudicialmente en el Estado miembro cuya ley fue elegida por el causante.

Como foro subsidiario, el art. 10 regula la competencia de los tribunales del Estado miembro en el que se encuentren los bienes de la herencia. El *forum rei sitae* se reconoce con alcance general o con alcance limitado. Tendrá alcance general, fundando la competencia judicial de los Tribunales del Estado miembro donde radiquen los bienes para pronunciarse sobre el conjunto de la sucesión siempre que el causante poseyera la nacionalidad de dicho Estado miembro en el momento del fallecimiento, o, en su defecto, el causante hubiera tenido previamente su residencia habitual en dicho Estado miembro, siempre y cuando, en el momento en que se someta el asunto al tribunal, no haya transcurrido un plazo de más de cinco años desde el cambio de dicha residencia habitual.

Con un alcance limitado, el *forum rei sitae* fundamentará la competencia judicial cuando no se verifique ninguna de estas condiciones si bien dicha competencia sólo alcanzará para pronunciarse sobre dichos bienes.

La virtualidad del *forum rei sitae* se desempeña también en una regla de competencia negativa fundada en un principio de buena administración de justicia que tiene por objetivo evitar resoluciones claudicantes por las que, a instancia de una de las partes, cuando la herencia del causante comprenda bienes situados en un tercer Estado, el tribunal que sustancie la sucesión podrá no pronunciarse sobre uno o más de dichos bienes, en caso de que quepa esperar que su resolución respecto de los mismos no vaya a ser reconocida ni, en su caso, declarada ejecutiva en ese Estado. Sin perjuicio del derecho de las partes a limitar el alcance de los procedimientos en virtud de la ley del Estado miembro del tribunal que conozca del asunto (art. 12).

Finalmente, el Reglamento establece un *forum necessitatis* cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente con arreglo a otras disposiciones del Reglamento, los tribunales de un Estado miembro podrán resolver, en casos excepcionales, sobre la sucesión si resultase imposible o no pudiese razonablemente iniciarse o desarrollarse el proceso en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una vinculación estrecha y si el asunto presenta una vinculación suficiente con el Estado miembro del tribunal que vaya a conocer de él.

Como reglas de competencia especiales, el Reglamento contempla la aceptación de la herencia, de un legado o de la legítima o renuncia a los mismos y las medidas provisionales. Para las primeras arbitra la competencia de los tribunales del Estado miembro de la residencia habitual de cualquier persona que, con arreglo a la ley aplicable a la sucesión, pueda efectuar ante un tribunal una declaración relativa a la aceptación de la herencia, de un legado o de la parte legítima o la renuncia a los mismos, o una declaración de limitación de su responsabilidad respecto a las deudas y demás cargas de la herencia, siempre que esas declaraciones, con arreglo al Derecho de dicho Estado miembro, puedan hacerse ante un tribunal (art. 13).

Las medidas provisionales y cautelares podrán solicitarse a los tribunales de un Estado miembro medidas con arreglo a la Ley de dicho Estado (art. 19).

La competencia judicial ha de comprobarse de oficio. El tribunal de un Estado miembro requerido para conocer de un asunto relativo a una sucesión *mortis causa* para el cual no sea competente en virtud del Reglamento se declarará de oficio incompetente (art. 15). Para garantizar los derechos de la defensa, en los procedimientos contradictorios y en caso de rebeldía del demandado con residencia habitual en un Estado distinto del Estado miembro donde se ejercitó la acción, el Tribunal habrá de suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha podido recibir el escrito de demanda o documento equivalente con tiempo suficiente para defenderse o que se ha tomado toda diligencia a tal fin (art. 16).

RESUMEN: El 27 de julio de 2012 el *DOUE* publicó el Reglamento (UE) 650/2012, que establece una disciplina uniforme sobre la competencia judicial, la Ley aplicable y el reconocimiento de decisiones en materia sucesoria y que regula el «certificado sucesorio europeo». Las normas del Reglamento sustituirán a las disposiciones que en nuestro Derecho rigen para estas materias, introduciendo cambios de gran importancia. La última residencia habitual del causante es el nexo criterio básico tanto para determinar la competencia de tribunales y autoridades (art. 4) como para establecer el Derecho aplicable (art. 21.1). No obstante, se reconoce la posibilidad de elegir la ley aplicable a la sucesión, testada o pactada; si bien sólo cabe elegir el ordenamiento correspondiente a la nacionalidad del testador o de cualquiera de los contratantes (art. 22). Además, la Ley de la última residencia habitual del causante no se aplicará si en el momento del fallecimiento, la sucesión estuviera manifiestamente más vinculada con otro Estado, cuya Ley sería la aplicable (art. 21.2). Con el fin de garantizar la unidad *forum-ius*, el Reglamento permite que conozcan de la totalidad de la sucesión los tribunales del Estado cuya ley eligió el causante, admitiéndose la sumisión expresa (art. 5) y la sumisión tácita (art. 9). Por otra parte se reconoce el *forum non conveniens* (art. 6). El Reglamento será aplicable a la sucesión de las personas que fallezcan a partir del 17 de agosto de 2015. No obstante, se establecen reglas transitorias especiales para las disposiciones *mortis causa*, adelantado la aplicación de las normas relativas a la ley aplicable al momento de entrada en vigor del Reglamento a los veinte días de su publicación. Es decir, a partir del 16 de agosto de 2012 se puede elegir la ley aplicable a la sucesión en disposición *mortis causa*.

PALABRAS CLAVE: Sucesiones internacionales. Sucesión testada. Pactos sucesorios. Sucesión intestada. Residencia habitual del causante. Nacionalidad del causante. Ley aplicable. Elección de la Ley aplicable. Sumisión expresa. Sumisión tácita. *Forum non conveniens*. Derechos reales desconocidos. Reenvío.

ABSTRACT: On July 27 2012 was published Regulation 650/2012 *stablishing a uniform regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate on Succession*. These rules will be introduced in our system creating important changes. The place in which the deceased has his last residence is the main connecting factor to determine jurisdiction (art. 4) and applicable law on succession (art. 21.1). To ensure unity *forum-ius*, the Regulation allows the knowledge of the whole succession by the courts of the State whose law has been chosen by the deceased, by express agree-

ment (art. 5) or based on appearance (art. 9). *Forum non conveniens* was also introduced (art. 6). The Regulation will be applied to persons who died after August 17th 2015, although choice of law rules may be applied previously, 20 days after the Regulation has been published; that means that choice of law rules could be applied since 16th August 2012.

KEY WORDS: International Succession. Agreements on successions. Disposition of property upon death. Habitual residence of the deceased. National Law of the deceased. Applicable law. Choice of law. Express agreement. Jurisdiction based on appearance. Unknown Property rights. *Revoi*.

EL COBRO INTERNACIONAL DE LOS ALIMENTOS. REFLEJOS DEL DISPOSITIVO PROTECTOR DEL ACREEDOR DE ALIMENTOS EN LAS NORMAS DEL REGLAMENTO (CE) 4/2009

INTERNATIONAL RECOVERY OF MAINTENANCE. HIGHLIGHTS OF THE MAINTENANCE CREDITORS INTERESTS IN THE REGULATION (CE) 4/2009

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA

Profesora titular de Derecho internacional privado. UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL DISPOSITIVO PROTECTOR DEL ACREEDOR DE ALIMENTOS EN LOS FOROS DEL REGLAMENTO 4/2009: 1. Estructura y coordinación de los foros. 2. Trazos más relevantes del dispositivo protector. III. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DE LAS NORMAS DE CONFLICTO UNIFICADAS EN EL REGLAMENTO DE ALIMENTOS: 1. La residencia habitual: regla general y sus excepciones. 2. La autonomía de la voluntad. IV. LA SUPRESIÓN DEL EXEQUÁTUR Y LAS DECISIONES CERTIFICADAS EN MATERIA DE ALIMENTOS: 1. Supresión del exequátur en materia de alimentos: complejidad en la gestión de las fuentes. 2. Revitalización de la función garante de la norma de conflicto en sede de reconocimiento: supresión del exequátur y derechos fundamentales. 3. Decisiones certificadas en materia de alimentos. V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS.

I. INTRODUCCIÓN

1. No existen estadísticas europeas seguras acerca del número de asuntos transfronterizos concernientes a una reclamación de alimentos. Sin embargo, algunos

datos permiten anticipar la importancia social, económica y humanitaria del cobro de las deudas de alimentos. Conviene reparar que en un contexto transfronterizo, la cuestión deviene más compleja debido a tres factores generales: la pluralidad de instrumentos convencionales, la intervención normativa de la Unión Europea y la diversidad de soluciones de las legislaciones internas. Quizá un primer indicador de la importancia de esta cuestión reside en el número de divorcios y separaciones judiciales que se producen en la Unión Europea. Existen datos en la materia, así: a) en la Unión Europea se casan unos 2,2 millones de parejas cada año, entre las que unas 350.000 son internacionales; b) otras 875.000 parejas se separan anualmente; aproximadamente, 170.000 están formadas por personas de distinta nacionalidad¹; c) en España, el 80% de las decisiones de divorcio o separación incluyen pensiones alimentarias. Solo el 50% son abonadas con regularidad².

2. Pero, qué problemas plantean las deudas de alimentos confrontadas con las complejidades de la frontera. Ciertamente, un tratamiento en clave internacional privatista no es una cuestión nueva. Tradicionalmente, su estudio se asocia a la dimensión humanitaria del cobro de los alimentos debidos (como lo prueba el Convenio de Nueva York de 1956³) así al orden público internacional alimentario (como ya advirtiese el Maestro BATIFFOL en 1973). En el ámbito de la Unión Europea los aspectos iusinternacionalprivatistas del cobro transfronterizo de alimentos fueron desde tiempo un objetivo presente en los distintos Consejos. Así, el Consejo de Tampere de 1999, los Programas y Planes de acción de 2000, 2005 y 2010 y más tarde su incorporación a los trabajos de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado dieron orientación y contenido al actual Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (*DOUE* 10-1-2009), en vigor desde el 18 de junio de 2011, y que constituye el instrumento normativo objeto de este trabajo.

3. Esta iniciativa merece en principio una acogida favorable. Un Reglamento comunitario que, respecto de las deudas de alimentos, garantice el acceso al juez, facilite la obtención de alimentos desde el ámbito de la ley aplicable y erradique los «efectos perversos de la frontera» en cuanto a la ejecución de decisiones es, definitivamente, un esfuerzo loable. Sin embargo, este aplauso inicial no implica necesariamente un cálido recibimiento (desde la perspectiva doctrinal), sobre todo, si atendemos a algunos de sus resultados. En efecto, algunos flancos a la crítica han

¹ Según datos de la Comisión Europea, la tasa de divorcios de parejas internacionales no deja de aumentar en todos los Estados miembros excepto Portugal y Estonia. En Suecia, por ejemplo, alrededor del 20.000 deudores de alimentos (registrados en la caja de la Seguridad Social) residían en el extranjero. El importe en concepto de pensiones alimentarias pagadas por estos deudores ascendió a unos 7 millones de euros.

² *Libro Verde* - Obligaciones alimentarias /COM/2004/0254 final.

³ *Convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero*, hecho en Nueva York el 20 de junio de 1956.

quedado descubiertos y así ha sido puesto de relieve por la doctrina⁴. En concreto, dos aspectos merecen ser señalados: primero, se cuestiona la necesidad de la intervención comunitaria en esta materia y segundo, se alerta acerca de la fragmentación de fuentes resultante de dicha intervención.

4. En efecto, se ha cuestionado la injerencia comunitaria en la materia como una acción no deseable en atención a dos datos: el primero, porque existe un corpus normativo internacional consistente y de probada eficacia (Convenio de Nueva York de 1956 y los Convenios de la Conferencia de La Haya); y el segundo, porque no ha quedado suficientemente acreditado que el principio de subsidiariedad justifique la acción comunitaria de suerte que la materia resulte «atrapada» en el ámbito competencial de la Unión. Por otra parte, se ha destacado que la fragmentación de fuentes en la materia adquiere con este Reglamento dimensiones inusuales. El problema inmediato es la gestión de la colisión de normas; cuestión compleja de por sí que en esta materia adquiere dimensiones «de alto riesgo». Un ejemplo inmediato es el papel relevante que se concede al Protocolo de 2007 de la Conferencia de La Haya en materia de ley aplicable; técnica en absoluto novedosa si recordamos su inclusión y puesta en práctica en el Reglamento de Bruselas II bis a favor del Convenio de 1980 sobre secuestro, pero que, en materia de alimentos, deja abiertos grandes interrogantes y plantea flancos a la crítica desde la perspectiva del reconocimiento de decisiones.

5. Este artículo recoge, con las debidas aclaraciones, la ponencia ofrecida en la XXIII edición de los Cursos de Verano de la UNED (2012). En concreto, se trata del curso codirigido por las profesoras Mónica GUZMÁN ZAPATER y Mónica HERRANZ BALLESTEROS⁵ bajo el título *Familia y persona en la Unión Europea: problemas actuales*. Nuestra ponencia trataba esencialmente de sistematizar las respuestas del Reglamento 4/2009 en cada uno de los sectores afectados partiendo, como hipótesis de trabajo, de la verificación del dispositivo protector del acreedor de alimentos en los tres sectores concernidos. En otros términos, las manifestaciones del dispositivo protector del acreedor de alimentos y su proyección en las normas de competencia judicial internacional, de ley aplicable y de reconocimiento y ejecución de decisiones contenidas en el Reglamento 4/2009.

⁴ Sobre las consecuencias de la fórmula elegida véanse, entre otros: B. ANCEL; H. MUIR WATT, «Aliments sans frontières», *Revue critique de droit international privé*, núm. 3, 2010; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas», *Diario La Ley*, nº 7230, de 31 de julio de 2009; F. FERRAND, «The Council Regulation (EC) nº 4/2009 of 18 december 2008 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition and Enforcement of Decisions and Cooperation in Matters Relating to Maintenance Obligations» en *Latest developments in EU private international law*, Intersentia, 2011, pp. 83-111; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, nº 19 (junio 2010).

⁵ Desde estas páginas agradezco a ambas profesoras la oportunidad de participar en el mencionado curso.

II. EL DISPOSITIVO PROTECTOR DEL ACREEDOR DE ALIMENTOS EN LOS FOROS DEL REGLAMENTO 4/2009

6. El *Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* consagraba, para las obligaciones en materia de alimentos, la protección del acreedor con respecto del deudor incorporando, junto al criterio general del domicilio del demandado, otros dos foros: el domicilio o la residencia habitual del acreedor de alimentos, dejando a este último la elección entre varios foros alternativos⁶.

7. Ambas soluciones se han mantenido en el *Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000*, imponiéndose la residencia habitual como foro relevante en los instrumentos procesales posteriores referidos a las relaciones de familia⁷. Es el caso del *Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental*⁸.

8. En el específico ámbito de los alimentos entre parientes, el Reglamento 4/2009 consagra la competencia general de los órganos judiciales del Estado de la residencia habitual del demandado o los de la del acreedor de alimentos, a elección del demandante (art. 3 apartados a y b). De su estructura y coordinación y

⁶ Esta regla se introdujo en el Convenio de 1968 (revisión de 1985) a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *De Cavel* de 6 de marzo de 1980 (As. C-120/79) que declaró aplicable el Convenio de 27 de septiembre de 1968 tanto a la ejecución de una medida provisional adoptada en un proceso de divorcio, por la que se concede a una de las partes una pensión alimenticia mensual como a una prestación compensatoria provisional, pagadera mensualmente, concedida a una de las partes mediante una sentencia de divorcio.

⁷ *Vid. Derecho Civil. Cooperación Judicial Europea, Consejo de la Unión Europea, 2004*. Comentarios de F. POCAR, al Reglamento Bruselas I (pp. 10-27) y de A. BORRÁS, al Reglamento Bruselas II (pp. 56-76). Versión electrónica: http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/librairie/PDF/CL_ES_WEB.pdf (última visita 28-10-2012).

⁸ En materia de divorcio, separación y nulidad (art. 3), los criterios concretos están basados en gran parte en la residencia habitual, aunque es cierto que la variedad de situaciones posibles puede producir problemas de determinación. Para las cuestiones relacionadas con la responsabilidad parental cubiertas por el mencionado Reglamento (sección 2ª) cabe distinguir varios supuestos: norma general, competencia en caso de sustracción del menor, competencia de las autoridades del Estado del divorcio, competencia basada en la presencia del menor, competencia residual y competencia del órgano jurisdiccional mejor situado para conocer del asunto. La residencia habitual se erige como criterio general de conexión en las normas generales de competencia (art. 8 en plena consonancia con art. 5.1 del Convenio de La Haya de 1996) y en las relativas al derecho de custodia y visita relacionado con supuestos de traslado del menor a otro Estado miembro (tanto en supuestos de traslado lícito como ilícito). Existe, no obstante, una diferencia para los supuestos de cambio de residencia a favor de las autoridades de la nueva residencia (con excepción de los casos de sustracción o retención ilícitas), mientras que en este último se produce un cambio automático de competencia en el Reglamento (CE) 2201/2003 la competencia de las autoridades de la anterior residencia pervive durante tres meses (artículo 9) para modificar una resolución judicial sobre el derecho de visita dictada con anterioridad al cambio de residencia, si el titular del derecho de visita con arreglo a tal resolución continúa residiendo en dicho Estado y no ha aceptado la competencia de las autoridades del Estado de la nueva residencia.

de los trazos del dispositivo protector del acreedor de alimentos nos ocupamos a continuación.

1. Estructura y coordinación de los foros

9. De acuerdo con el Reglamento, la estructura de los foros busca la simplificación de los mecanismos para la obtención de alimentos en supuestos transfronterizos (Considerando 9). Para ello, se unifican las normas o disposiciones sobre conflictos de jurisdicción (Considerando 10). Sin embargo, la simplificación pretendida no aleja la complejidad de fuentes y la necesidad de despejar las relaciones e interacciones entre los distintos instrumentos aplicables. Por otra parte, si se compara el régimen propuesto por el Reglamento y el régimen hasta ahora aplicable, retenido por el artículo 5.1 del Reglamento Bruselas I y otros instrumentos vecinos, tendremos ocasión de valorar de forma más adecuada si la simplificación pretendida se constata como tal. ¿Es justificable esta simplificación si se genera tal complejidad de fuentes? Una primera aproximación arroja varias conclusiones anticipatorias y cuestiones a modo de hipótesis de trabajo.

10. Como cuestión primera cabe recordar que los *foros de competencia* del Reglamento 4/2009 sustituyen los establecidos en el R 44/2001 en las relaciones comunitarias, así como las disposiciones del Reglamento 805/2004. Es importante retener que Dinamarca sí participa de este mecanismo protector en virtud del acuerdo con la Unión Europea de 12 de junio de 2009 (DO L 149, de 12 junio 2009). Sin embargo, no queda ligada por las disposiciones en materia de ley aplicable y de cooperación. El Reino Unido, por su parte, ha manifestado su intención de aceptar el Reglamento [COM(2009), de 21-4-2009].

11. El sistema de Bruselas ofrecía un foro general de CJI (domicilio del demandado en un Estado miembro, art. 2 R 44) y un foro especial opcional a favor del tribunal del domicilio o de la residencia habitual del acreedor de alimentos (art. 5.2). A este foro especial y privilegiado del acreedor de alimentos se añadía la posibilidad, en beneficio del menor, de demandar ante el tribunal competente según la ley del foro para conocer de una acción principal relativa al estado de las personas, siendo la demanda de alimentos de carácter accesorio, salvo que la CJI se fundase exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes (art. 5.2 *in fine*).

12. El R 4/2009 agrega un nuevo foro (art. 3.d) para supuestos de demanda de alimentos vinculada a una demanda relativa a la responsabilidad parental. Aquí, la demanda puede ser presentada por el acreedor de los alimentos ante el tribunal competente para conocer de la demanda de responsabilidad parental (en virtud del Reglamento Bruselas II bis). Con ello se pretende evitar el fraccionamiento del contencioso.

Ejemplo: una demanda de alimentos vinculada a una demanda de modificación del derecho de visita presentada ante el tribunal de la residencia habitual del niño trasladado a otro Estado miembro

implicará que el tribunal competente para conocer de la acción principal, de acuerdo con el artículo 9.1 R 2201/2003, también lo será para conocer de la demanda de alimentos (art. 3, pfo. 3, R 4/2009).

13. En relación a este nuevo régimen, el R 4/2009 apuesta por la primacía de la residencia habitual frente al domicilio pero no aporta una definición. Habrá que estar a lo que indique el Tribunal de Justicia. En este punto concreto habrá que contar con las sentencias precedentes del TJUE. Sin embargo estas sentencias atienden a otras cuestiones como el concepto de alimentos⁹, la noción de acreedor de alimentos¹⁰, la acción de repetición para el reembolso¹¹ o el orden público¹²) referidas al Convenio de Bruselas de 1968 pero no a la cuestión concreta de demanda vinculada a otra demanda sobre responsabilidad parental. La aplicación coordinada del Reglamento 2201/2003 con el Reglamento 4/2009 se impone y las posibles dificultades en la aplicación práctica de ambos instrumentos son un reflejo de la complejidad en la gestión de las fuentes.

2. Trazos más relevantes del dispositivo protector

14. *Establecimiento de una opción entre un «set» de foros a favor del demandante.* La estructura de los foros de opción es distinta a la de los foros del Reglamento Bruselas I (un foro general y un foro especial concurrente). ¿Representa esta estructura una auténtica compensación procesal *in favor creditoris*? Como punto de partida, recordar que el acreedor de alimentos es percibido como la parte débil o desfavorecida de la relación en ambos textos. A diferencia de lo que sucedía en el Reglamento Bruselas I, el R 4/2009 plantea la opción en el marco de un set de dos foros especiales que van a designar, directamente, el tribunal competente. Esta formulación parece confirmar una apuesta, en el R 4/2009, por la técnica que Bruselas I establece respecto de los foros de protección del trabajador, el asegurado y el consumidor. ¿Se trata de un modelo generalizable en cada ocasión en que una parte sea considerada como desigual en el plano procesal? ¿Significa esta opción una generalización del beneficio del *fórum actoris*? La parte demandada, reputada como parte fuerte, ¿podrá elegir foro? Parece que no, salvo que lo sea por iniciativa de la parte reputada como débil en la relación procesal (acreedor de alimentos).

⁹ STJCE 6 marzo 1980, as. 120/79, *De Cavel*, Recopilación, 1980, pp. 731-744 (art. 24 CB) y STJCE 27 febrero 1997, as. C-220/95, *Antonius van den Boogaard vs. Paula Laumen*, Act.TJCE/TPI, núm. 07/1997, pp. 6-8 (art. 1 CB).

¹⁰ STJCE 20 marzo 1997, as.C-295/95, *Jackie Farrell vs. James Long* (art. 5.2 CB). Nota en *REDI* vol. LIV (2002-2), pp. 894-902.

¹¹ STJCE de 14 de noviembre de 2002, asunto C-271/00, *GemeenteSteengergen vs. Luc Baten*. STJCE 15 de enero de 2004, asunto C-433/01, *FreistaatBayern vs. JanBlijdenstein*

¹² STJCE 4 febrero 1988, as. 145/86, *Hoffmann vs. Krieg*, Recopilación, 1988, pp. 645-672 (arts. 26 y 27 CB).

15. *Una garantía extra a favor del demandante-acreedor (art. 8).* Una decisión de alimentos es –por principio– de naturaleza provisional en la medida en que puede ser revisada. Para que el deudor no pueda iniciar un revisión/modificación de la decisión en otro país, el artículo 8 proscribía acudir a otro tribunal en cuatro supuestos: 1) cuando la resolución haya sido dictada en un Estado miembro o en un Estado parte del Convenio de La Haya de 2007 en el que el acreedor tiene su residencia habitual y mientras continúe residiendo en dicho Estado, salvo convenio o acuerdo en contrario; 2) cuando el demandado compareciera sin impugnación de competencia; 3) en el caso de que la autoridad competente no quiera o no pueda ejercer su competencia; y, 4) finalmente, si la resolución dictada en el Estado de origen parte del Convenio de La Haya de 2007 no pueda ser reconocida o declarada ejecutiva en el Estado miembro en el que se esté considerando la posibilidad de modificar la resolución. Es un artículo inspirado en el Convenio de La Haya de 2007 (art. 18) y representa una vertiente procesal de interés práctico y doctrinal. En este sentido, es posible preguntarse qué función cumple el artículo 8 (¿representa un beneficio extra destinado a perfeccionar el dispositivo protector?); qué efectos puede producir. ¿instaura una *perpetuatio fori*? En cierta medida sí es posible coincidir con la apreciación doctrinal de una *perpetuatio fori* dados los límites impuestos al cambio de foro para la revisión. Finalmente, y más allá de un beneficio extra para el acreedor, el artículo 8 parece ser una norma destinada a garantizar –en el espacio europeo– que posibles «maniobras» procesales dilatorias de los deudores transfronterizos no tengan éxito en un espacio sin fronteras. Así, una sentencia condenatoria dictada en un Estado miembro y sujeta a revisión o modificación a instancias del deudor deberá ser presentada ante el mismo juez que dictó la sentencia incluso si otro tribunal de otro Estado miembro tuviera la competencia.

16. *La elección de foro del artículo 4: autonomía de la voluntad.* Debe distinguirse de la opción, que solo beneficia al acreedor-demandante. En la elección se presupone un acuerdo entre las dos partes. El margen de elección está limitado personal y materialmente. Estas limitaciones o cautelas en la elección del tribunal, ¿favorecen al acreedor? O simplemente son la respuesta a los recelos de los Estados miembros ante la extensión de la autonomía de la voluntad en materia tan sensible como esta.

La respuesta dependerá de cada supuesto. El Reglamento ordena la elección en torno a tres tipos de acreedores: menores de 18 años, mayores de dicha edad y cónyuges/ex cónyuges. A los primeros, la *electio fori* se les prohíbe, a los segundos, se les limita a un «set» de foros (residencia habitual de las partes o nacionalidad común de las partes), los últimos pueden elegir entre los foros establecidos en materia matrimonial (indirecta incorporación del Reglamento Bruselas II bis) o entre los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual durante al menos un año (regla especial que modifica la anterior). A título subsidiario son competentes los jueces del Estado miembro de la nacionalidad común de las partes (*foro colonial*).

17. Como objetivo general interesa ver si esta articulación de la autonomía de la voluntad marca el futuro DIPr europeo de familia (sucesiones y régimen económico del matrimonio). Parece que la autonomía de la voluntad en la elección de ley y de foro va a ser una realidad en materia familiar en las relaciones intracomunitarias. Habrá que ver cómo resolver los problemas de DIPr. ¿Revitalizará esta opción normativa la teoría general de Derecho internacional privado? Parece que ese es un camino necesario.

Por otra parte, el foro de la nacionalidad común como foro subsidiario. En principio, esto significa que dos ciudadanos de la Unión residentes fuera de la Unión pueden litigar ante los tribunales de su nacionalidad común. Cuestiones como la doble nacionalidad no quedan resueltas en el Reglamento. Este foro, llamado «foro colonial», sin embargo, queda limitado en la medida en que el artículo 6 incorpora por referencia a los Estados parte en el Convenio de Lugano (Suiza, Noruega, Islandia). De modo que no cabe acudir al foro de la nacionalidad común si la demanda puede plantearse ante los órganos jurisdiccionales de algunos de estos Estados.

III. LA FUNCIÓN DE GARANTÍA DE LAS NORMAS DE CONFLICTO UNIFICADAS EN EL REGLAMENTO DE ALIMENTOS

18. Con carácter general puede afirmarse que la elaboración de un Derecho internacional privado europeo en materia de familia afecta no solo a las reglas de competencia judicial internacional sino también a las normas de conflicto. Con carácter previo conviene recordar que la unificación de las normas de competencia judicial por el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 exigía, a fin de evitar el riesgo de *forum shopping* –propiciado por las numerosas opciones de competencia abiertas por este Convenio–, una unificación correlativa de las normas de conflicto de leyes. Así, ya en 1970, el Comité de Representantes Permanentes decidió dar curso a una iniciativa del Gobierno belga y crear un grupo de trabajo con este fin. El propósito inicial consistía en unificar las normas sobre conflicto de leyes en todas las materias a las que se aplicaba el Convenio de Bruselas, con excepción de las obligaciones de alimentos, de cuyo estudio se ocupaba en ese momento la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado¹³.

Esta ausencia de reglamentación ha sido colmada por el Reglamento 4/2009. Ahora bien, el Reglamento no establece de modo directo la determinación de la ley aplicable a las obligaciones de alimentos sino que mediante una técnica indirecta (incorporación por remisión) asume las soluciones de otro instrumento convencional: el *Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias de 23 de noviembre de 2007*. En efecto, el art. 15 del Reglamento 4/2009 señala: «La Ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con

¹³ Vid. Derecho Civil. Cooperación Judicial Europea, Consejo de la Unión Europea, 2004. Comentario de P. LAGARDE al Convenio de Roma I y sus Protocolos, cit., pp. 136-148.

el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (...) *en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento*».

19. La búsqueda de sinergias entre ambos instrumentos y la articulación de las negociaciones de La Haya y los trabajos comunitarios ya se afirmaba en la Propuesta del Reglamento sobre alimentos pues el legislador comunitario era consciente de los avances de la Conferencia en esta materia¹⁴. Durante los trabajos del Reglamento se planteó la relación de éste con el Protocolo de La Haya barajándose distintas soluciones¹⁵. Finalmente se optó por la elaboración de un Reglamento sin normas de ley aplicable y la adhesión de la Unión Europea al Protocolo de La Haya. Como ventajas de esta solución se adujo el precedente contenido en el Reglamento de Bruselas II bis (art. 11 que incorpora por remisión algunas soluciones del Convenio de La Haya de 1980 sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores) así como la incorporación del Protocolo al Derecho comunitario, lo que permitiría al TJCE su interpretación. Frente a ello, el inconveniente de la necesaria entrada en vigor de forma simultánea y el establecimiento de dos vías para el reconocimiento y ejecución de resoluciones (una para los Estados miembros vinculados por el Protocolo y otra para los que no lo estuviesen)¹⁶.

20. La finalidad del Protocolo es armonizar solo las normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones alimenticias, por lo que la ley aplicable al establecimiento de la relación familiar en que se basa dicha obligación seguirá determinándose conforme a las normas de cada Estado. Siendo coherente con esta afirmación, el Reglamento 4/2009 señala que «el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos en virtud del presente Reglamento no implicarán en modo alguno el reconocimiento de las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad en que se basa la obligación de alimentos que dio origen a la resolución».

¹⁴ Durante la sesión XIX de la Conferencia de La Haya se marcó con carácter prioritario en la agenda de sus trabajos la elaboración de un nuevo convenio en materia de obligaciones alimenticias que tendría como finalidad principal modernizar los existentes y ofrecer una regulación de conjunto sobre la materia. El convenio se firmaría junto con un Protocolo sobre la ley aplicable, el 23 de noviembre de 2007 al concluir la XXIª sesión Diplomática de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. Sobre las posturas enfrentadas en torno a la inclusión de las normas de conflicto en el Convenio o su exclusión, *vid.*, A. BONOMI, *Rapport Explicatif: Avant projet de Protocole sur la loi applicable aux obligations alimentaires*. Doc. Prel. 33 (agosto 2007). Disponible en internet: http://www.hcch.net/index_es.php?act=publications.details&pid=4140&dtid=35.

¹⁵ Doc. JUSTCIV 20, Bruselas 7-2-2008. Discussion paper on the relationship between the draft Regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations, and the 2007 Hague Protocol on the Law Applicable to Maintenance Obligations. Disponible en Internet: http://euzpr.eu/eudocs/01prozessr/20famr/30egunte rhaltsvo/egunterhaltsvo-139-rat_5936-08_en.pdf

¹⁶ *Vid.* bibliografía citada en nota 4 (*supra*).

Sentada la naturaleza *erga omnes* del Protocolo, éste fija como conexiones para determinar la ley aplicable, la autonomía de la voluntad, una regla general y varias especiales.

1. La residencia habitual: regla general y sus excepciones

21. Centrándonos en la regla general se establece, a salvo que se dispusiere otra cosa, que las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor de los alimentos. En caso de cambio de residencia habitual, se aplicará la ley del nuevo país de residencia (art. 3).

Tal como señala A. BONOMI en el Informe Explicativo al Anteproyecto de Protocolo, este punto de conexión presenta las ventajas de que la obligación alimenticia se establece teniendo en cuenta el medio social y las condiciones reales del país del acreedor, permite la igualdad de tratamiento de todos los acreedores que tienen su residencia habitual en el mismo país (sin distinción por razón de su nacionalidad) y por último es el criterio ampliamente utilizado en sede de competencia judicial internacional tanto en instrumentos internacionales como en muchas legislaciones nacionales (correlación *forum-ius*).

22. En cuanto a la definición de la residencia habitual hay que entenderla en el sentido tradicionalmente utilizado por la Conferencia de La Haya. Se trata de una cuestión fáctica que se correspondería con el «centro social de vida» y que se determinaría en función de todas las condiciones sociales y familiares.

23. A partir de esta regla general, se produce un régimen de conexiones subsidiarias en función de la relación familiar origen de la obligación de alimentos; la finalidad es su obtención (*favor creditoris*). Así, cuando la obligación de alimentos tenga su origen en una relación paterno-filial y la ley de la residencia habitual no permitiera la obtención de alimentos, se aplicará la *lex fori*, y si ésta tampoco permite la consecución de alimentos, se aplicará la ley de la nacionalidad común (inversión de conexiones respecto de las soluciones del Convenio de La Haya de 1973).

24. Una segunda excepción al principio general del artículo 3 se refiere a las obligaciones alimenticias entre cónyuges, ex cónyuges o entre personas cuyo matrimonio ha sido anulado (cláusula de protección del deudor): no se aplicará la ley de la residencia habitual del acreedor si la otra parte se opone y el supuesto presenta una vinculación más estrecha con la Ley de otro Estado, en particular la de la última residencia habitual común del matrimonio, en cuyo caso se aplicará esta última (art. 5). Esta regla se aparta de la del Convenio de La Haya de 1973 que somete las obligaciones alimenticias entre los cónyuges a la ley aplicada al divorcio, separación o nulidad matrimonial.

25. Finalmente, en el caso de alimentos entre parientes por vía colateral, el Protocolo permite la oposición del deudor a la pretensión si esta obligación no existe según la ley del Estado de la residencia habitual del deudor ni según la ley del Estado de la nacionalidad común de las partes (art. 6).

Como puede verse, determinar la ley aplicable a las obligaciones alimenticias mediante las reglas del Protocolo de La Haya de 2007 no es cuestión fácil debido al juego de excepciones a la regla general, de excepciones a las excepciones y de condiciones formales y materiales que deben cumplirse. En este sentido, se ha afirmado que «la aplicación del ordenamiento del Estado de la residencia habitual del acreedor puede acabar convertida en la regla excepcional o residual»¹⁷.

2. La autonomía de la voluntad

26. La autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado es una cuestión a la vez tradicional y moderna. Tradicional –podría decirse que tradicionalmente compleja– porque la posibilidad de elección de ley es un principio fundamental de los conflictos de leyes en el ámbito patrimonial (contractual y extracontractual) como se demuestra en los Reglamentos Roma I y Roma II y «tradicionalmente compleja» por las reticencias al menos teóricas acerca del alcance o de los límites de la elección propiamente dicha. Pero también es un tema de actualidad y moderno. Debemos reconocer que el lugar reservado a la autonomía de la voluntad en los sistemas más modernos de DIPr es creciente¹⁸. En efecto, en los últimos decenios, y por usar una expresión que ha hecho Escuela, asistimos a la «irresistible ascensión de la *professio iuris*» en ámbitos más vastos y en particular en las relaciones privadas internacionales de la familia (regímenes del matrimonio, contratos, sucesiones, donaciones, relaciones entre los esposos, divorcio, derecho al nombre, uniones registradas, etc.).

27. Centrándonos en el DIPr europeo en materia familiar, como ha señalado el profesor E. JAYME, la elección de ley aplicable o mejor dicho la posibilidad de su ejercicio puede ser percibida como expresión del principio de libertad personal que se integra en los derechos humanos y permite a las partes diseñar sus relaciones patrimoniales y delimitar sus intereses de forma más efectiva que la realizada por el legislador¹⁹. Cuestión en íntima conexión con la libertad de elección del foro y los requisitos exigidos para que las decisiones públicas extranjeras surtan efectos en un país. En este sentido se ha sostenido que utilizar criterios que permitan a los particulares determinar con seguridad o previsibilidad razonable los tribunales competentes, la Ley estatal aplicable y los requisitos de eficacia extraterritorial de deci-

¹⁷ Es la opinión de F. GARAU SOBRINO, «Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias. ¿Hacia un Derecho Internacional Privado extravagante?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, nº 2 (2011), pp. 130-144.

¹⁸ Un estudio de Derecho comparado en: «Autonomie de la volonté en droit international privé», *Cahier nº 10, Institut suisse de droit comparé*, Lausanne, 2004.

¹⁹ E. JAYME, «L'autonomie de la volonté des parties dans les contrats internationaux entre personnes privées», en *Annuaire de l'Institut de Droit International-Session de Bâle*, Vol. 64-1, 1991, pp. 7 ss.; ID., «Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies», *Yearbook of Private International Law*, Vol. XI (2009), ISDC, pp. 1-10.

siones es la solución *óptima (e intrínsecamente eficiente)*²⁰ en la medida que permite la máxima previsibilidad de Ley y tribunal, evitando litigios sobre la cuestión y la intervención del juez²¹.

28. Como acabamos de señalar, el Reglamento 4/2009 hace suyas las soluciones del Protocolo de La Haya de 2007 en materia de ley aplicable a las obligaciones de alimentos. El Protocolo de La Haya de 2007 permite que las partes puedan hacer uso de la autonomía de la voluntad (arts. 7 y 8). De forma análoga a como ocurre en sede de competencia judicial internacional, se trata de una autonomía de la voluntad limitada a un elenco de leyes y queda excluida la posibilidad de elección cuando el acreedor sea menor de 18 años o se trate de un adulto incapaz²².

29. La principal ventaja de la elección es la de garantizar estabilidad y previsibilidad en cuanto a la ley aplicable. Como afirma A. BONOMI en el Informe explicativo:

*En effet, si les parties ont conclu un tel choix, la loi élue reste applicable en dépit des changements qui peuvent intervenir dans leur situation personnelle, et quelle que soit l'autorité saisie en cas de litige. En particulier, le changement de la résidence habituelle du créancier d'aliments ne comporte pas de modification de la loi applicable*²³.

30. *Limitación a un «set» de leyes.* En virtud de lo dispuesto en el artículo 7.1 del Protocolo, el acreedor y el deudor de los alimentos pueden designar —a los efectos de un procedimiento específico que se abra en un determinado Estado— la ley de dicho Estado como aplicable a una obligación alimenticia. Esta designación, si se hace antes de la iniciación del procedimiento debe ser objeto de un acuerdo firmado por ambas partes, por escrito o registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta (art. 7.2).

²⁰ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Globalización y derecho internacional privado en el siglo XXI», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 22, 2004, pp. 17-58. Igualmente las consideraciones de M. GUZMÁN ZAPATER en «La superación del exequátur en el espacio judicial europeo: decisiones relativas al derecho de visita y a obligaciones de alimentos», en *Derechos Humanos y Conflictos internacionales*, Curso de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz, 2006, pp. 211-246.

²¹ J. Y. CARLIER, *Autonomie de la volonté et statut personnel*, Bruselas, Bruylant, 1992; P. GANNAGÉ, «La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille», *Rev. Crit. DIP*, 1992, vol. LXXXI, pp. 425-454; A. E. VON OVERBECK, «L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé», *Nouveaux itinéraires en droit (Hommage à François Rigaux)*, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, 1993, pp. 619-636; ID., «La *Professio juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé», *Liber amicorum Baron Louis Fredericq*, vol. II, Gent, 1965, pp. 1085-1112; R. VAN DER ELST, «Liberté, respect et protection de la volonté en Droit international privé», *Hommage à François Rigaux*, Bruselas, 1993, pp. 507-516.

²² M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos...», cit.

²³ A. BONOMI, «Avant-Projet de Protocole sur la Loi Applicable aux obligations alimentaires». *Rapport explicatif*. Doc. Prel. 33, août/2007.

En este sentido, cabe realizar algunas observaciones: a) en cuanto a la forma, no es necesaria formalidad si el procedimiento se ha iniciado y las partes determinan la ley ante la autoridad competente; b) en cuanto a la elección, y en el mismo supuesto, es decir cuando el procedimiento ya se ha iniciado, solo cabe una posibilidad: la *lex fori* (queda descartada la regla general de la residencia habitual); c) por tanto, si las partes no desean que se aplique la *lex fori* a las obligaciones de alimentos, pero sí pactar la ley aplicable, deberán realizar antes del inicio del procedimiento el correspondiente pacto de elección de acuerdo con lo señalado en el artículo 7.2 y en relación con el «set» de leyes que establece el artículo 8.

31. La designación de la ley aplicable por el acreedor y deudor y *no limitada a un procedimiento específico* puede realizarse, en cualquier momento, entre las siguientes leyes (art. 8.1): a) la ley de un Estado del cual alguna de las partes sea nacional en el momento de la designación; la de la residencia habitual de una de las partes en el momento de la designación; la elegida por las partes para regir sus relaciones patrimoniales o la ley efectivamente aplicada a tales relaciones; y la elegida por las partes para regir su divorcio, separación de cuerpos o la ley efectivamente aplicada a tal divorcio o separación. Esta designación debe ser objeto de un acuerdo firmado por ambas partes, por escrito o registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta (art. 8.2).

32. Esta designación no está permitida respecto de las obligaciones alimenticias a favor de menores de 18 años o personas adultas que padezcan una disminución o insuficiencia de sus facultades personales (art. 8.3). Además, los apartados 4 y 5 del artículo 8 imponen dos limitaciones adicionales a la ley elegida: por una parte, será la ley del Estado de la residencia habitual en el momento de la designación la que determine si el acreedor puede renunciar a su derecho de alimentos (art. 8.4). Y, de otra parte, las partes han de ser debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la ley designada; solo si no lo fueron, la ley elegida no se aplicará si conlleva consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes (art. 8.5).

33. Sobre este precepto es preciso acotar algunas limitaciones y concreciones: a) la necesidad de formalizar por escrito el acuerdo; b) el equilibrio entre ley de la residencia habitual y ley de la nacionalidad no privilegiando ninguna de las dos conexiones; c) la posibilidad de aplicar a las obligaciones de alimentos la misma ley que rige las relaciones patrimoniales del matrimonio o la misma ley que rige el divorcio o la separación judicial, bien sea pactada o en su defecto la que resulte efectivamente aplicada; d) cabe pensar que si los cónyuges no puedan elegir la ley aplicable a su divorcio (tratándose de países que no tienen dicha posibilidad en sus normas internas de Derecho internacional privado), la opción no sería posible; sin embargo, sí es posible elegir anticipadamente la ley que sea efectivamente aplicada al régimen del matrimonio o al divorcio, lo que permite asegurar una base voluntaria para la estabilidad de la ley aplicable.

34. El artículo 11 delimita el ámbito de aplicación de la ley aplicable que determinará, en particular, en qué medida y a quién puede el acreedor de alimentos

reclamarlos; si éstos pueden ser solicitados retroactivamente; la base para el cálculo de la cuantía de los alimentos y su actualización; la legitimación activa, salvo las cuestiones de capacidad procesal y la representación en juicio; la prescripción para iniciar la acción; y el alcance de la obligación del deudor de alimentos cuando sea un organismo público quien solicita el reembolso de las prestaciones proporcionadas a un acreedor a título de alimentos. Con todo, en la determinación de la cuantía de los alimentos habrá de tenerse en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor (art. 14). Siguiendo la estela de los Convenios de La Haya precedentes en la materia, se excluye el reenvío y se establece que la ley designada como aplicable solo puede ser rechazada en la medida en que sus efectos fueran manifiestamente incompatibles con el orden público del foro (arts. 13 y 14).

IV. LA SUPRESIÓN DEL EXEQUÁTUR Y LAS DECISIONES CERTIFICADAS EN MATERIA DE ALIMENTOS

35. Cuando la eficacia extraterritorial, decisiones judiciales (y de actas) se alcanza por reconocimiento mutuo, surgen tres rasgos distintivos destacados por la doctrina²⁴: en primer lugar, las decisiones certificadas se convierten en título ejecutivo sin tener que superar ningún control en el país de ejecución; en segundo lugar, la sede de control reside en el país de origen, de manera que es la autoridad del Estado que ha dictado la resolución la competente para comprobar que en ella concurren los requisitos correspondientes, emitiendo un certificado que le dota de fuerza ejecutiva; en tercer lugar, este método, hasta ahora de carácter alternativo, va adquiriendo mayor relevancia tanto en materia patrimonial como familiar.

A lo que cabría agregar, como elemento previo para la supresión del exequátur, el establecimiento de determinados requisitos procesales (de mínimo estándar) cuyo cumplimiento por el juez de origen garantizaría la observancia estricta de los derechos del deudor al «debido proceso». No obstante, los instrumentos comunitarios en materia de Derecho de familia que incorporan el mecanismo de la decisión certificada eliminando el procedimiento de exequátur –y prácticamente todos los controles en el país de ejecución– no parten del establecimiento de un proceso común mínimo (estándar mínimo procesal) sino de la conformidad procesal del derecho de defensa (en el R 2201) o de la conformidad conflictual y el derecho al reexamen (en el R 4/2009). En los dos apartados siguientes examinaremos tres aspectos de este sector,

²⁴ Vid. F. GARAU SOBRINO, «La declaración de ejecutividad automática. ¿Hacia una nueva teoría general del exequátur?»; ID. Lecciones de Derecho procesal civil internacional, Universidad de les Isles Balears, 2ª edición, 2008, pp. 151 ss. Del mismo autor, en el comentario al artículo 20 del Reglamento (CE) nº 861/2007, de 11 de julio de 2007, en *El proceso de escasa cuantía* (F. GARAU; F. LÓPEZ SIMÓ), Dykinson, 2010, pp. 301 ss. También los comentarios de M. GUZMÁN ZAPATER en «Supresión del exequátur y tutela de derechos fundamentales: articulación el sistema español», *Homenaje al Prof. Viñas Farré* (2010); «Cooperación civil en el Tratado de Lisboa: ¿cuánto hay de nuevo?», en *Diario La Ley*, núm. 7479 de 30-9-2010, esp. p. 144.

empezando por la complejidad de las fuentes, señalando a continuación la función garante que cumple o puede cumplir la norma de conflicto en la supresión del exequátur y, finalmente, la decisión certificada en materia de alimentos.

1. Supresión del exequátur en materia de alimentos: complejidad en la gestión de las fuentes

36. La vulnerabilidad del acreedor de alimentos que haya obtenido una decisión judicial o administrativa en el país de su propia residencia es notoria cuando el cobro de los mismos tiene carácter transfronterizo. De nada serviría al acreedor tener un foro accesible –o de proximidad– como es la residencia habitual si no pudiera ejecutar la decisión más allá de la frontera. Es por ello que la eficacia extraterritorial de decisiones judiciales en materia de alimentos se encuentra en numerosos instrumentos internacionales y comunitarios cuya adecuada gestión y aplicación al caso concernido no es evidente en toda circunstancia.

37. En relación a los instrumentos aplicables en las relaciones intracomunitarias transfronterizas, la circulación de sentencias condenatorias de alimentos ha pertenecido tradicionalmente al ámbito del reconocimiento y ejecución en el marco del Reglamento 44/2001 y, en su caso, en el Reglamento 804/2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, aplicable sólo si se dan los requisitos para que se expida el TEE. Como es sabido, el Reglamento en materia matrimonial (R 2201/2003) excluye de su ámbito de aplicación la materia de alimentos.

En el ámbito internacional, la cooperación de autoridades puesta en marcha por el Convenio de Nueva York de 1956 (que solo afecta a menores) establece los contornos del problema de la ejecución de decisiones internacionales de alimentos, mientras que el Convenio de La Haya de 1973 favorece la circulación de decisiones de alimentos cuando ésta procede de una autoridad competente del Estado de la residencia de una de las partes o de la nacionalidad común e incluso de una autoridad respecto de la cual el demandado hubiera aceptado la competencia. La relación entre instrumentos es compleja y por ello se arbitran cláusulas de relación entre unos y otros.

Centrándonos en el Reglamento de alimentos, este establece en sus artículos 68 y 69 el diálogo de fuentes señalando la sustitución del Reglamento 44/2001 y del Reglamento 804/2004. Respecto de los convenios internacionales, se mantiene su aplicación, aunque el Reglamento 4/2009 prevalecerá entre los Estados miembros sobre lo convenios y acuerdos que se refieran a materias reguladas por el mismo y de los que sean parte los Estados miembros.

38. No obstante, el reconocimiento se bifurca en dos regímenes según sea la procedencia de la resolución. Si procede de un Estado que no ha firmado el Protocolo de La Haya no se suprimen los controles para el reconocimiento en sede de país de ejecución. Sin embargo, si la resolución procede de un Estado vinculado al

Protocolo de La Haya de 2007 estamos ante un verdadero título ejecutivo europeo directamente ejecutable en todos los Estados miembros.

La ausencia de controles en el país de ejecución respecto de decisiones certificadas conecta con la necesaria garantía de los derechos procesales del deudor y la posible vulneración de otros derechos fundamentales. ¿Cómo se garantizan en el Reglamento? ¿Qué modelo sigue, en su caso? ¿Marca una tendencia de futuro?

2. Revitalización de la función garante de la norma de conflicto en sede de reconocimiento: supresión del exequátur y derechos fundamentales

39. Como queda dicho, la novedad más importante del Reglamento de alimentos es la supresión del exequátur (art. 17) en beneficio de la libre circulación de decisiones; o por ser más exactos, la extensión de la autoridad sustancial y ejecutoria en todos los Estados miembros vinculados al Protocolo de La Haya 2007. La cuestión controvertida es aquella que se relaciona con los derechos de defensa y la posible vulneración de la equidad procesal si se produce una ausencia total de controles en el país de ejecución de las decisiones certificadas. El tema ha sido tratado por la doctrina en numerosos trabajos. No obstante, cabría plantear como hipótesis si la norma de conflicto (Protocolo de La Haya de 2007, en este caso) resulta reinvestida de una función (adicional) constitutiva de garantías en la libre circulación de decisiones.

40. Como punto de partida, la afirmación que sostiene la adecuación del parámetro procesal al principio de reconocimiento mutuo para justificar la total ausencia de controles en el país de ejecución genera rechazo generalizado en la doctrina y en el seno del propio Parlamento Europeo. Sin embargo, ese rechazo se centra en la revisión del Reglamento Bruselas I que, como es sabido, no contempla normas de ley aplicable.

En cambio, en el Reglamento de alimentos el modelo de protección del deudor parece ser otro. Se mantiene un derecho de reexamen de la decisión extranjera ejecutoria ante el juez de origen (similar al establecido en el RTEE) pero la protección procesal del deudor parece conseguirse satisfactoriamente con la unificación de las normas de ley aplicable. La norma de conflicto adquiere así un renovado protagonismo en sede de reconocimiento. Sin embargo, ¿será suficiente?, ¿basta con aplicar el Protocolo para garantizar que la ley aplicada ha sido correctamente incorporada?

41. Un sector de la doctrina francesa ha señalado como una de las novedades principales del Reglamento la función de garantía que la norma de conflicto cumple respecto de la libre circulación de decisiones intracomunitarias, adquiriendo un valor hasta ahora desconocido en los restantes reglamentos que suprimen el exequátur²⁵.

²⁵ B. ANCEL; H. MUIR-WATT, «Aliments sans frontières. Le règlement CE n° 4/2009 du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires», *cit.*

Esto se observa en el artículo 16 del Reglamento que regula el reconocimiento y la fuerza ejecutiva de las resoluciones al distinguir entre resoluciones dictadas en un Estado miembro vinculado al Protocolo de La Haya que «siendo ejecutivas en dicho Estado gozarán de fuerza ejecutiva en los restantes Estados miembros sin necesidad de otorgamiento de ejecución» (art. 17.2) y «decisiones dictadas en un Estado miembro no vinculado por el Protocolo» que quedan sujetas a un procedimiento de declaración de reconocimiento y de ejecutoriedad en términos similares al regulado en el Reglamento 44/2001.

Así, puede afirmarse que «la norma de conflicto se coloca en el corazón del dispositivo de la libre circulación» (ANCEL, MUIR-WATT).

3. Decisión certificada en materia de alimentos

42. Con carácter general puede afirmarse que los reglamentos comunitarios en materia de familia, comparten algunas de las características del modelo de decisión europea certificada en materia patrimonial pero manifiestan elementos diferenciales relevantes. Empezando por los instrumentos concernidos (vigentes en el momento en que se escriben estas líneas), se trata del Reglamento (CE) 2201/2003 de 27 de noviembre y del Reglamento 4/2009 de 18 de diciembre de 2008. Ambos reglamentos comparten el modelo de decisión certificada como expresión del reconocimiento mutuo para la supresión del exequátur y la ejecutabilidad de la decisión sin procedimientos intermedios (arts. 41.1 y 42.1 en el R 2201/2003 y arts. 17-21 en el R 4/2009). Asimismo, comparten el carácter opcional del modelo. A partir de aquí las diferencias son notables y se aprecian no solo entre aquellos y los Reglamentos en materia patrimonial, también entre ellos mismos²⁶.

43. Las diferencias más notables afectan a tres ítems: 1) *el ámbito armonizado*: si en el ámbito de los reglamentos en materia patrimonial se produce una unificación material de los procesos (monitorio europeo, escasa cuantía y para ejecución de créditos no impugnados), en los reglamentos en materia de familia no se parte de un ámbito armonizado material de carácter procesal que permita objetivar las normas

²⁶ La bibliografía nacional es muy extensa. Además de la señalada con anterioridad, merecen atención las consideraciones de: M. GUZMÁN ZAPATER, «La superación del exequátur en el Espacio Judicial Europeo: decisiones relativas al derecho de visita y a la obligación de alimentos», en *Derechos Humanos y conflictos internacionales*. Cursos de Derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz, UPV, 2006, pp. 211-246; R. ESPINOSA CALABUIG, «Las obligaciones alimenticias hacia el menor y su relación con la responsabilidad parental: los Reglamentos 4/2009 y 2201/2003», en *Le Nuove Competenze Comunitarie. Obbligazioni Alimentari e Successioni* (M. C. BARUFFI y R. C. PANICO, coord.), CEDAM, 2009, pp. 51-110; M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos...», cit., esp. pp. 25-30; F. GARAU SOBRINO, «Las fuentes españolas sobre obligaciones alimenticias...», cit., esp. pp. 11-12; S. ALVAREZ GONZÁLEZ, «El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias...», cit., esp. pp. 13-17; R. LACUEVA BERTOLACCI, «La ejecución de las resoluciones de alimentos previstas en el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo», *Diario La Ley*, 30-11-2011.

mínimas procesales garantes del debido proceso; 2) *protección procesal del demandado*: la tutela procesal de la parte demandada se conjuga de distinta manera en uno y otro Reglamento: mientras que en el R 2201 para expedir el certificado europeo el juez de origen debe comprobar la regularidad de la notificación y el derecho de audiencia del menor, en el R 4/2009 es la conformidad conflictual por aplicación del Protocolo de La Haya de 2007 y la posibilidad de un reexamen de la resolución por parte del deudor de los alimentos (cuando la notificación de la demanda haya sido irregular o cuando no haya podido impugnar la reclamación por causa de fuerza mayor) los elementos que tutelan las garantías del debido proceso; y 3) *limitación del ámbito material de la decisión certificada*: mientras en el R 2201 la decisión certificada solo se aplica para la ejecución de una decisión de retorno del menor en supuestos de vulneración de los derechos de autoridad parental y régimen de visitas, en el R 4/2009 el certificado solo alcanzará la ejecución de una decisión de alimentos dictada en un Estado miembro adherido al Protocolo de La Haya de 2007, como acabamos de exponer en el apartado anterior.

44. Según la idea que parece haber inspirado este sistema, si el juez de origen aplica el Protocolo de La Haya ya no hay necesidad de controlar la regularidad de su enjuiciamiento. En estas condiciones, el reemplazo de las garantías del proceso (estándar mínimo procesal de los reglamentos en materia patrimonial) por la aplicación de las normas de conflicto del Protocolo significaría que el Juez del Estado de origen vinculado al Protocolo de La Haya, cuando expida los documentos que exige el artículo 20 (para la ejecución), ¿quedaría relevado de la tarea de comprobar los requisitos mínimos del debido proceso?, ¿bastaría con asegurar la conformidad conflictual? Por otra parte, la aplicación del Protocolo de La Haya, ¿sería suficiente para asegurar la aplicación correcta de la ley designada por la norma de conflicto?

45. La primera de las preguntas podría salvarse si atendemos al derecho de reexamen contemplado en el artículo 19 del Reglamento. El demandado (deudor) tiene derecho a solicitar un reexamen ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen cuando en el proceso se haya vulnerado el derecho de defensa (falta de notificación de la demanda o insuficiente tiempo para la defensa) o cuando no haya podido impugnar la demanda por causa mayor o circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad, a menos que hubiere recurrido (cuando hubiere podido hacerlo). El plazo de solicitud de reexamen vence a los 45 días contados desde que el demandado haya tenido conocimiento efectivo del contenido de la resolución. La respuesta a la segunda serie de preguntas sigue abierta²⁷.

²⁷ Para los profesores ANCEL y MUIR-WATT, en estas condiciones es difícil comprender cómo la unificación de soluciones de conflicto de leyes que se produce en el ámbito de la jurisdicción (exequátur) puede investir al fallo de *imperium* transfronterizo que permite la puesta en marcha del aparato coercitivo de un Estado extranjero. En este sentido quizá tengan razón quienes opinan que el espacio judicial-coercitivo europeo resulta de la supresión del exequátur y no lo precede, al menos en tanto no exista un cuerpo estandarizado de normas procesales.

V. REFLEXIONES CONCLUSIVAS

1. El Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de alimentos es un texto normativo comunitario europeo de indudable relevancia práctica en la medida en que garantiza la obtención de alimentos en supuestos transfronterizos. La unificación de las normas de Derecho internacional privado en un espacio sin fronteras es el corolario natural del espacio de libertad, seguridad y justicia que, desde el Tratado de Amsterdam, inspira gran parte de los trabajos de la Comisión.

2. Desde el punto de vista de los foros de competencia, el Reglamento comunitario ha tomado las soluciones procedentes del sistema de Bruselas I (foro general del domicilio del demandado, foro de la residencia habitual del acreedor de alimentos y foro de la acción principal cuando la reclamación de alimentos se plantease como incidental o dependiente de una acción principal relativa al estado de las personas físicas) y ha agregado otro foro cuando los alimentos se vinculen a una demanda relativa a la responsabilidad parental supuesto en el que también será competente el tribunal que conozca de la mencionada demanda de responsabilidad. Se constata en la estructura de estos foros el establecimiento de un dispositivo completo *in favor creditoris* que sigue en cierta medida la estela de los foros de protección de la parte considerada débil en los contratos de trabajo, seguros y consumo del sistema Bruselas I. Mecanismo protector que se refuerza con las proscripciones del artículo 8 y las limitaciones de la *electio fori* del artículo 4.

3. Las normas de ley aplicable incorporadas por el Reglamento se nutren del espíritu convencional de La Haya. Empero, aunque la ley de la residencia habitual siga siendo la conexión general, el orden de conexiones sucesivas sufre una inversión primando la *lex fori* sobre la ley de la nacionalidad común cuando la obligación de alimentos tenga su origen en una relación paterno filial y la ley de la residencia habitual no permitiera la obtención de alimentos. Esta inversión es un reflejo del *favor creditoris* respecto de menores. Con todo, las excepciones al principio general de la residencia habitual cuando se trate de alimentos entre cónyuges, ex cónyuges o entre parientes por vía colateral y la superposición de instrumentos normativos internacionales no hará fácil la determinación del ordenamiento jurídico aplicable en cada caso. En cuanto a la incorporación de la autonomía de la voluntad en materia tan sensible como las relaciones de familia es un reflejo del principio de libertad personal y va a permitir a las partes, aunque de forma limitada, ganar estabilidad y previsibilidad en sus relaciones jurídicas.

4. En el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones en materia de alimentos, la bifurcación del régimen jurídico de reconocimiento según sea el Estado de procedencia agrega un elemento de complejidad en la adecuada gestión de las fuentes. Situados ante una resolución de un tribunal de un Estado miembro que haya aplicado el Protocolo de La Haya para la determinación de la ley aplicable la eficacia extraterritorial se consigue mediante una decisión europea certificada. La

justificación de la supresión total del exequátur respecto de estas decisiones puede entenderse como una revitalización de la función garante de la norma de conflicto. No obstante, la decisión certificada en el ámbito de alimentos deja abierta interrogantes acerca de la tutela procesal de la parte demandada cuya solución, desde la perspectiva del principio de reconocimiento mutuo, no es idéntica a la de los otros instrumentos comunitarios que aplican dicho principio en materia patrimonial o en materia de responsabilidad parental. Quedan abiertas interrogantes de hondo alcance si se entendiera que el reemplazo de las garantías del proceso ha sido salvado por la aplicación de las normas de conflicto del Protocolo. Habrá que esperar la interpretación del Tribunal de Justicia a las cuestiones prejudiciales cuyos planteamientos darán nuevos argumentos renovados para la construcción de este «nuevo» Derecho internacional privado europeo.

RESUMEN: Este artículo tiene por objeto examinar las manifestaciones del dispositivo protector del acreedor de alimentos en el Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. En concreto, se ofrece una sistematización de las respuestas del Reglamento comunitario en los sectores de la competencia judicial, la ley aplicable y el reconocimiento de decisiones. Como hipótesis de trabajo se pretende verificar la manifestación del dispositivo protector del acreedor de los alimentos en los tres sectores concernidos. El examen de estos aspectos permitirá poner de relieve la complejidad de su regulación así como una valoración de sus dificultades de aplicación práctica.

PALABRAS CLAVE: Espacio de libertad, seguridad y justicia; alimentos en supuestos transfronterizos, competencia judicial internacional, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones.

ABSTRACT. This paper analyzes the content of the Council Regulation (EC) No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations. Specifically, this paper focuses on the responses of the Regulation (CE) in these areas and clarifies the interest of the maintenance creditors on the jurisdiction rules, the application of rules on conflict of laws and the recognition and enforcement of decisions. The analysis of these issues shows the complexity of their regulation and assesses the difficulties of their practical implementation.

KEY WORDS. Area of freedom, security and justice/Judicial cooperation in civil matters; cross-border maintenance applications; jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions in matters relating to maintenance obligations.

LAS CERTIFICACIONES DE ESTADO CIVIL: PERSPECTIVAS DE IMPULSO DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN EN EL INTERIOR DE LA UNIÓN EUROPEA¹

CIVIL STATUS RECORDS: PERSPECTIVES TO IMPROVE THEIR FREEDOM OF MOVEMENT WITHIN THE EU

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER

Catedrática de Derecho internacional privado. UNED

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL LIBRO VERDE EN SU CONTEXTO JURÍDICO-POLÍTICO. III. OBJETIVOS Y MEDIDAS CONTEMPLADAS: 1. Objetivo general: supresión de formalidades administrativas para la autenticación de los documentos públicos. 2. Posibles medidas en relación con las certificaciones públicas relativos al estado civil: las distintas opciones metodológicas. 2.1. La cooperación entre autoridades nacionales. 2.2. Reconocimiento mutuo o de pleno derecho. 2.3. Normas de conflicto uniformes para los Estados miembros. IV. OTRAS PERSPECTIVAS DE FUTURO.

I. INTRODUCCIÓN

Por documento público entenderemos siempre el acto o negocio jurídico que ha sido intervenido por una autoridad pública. La tipología es muy variada. En el trá-

¹ El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación fundamental no orientada (Plan nacional I+D), DER 2010-204114-CO2-02 (subprograma JURI), 2011-2013, sobre «*Gobernanza y reforma internacional tras la crisis financiera y económica: el papel de la Unión Europea*».

fico externo circulan con frecuencia los documentos administrativos (p. ej. títulos estudios extranjeros), judiciales (p. ej. sentencias) o notariales (p. ej. testamento o contrato). La idea central es que la intervención de la autoridad dota al contenido del documento de una fuerza especial que se traduce en una *presunción de veracidad*.

Mi intervención tiene por objeto la eficacia extraterritorial de un tipo de documento público: las actas o certificaciones de estado civil. Se expiden por las autoridades registrales a partir de los asientos que constan en un registro civil. El registro produce una eficacia *erga omnes*, frente a todo y todos. Es un medio de prueba privilegiado. Su contenido casi únicamente puede destruirse en vía judicial.

Como cualquiera de las autoridades que intervienen y expiden documentos públicos actúa investida de un poder público, vinculado con la soberanía del Estado que reconoce al interventor o funcionario como tal, el problema estriba en que cualquiera de los documentos públicos que se retenga carece de eficacia más allá del ámbito de las fronteras del Estado en el que se otorga o se interviene.

Esta limitación explica que uno de los sectores más afectados por el desarrollo del Derecho convencional y europeo sea el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales y no judiciales. Es un ámbito tradicional que goza de cierta autonomía dentro del contenido del Derecho internacional privado. El impulso de la codificación internacional tiene su origen precisamente de la necesidad de articular mecanismos que permitan asegurar a los particulares desplazados de un Estado a otro, personas físicas en el caso de las certificaciones de estado civil, que lo alcanzado en un Estado A (por una sentencia, p. ej.) pueda tener efectos en un Estado B, o incluso los mismos efectos en A que en B. Si no hay mecanismo jurídico que asegure la continuidad, lo alcanzado en A es irrelevante en B.

Me referiré fundamentalmente a las actas o certificaciones de estado civil como son las certificaciones de nacimiento (o de matrimonio o defunción). Son documentos *elaborados por una autoridad* que recogen y dejan constancia de los *hechos* de la vida de cada ciudadano a partir de una *declaración* del interesado que sigue a un hecho y es determinante del estado de filiación de una persona respecto de sus progenitores. Así, al hecho del nacimiento le seguirá una declaración ante el encargado del registro.

Ordenaré mi exposición en torno a dos ejes. El primero y muy brevemente, describiré como pueden producir efectos extrajudiciales en España conforme al ordenamiento español las certificaciones extranjeras. Para explayarme luego en el segundo eje y objeto principal de esta exposición: las propuestas de regulación contenidas en el *Libro Verde para promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de las certificaciones de estado civil*, presentado por la Comisión europea el 14 diciembre 2010². Como todo *Libro Verde* consiste en una consulta pública que la Comisión Europea formula a todos los operadores y es-

² «Menos trámites para los ciudadanos: promover la libre circulación de documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil», *Doc COM* (2010) 747 final.

pecialistas en una determinada problemática con la finalidad de elaborar una futura propuesta normativa.

Verifiquemos primero el derecho vigente en España. La regulación de esta materia es sumamente fragmentaria y dispersa; dificultad a la que se añade, por una parte, la falta de un estudio sistemático y, por otra, la abundante jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) instancia administrativa superior que tiene entre otras la función de resolver los conflictos derivados del acceso a Registro civil español de estas certificaciones.

El modelo de regulación español tiene como regla general el paso del documento público extranjero por el llamado procedimiento de *exequatur*, para el que serían competentes los Juzgados de primera instancia, como se desprende de una lectura estricta del artículo 81 RRC vigente. No obstante se viene haciendo una interpretación más ponderada y el propio TS ha afirmado en alguna ocasión que sólo las sentencias (judiciales) deben ser objeto de *exequatur*. De ahí que en la práctica se ha consolidado el reconocimiento incidental ante la autoridad registral y sin procedimiento adicional alguno en el Estado requerido. Ello no excluye que la certificación registral extranjera no deba observar determinadas condiciones, bastante razonables, vinculadas con la necesidad de proceder a un control de regularidad formal y sustancial del documento relativo al hecho inscribible.

La nueva Ley de Registro Civil de julio 2011, que entrará en vigor en 2014, aporta por vez primera una regulación sistemática en la materia y se mueve dentro de unas coordenadas semejantes. Los artículos 96 a 98 combinan unos requisitos razonables dirigidos a 1º) controlar la competencia internacional de la autoridad del país de origen, exigiendo que desarrolle funciones equivalentes a las que realizan las autoridades españolas y/o dentro de unas garantías análogas; 2º) hay también unas exigencias orientadas a garantizar la validez formal del documento; 3º) así como relativas al contenido del acto y, en conexión con esto, 4º) se impone una verificación de los elementos esenciales del orden público español como motivo de no reconocimiento.

II. EL LIBRO VERDE EN SU CONTEXTO JURÍDICO-POLÍTICO

No es tanta la distancia que media entre el proceso de integración económica europeo y este *Libro Verde* que tiene, entre otras, la finalidad de articular soluciones en orden a facilitar la libre circulación de los documentos relativos al estado civil. Algunos datos facilitarían la comprensión de su encuadre sistemático en el ordenamiento europeo.

Un rasgo sobresaliente del Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009³, sería la asunción y explicitación de los *valores*

³ Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa, el 13 de diciembre de 2007, *DOUE* n° C 306/2001, de 17 diciembre 2007; versión consolidada, *DOUE*, n° C 115, de 9 mayo 2008.

distintos de los económicos como son los recogidos en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE), disposición que retoma en parte el artículo 6.1 anteriormente vigente: dignidad, libertad, democracia, igualdad, estado de Derecho, respeto a los derechos del hombre incluyendo los derechos de las minorías... pluralismo, justicia, solidaridad e igualdad entre mujeres y hombres van a cimentar en adelante la acción política y normativa de la Unión. A la consecución de dichos valores estaría parcialmente orientado el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) idealmente superpuesto al Mercado. La afirmación del ELSJ como objetivo propio y diferenciado del Mercado (art. 3.2 TUE) ha cristalizado en un grado más avanzado de organización y en una cierta autonomía funcional del Título V que lo regula, en comparación con su configuración en la penúltima reforma de los Tratados por el Tratado de Amsterdam, en vigor desde 1999.

La idea central desde entonces es que el desarrollo del Mercado da lugar en un momento determinado a la perentoria necesidad de articular Espacio público en el que la libertad de circulación de las personas debería quedar garantizada en condiciones aceptables de seguridad, política y jurídica. Las dimensiones de Seguridad y Justicia acompañarían a la dimensión de la Libertad legitimando la abolición total de fronteras en el interior de la Unión. Afianzada la Libertad de circulación de personas se imponía combatir los efectos más perversos derivados de la supresión de fronteras (=seguridad o cooperación policial) y profundizar en la justicia (=cooperación judicial civil y penal).

Pero volviendo al Tratado de Lisboa, uno de los ámbitos que se han visto más afectados es sin duda el ELSJ. El artículo 3.2 TUE, sin ser nuevo en su dicción literal⁴, proclama su establecimiento como objetivo propio de la Unión Europea y diferenciado del Mercado, configurándolo en términos más amplios y sistemáticos. Su desarrollo en el marco del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), aparece dentro del nuevo Título V relativo al *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*. El Capítulo 3 está dedicado a la *Cooperación judicial en materia civil*. Por el *ámbito espacial* las medidas adoptadas y a adoptar presuponen siempre un elemento transfronterizo excluyéndose, en principio, que la acción normativa o los propios desarrollos puedan ser aplicados a las situaciones puramente internas. Por su *ámbito material* se ha superado la exclusiva preocupación por dotar a las transacciones económicas de instrumentos jurídicos que facilitaran el arreglo de las controversias (p. ej. Reglamento n° 44/2001) y propiciaran la seguridad jurídica necesaria para el tráfico económico (p. ej. Reglamento Roma I regulador de la ley aplicable a los contratos internacionales), para emprender una nueva senda orientada hacia los problemas del ciudadano europeo como persona en sus relaciones en el interior de la Unión.

En efecto, en conexión con la proclamación del artículo 2 TUE un rasgo innovador, es la preocupación prioritaria por el ciudadano como persona colocándolo en el centro del proyecto. Es más, es probable que uno de los vectores que han alumbrado el Tratado de Lisboa se identifique en la preocupación por el ciudadano

⁴ Figuraba en el art. 2 del Tratado de Amsterdam.

como persona y no ya como agente económico. Reforzar ese objetivo explicaría la plena eficacia jurídica que alcanza la *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea* de 2001 (art. 6 TUE), además de la previsible adhesión de la Unión Europea al *Convenio Europeo de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*. O el incremento de la participación del Parlamento europeo así como la irrupción de los parlamentos nacionales y la iniciativa ciudadana europea para promover propuestas normativas concretas o la nueva conformación del ELSJ como uno de los ámbitos en los que destacan cambios más relevantes.

Con todo, los datos anteriores no son los únicos que apuntan el cambio de orientación. Que el ciudadano como persona pasa a ocupar una posición central en el sistema europeo parece un elemento fundamental vistos otros desarrollos más programáticos. Destacaría, en primer término, el Programa de Estocolmo, aprobado por el Consejo Europeo los días 10 y 11 de noviembre de 2009, que tiene por objeto el desarrollo del ELSJ para los 5 años siguientes. Su título no puede ser más indicativo: «*El Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano*»⁵. Su contenido también: combinando previsiones de desarrollo de los distintos objetivos del ELSJ, recoge un amplio abanico de medidas destinadas a mejorar la Justicia siempre para las relaciones intraeuropeas. En segundo lugar, y no menos indicativo, es el Programa que asume otra institución clave, la Comisión, expresada en su Comunicación de junio de 2009 sobre «*Un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos*»⁶. Finalmente, a nuestros fines es relevante el «*Informe sobre la Ciudadanía de la UE 2010. La eliminación de los obstáculos a los derechos de los ciudadanos de la UE*»⁷ sobre el que se basa este Libro Verde. Esta consulta pública se sitúa en un estadio diferente pero altamente necesario y útil para el ciudadano como es facilitar la circulación de ciertos documentos públicos y certificaciones de los registros civiles.

La agilización de la libre circulación de las personas pasa por articular respuestas jurídicas que permitan, si no acabar con las disparidades materiales de un ordenamiento a otro, sí al menos mecanismos que faciliten la fluidez del tráfico. En la medida en que las divergencias normativas en materia de Derecho privado se alzan como barreras a la libertad de circulación de las personas y se estima que es preciso articular canales de comunicación, el recurso a distintos mecanismos típicos del Derecho internacional privado ha sido una constante desde 1999. En ese contexto el Derecho internacional privado, como técnica de solución de los conflictos derivados de la vinculación de la persona con dos o más ordenamientos jurídicos, constituye un instrumento al servicio de la integración.

⁵ Comunicación de la Comisión al PE, al Consejo, al Comité Económico y social europeo y al Comité de las Regiones, de 24 abril 2010, *Doc COM* (2010) 171 final.

⁶ *Doc COM* 2009, 262 final, de 10 de junio de 2009. Conforme al art. 68 TFUE corresponde a esta institución la aprobación de un marco plurianual de orientación de la política relativa al ELSJ.

⁷ *Doc COM* (2010) 602 final y *Doc. COM* (2010) 605 final, de 27 de octubre de 2010.

La intervención más amplia ha tenido (y tiene) lugar en el ámbito procesal civil, para unificar los criterios de asignación de la competencia judicial internacional y facilitar el reconocimiento de *decisiones judiciales* y *documentos públicos* en materia civil y mercantil (por el R 44/2001, art. 56) y para los documentos relativos la ruptura del vínculo matrimonial y responsabilidad parental (por el R 2201/2003, art. 52). Ha sido más tímida pero avanza en cuanto a la unificación de normas de conflicto de leyes para facilitar la elección del derecho aplicable a las situaciones conectadas con dos o más ordenamientos conforme a unos mismos criterios en todos los Estados miembros (R. Roma I, *sobre ley aplicable a los contratos internacionales*, R. Roma II *sobre ley aplicable a la responsabilidad por daños* y R. Roma III *sobre ley aplicable a la separación y al divorcio*). La consecuencia es que en las materias unificadas resulta irrelevante plantear la demanda en un Estado miembro u otro, dado que todas las autoridades nacionales resolverán conforme a idénticos criterios.

Este sería en sus gruesos trazos el marco sistemático y las razones que explican la búsqueda de una mayor agilidad también en cuanto a la circulación de los documentos públicos.

III. OBJETIVOS Y MEDIDAS CONTEMPLADAS

Los objetivos de la Comisión expresados en este Libro Verde son ambiciosos: por una parte pretende suprimir la «legalización» de todos los documentos públicos, así como de las certificaciones sobre estado civil; por otra, se aspira a que el estado civil atribuido en un Estado miembro sea reconocido con las mismas consecuencias jurídicas en los demás Estados miembros llegado el caso. En este punto el *Libro Verde*, como se verá, no se limita a plantear opciones en orden a facilitar la *circulación del documento* sino que va más allá al pretender asimismo la *circulación de los «efectos» del acto*.

Llamo la atención sobre el dato de que las relaciones de parentesco y adopción, el matrimonio y las parejas registradas tienen numerosas implicaciones no circunscritas exclusivamente al ámbito del Derecho de familia (tales como el derecho al nombre, los derechos sucesorios, las obligaciones de alimentos, los efectos de la propiedad), sino que también se manifiestan en Derecho de extranjería (personas que pueden ser reagrupadas), Derecho fiscal y Derecho de la seguridad social. El estado civil demanda pues coherencia y seguridad jurídica.

Con una certificación registral (o un documento público extranjero) relativo a estado civil los interesados pueden pretender en España: 1º simplemente un *efecto probatorio* (p. ej. a efectos fiscales, sucesorios); 2º un *efecto registral* (p. ej. certificado de matrimonio contraído por español divorciado en el extranjero que se precisa para completar y dotar de coherencia al Registro Civil español en el que consta el nacimiento (y eventualmente, un matrimonio y divorcio anterior).

El problema es doble. En primer lugar, se suscita la cuestión de la *circulación del documento* en cuanto tal, lo cual supone suprimir exigencias y trabas formales.

En segundo término, el *reconocimiento de efectos* al contenido del acto o certificación del estado civil (p. ej. los relativos a filiación, adopción y al nombre) con el fin de que el estatuto jurídico otorgado en un Estado miembro pueda ser reconocido con las mismas consecuencias jurídicas o efectos en otros Estados miembros.

1. Objetivo general: supresión de las formalidades administrativas para la autenticación de los documentos públicos

Para facilitar la circulación del documento como es obvio resulta prioritario, y así se plantea en el *Libro Verde*, suprimir trámites de legalización y apostilla (**pregunta 1**).

Existen distintos instrumentos internacionales de los que son partes los Estados miembros de la Unión, que aún flexibilizando las exigencias formales, no resultan suficientes para las necesidades actuales. La *legalización* consiste en 1º) certificar la autenticidad de la firma del documento; 2º) certificar y especificar la calidad en la que interviene el signatario y, en su caso 3º) la identidad del sello o timbre que el documento ostente (conforme a la definición contemplada por el art. 1 del *Convenio de la Comisión Internacional del Estado Civil* nº 17). La exigencia de legalización sigue siendo un obstáculo a la fluidez del tráfico externo.

La práctica española viene exigiendo la *legalización* (art. 323.2.2º LEC 1/2000) y traducción (art. 144 LEC 1/2000), bien que gocen de prioridad los Convenios internacionales en la materia. Entre los Convenios sobre supresión legalización en nuestro ordenamiento destacan:

– El *Convenio de La Haya, suprimiendo la exigencia de la legalización de los actos públicos extranjeros*, de 5 de octubre de 1961. Su entrada en vigor supuso un importante paso hacia delante, al sustituir la legalización por la fijación de una “apostilla” expedida por la autoridad competente del Estado del que dimana el documento (art. 3) y que deberá acomodarse al modelo anejo al Convenio. Como también ha sido un factor de progreso el Real Decreto 1497/2011, de 24 de octubre⁸, por el que entre otras se da entrada a la apostilla emitida en soporte electrónico para los documentos públicos, judiciales y administrativos, asignándole la misma validez que a la apostilla emitida en papel. Pero, en realidad, consiste en sustituir una formalidad por otra.

– La supresión radical cristaliza con el *Convenio nº 17 de la Comisión Internacional del Estado Civil, sobre dispensa de legalización de ciertos documentos*, hecho en Atenas el 15 de septiembre de 1977⁹, por el que se *suprimen* en todos los Estados contratantes la necesidad de *legalización o de cualquier otra formalidad*. Por su ámbito afecta tanto para los documentos relativos al estado civil, capacidad

⁸ BOE de 16 de noviembre de 2011.

⁹ BOE de 11 de mayo de 1981.

o situación familiar de las personas físicas, su nacionalidad, domicilio, residencia, como para cualquier otro documento que haya sido extendido para la celebración del matrimonio (art. 2). Ahora bien, los referidos documentos deben estar fechados y firmados y, en su caso, sellados por la autoridad del Estado contratante que lo haya expedido. Es un exponente de cooperación internacional que sirve, obvio es, en el marco de los Estados miembros de la CIEC que hayan depositado el instrumento de ratificación¹⁰.

– Asimismo hay que tener en cuenta el *Convenio europeo relativo a la supresión de la legalización de los documentos extendidos por agentes diplomáticos y consulares*, de 7 de junio de 1968¹¹. Se aplicará a los documentos *expedidos* por los agentes diplomáticos o consulares de un Estado contratante, que ejerzan sus funciones en territorio de cualquier otro Estado, y *que deban presentarse*, en el territorio de la otra parte contratante, a los agentes diplomáticos o consulares de otra Parte contratante y que ejerzan sus funciones en país tercero.

– Finalmente, conviene destacar que los objetivos establecidos en el Libro Verde no son nuevos pues, como es sabido, en el ámbito de la Unión Europea existe un antecedente, el Convenio, de 25 de mayo de 1987, que suprime totalmente la legalización o «cualquier otra formalidad equivalente o análoga» (art. 2) para las categorías de documentos contempladas (art. 1.2). Entre ellas que se encuentran las «declaraciones oficiales, tales como las anotaciones registrales y las certificaciones de fecha y firma que figuren en documentos privados». El problema es que sólo ha recibido seis ratificaciones¹².

A esta pluralidad de Convenios se agregan las disparidades nacionales, provocando una enorme dispersión en cuanto a las exigencias formales en los distintos Estados miembros: cada país con una legislación material (en España art. 323 LEC 1/2000) y un entramado convencional de distinto alcance y con desigual participación por parte de los Estados miembros de la Unión. Lo cual no es un problema menor que coexiste al lado de la cuestión de los distintos efectos que los hechos centrales del estado civil pueden tener (p. ej. filiación/igualdad hijos). A lo que se agregan las propias diferencias en cuanto a actos inscribibles (p. ej. España vecindad civil o regímenes matrimoniales) o incluso las que tienen que ver con la propia llevanza de los asientos registrales.

De ahí que en esta consulta de la Comisión resulte implícito que ha llegado el momento de considerar la eliminación de la legalización (dar fe de la legalidad del acto y de la autenticidad de los intervinientes) y de la apostilla (otro sello parecido) para el conjunto de los documentos públicos con el fin de asegurar su libre circulación en el interior del territorio de la Unión.

¹⁰ Doce Estados contratantes son también miembros de la UE.

¹¹ BOE de 28 agosto 1982.

¹² El texto puede consultarse en *Boletín CE* 5-1987.

2. Posibles medidas en relación con las certificaciones públicas relativas al estado civil: las distintas opciones metodológicas

Asumida la supresión de la legalización u otras formalidades administrativas, se contemplan además otras medidas de acompañamiento en relación con las certificaciones de estado civil. Ordenaré la exposición de su contenido reteniendo las tres opciones metodológicas centrales que contempla el *Libro Verde* y dejo al margen necesariamente cuestiones relevantes pero menores, que sobrepasarían los límites de esta exposición.

Para lograr la eficacia registral hay que tener en cuenta, además, que el acceso al registro presupone unos hechos (p. ej. nacimiento) más una declaración ante el registro (filiación) que tiene lugar en un determinado lugar y que únicamente puede hacerse por las personas implicadas.

La regla general en la materia es el *principio de territorialidad* para la inscripción, que se fundamenta en la conveniencia de establecer una estrecha conexión territorial entre el hecho y el asiento. Normalmente los hechos y documentos se inscriben en el registro correspondiente al del lugar donde acaecen. Pero ese lugar puede elegirse o incluso constar en distintos lugares/el de la nacionalidad y el de la residencia, como ocurre en la legislación de algunos Estados miembros. Al respecto, la legislación española sobre traslados no es tan flexible (art. 20 LRC). Y es que la gran divergencia arranca, en definitiva, de que cada Estado atribuye o reconoce el estado civil en función de lo que disponga su propia ley.

Así, la Comisión en el *Libro Verde* plantea la posibilidad de incrementar la cooperación entre autoridades nacionales con distinto alcance (2.1). Una medida de mayor intensidad residiría en articular fórmulas que permitan el reconocimiento de pleno derecho del contenido del acto (2.2). Finalmente, una opción alternativa consistiría en la articulación de normas de conflicto uniformes en materia de estado civil y comunes para todos los Estados miembros (2.3).

2.1. La cooperación entre autoridades nacionales

– El incremento de la cooperación entre autoridades nacionales se prevé en relación con los supuestos en que la autoridad nacional *tenga dudas* sobre el documento que se le presenta (autenticidad) o bien, cuando el documento *no exista* en el Estado miembro ante el que se presenta. Asimismo se plantea si dicha cooperación podría tener lugar *por medios electrónicos* (**pregunta 2**).

– Una mayor cooperación puede tener sentido igualmente cuando la autoridad de un Estado miembro trate *de obtener mas información* sobre los hechos o decisiones que afectan al estado de las personas.

El *intercambio de información* puro ha sido objeto de distintos Convenios elaborados por la Comisión Internacional del Estado civil (CIEC). Con carácter prioritario

p. ej. era el objeto del Convenio nº 26 *relativo al intercambio de informaciones en materia de estado civil*; y ha sido un objeto accesorio que reforzaba el principal, p. ej. Convenio nº 31 *sobre reconocimiento de nombres* o el Convenio nº 32 *sobre reconocimiento de parejas registradas*. En general, el intercambio de información no es fácil de articular. Exige por una parte, predeterminar qué informaciones van a ser objeto de transmisión; también identificar a los destinatarios (autoridades) y cómo van a ser efectivamente utilizadas por las autoridades destinatarias.

– Finalmente, avanza asimismo la *transmisión electrónica*, distinto de recabar o intercambiar información. Al día de hoy destaca la Propuesta de Convenio nº 33 *sobre la utilización de la Plataforma de la CIEC de transmisión internacional de datos del estado civil por vía electrónica*, adoptado en el marco de la CIEC, en enero de 2012. Presupone la informatización de los registros a escala nacional para poder operar a escala europea (y demás Estados parte de la CIEC). Lógicamente, su puesta en marcha está dando lugar a enormes dificultades de orden técnico en cuanto a la implantación y ulterior mantenimiento y utilización.

– El *Libro Verde* plantea asimismo la posibilidad *centralización en un registro único* de los hechos que afectan al estado civil de una persona en un único lugar y cual sería éste (**pregunta 3**).

El inconveniente reside en qué país designar (¿el correspondiente a la nacionalidad? o ¿el del país de residencia?). En principio sólo el correspondiente al lugar de nacimiento da certeza. Pero, en cualquier caso, qué hacer cuando las divergencias normativas se sitúan en los propios hechos inscribibles; y, más aún, cuando en los Estados miembros no existe obligación legal de comunicar todos los datos o los mismos datos a los encargados del Registro civil (p. ej. inscripción vecindad civil o regímenes económicos). Conllevaría la modificación de las legislaciones registrales y la Unión Europea no tiene competencia normativa.

– Como alternativa cabría la posibilidad de establecer la *publicación de una lista de autoridades competentes en cada Estado* o un punto de información en cada Estado miembro (**pregunta 4**). Este podría resultar una medida complementaria útil, a condición de que se procediera a una continua actualización.

– En la misma línea, se plantea la posibilidad de gestar un *certificado europeo de estado civil* (como se contempla en la **pregunta 7**), esto es, de contenido y alcance uniforme y válido en todos los Estados miembros.

A mi modo de ver cualquiera de las opciones resulta de dudosa utilidad y, en todo caso, son inviables por su propia complejidad. Pues, ese *certificado europeo de estado civil* ¿a qué hechos o acontecimientos se referiría? O lo que es igual, ¿cómo reducir las profundas divergencias en algunos puntos? (p. ej. matrimonio entre personas del mismo sexo, válido en España y prohibido en Alemania). ¿Qué autoridad lo expediría?, ¿sobre la base de qué informaciones? ¿Cómo mantenerlo al día? Y más exactamente, como se recoge en la **pregunta 6**: ¿qué certificados de estado civil podrían ser objeto de *certificado europeo de estado civil*? ¿Qué menciones deberían figurar en un certificado de este tipo?

2.2. Reconocimiento mutuo o de pleno derecho

Ante las insuficiencias de las propuestas anteriores, se abre paso el reconocimiento mutuo o reconocimiento de pleno derecho. La idea del reconocimiento de pleno derecho (**pregunta 8**) parece sencilla. Consistiría en reconocer en un Estado miembro la situación jurídica creada en otro Estado miembro y reflejada en un documento público elaborado en ese mismo Estado miembro. Comportaría un *mandato de recepción del documento extranjero* con fundamento en el Derecho europeo. Permitiría asegurar fácilmente la continuidad del estado civil de un Estado a otro.

En el Derecho europeo en vigor, tiene un precedente en un ámbito material típico del estado civil, como es el divorcio, en sede del artículo 21.2 del Reglamento CE 2201/2003, conforme al cual, «*no se requerirá procedimiento especial para la actualización de los datos del registro civil de un Estado miembro sobre la base de las resoluciones en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial dictadas en otro Estado miembro y que ya no admitan recurso con arreglo a la legislación de este último*». Esto es, se admite la inscripción de una sentencia extranjera por la que se resuelva una crisis matrimonial, si se dan dos condiciones: que la resolución judicial sea *firme en el país de origen y sin procedimiento adicional alguno* en el Estado en que se pretende la modificación o inscripción registral *ex novo*. Una solución razonable por la que se da respuesta a la pretensión más frecuente del ciudadano involucrado en un proceso de esta naturaleza, que es la actualización de los asientos registrales¹³.

Pero entraña dos series de inconvenientes. Por una parte, qué certificación retener ¿la certificación expedida por el primer registro al que accedió el estado civil?, o ¿el primer documento en el que se consolidaba el estado civil? Por otra, se reproduce aquí la eventual disparidad en cuanto a los efectos del hecho a que se refiere. Por ejemplo: el matrimonio podrá ser reconocido en el extranjero, con más o menos dificultad; pero los efectos, ¿son aquellos previstos por el Derecho del país de celebración o los del país en el que se solicita el reconocimiento?

En segundo término, el propio *Libro Verde* recuerda la falta de competencia normativa de la Unión en materia de estado civil. Repárese que aquí el legislador no operaría sobre normas de conflicto (instrumentales) sino sobre el derecho material de los Estados miembros. Como justificación de la intervención normativa en una materia que excede el ámbito material de los Tratados, no sería la primera vez que se buscara el fundamento la necesaria optimización de la libre circulación de personas. Ahora bien, adicionalmente conllevaría la doble necesidad de establecer *listas de motivos tasados* que justificasen el no reconocimiento, así como la necesidad de introducir algún tipo de mecanismo contra el *fraude*.

¹³ Así se desprende de A. BORRAS, «Informe explicativo» al Convenio de 28 de mayo de 1998, precedente del R 1347/2000, luego modificado por el R 2201/2003.

Como ventajas destacan la subsistencia de los sistemas jurídicos nacionales, por lo demás un imperativo del Derecho europeo (*cf.* art. 67.1 TFUE) y teóricamente, la estabilidad del estado civil y por tanto la seguridad jurídica para los afectados.

Es un intento de inserción del llamado principio de reconocimiento mutuo en el ámbito de la eficacia extraterritorial de los documentos y certificaciones extranjeras relativas al estado civil. Consiste en un mandato de reconocimiento de la certificación con fundamento en el Derecho europeo (*cf.* arts. 67.4 y 81 TFUE). Responde a la lógica de la integración: el ELSJ debe funcionar de modo análogo a un único espacio judicial nacional. Y es por esto que el mandato de recepción presupone *equivalencia entre las administraciones nacionales y confianza mutua*.

Es de sobra conocido que penetra en la estructura normativa comunitaria en la célebre STJUE en el asunto *Cassis de Dijon* (1976), decisión en la que el TJ, en un periodo de sólido bloqueo del proceso de armonización de las legislaciones nacionales, llega a afirmar que «*todo producto legalmente fabricado en un Estado miembro debe poder circular libremente en los demás Estados miembros*». De ahí se toma en el *Libro Blanco del Mercado Interior* (1988) que sigue al Acta Única Europea (1986) y condiciona seriamente el desarrollo de un Derecho internacional privado europeo a partir de las Conclusiones del Consejo de Tampere (1999); concretamente, tras la publicación del *Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (2001) y en las Conclusiones extraídas por la Comisión. Y finalmente recibe un colosal impulso en el Tratado de Lisboa (2009) como principio-eje en la realización de la tutela judicial de los derechos desde la perspectiva del reconocimiento de decisiones judiciales y no judiciales en el ámbito de la Unión (arts. 67.4 y 81 TFUE).

Hasta el Consejo Europeo de Tampere (1999) su ámbito por así decir, natural, discurrió en el interior de la libre circulación de mercancías y en un momento posterior, en los servicios. El primer paso «revolucionario» vino determinado por su extrapolación al ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales: por una parte, para agilizar la restitución de menores una vez vulnerado el derecho de visita (art. 41.1 R 2201/2003) y posteriormente para facilitar el cobro de créditos no impugnados (R 805/2004 sobre *Título Ejecutivo Europeo*). Estamos pues en presencia de un planteamiento superador del reconocimiento «automático»: del reconocimiento de decisiones judiciales basado en la confianza mutua (p. ej. R 44/2001 y R 2201/2003) al mutuo reconocimiento como mecanismo general y sin procedimiento adicional alguno en el Estado requerido (p. ej. R 805/2004). Un método que se compadece bien con la finalidad de apuntalar un espacio de justicia europeo y, dentro de éste, un espacio judicial común.

Por una parte, el reconocimiento mutuo lleva implícito en su dinámica un *reparto competencial* entre autoridad de origen (la que emite la certificación de los hechos que constan en el registro) y autoridad del país de destino (la que tiene que recibir y hacer efectiva la certificación). Cada una actúa conforme a su propia ley.

Por otra parte, el control de la regularidad se centraliza en el país de origen de la certificación siendo éste el gran cambio respecto al modelo de eficacia extraterrito-

rial basado en el *exequátur*, en el que corresponde al Estado requerido o de acogida la fiscalización total de la regularidad de la decisión. Aquí se reducen o se eliminan prácticamente los motivos de impugnación y oposición a la decisión válidamente emitida por el país de origen.

Este modelo de eficacia extraterritorial basado en el reconocimiento mutuo es un «patrón» en expansión en el ámbito europeo. En *clave política* permite preservar la diversidad. Al día de hoy, en una Europa a 27 Estados, responde a una finalidad política y es la de mantener las diferencias y renunciar a la uniformidad (*ex. art. 67.1 TFUE*). Encaja bien con la presencia de 27 administraciones nacionales, con una variedad amplia de sistemas jurídicos en materia de Derecho privado. La unificación material de las legislaciones a impulso de la Comisión o desde arriba, es inviable en este escenario. Tampoco socava el modelo de organización judicial o administrativa nacional: no se cuestionan las tradiciones jurídicas y judiciales de los Estados miembros. Todas son iguales. Como he señalado, presupone *confianza* en lo actuado fuera y *equivalencia* en las funciones.

Además de los Reglamentos en los que se le ha dado entrada hasta el momento, sobre la base de una decisión judicial o no judicial dictada en un Estado miembro¹⁴, está presente o subyace con desigual intensidad en algunas decisiones del TJUE en este ámbito del estado civil. En materia de apellidos destaca la STJUE en el *asunto Grunkin-Paul*¹⁵, sobre la negativa de las autoridades registrales alemanas a inscribir los apellidos «Grunkin-Paul» tal y como constaban en la certificación de nacimiento danesa, debido a que el derecho alemán aplicable al caso (niño de nacionalidad alemana) prohíbe los apellidos compuestos. El TJUE vino a afirmar que obligar al interesado a llevar un apellido diferente del ya atribuido e inscrito en el Estado miembro de nacimiento origen de la certificación puede restringir el derecho a la libertad de circulación¹⁶.

¹⁴ Opera en el marco de tres procedimientos especiales relativos al cobro de cantidad el *Reglamento* n° 805/2004, *por el que se establece un Título Ejecutivo Europeo para créditos no impugnados*, de 21 de abril 2004 (*DOUE* n° L 143/15, de 30 de abril 2004); art. 19, *Reglamento* n° 1896/2006, de 12 diciembre 2006, *por el que se establece un proceso monitorio europeo* (*DO* n° L 399, de 30 diciembre 2006); art. 20 *Reglamento* n° 861/2007, de 11 de julio 2007, *por el que se establece un procedimiento europeo de escasa cuantía* (*DOUE* n° L 199/1 de 31 de julio 2007). En relación con ciertas decisiones sobre obligación de alimentos *vid. arts. 17 a 21 Reglamento* n° 4/2009, de 18 diciembre 2008, *relativo a la competencia, ley aplicable y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligación de alimentos* (*DOUE* n° L 7, de 10 enero 2009). Cronológicamente el primer ámbito en el que se introdujo fue curiosamente el ámbito familiar, respecto a las decisiones sobre *derecho de visita y restitución de menores*, en los artículos 40 y siguientes del *Reglamento* n° 2201/2003 *relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento* 1347 (*DOUE* n° L 33, de 23 de diciembre de 2003).

¹⁵ STJ de 14 de octubre de 2008, As. 353/06

¹⁶ En España conforme al art. 81 RRC, si la autoridad de un Estado determina e inscribe el apellido conforme a su derecho y luego insta la inscripción de tal apellido en el Registro español, la autoridad española reconocerá la situación válidamente creada en el extranjero. Pero para la inscripción habrán de respetarse ciertas normas como p. ej. orden apellidos. De ahí que se haya procedido

Con anterioridad fue la solución en la STJUE en el *asunto Dafeki*¹⁷, en la que se suscitaba la validez de los documentos expedidos por las autoridades griegas, solicitados por las autoridades a un trabajador griego en Alemania para arreglar su jubilación; en el caso constaba una fecha de nacimiento en el documento original, que había sido modificada por sentencia posterior y recogida en una segunda certificación registral expedida por el país de origen. El TJUE entiende que las autoridades de un Estado miembro en materia de seguridad social «deben respetar los certificados y documentos análogos relativos al estado civil de las personas que expiden las autoridades de los demás Estados miembros, a menos que existan indicios concretos... que hagan dudar seriamente de su exactitud». No se apela al principio de reconocimiento mutuo (o control por el país de origen), entonces en ciernes, pero la solución sí responde a ese esquema de razonamiento.

Son éstos ejemplos ilustrativos del potencial que entraña el reconocimiento mutuo para agilizar la circulación de documentos relativos al estado civil. Al mismo tiempo evidencian otras dificultades en este ámbito. Atendiendo al reparto competencial entre el país de origen del documento y el país en el que se pretenden hacer valer los efectos, los efectos de un estado civil se deciden en A pero la «ejecución» de la (decisión o) certificación extranjera corresponde a lo que disponga la ley de B. En materia de estado civil en la que las disparidades materiales son acusadas, ello implica obligar a dar efectos en el país de destino a certificados relativos a situaciones que pueden ser *desconocidas* en ese ordenamiento. Tampoco sería razonable imponer desde arriba la eficacia extraterritorial de los documentos públicos cuando las propias disparidades en cuanto a la *llevanza de los libros registrales* son tan acusadas que pueden generar desconfianza de unas autoridades frente a lo actuado por otras. Por lo demás, hay que tener en cuenta que el estado civil no nace por el acceso al registro sino por un primer documento anterior. ¿Qué documento público tendría prioridad?, ¿la certificación correspondiente a la primera inscripción registral? Y ¿por qué no retener el primer documento que acredite el estado civil? Por ejemplo, la certificación de nacimiento expedida por el hospital.

2.3. Normas de conflicto uniformes para los Estados miembros

Finalmente otra opción metodológica más ambiciosa consistiría en facilitar el reconocimiento sobre la base de normas de conflicto comunes a todos los Estados miembros (**pregunta 9**).

a la adaptación del ordenamiento español a dicha jurisprudencia por *Instrucción DGRN de 24 febrero 2010*. Conforme a ésta para los españoles que nazcan fuera de España en Estados miembros de la UE y cuyo nacimiento se haya inscrito en el registro civil local de tal país, con los apellidos que resulten de la aplicación de las leyes de tal país, podrán inscribirse con los mismo apellidos en el Registro civil consular español competente, siempre que además se den las siguientes condiciones: 1º residencia habitual en el país del nacimiento; 2º apellidos conforme a la ley residencia habitual; 3º opción por los apellidos de común acuerdo por los padres o por uno con consentimiento de otro.

¹⁷ STJ de 2 de diciembre de 1997, As. C 336/94.

Suscita idéntico inconveniente de orden general que las opciones anteriores: dudosa base competencial a lo que habrá que agregar las dificultades y las resistencias para la elaboración que previsiblemente manifestarán algunos Estados miembros. En cambio, aportaría seguridad jurídica y la garantía de continuidad del estado civil en el territorio de la Unión.

En efecto, si asumimos que: 1º) Cada Estado decide el estado civil de las personas y los hechos que lo conforman según su propia ley, esa misma ley asignará el efecto propio a cada estado civil, siendo esto la clave de las disparidades materiales. 2º) Normalmente corresponde al país de la ley nacional de la persona, aunque puede también operar el domicilio o la residencia habitual. Así, en la vigente LRC (art. 15) se combina para el acceso al Registro un criterio personal (se inscriben los hechos que afecten a españoles) con un criterio territorial (se inscriben los hechos que afectando a extranjeros que tengan lugar en territorio español). 3º) Además, para decidir acerca de una cuestión de estado civil cada Estado aplica sus propias normas de conflicto. En el ordenamiento español todas las materias que acceden a Registro civil (capacidad, derecho al nombre y apellidos, filiación, incapacitaciones, matrimonio y divorcio, declaraciones de ausencia y fallecimiento) están sujetas a la ley personal nacional (art. 9.1 CC), con algunas variantes además de las que viene introduciendo el Derecho convencional (apuntando a la ley de la residencia habitual). Pero no es así en todos los ordenamientos. 4º) Esto explica que en circunstancias idénticas el Estado A aplique la ley de A y el Estado B aplique la ley de B o la de C, siendo el resultado material diferente para la misma persona y en idénticas circunstancias. Por ejemplo, en los supuestos de gestación por sustitución puede no ser inscribible la filiación (en la ley de A), puede entenderse que el hijo lo es de la madre gestante (en la ley de B) o que el hijo lo es de la madre donante (en la ley de C). Cualquiera de estos diferentes resultados son los que se inscribirían en A, B o C, respectivamente, y aparecerán recogidos en los documentos y certificaciones de estado civil expedidos por cada uno de esos tres Estados.

Las *ventajas* de una unificación de normas de conflicto son evidentes: 1º) El estado civil de una persona sería determinado por un mismo derecho nacional, el que designen las normas de conflicto uniformes, y no según las variables normas de conflicto en función del país en el que la cuestión sea examinada. 2º) Cada Estado miembro aplicaría el mismo derecho material independientemente del lugar (y ley) de registro. 3º) Por tanto, el contenido del estado civil será idéntico al margen de cuál sea el país en que se haya registrado o expiden los documentos de estado civil. 4º) Estar a la ley rectora del estado civil permitiría establecer que el documento no solo es auténtico sino *presumir que los hechos son correctos y exactos* en cuanto al fondo. 5º) Sobre todo y no menos importante, permitirá la continuidad del estado civil y por consiguiente la seguridad jurídica para los interesados.

Hay una última cuestión nuclear abierta en el *Libro Verde*: entre los criterios de conexión que se contemplan para esta materia despunta el *principio de la autonomía de la voluntad*. Una opción que, de consolidarse, sería un elemento de innovación en nuestro sistema de Derecho internacional privado en el que precisamente toda esta

materia está tradicionalmente sustraída de su ámbito. Me limito a apuntarlo pues el tema desborda ampliamente los límites de esta presentación.

IV. OTRAS PERSPECTIVAS DE FUTURO

Una hipótesis no específicamente contemplada por el Libro Verde es la posibilidad de combinar el principio de reconocimiento mutuo con la unificación de normas de conflicto. Esto es, que una vez resuelto con alcance uniforme por todas las autoridades nacionales que registro ha de emitir el documento (p. ej. el correspondiente a la ley nacional del interesado o el de su residencia habitual), la certificación registral vaya acompañada de un *certificado común europeo*, susceptible de ser reconocido en todos los demás Estados miembros. Este ha sido por ejemplo el mecanismo instaurado en el ámbito de las sucesiones¹⁸.

El certificado emitido por A, podría hacerse valer directamente ante las autoridades, administrativas, registrales o judiciales de B. Podrá tener o no carácter opcional. Podrá estar dotado de eficacia jurídica procesal plena (es decir, que la situación jurídica constatada pueda producir los efectos civiles vinculados con la situación) o configurarse como instrumento probatorio.

La combinación de ambas opciones metodológicas es seguramente la ideal, porque asegura los siguiente objetivos: 1º) la seguridad jurídica en cuanto a la continuidad del estado civil; 2º) la igualdad de tratamiento entre todos los ciudadanos; 3º) la prevención del fraude; así como 4º) la compatibilidad con los principios generales del Derecho privado.

Hay otras perspectivas de futuro más modestas. Se hallan en el ya mencionado *Convenio de la CIEC n° 33, sobre transmisión vía electrónica de los datos de los registros*, adoptado en enero 2012 y abierto a la firma. Por su objeto se limitará a la transmisión de datos que obren en los registros civiles. Establece un instrumento de cooperación entre autoridades nacionales a partir de una *Plataforma electrónica*. Es, por tanto, un medio complementario o instrumental que permitirá facilitar la transmisión de los documentos y certificaciones que previamente han sido objeto de unificación por la CIEC. La participación de la Unión Europea en la financiación de esta plataforma permite augurar, cuando menos, futuras relaciones de cooperación entre ambas organizaciones internacionales en este aspecto concreto.

¹⁸ Cf. art. 36 del *R relativo a la competencia, la ley aplicable el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo*, adoptado en julio de 2012 (la propuesta definitiva puede consultarse en *Doc COM* (2009) 0154.

RESUMEN: El trabajo tiene por objeto el examen de las distintas propuestas contenidas en el *Libro Verde para promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de las actas de estado civil (2010)*. Para los documentos públicos el objetivo es la supresión de toda formalidad en el interior de la UE. En lo relativo al reconocimiento de efectos a los distintos estados civiles, la consulta pública de la Comisión es más abierta: instauración de un certificado de estado civil europeo, introduce el principio de reconocimiento mutuo o promover la unificación de normas de conflicto uniformes en este ámbito son las tres grandes propuestas.

PALABRAS CLAVE: Eficacia extraterritorial. Documentos Públicos. Actas de estado civil. Propuestas contenidas en el Libro Verde presentado por la Comisión (2010).

ABSTRACT: The different proposals contained on the Commission Green Paper promoting free movement of public documents and recognition of civil status registry excerpts (2010) are the main questions analyzed in this article. For public documents the target deal with the elimination of any kind of formal restrictions. The recognition of the effects of civil status records could be reached stablishing a European certificate on civil status, operating just by introducing the mutual recognition of any civil status or/and by achievement of uniform conflict of laws rules.

KEY WORDS: Recognition. Public documents. Registry except on civil status. EU Commission Proposals on the Green Paper (2010).

DERECHO APLICABLE A LOS DAÑOS DERIVADOS DE LA DIFAMACIÓN

LAW APPLICABLE TO DAMAGE OF DEFAMATION

JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO

Catedrático Derecho internacional privado. UPV/EHU

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. II. EL PROCESO DE PAULATINA ARMONIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA-CONTRACTUAL EN LA UNIÓN EUROPEA. III. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO ANTE LITIGIOS POR VULNERACIÓN DE DERECHOS DE LA PERSONALIDAD.

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

El sector de la difamación, frente a la protección de los derechos de la personalidad es especialmente complejo, debido a que incorpora elementos de internacionalidad derivados de la difusión mediática de informaciones supuestamente atentatorias de tal derecho susceptible de protección y que conducen, teóricamente, a la potencial aplicación de una atomizada relación de leyes nacionales o estatales. Este factor de complejidad se acentúa si tal afección a los derechos de la personalidad se produce a través de internet. Desde la óptica del Derecho internacional privado y de sus técnicas de reglamentación, y ante la laguna de regulación conscientemente asumida en el Reglamento Roma-II sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, no es factible proyectar de forma mimética al ámbito de la ley aplicable las soluciones elaboradas en el ámbito de la determinación del tribunal competente (competencia judicial internacional). Y de igual modo, carece de toda viabilidad normativa el recurso a la vía o técnica conflictual si previamente no se logra alcanzar un nivel de armonización material o sustantiva de mínimos.

Desde la óptica de nuestra disciplina, quisiera acercar al lector unas reflexiones acerca de la novedosa regulación comunitaria conflictual del Derecho de daños (ley aplicable a los supuestos de responsabilidad extracontractual que generen un conflicto de leyes), plasmada en el conocido en nuestra jerga como Reglamento Roma-II, normativa que me permite evocar también al recordado compañero Miguel AMORES, que estudió brillantemente esta dimensión de la «Difamación y Roma-II» en un excelente artículo realizado junto a Elisa TORRALBA MENDIOLA y publicado en el *AEDIPr*, t. VII, 2007.

Se trata de una materia deliberadamente no abordada en el nuevo Reglamento, y el objetivo de estas líneas es tratar de analizar la forma a través de la cual superar tal laguna del sector de la difamación frente a la protección de los derechos de la personalidad, especialmente compleja cuando incorporar elementos de internacionalidad derivados, por ejemplo, de la difusión mediática de informaciones supuestamente atentatorias de tal derecho susceptible de protección y que conducen teóricamente a la potencial aplicación de una atomizada relación de leyes nacionales o estatales (tantas como Estados en los que la información injuriosa o difamatoria es publicada, por ejemplo).

El genérico concepto de «Derecho de la personalidad» abarca todos los derechos inherentes a las personas, que las individualicen y permanezcan inseparables a ella durante toda su vida¹; su potencial extensión queda delimitada en estas líneas de reflexión en torno a aquellos derechos que constituyen un límite a la libertad de expresión y de información: el derecho al honor, derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen.

Desde la óptica del Derecho Internacional Privado y de sus técnicas de reglamentación cabe anticipar ciertas orientaciones del estudio: no es extrapolable de forma mimética la solución prevista ya en el ámbito de la Protección de datos al ámbito de esta reflexión.

La Sentencia del TJUE de fecha 16 de diciembre de 2008 (asunto C-73/07) permitió precisar la relación entre la protección de datos y la libertad de prensa, fijando criterios que aportan seguridad jurídica para diferenciar entre lo que ha de calificarse como «actividad periodística» (cuando su finalidad es divulgar al público información, opiniones o ideas por cualquier medio de comunicación) frente a otro tipo de actividades, y trata de delimitar la frontera de equilibrio entre la protección de la intimidad y la libertad de expresión. Esta decisión judicial marca a nuestro juicio el *iter*, el camino a seguir en los trabajos normativos orientados a la consecución de la necesaria y antes citada armonización material de mínimos entre las legislaciones de los veintisiete Estados de la UE.

¹ Constituyen derechos de la personalidad el derecho a la propia vida, el derecho a la integridad corporal, el derecho a la libertad personal, el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a elegir libremente su residencia y circular por el territorio, el derecho a tener un nombre que la identifique, el derecho al secreto de las comunicaciones y el derecho al honor, derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen.

En segundo lugar, debe subrayarse que tampoco es factible, ante la laguna de regulación conscientemente asumida en el nuevo Reglamento Roma-II sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento (CE) núm. 864/2007, denominado, como antes se ha señalado, *Reglamento Roma II*), proyectar al ámbito de la ley aplicable las soluciones elaboradas en el ámbito de la determinación del tribunal competente (competencia judicial internacional). Y de igual modo, carece de toda viabilidad normativa el recurso a la vía o técnica conflictual si previamente no se logra alcanzar un previo nivel de armonización material o sustantiva de mínimos.

II. EL PROCESO DE PAULATINA ARMONIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL EN LA UNIÓN EUROPEA

La auténtica «ley de la selva» que supone la maraña de atomizadas normas estatales convierte al operador jurídico en una suerte de «prestidigitador» normativo, a la búsqueda de la norma favorable para los intereses de su representado.

Sin esa previa labor de necesario consenso de mínimos en torno al contenido material de los derechos en presencia, la opción por una técnica conflictual podría generar en realidad más problemas de los que se intentan resolver ante la laguna de regulación existente en la actualidad a nivel comunitario europeo.

En el contexto de los 27 Estados integrantes de la UE el régimen regulador de los derechos fundamentales vinculados a la vida privada, de un lado, y de la libertad de expresión y de información por otro, varía notablemente entre los Derechos de los Estados miembros. Parte del contenido material de tales derechos avanza paulatinamente hacia su *comunitarización* (un reciente ejemplo puede apreciarse en la Nueva Carta Europea por la Libertad de Prensa), materializada en mayo de 2009, pero otros muchos ámbitos vinculados a este sector queda regido por las heterogéneas y divergentes regulaciones estatales.

El alcance y la interacción de estos derechos en los textos constitucionales han de ser analizados y valorados conforme a la jurisprudencia de los respectivos altos tribunales, que dan muestra de su difícil e impreciso equilibrio. Por su parte, la naturaleza civil y/o penal de los comportamientos atentatorios de la vida privada pone en evidencia la divergencia existente entre las concepciones vigentes en los Derechos nacionales de los Estados miembros. Además, mientras que algunos Estados disponen de una normativa desarrollada en este ámbito, otros carecen de ella. El legado común previsto en la *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea* y en el *Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales* elaborado en el seno del Consejo de Europa no resulta suficiente para superar los problemas que suscita la divergencia material o sustantiva existente entre los Derechos nacionales.

Esta divergencia enfatiza la importancia de la cuestión del Derecho aplicable en todos aquellos supuestos con repercusión transfronteriza. La determinación del Derecho aplicable a este tipo de controversias tiene una transcendencia vital para los agentes implicados, ya que de la solución normativa final dependerá de la protección que reciban los derechos afectados en el Derecho nacional que resulte aplicable.

Para la determinación del Derecho aplicable el órgano jurisdiccional que conozca de un litigio de estas características aplicará las normas de conflicto previstas en el Derecho del foro. Después de la exclusión de la materia de las obligaciones extracontractuales que derivan de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad del ámbito de aplicación del Reglamento Roma II, en la actualidad conviven 27 normas de conflicto en la Unión Europea.

Resulta destacable la divergencia existente entre las normas de conflicto de los Estados miembros. La mayoría de los Estados no prevén normas de conflicto especiales para la materia de la obligación extracontractual derivada de atentados contra los derechos de personalidad. La mayoría de los Derechos nacionales incorporan, en sus reglas generales, el criterio de la *lex loci delicti commissi*; sin embargo, en los Derechos del *common law* todavía sigue activa la *double actionability rule*. Por su parte, también existen diferencias sustanciales entre las normas de conflicto de los Estados que prevén la aplicación de la *lex loci delicti commissi*. Así, destaca la presencia irregular de excepciones a la regla general fundadas en la residencia o nacionalidad común de las partes implicadas, en la autonomía de la voluntad limitada, en la residencia habitual del perjudicado o en la existencia de vínculos más estrechos con la ley de otro Estado.

Incluso la propia interpretación de la regla general de la *lex loci delicti commissi* ante los respectivos tribunales nacionales deviene divergente. Los atentados a la vida privada por medio de la prensa, en muchas ocasiones, suelen ser atentados *a distancia* y los daños se manifiestan simultáneamente en varios Estados. Todo ello complica la interpretación uniforme de la regla *lex loci delicti commissi* e incrementa la inseguridad jurídica de los sujetos que participan en estas relaciones. Ahora bien, si en algo coinciden las normas de conflicto de los Estados miembros es que la mayoría de ellos, de forma muy clara, emplean el criterio del Estado de destino para la determinación de la ley aplicable.

El criterio del Estado de destino podía ser un punto de partida adecuado para la elaboración de una norma de conflicto unificada para la Unión Europea. Sin embargo, durante las negociaciones del Reglamento Roma II las posturas presentadas por los agentes directamente interesados resultaron irreconciliables.

La dificultad real de aunar voluntades en torno a una norma de conflicto unificada no implica que la solución sea la del mantenimiento de la situación actual, ya que es, sin duda, necesaria la intervención del legislador comunitario en este ámbito.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO ANTE LITIGIOS POR VULNERACIÓN DE DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

En ausencia de una armonización mínima de los Derechos materiales de los Estados miembros parece difícil que pueda alcanzarse un acuerdo aceptable por todos en torno a una única norma de conflicto. No obstante, el legislador comunitario no puede quedarse de brazos cruzados, dado que existe una voz mayoritaria que le exige una acción normativa en este ámbito.

Con el fin de superar la situación de vacío normativo actual se ha de buscar una alternativa viable a la iniciativa de la unificación conflictual, un punto de encuentro entre los distintos intereses presentes que posibilite un acuerdo de consenso.

La solución puede venir a través de la adopción de una Directiva comunitaria que incorpore, por una parte, una regulación material de mínimos (tomando como referencia los parámetros de justicia presentes en la *Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea* y en el *Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales* del Consejo de Europa) y, por otra parte, una norma autolimitada o de extensión basada en el criterio del Estado de origen. Sólo una armonización material mínima que asegure un estándar de protección adecuado en todos los Estados miembros a los potenciales o eventuales perjudicados por el comportamiento de los medios de comunicación justificaría la adopción del criterio del Estado de origen, claramente favorecedora de la posición de los autores del daño.

Esta solución puede tener la virtud de representar una posición intermedia para los intereses en juego. Por una parte, será la ley del Estado de origen la única que deberán conocer y tener en cuenta los medios de comunicación, adecuando su actividad a lo que ésta disponga. Por otra parte, la aplicación de la ley del Estado de origen no supondrá un agravio manifiesto para los perjudicados por la actividad de los medios de comunicación, porque, sea cual fuere la ley aplicable, ésta le asegurará el estándar de protección determinado en la Directiva.

La solución planteada no se presenta como una solución definitiva y final. La adopción de una Directiva armonizadora que incorpore una norma autolimitada basada en el criterio del Estado de origen puede ser un primer paso que dé pie en el futuro a un escenario donde sea factible la negociación de una norma de conflicto unificada basada en el criterio de Estado de destino. Ambas iniciativas no son excluyentes, sino que se presentan como acciones complementarias que deberían convivir en aras a la consecución del objetivo armonizador descrito.

Durante todo el proceso de elaboración del Reglamento Roma II las grandes asociaciones europeas de medios de comunicación se mostraron especialmente contrarias a aceptar la introducción de una norma de conflicto específica dirigida a armonizar la ley aplicable en supuestos de posibles atentados o afecciones a los derechos de la personalidad de carácter transnacional. Los argumentos esgrimidos para

manifestar su disconformidad fueron variados pero similares y todos aluden a una finalidad o *ratio* común: el necesario respeto a la libertad de expresión.

El primero de los argumentos esgrimidos en contra de la introducción de una novedosa norma de conflicto a nivel europeo-comunitario es que la Comisión Europea carece de competencia para regular la materia, puesto que el (antiguo) artículo 65.b) TCE no constituye una base jurídica suficiente. La competencia del artículo 65 TCE debe ser analizada conforme a los principios del artículo 5 TCE de «proporcionalidad» y «subsidiariedad», y éstos, a su juicio, deben ser estrictamente respetados. Conforme a su argumento, la Comisión no habría conseguido demostrar que cumple con el «test» de proporcionalidad y subsidiariedad de dicho artículo y entretanto no debería ejercitar tal competencia. Y ello porque consideraban que la libertad de expresión, la libertad de prensa y el derecho a la información constituyen ámbitos estrechamente ligados a la identidad cultural de los Estados miembros y sobre los que la UE no puede proyectar su competencia, con los límites o contornos del artículo 151 TCE.

Un segundo argumento se basa en que la mayoría de los medios de comunicación, ya sean de televisión, radio o prensa escrita coinciden en defender que la única manera de garantizar la libertad de expresión y la libertad de información de los medios en este tema es escoger, si fuera necesario, el *principio del Estado de origen* que, a su vez, nos remite a la *ley del lugar del establecimiento del editor*.

Inicialmente la Comisión Europea optó por la *ley de la residencia habitual de la víctima o perjudicado*, pero las asociaciones de medios de comunicación consideraron que se trataba de una norma incompatible con el principio de predictibilidad y que obligaba al editor, autor o periodista a conocer las respectivas leyes autónomas o internas de cada uno de los 27 Estados miembros. A juicio de tales asociaciones, si la propuesta de la Comisión Europea fuese aceptada se produciría *de facto* una mengua en la libertad de los periodistas, además de someterles a una incertidumbre continua sobre la legalidad de su trabajo, imponiendo así fuertes limitaciones a su libertad de expresión. Además, estimaban, podría suceder que los tribunales que conocieran del supuesto (*tribunal del editor* como lugar del hecho generador) tuviesen que aplicar una ley que no se ajustase a su normativa autónoma y por tanto que fuese contraria a las leyes del foro e incluso contraria al orden público.

La segunda de las opciones planteadas inicialmente por la Comisión Europea tampoco obtuvo una mayor aceptación por los medios de comunicación. Se trataba de una regla que nos remitía a la regla general del artículo 3 del Reglamento Roma-II, de forma que se aplicaría la misma salvo que fuera contraria a los principios fundamentales del foro en materia de libertad de expresión o información. Pero para los medios esta solución tampoco era adecuada puesto que podía terminar remitiéndose a una ley que apenas guardará relación con el supuesto. Podría llegar a suceder que un diario inglés, publicado en lengua inglesa y que fuera especialmente distribuido en el Reino Unido, pero que también distribuyera algún ejemplar en Francia, ante un artículo presuntamente difamatorio contra una político francés, fuera demandado ante los tribunales franceses y éstos aplicarían la ley francesa.

Antes de desechar cualquier posibilidad de acuerdo, y con la intención de llegar a una solución que aunara posiciones y de hallar un equilibrio la Comisión presentó una solución de compromiso entre la *ley de la residencia de la víctima* (que quedaba descartada) y la *ley del Estado de origen*. En esta dirección aceptó la denominada *enmienda Wallis*², que encerraba una regla en dos tiempos, reflejo de un complejo equilibrio entre las dos posiciones extremas. Se trataba de una solución que preveía en primer lugar la aplicación de la ley donde se produzcan los elementos más significativos del daño, permitiendo al juez identificar la ley de un solo país, lo que en principio nos remitiría al lugar donde la víctima ha sufrido el perjuicio.

Pero los medios de comunicación tampoco estaban dispuestos a aceptar la *enmienda Wallis*, calificada como un compromiso político que no iban a admitir y siguieron manteniendo que la *ley del Estado de origen* o la *ley del establecimiento del editor* era la única manera de garantizar la libertad de expresión.

La premisa de partida, ya apuntada, es que los Estados de la UE carecen en la actualidad de reglas comunes para establecer la ley aplicable en materia de responsabilidad extracontractual en el ámbito de los derechos de la personalidad. Por tanto, cada tribunal aplicará sus propias normas internas. Y a esta heterogeneidad normativa se añade el dato de que el propio tratamiento (tanto procedimental o procesal como sustantivo o material) previsto en las respectivas leyes de cada Estado en lo que a la protección de los derechos de la personalidad y a la libertad de expresión se refiere es muy distinto. Tal dispersión normativa supone que las soluciones variarán considerablemente dependiendo de si el proceso se desarrolla en un Estado u otro.

De esta forma, en el supuesto de que un medio de comunicación cometa una violación contra los derechos de la personalidad, la persona que haya «sufrido» el perjuicio en varios Estados miembros (tantos como aquellos en los que se difunda tal información) podría teóricamente elegir entre reclamar los daños ante el tribunal del lugar de la sede del autor o editor de la publicación controvertida o de la difusión en cuestión en tanto se corresponde con el lugar en el que se ha producido hecho generador del daño, o ante el tribunal del lugar en el que se ha producido el daño que ha supuesto el perjuicio o atentado a la víctima, que suele coincidir la mayoría de las veces con el país de su domicilio o residencia y con la ley del lugar donde el periódico ha sido distribuido o la emisión ha sido difundida.

La primera de las posibilidades se corresponde a la regla del Estado de origen, y el tribunal señalado será competente para conocer de la integridad de los daños causados por la publicación o la difusión, es decir su competencia se extendería a todos los países en los que se haya producido tal ataque o perjuicio. La segunda alternativa correspondería al Estado de destino, y si la víctima elige dicho tribunal por ser el del lugar de su residencia, únicamente podrá reclamar por el perjuicio sufrido en dicho Estado.

² Recomendación de posición del Parlamento en segunda lectura (ponente Wallis) 22 diciembre 2006, A6-0481/2006.

Tales circunstancias comportan un alto de riesgo de *forum shopping*, y una menor previsibilidad a las partes implicadas, lo cual juega en claro detrimento de la seguridad jurídica en los supuestos de naturaleza transnacional. La armonización a nivel europeo de las normas de conflicto permitiría superar tales inconvenientes y facilitaría además el reconocimiento mutuo de las decisiones judiciales adoptadas en un Estado en el resto de los Estados miembros, contribuyendo así al correcto desarrollo de un verdadero espacio europeo de justicia, pero el difícil equilibrio de intereses en presencia y la excesiva presión ejercitada por los medios de comunicación ha imposibilitado, al menos por el momento, la adopción de una norma de conflicto que goce del consenso común.

Las dos principales opciones en presencia durante el proceso de elaboración del Reglamento Roma-II se movían, por tanto, entre la opción en favor de la ley del Estado de origen (que equivaldría a la aplicación de la ley del establecimiento del editor) frente a la ley del Estado de destino (que se correspondería con la ley del lugar del daño y, por tanto, en la mayoría de los casos remitiría a la aplicación de la ley del Estado de residencia de la víctima). La realidad normativa y jurisprudencial es que ninguno de los Estados miembros aplica simplemente la regla de ley del lugar de establecimiento del editor sin matizaciones, por lo que si ésta fuera la solución elegida finalmente en un futuro instrumento armonizador, tal y como abogan la mayoría de los medios de comunicación, casi todos los Estados miembros se verían obligados a su vez a modificar completamente el sentido de sus respectivas leyes internas.

Por el contrario, la ley del lugar donde se ha producido el daño (ya sea entendida como la ley del Estado donde se ha distribuido la publicación o se ha difundido la emisión o como la ley del Estado de la residencia habitual de la víctima) tiene hoy día ya su reflejo en numerosas normas de conflicto, vinculadas a esta materia, de los ordenamientos internos de los Estados miembros (tales como los de Francia, España, Bélgica, Luxemburgo). De este modo, cabe prever que si en un hipotético instrumento normativo comunitario, se adoptase, como punto de conexión finalmente aplicable, el de la ley del lugar donde se ha producido el daño, apenas habría necesidad de modificación de las vigentes normativas internas.

A pesar de ello, las dificultades existentes para tratar de conciliar ambas posturas, lleva a proponer nuevas vías de solución orientadas a lograr un equilibrio razonable, que no se incline por una de las opciones en detrimento de alguno de los derechos en juego. La solución no radica en jerarquizar en abstracto, es decir, en dotar de una mayor relevancia a la libertad de información frente al derecho a la intimidad o vida privada de las personas, o al revés, que se deba primar el derecho a la intimidad frente a la libertad de información. En una sociedad democrática, moderna y desarrollada ambos deben ser defendidos, respetados y garantizados.

La situación actual, caracterizada por la convivencia simultánea de tantas soluciones jurídicas conflictuales como Estados miembros, sumada a la posición rígida que mantiene la industria de la prensa, presenta un escenario complejo de gestionar a futuro. La creación de un Derecho comunitario uniforme, un auténtico Derecho

sustantivo de obligaciones europeo, por la vía de la *unificación de las normas materiales* ha sido y es un objetivo propuesto, analizado y valorado tanto en la doctrina como en las propias instancias europeas³. Pese a que pueda presentar notables ventajas en aras a mitigar las dificultades que provoca la convivencia de tantos Derechos como Estados miembros, actualmente es un objetivo inviable, al menos a corto y medio plazo.

La primera opción que se podría sugerir ante el escenario al que nos enfrentamos es la de mantener tal cual la situación actual. Esto es, renunciar a cualquier intento de armonización y/o unificación de las reglas, tanto materiales como conflictuales, que regulan la responsabilidad civil extracontractual por daños ocasionados a la intimidad u otros derechos relacionados con la personalidad en los 27 Estados miembros, de forma que cada ordenamiento estatal siga adoptando sus propias normas de Derecho material y de Derecho internacional privado.

Esta solución no parece satisfactoria. Las enormes divergencias existentes en este ámbito en los ordenamientos internos de los Estados miembros inciden negativamente en la construcción de un mercado comunitario y de un «espacio europeo de justicia en materia civil» –art. 61.c) Tratado de la Comunidad Europea (TCE)– que garantice su buen funcionamiento.

En aras a mitigar las complejidades derivadas de la disparidad normativa en materia de responsabilidad civil extracontractual en este ámbito, las instituciones europeas deben apostar por fortalecer el proceso de armonización legislativa iniciado. La armonización normativa en materia de responsabilidad extracontractual por daños contra los derechos de la personalidad se plantea como respuesta al grado de incertidumbre derivado de las diferencias existentes entre los ordenamientos de los Estados miembros y al incremento de los costes, ya sean de transacción como de información y adaptación de los distintos ordenamientos, que ello puede ocasionar para los partícipes en el mercado interior.

El proceso de armonización abierto en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual debe continuar y avanzar en esta dirección en el campo de los delitos contra los derechos de la personalidad. Descartada la unificación completa de las normas materiales, la cuestión es si la armonización conflictual es una vía factible; y ya no sólo factible, sino también adecuada.

La armonización de las normas de conflicto de leyes de los 27 Estados miembros en el marco de la resolución de litigios transfronterizos, aportaría mayor seguridad jurídica al espacio de justicia europeo, puesto que determinaría cuál es la ley aplicable a la obligación extracontractual con independencia de cuales fueran los tribunales competentes. El hecho de que las partes no tengan que conocer todas las normas de conflicto y su aplicación jurisprudencial en los 27 Estados miembros, sino que puedan acudir a un régimen único de Derecho internacional privado comu-

³ Existe una abundante literatura en torno a la unificación del Derecho de obligaciones en la UE. Al respecto, *vid.* entre otros muchos, KOZIOL, H., y STEININGER, B. C. (eds.), *European Tort Law 2002*, Springer, Viena, 2003.

nitario, tiene como consecuencia directa la reducción de los costes de previsibilidad del litigio, y aporta mayor capacidad de prever la solución a todas las partes del litigio. De esta manera, la armonización de las normas de conflicto contribuye a garantizar la igualdad de trato entre las partes en un litigio con componentes y repercusión transfronteriza.

La propuesta inicial del proyecto de Reglamento Roma-II fue una clara apuesta por la armonización conflictual en este campo. En su artículo 6 integraba la materia de la responsabilidad extracontractual por la violación de la vida privada y otros derechos relacionados con la personalidad y, en particular, la responsabilidad derivada de la difamación a través de los medios de comunicación de masas. Tal precepto fue posteriormente excluido de la Propuesta modificada de 2006.

Pero la Comisión eliminó del ámbito de aplicación los delitos de prensa y asimilados ante las dificultades de conciliar las posturas adoptadas por los sujetos u operadores «industriales» directamente afectados por la materia y las diferencias irreconciliables de los textos impulsados por el Consejo y el Parlamento Europeo. Finalmente, la presión de los medios de prensa que abogaron por la sede del editor como punto de conexión paralizó y bloqueó el proceso.

De hecho, la necesidad de no abandonar definitivamente la vía de la *unificación de la norma de conflicto* en este ámbito, a pesar del fracaso reflejado en Roma II, es patente. La unificación de la norma de conflicto a nivel comunitario propiciaría una mayor seguridad jurídica a todos los operadores, incluidos las empresas de información, y vendría a completar en esta materia el régimen de la competencia judicial internacional y del reconocimiento y la ejecución de resoluciones en los Estados miembros, ya regulado en el Reglamento 44/2001, denominado Bruselas I, sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil. Es preciso asegurar el equilibrio y la igualdad entre las partes, su pleno conocimiento de las reglas de funcionamiento del mercado y un alto grado de previsibilidad de los costes y los beneficios de la relación u operación que van a realizar. La unificación conflictual será una herramienta válida de armonización.

Ésta puede basarse en el principio del Estado de origen⁴. Como es sabido, el principio del Estado de origen parte del hecho de que los operadores en el mercado venden sus productos o prestan sus servicios estableciendo sus propias condiciones. Trasladada esta lógica al ámbito de los atentados o afecciones sobre los derechos de la personalidad o difamación por los medios de comunicación, ello supondría que ambas partes, persona lesionada y autor del daño, estuvieran en igualdad de condiciones, pero al ser una obligación que no surge de un contrato, nos encontramos con que una de las partes no entra en juego hasta que el daño ya ha sido causado.

⁴ Vid. VIRGÓS SORIANO, M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Estado de origen vs. Estado de destino: las diferentes lógicas del Derecho internacional privado», *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, t. II, 2005, pp. 1797-1800.

Los problemas en la aplicación del principio del Estado de origen surgen cuando la situación de los partícipes no es la que presuponemos y una de las dos partes se encuentra en una situación de inferioridad respecto a la otra, o cuando de las circunstancias del supuesto se deriva que una de las partes no cuenta con las mismas garantías, como sucede en las obligaciones extracontractuales. En ese caso, la parte beneficiada puede llegar a elegir la ley aplicable, pensando únicamente en sus intereses e intentar aprovecharse de la inferioridad o desigualdad en la que se halla la otra parte, y el Derecho internacional privado, orientado a seguir el criterio del principio del Estado de origen, falla⁵.

Así, en el caso de las obligaciones extracontractuales, si el operador puede «escoger» de forma oportunista o interesada la ley aplicable a los posibles daños extracontractuales que provoca su actividad, eligiendo un «origen» que le favorezca, buscará aquella que le sea más favorable, incluso antes de que el daño haya sucedido⁶. Por todo ello, en estos casos, a la hora de realizar una unificación conflictual, en aras a lograr el equilibrio mínimo y a garantizar el buen funcionamiento del mercado, se debería optar por la ley del Estado de destino.

Precisamente ésta ha sido la opción elegida por el Reglamento Roma-II al establecer de forma general la norma de conflicto que va a señalar la ley aplicable. En su artículo 4 instaura como ley aplicable *la ley del lugar donde se produce o pudiera producirse el daño directo*. Y en el ámbito de los atentados contra derechos de la personalidad o difamación cometidos por los medios de comunicación la primera propuesta de Reglamento también se inclinó por esta opción al incluirlos como proyecto en su artículo 6. Tal precepto, recogido en Primera Propuesta de Reglamento reenviaba a la norma general del artículo 3 (actual art. 4 Roma-II). Siguiendo la lógica de la Ley del Estado de destino del artículo 4 Roma-II, proyectada sobre la materia que nos ocupa, la ley aplicable sería la del lugar donde se ha producido el hecho dañoso, que en los casos de atentados contra derechos de la personalidad o difamación es el lugar donde la persona perjudicada sufre el atentado contra su intimidad o vida privada; o donde los efectos de ese atentado se producen con más intensidad. Ello no excluye la posibilidad de que esta opción se complete mediante una cláusula de excepción aplicable en aquellos casos en que exista una Ley que presente vínculos más estrechos con el supuesto en cuestión.

Sin embargo, las críticas a este punto de conexión por parte de las asociaciones de prensa, defensoras del principio de Estado de origen, fueron abrumadoras. Dada la dificultad de alcanzar un consenso en torno a qué camino debería seguir la unificación de una norma de conflicto en esta materia (tal y como ha quedado patente en

⁵ *Ibid.*, p. 1800.

⁶ *Ibid.*, p. 1809. En este sentido, el Grupo de Hamburgo de Derecho internacional privado, en sus *Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, 2002, p. 25, disponible en <http://www.mpipriv.de/de/data/pdf/commentshamburggroup.pdf>, señala claramente que optar por «*the law of the place of acting (...) would allow the media to shop around for the lowest standard of protection and would be very detrimental to victims in other countries*».

la fase de negociación y elaboración del Reglamento Roma-II) y romper el bloqueo existente sobre este aspecto; otra posibilidad radica en intentar terminar con los problemas inherentes a la diversidad material existente, mediante una armonización a través del establecimiento de unos principios mínimos comunes.

La unificación conflictual no debe presentarse como una opción alternativa a la armonización sustantiva de los ordenamientos de los Estados miembros, sino como una opción complementaria⁷. Sin lugar a dudas, la forma más adecuada de asegurar un mínimo nivel de concordancia entre los ordenamientos, que prevenga la multiplicación de los problemas vinculados a la diversidad legislativa, es buscar la combinación adecuada entre los mecanismos de armonización conflictual y cierta dosis de armonización material mínima, que resulta imprescindible. En muchas ocasiones, el éxito de las medidas orientadas a armonizar, a nivel europeo, las normas de conflicto, dependerá del acercamiento de las normas sustantivas y principios generales de los ordenamientos nacionales. Así que puede ser conveniente, en el ámbito extracontractual, coordinar la vía de la unificación conflictual con actuaciones armonizadoras parciales.

La labor iniciada por el Reglamento Roma-II y la dificultad de llegar a un consenso en torno a las normas de conflicto, reguladoras de los atentados contra los delitos de la personalidad, demuestra que el recurso a técnicas de armonización conflictual tendentes a la unificación del Derecho internacional privado de los Estados miembros no parece posible si no se acompaña de iniciativas de aproximación material y de la elaboración de unos principios comunes.

Por su parte, sólo una armonización material o sustantiva de los Derechos nacionales justificaría la utilización del criterio del Estado de origen⁸, en vez del Estado de destino más propia de las normas de conflicto en materia de obligaciones extracontractuales.

El Derecho internacional privado orienta sus técnicas hacia la superación de las dificultades inherentes a la pluralidad de derechos materiales, señalando a uno de ellos como encargado de resolver una concreta controversia. Pero si las diferencias existentes entre los ordenamientos en juego, implican que de la elección de uno de ellos como aplicable se deriven resultados completamente contradictorios, se corre el riesgo de establecer un sistema en el que los interesados utilicen la norma de conflicto para buscar la residencia del lugar de la ley que les resulte más favorable, dando lugar al fenómeno de la «*legal shopping*», lo que serviría a incrementar la inseguridad jurídica y las desigualdades entre los partícipes en el mercado.

⁷ Una lectura realista de la situación actual, partiendo de que las razones por las cuales fracasó la iniciativa de incluir esta materia en el Reglamento de Roma II siguen vigentes, conduce a la posibilidad de adoptar una norma de conflicto debe formularse de manera renovada, de modo que pueda superar las reticencias más importante que suscita.

⁸ VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Estado de origen vs. Estado de destino...», *loc. cit.*, pp. 1803 y 1811.

Existen distintos niveles de protección de los derechos de personalidad en los ordenamientos sustantivos nacionales y divergencias materiales y jurisprudenciales que rodean el debate entre el derecho a la intimidad y la libertad de información en los 27 Estados miembros; estas diferencias son lo que realmente distorsiona el funcionamiento del mercado. Así, frente a la unificación de una norma de conflicto para todos los Estados miembros, podría sugerirse la alternativa de elaboración de una Directiva que establezca unos mínimos materiales comunes.

En conclusión, y ante la dificultad y el bloqueo existente para la adopción de una única norma de conflicto a nivel europeo, en materia de responsabilidad extracontractual por atentados contra la intimidad y otros derechos relacionados con la personalidad, la tarea de las instituciones europeas debería dirigirse a lograr el acuerdo sobre el umbral mínimo material sobre los derechos de comunicación y los derechos de personalidad, de modo que sea posible adoptar un instrumento cuya aplicación se base en el criterio del Estado de origen.

El *iter* legislativo, sin duda tedioso y lento, es necesario, porque la laguna normativa del Reglamento Roma-II debe ser superada para aportar así mayor seguridad jurídica en este sector de las obligaciones extracontractuales, típicamente «internacionalizado», y que presenta un nivel de litigiosidad que demanda, sin lugar a dudas, la necesidad de tal labor legislativa.

Y a todo ello se añade que las reglas de competencia judicial previstas en el Reglamento Bruselas I amparan que los demandantes puedan elegir entre tribunales de más de un Estado miembro. Todo ello, y de forma específica el pronunciamiento contenido en la antes comentada sentencia del TJUE, ha precipitado el proceso de reelaboración de una norma que colme tal laguna. El Parlamento Europeo presentó en noviembre de 2011 una iniciativa tendente a revisar el Reglamento Roma II sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, con el objeto de incluir una regla específica en materia de violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad. Es, sin duda, una buena noticia y una plausible iniciativa, aunque en la doctrina más autorizada, personalizada en el profesor P. A. DE MIGUEL ASENSIO⁹, su tenor despierta ciertas dudas, en particular en relación con su aplicación a las actividades desarrolladas a través de Internet.

La iniciativa incluye una propuesta concreta de reforma legislativa, que consistiría en incluir un artículo 5.a) en el Reglamento Roma II con el siguiente contenido:

“Article 5a – Privacy and rights relating to personality

(1) Without prejudice to Article 4(2) and (3), the law applicable to a non-contractual obligation arising out of violations of privacy and rights relating to personality, including defamation, shall be the law of the country in which the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, directly and substantially affected.

⁹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «Internet, vida privada y redes sociales: nuevos retos», ponencia presentada en la sesión sobre «Redes sociales y vida privada» del Congreso «Internet y el futuro de la democracia», celebrado en Vitoria los días 19 y 20 de diciembre de 2011 (en prensa).

However, the law applicable shall be the law of the country in which the person claimed to be liable is habitually resident if he or she could not reasonably have foreseen substantial consequences of his or her act occurring in the country designated by the first sentence.

(2) When the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, affected in more than one country, and that person sues in the court of the domicile of the defendant, the claimant may instead choose to base his or her claim on the law of the court seised.

(3) The law applicable to the right of reply or equivalent measures shall be the law of the country in which the broadcaster or publisher has its habitual residence. (4) The law applicable under this Article may be derogated from by an agreement pursuant to Article 14."

Una primera duda tiene que ver con el empleo en el texto de la propuesta del criterio de conexión («*the country in which the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, directly and substantially affected*») que puede conducir a una plurilocalización, en relación con informaciones difundidas a través de Internet, que pueden localizarse en más de un país al mismo tiempo (ya que si la persona es conocida en varios países en los que la información alcanza cierta difusión, cabría apreciar que sus derechos resultan directa y sustancialmente afectados en más de un Estado).

Es cierto que el apartado 2 de la propuesta abre la posibilidad («(2) *When the rights of the person seeking compensation for damage are, or are likely to be, affected in more than one country, and that person sues in the court of the domicile of the defendant, the claimant may instead choose to base his or her claim on the law of the court seised.*»), pero sólo contempla una alternativa que operará únicamente cuando la demanda se presente ante los tribunales del domicilio del demandado. Por ello la novedosa propuesta no atiende debidamente a aquellos supuestos en los que el perjudicado o víctima, cuyos derechos han sido directa y sustancialmente afectados en varios Estados, ejercite su acción (respetando el criterio jurisprudencial sentado por el TJCE en el caso *eDate*), en reclamación de la integridad del daño causado, ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de establecimiento del emisor de los contenidos (si no coincide con el domicilio del demandado) y, sobre todo, cuando lo haga ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que se encuentra su «centro de intereses», siguiendo la vía abierta en la mencionada sentencia.

En todo caso, y a la espera del iter normativo que la proyectada superación de la laguna del Reglamento Roma II pueda tener, es positivo que el proceso se haya retomado, porque, como ha quedado de reflejo en estas reflexiones, la necesidad de superar tal ausencia de regulación conflictual no responde a un mero capricho intelectual o académico, sino que es necesaria para responder, desde el derecho internacional privado, a los retos que representan las nuevas realidades litigiosas en este sector que experimenta una creciente importancia práctica.

RESUMEN: En el contexto del Derecho de daños, y en el ámbito global de estudio de la dimensión transfronteriza de los litigios sobre responsabilidad civil extracontractual, este sector de los daños «reputacionales» ofrece una efervescencia de litigiosidad que preocupa e interesa al Derecho internacional privado. Y en el marco de nuestra disciplina los problemas clásicos de selección de la ley aplicable y de determinación del tribunal competente adquieren especial relevancia en la actualidad, debido al «universo» internet y la ausencia de fronteras inherente a la información y a los contenidos que circulan por la red. Las soluciones clásicas no resuelven los problemas, y estas reflexiones tratan de marcar pautas de futuro y analizar las herramientas normativas que deberemos utilizar.

PALABRAS CLAVES: Difamación. Internet. Ley aplicable y tribunal competente.

ABSTRACT: Cross-boarder litigation in cases of defamation has become one of the hot issues in Private international law. Internet communications do not respect geographical boundaries, so topics as choice of law and jurisdiction are fundamental. The traditional answers are inadequate to solve the current problems. This paper will examine future solutions and the regulations that we should apply to respond the key problems.

KEYWORDS: Defamation, Internet, Law applicable and jurisdiction

CURRICULA VITAE

JUAN JOSE ÁLVAREZ RUBIO. *Catedrático de Derecho internacional privado. UPV/EHU.* Director Académico del Centro Asociado de la UNED en Guipúzcoa (Bergara). Director del Máster de Derecho del comercio internacional, posgrado-título propio de las Universidades UPV y UNED. Experto designado por la Comisión Europea para las áreas de seguridad. Designado miembro del grupo de observadores del proyecto de la Comisión Europea «Consultas a la ciudadanía europea 2009». Entre sus trabajos destacan: *Conflictos de leyes en el desarrollo del Derecho Civil Vasco* (en colaboración con otros autores), 1999, Ed. Real Sociedad Bascongada de Amigos del País (Comisión de Bizkaia); *Derecho marítimo y Derecho internacional privado: Algunos problemas básicos*, 2000, Vitoria-Gasteiz, Servicio Publicaciones Gobierno Vasco; «Europa: El Estado de la Unión» (Susana DEL RÍO, coord.), *Libertad, Seguridad y Justicia en la nueva Europa*, Thomson/Aranzadi, Pamplona, 2006, pp.119-138.

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES. *Catedrática de Derecho internacional privado en la Universidad de Extremadura.* Directora General de los Registros y del Notariado, del Ministerio de Justicia, desde mayo de 2004 a marzo de 2009. Vicerrectora de Extensión universitaria de la Universidad de Extremadura. Vicepresidenta de la Fundación Centro de Documentación e Información Europea de Extremadura. Magistrada suplente de la Audiencia Provincial de Badajoz. Miembro del Consejo Consultivo para la cooperación transfronteriza de la Asamblea de Regiones Fronterizas de Europa. Miembro del Consejo territorial de MAPFRE en Extremadura. Diputada de la Asamblea de Extremadura y Portavoz del Grupo parlamentario socialista. Autora de una amplia obra doctrina, especialmente en las áreas del Derecho del comercio internacional, Derecho de familia, Derecho de sucesiones y Derecho de la nacionalidad. Una lista exhaustiva de sus publicaciones puede consultarse en www.lanzadera.com/accursio

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER. *Catedrática de Derecho internacional privado, UNED.* Ha enseñado Derecho de la Unión Europea en el Máster de la Unión Europea de la UAM. Profesora de Derecho internacional privado en la Escuela Diplomática (Madrid). Directora del Módulo relativo al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en el Posgrado Unión Europea (UNED). Principales publicaciones sobre Derecho internacional privado y Unión Europea: «¿Hay avances en la construcción de una noción de orden público en el ámbito comunitario?», *Aranzadi Civil*, nº 5, junio 2001. «Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales», *Revista Derecho comunitario europeo*, nº 10, jul/dic 2001. *Sociedad Internacional y Derecho internacional privado*, Colex, Madrid, 2006. «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el art. 13 del Reglamento Roma III», *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum Jose Luis Iglesias Buhigues*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012.

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS. *Profesora titular de Derecho internacional privado en la UNED.* Ha formado parte del equipo investigador en siete Proyectos de Investigación financiados. Entre sus trabajos en Derecho internacional privado y Derecho de la Unión Europea destacan: *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011; «Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la Protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores», *Revista Española de Derecho Europeo* (44), 2012; «Reflexiones en torno al Reglamento 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial», *El desarrollo del Tratado de Lisboa: un balance de la Presidencia española*. Colección Escuela Diplomática, nº 17, 2011. «El control por el juez de origen de las decisiones dictadas en aplicación del artículo 42 del Reglamento CEE N. 2201/2003: el asunto Aguirre-Pelz», *Revista General de Derecho Europeo*, 25 (2011).

ENRIQUE LINDE PANIAGUA (1947). Licenciado en Derecho por la Universidad de Valencia (1970) es Doctor en Derecho por las Universidades de Valencia (1973) y Bolonia (1975). Profesor de Derecho administrativo de la UNED desde 1977, en la actualidad acreditado Catedrático de Derecho administrativo. Es coordinador del Programa de Doctorado del Departamento de Derecho administrativo de la UNED. Director de la *Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE)* y coordinador del Máster Oficial «Intervención de la Administración en la sociedad». Es autor de más de trescientas publicaciones científicas (monografías, libros colectivos, artículos de revista, etc.), pudiendo citarse entre sus últimos libros: *Parte especial del Derecho administrativo. La intervención de la Administración en la sociedad* (edc. 2007 y 2012), *Fundamentos de Derecho administrativo* (4ª

edc. 2012) y *Procedimientos, actos y recursos administrativos: cuestiones prácticas* (6ª edc. 2011).

MARINA VARGAS GOMEZ-URRUTIA. Profesora titular de Derecho internacional privado (UNED). Es editora del Blog sobre Jurisprudencia Relevante del Tribunal de Justicia en materia de derechos fundamentales y libertades comunitarias (ECJ Leading Cases on Fundamental Freedoms and Rights). Correo-e: mvargas@der.uned.es. Es autora de una treintena de aportaciones doctrinales sobre aspectos del Derecho internacional privado, en general, y del Derecho de extranjería en particular «Cuando los apellidos traspasan la frontera. Reflejos de la desigualdad en el nombre de la persona en el asunto “Losonci-Rose c. Suiza” y en la jurisprudencia del TJUE», *Revista General de Derecho Europeo*, nº 28 (2012); «El estatuto de ciudadano de la Unión y su posible incidencia en el ámbito de aplicación del Derecho Comunitario (STJUE Ruiz Zambrano)», *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 23 (2012); «La migración circular: una nueva perspectiva comunitaria en la gestión de las migraciones», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 17 (2009-2); «La Unión Europea frente al fenómeno migratorio», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 16, (2009-1).

