EL DERECHO DE FAMILIA A LA LUZ DEL DERECHO FUNDAMENTAL EUROPEO AL RESPETO A LA VIDA FAMILIAR

MARÍA VICTORIA CUARTERO RUBIO
JOSÉ MANUEL VELASCO RETAMOSA
Directores

El Derecho de Familia a la luz del derecho fundamental europeo al respeto a la vida familiar

Prólogo
María Victoria Cuartero Rubio

Proyecto PID2020-113061GB-I00 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033

Centro de Estudios Europeos Luis Ortega Álvarez
Centro de excelencia Jean Monnet
UCLM
Cofinanciado por la Unión Europea
ARANZADI

© **María Victoria Cuartero Rubio y José Manuel Velasco Retamosa (Dirs.) y autores**, 2025
© **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**

ARANZADI LA LEY, S.A.U.
C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
www.aranzadilaley.es

Atención al cliente: https://areacliente.aranzadilaley.es

Proyecto PID2020-113061GB-I00 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033

MINISTERIO DE CIENCIA, INNOVACIÓN Y UNIVERSIDADES
AGENCIA ESTATAL DE INVESTIGACIÓN

Primera edición: Julio 2025

Depósito Legal: M-16596-2025
ISBN versión impresa: 978-84-1085-205-1
ISBN versión electrónica: 978-84-1085-206-8

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.
Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, **www.cedro.org**) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **ARANZADI LA LEY, S.A.U.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Relación de autores por orden alfabético

Rafael Arenas García
Catedrático de Derecho internacional privado
Universitat Autònoma de Barcelona

Amélie Benoistel
Docteur en droit
Avocat au barreau de Paris

Esperanza Castellanos Ruiz
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid

M.ª Victoria Cuartero Rubio
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Castilla-La Mancha

Ana Fernández-Tresguerres García
Notaria de Madrid
Académica de Número de la Real de Jurisprudencia y Legislación de España

Enrique Fernández Masiá
Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Castilla-La Mancha

David García-Pardo Gómez
Profesor Titular de Derecho eclesiástico
Universidad de Castilla-La Mancha

M.ª del Carmen González Carrasco
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Castilla-La Mancha

Mónica Guzmán Zapater
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad Nacional de Educación a Distancia

Pilar Jiménez Blanco
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo

Ángeles Lara Aguado
Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Granada

Isabel Eugenia Lázaro González
Profesora Propia Ordinaria de Derecho internacional privado
Universidad Pontificia Comillas - ICADE

M.ª Teresa Martín López
Profesora Titular de Derecho penal
Universidad de Castilla-La Mancha

María del Mar Moreno Mozos
Profesora Titular de Derecho eclesiástico
Universidad de Castilla-La Mancha

Nicolas Nord
Maître de conférences
Université de Strasbourg
Secrétaire général de la Commission Internationale de l'État Civil

Guillermo Palao Moreno
Catedrático de Derecho internacional privado
Universitat de València

Afonso Patrão
Professor at the Faculty of Law
University of Coimbra
Member of UCILeR — University of Coimbra Institute for Legal Research

Ana Quiñones Escámez
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

Lorena Sales Pallarés
Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Castilla-La Mancha

Margherita Salvadori
Cattedratica di diritto internazionale privato e processuale
Università di Torino

Lucía Inmaculada Serrano Sánchez
Profesora Permanente Laboral de Derecho internacional privado
Universidad de Malaga

Katarina Trimmings
Professor of Law
University of Aberdeen

José Manuel Velasco Retamosa
Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Castilla-La Mancha

Isaac de la Villa Briongos
Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado
Universidad de Castilla-La Mancha

M.ª Ángeles Zurilla Cariñana
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Castilla-La Mancha

Índice General

Página

PRÓLOGO
M.ª VICTORIA CUARTERO RUBIO 28

PARTE I
MODELOS FAMILIARES

Modelos de familia en evolución en España: estado actual
MARÍA DEL MAR MORENO MOZOS 31

I. Introducción 33
II. Directrices europeas: la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de julio de 2019, relativa a la igualdad de género en el mercado laboral y en el trabajo 35
III. Implementación en el ordenamiento jurídico español 39
1. El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio 39
2. El Proyecto de Ley de familias de 8 de marzo de 2024 44
IV. Consideraciones conclusivas 52

Modelos familiares y derecho penal: vida privada y vida familiar
M.ª TERESA MARTÍN LÓPEZ 57

I. Derecho penal y modelos de familia 58
1. Familia y familias de ayer y hoy 60

Página

2. *Familia y familias de mañana* 68
   A. Familias multiespecie 69
   B. Familias con miembros de personalidad digital o electrónica 72

II. Vida privada y vida familiar: delitos contra la intimidad en la pareja 76

III. Reflexiones finales 87

El «nuevo» derecho de familia a la luz de los principios de igualdad y del interés superior del menor

M.ª ÁNGELES ZURILLA CARIÑANA 91

I. Introducción 92

II. La incidencia del reconocimiento constitucional de la igualdad de la mujer en el derecho de familia 95

1. *Los derechos de la mujer antes de la Constitución española* ... 95
2. *Reformas del Código civil tras la Constitución española* 97
3. *La pensión compensatoria como herramienta de igualdad de la mujer* 104
   A. La pensión compensatoria en las parejas de hecho. 105
4. *Breve referencia a la sucesión en los títulos nobiliarios* 107

III. Influencia en el derecho de familia de los principios de igualdad de los hijos y del interés superior del menor 108

1. *La igualdad de los hijos ante la ley* 108
2. *El principio de protección del interés superior del menor* 109
3. *El interés superior del menor en el Código civil* 112

IV. Las importantes repercusiones de la violencia de género en el derecho de familia (LO 1/2004) 115

Concepto de matrimonio en los Estados miembros de la Unión Europea y derecho internacional privado

JOSÉ MANUEL VELASCO RETAMOSA 121

I. Introducción 122

Página

II. Un concepto de matrimonio heterogéneo en las normas internas de los Estados miembros 124

III. Instituciones del derecho de familia y Unión Europea: la ausencia de un concepto de matrimonio común 127

1. Las normas de Derecho internacional privado de familia en la UE: la carencia de nociones unificadas 127

2. La ausencia de la definición de matrimonio en las normas de Derecho internacional privado de la Unión Europea 131

IV. Conclusión 133

La relevancia del matrimonio confesional en el Derecho español

DAVID GARCÍA-PARDO GÓMEZ 135

I. Introducción: la eficacia civil del matrimonio religioso en España a lo largo de la historia 136

II. La eficacia civil del matrimonio religioso tras la Constitución española de 1978 138

III. La eficacia civil del matrimonio celebrado en forma canónica en España 141

IV. Otros matrimonios celebrados en forma religiosa con eficacia civil en España 148

V. La eficacia de las sentencias de nulidad canónicas en el derecho español 155

PARTE II
NO DISCRIMINACIÓN, IGUALDAD, DIVERSIDAD

Identidad sexual y de género y derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del TEDH

ÁNGELES LARA AGUADO 163

I. Introducción 164

II. De la coherencia (e incoherencia) del (no) reconocimiento pleno a efectos legales de la nueva identidad sexual y de género tras someterse a tratamientos de cambio de sexo: evolución progresiva de la jurisprudencia del TEDH 167

Página

III. Subordinación de la identidad sexual y de género a otros intereses sociales en casos de cambio de sexo posteriores al matrimonio 175

IV. Cambio de sexo, filiación y relaciones paterno/materno-filiales . 177

V. ¿Posibilidad de un sexo neutro o tercer sexo? 181

VI. Conclusiones 183

Discriminaciones de género en las herencias como componente económico de la vida familiar internacional: uso estratégico de la *professio iuris* y la libertad de testar en casos no solo conectados a derechos liberales

ANA QUIÑONES ESCÁMEZ 185

I. Planteamiento del problema 186

II. Consideraciones substantivas en la sucesión con elementos de extranjería 190

1. Sucesión intestada: el caso español 190

2. Sucesión testada: el caso austriaco 196

III. Costumbre o precepto religioso de la *quiwâna* como compensación del reparto desigualitario en las sucesiones: ¿un derecho de alimentos? 198

IV. La voluntad negativa del testador en el límite del orden público internacional 200

V. Efectividad de los derechos fundamentales respecto de los actos privados: la controvertida STEDH de 23 de julio de 2004 en el asunto Pla y Puncernau c. Andorra 201

VI. Papel del notario como «guardián del orden público» o como «estratega» al servicio del cliente-testador 202

VII. Reflexión, conclusión y propuesta final 203

El contenido del derecho a la reagrupación familiar según la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

ISAAC DE LA VILLA BRIONGOS 207

I. Introducción 208

Página

II. Marco jurídico y conceptual 210

III. Jurisprudencia del TJUE sobre reagrupación de MENA 219

1. El momento de referencia en relación con la edad del MENA y la solicitud de reagrupación 219

2. El derecho a la reagrupación familiar de familiares de segundo grado, en concreto, hermanos 221

3. Los matrimonios forzosos, menas y reagrupación familiar 227

IV. Conclusiones 234

El sistema de apoyos a la capacidad de las personas con discapacidad psíquica a la luz del respeto de la vida personal y familiar

M.ª DEL CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO 239

I. El nuevo paradigma de la capacidad de obrar y autonomía de la persona con discapacidad psíquica en la Ley 8/2021 241

1. El contexto internacional y la finalidad de la Ley 8/2021 241

2. Los rasgos fundamentales de la actuación en apoyo de las personas con discapacidad en la Ley 8/2021 244

II. La normalización de la guarda de hecho y la necesidad de su acreditación 247

III. El consentimiento contractual prestado por la persona con discapacidad sin el apoyo requerido 250

1. Contratación sin apoyos pese a la existencia de medidas de apoyo 250

A. Acción ejercitada por la propia persona con discapacidad 251

B. Acción de nulidad ejercitada por el titular de la función de apoyo omitida 253

2. Contratación por el sujeto necesitado de apoyos que carece de ellos 254

3. Actos y contratos sometidos a autorización judicial que se celebran careciendo de ella 255

IV. Consentimientos y apoyos en el ámbito sanitario: ¿autonomía o beneficencia? 257

Página

V. Disposiciones bancarias y protección patrimonial de las personas con discapacidad 260

VI. A modo de conclusión: luces y sombras de la Ley 8/2021 en orden a la efectividad del derecho a la vida personal y familiar 263

Aproximación crítica a la propuesta europea sobre protección de adultos

ANA FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA 271

I. Introducción 273

II. Líneas generales del futuro reglamento 275

1. La propia denominación del futuro Reglamento 275

2. Su relación con el Convenio de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad 276

3. El vínculo del Reglamento con el Convenio de la Haya de 2000 276

4. Relación con otros instrumentos 278

5. Ámbito de aplicación 279

6. Ley aplicable 280

7. El discutible régimen de Autoridades 284

8. Elección de foro y competencia no exclusiva 286

9. Reconocimiento de medidas 287

10. Denegación del reconocimiento 288

11. Colocación 288

12. Poderes de representación 289

13. En especial la referencia a Estados plurilegislativos 291

III. Documentos públicos 292

IV. Certificado Europeo de Representación 294

V. Creación e interconexión de registros de protección 295

VI. Actos delegados y digitalización 295

VII. Algunas conclusiones 297

Página

PARTE III
DERECHO AL RESPETO A LA VIDA FAMILIAR Y OTROS DERECHOS: IDENTIDAD, VIDA PRIVADA

Article 8 of the European Convention on Human Rights and the Child's Right to Identity

KATARINA TRIMMINGS 301

I. Introduction 302
II. Family name and nationality 304
1. *Family name* 304
2. *Nationality* 305
III. Establishment of biological parentage 306
1. *Paternal affiliation* 306
2. *Maternal affiliation: «anonymous births»* 308
3. *Analysis* 309
IV. Legal recognition of parental *status* established abroad through cross-border surrogacy 310
V. International parental child abduction 315
1. *Identity issues in child abduction cases* 317
A. Alteration and/or falsification of the child's identity by the abducting parent during the abduction. 318
B. Court order not to return the child to the State of his/her habitual residence 318
C. Court order to return the child to the State of his/her habitual residence 319
2. *Preservation and restoration of a child's identity in parental child abduction cases* 319
VI. Conclusion 321

Le nom de famille et les droits fondamentaux. La portabilité du nom en question

NICOLAS NORD 323

I. Introduction 324

Página

II. La genèse : la portabilité du nom de famille grâce aux droits fondamentaux dans la jurisprudence des cours européennes 326

1. La jurisprudence de la Cour de justice 326

2. La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme 330

III. La confirmation : la portabilité du nom de famille par une adaptation des règles nationales aux droits fondamentaux .. 334

1. L'adaptation des règles de conflit de lois 335

2. L'introduction de règles de reconnaissance 336

IV. L'alternative : la portabilité du nom de famille et le respect des droits fondamentaux par la coopération internationale . 341

1. La Convention CIEC (n.º 14) et l'indication des noms de famille 342

2. La Convention CIEC (n.º 31) et la reconnaissance des noms . 344

V. Conclusion 346

¿Una solución internacional para la gestación subrogada?: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Conferencia de La Haya

PILAR JIMÉNEZ BLANCO 349

I. Planteamiento: ¿es posible un convenio internacional neutral? . 350

II. El papel uniformador del TEDH y su impacto en los derechos nacionales..... 353

1. Derecho a la vida privada y vinculación biológica con uno de los comitentes 354

A. Vinculación biológica con un comitente varón..... 354

B. Vinculación con la pareja del comitente biológico 358

C. Vinculación biológica con la comitente mujer 360

2. Derecho a la vida familiar..... 362

III. El enfoque de la Conferencia de La Haya..... 364

1. El contexto de los trabajos preparatorios..... 364

2. Las bases para un modelo convencional 367

Página

A. Un sistema basado en el reconocimiento 367
B. Garantías mínimas 370
IV. Balance y perspectivas de futuro 374

Vida familiar de hecho en la filiación por gestación subrogada
ISABEL EUGENIA LÁZARO GONZÁLEZ 377

I. Introducción 378
II. El interés superior del niño 383
III. El derecho al respeto de la vida familiar 391
IV. Factores que deben tenerse en cuenta para valorar si hay vida familiar 398
V. Conclusiones 404

The Prohibition of Surrogacy in the Italian Legal System: the Effectiveness in the Circulation of the *status filiationis*
MARGHERITA SALVADORI 405

I. The recent amendments introduced to Law 40 of 2004 406
II. The protection of the maternity rights of the mother and the child 408
III. The path of Italian jurisprudence: the prohibition of automatic transcription of birth certificates issued abroad 411
IV. The decision of the Corte di cassazione in 2022 412
V. Concluding considerations 413

PARTE IV
Y ALGUNAS OTRAS REFLEXIONES
DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Novedades del Reglamento Bruselas II-ter: luces y sombras
ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ 419

I. El nuevo Reglamento Bruselas II-TER: consideraciones introductorias 420

Página

II. Novedades Reglamento Bruselas II TER 422

1. Creación de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, que garantice la libre circulación de personas dentro de la UE . 427

A. Tratamiento procesal de las demandas transfronterizas en materia de familia..... 428

B. Reconocimiento y ejecución: principio de confianza mutua 429

2. Determinación de los tribunales competentes en virtud de foros uniformes y justos 429

A. Foros en materia matrimonial. Imposibilidad de la autonomía de la voluntad..... 430

B. Foros en materia de responsabilidad parental. Posibilidad la autonomía de la voluntad 432

3. Seguridad jurídica y el forum non conveniens 432

4. Interés superior del menor: persona menor de 18 años 433

A. Disolución matrimonial y responsabilidad parental como procedimientos independientes..... 434

B. Derecho del menor a ser oído..... 434

C. Excepción a la competencia objetiva y procedimiento judicial acelerado 435

5. Medios alternativos de resolución de diferencias 437

6. Minimización de los procedimientos concurrentes 438

7. Reconocimiento automático de decisiones para evitar procedimientos largos y costosos..... 438

8. Reglamento continuista no exento de mejora..... 439

III. Ámbito de aplicación 441

1. Ámbito de aplicación material..... 441

A. Materias civiles 441

B. Elemento extranjero y ámbito internacional de aplicación..... 441

2. Ámbito de aplicación espacial..... 443

3. Ámbito de aplicación temporal 444

4. Ámbito de aplicación personal..... 445

Página

IV. A modo de conclusión: luces y sombras 447

La CIEC se actualiza ante la nueva realidad matrimonial y de uniones registradas: el nuevo Convenio núm. 35 sobre la expedición de un certificado de capacidad matrimonial y de capacidad para celebrar una unión registrada

GUILLERMO PALAO MORENO 451

I. Objetivo y contexto del Convenio 452

II. Ámbito de aplicación material del Convenio 456

III. Reglamentación de los certificados establecidos en el Convenio 459

IV. Régimen de incorporación al Convenio 462

V. Aplicación y modificaciones del Convenio 465

VI. Valoración 467

Matrimonios por poder celebrados en el extranjero: algunas observaciones

MÓNICA GUZMÁN ZAPATER 469

I. Los contornos del matrimonio por poder en los supuestos internacionales 470

II. El reconocimiento del matrimonio por poder celebrado ante autoridad extranjera 473

1. Reglas de competencia 473

2. El reconocimiento: Control conflictual vs. Aplicación de la ley española 475

3. Examen de la práctica relativa al matrimonio por poder 479

4. Del matrimonio por poder al matrimonio de conveniencia 480

III. ¿Adecuación a derechos fundamentales? 482

El matrimonio infantil como efecto indirecto de la ausencia de un auténtico control de las relaciones entre empresas y derechos humanos: propuestas para erradicarlo

LORENA SALES PALLARÉS 485

I. Introducción: la distancia entre dos puntos 486

Página

II. La preocupación de la UE por las relaciones derechos humanos y empresas 487

1. Trabajo forzoso y esclavitud moderna 490

2. Esclavitud moderna y matrimonio infantil 495

III. Cómo proteger la idea del derecho a la vida familiar más allá de las fronteras: propuestas para erradicar el matrimonio infantil 504

Cuestiones de ley aplicable al matrimonio entre adolescentes. Un análisis comparado con Iberoamérica

LUCÍA I. SERRANO SÁNCHEZ 511

I. Introducción: el *ius nubiendi* de los adolescentes en el marco legal internacional 512

II. Ley aplicable a la capacidad para contraer matrimonio: el impedimento de edad ¿es (in) dispensable? 520

1. El matrimonio como forma de emancipación del adolescente y criterios de conexión para contraer matrimonio en el Derecho internacional privado autónomo 522

2. (In) Capacidad para contraer matrimonio de los menores emancipados. Con referencia al impedimento de edad y a su dispensa. 528

III. Ley aplicable a la prestación del consentimiento y garantías procedimentales para evitar matrimonios forzados o concertados 533

IV. Ley aplicable a la forma de celebración del matrimonio entre menores 539

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTA *DE LEGE FERENDA* 541

Admissibility of implicit choice of law applicable to matrimonial property regimes in European Regulation 2016/1103

AFONSO PATRÃO 545

I. The question 545

II. Arguments against the possibility of implicit choice of law in matrimonial admissibility 550

Página

III. The non-decisive nature of the arguments against the admissibility of tacit choice of law 552

IV. Supporting the admissibility of tacit choice of law 556

V. Conclusion 561

Claves para salvaguardar el derecho al respeto a la vida familiar en los acogimientos ordenados conforme al Reglamento Bruselas II TER

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASIÁ 563

I. Planteamiento 564

II. Acogimientos en Bruselas II TER, en especial, el acogimiento transfronterizo del art. 82 568

III. La salvaguarda del derecho al respeto a la vida familiar en las distintas fases del procedimiento 571

1. La posibilidad de ordenar el acogimiento 571

2. La solicitud de aprobación previa 575

3. El examen de la solicitud y la denegación de la aprobación 579

IV. La fuerza ejecutiva de la resolución por la que se ordena el acogimiento transfronterizo y motivos de denegación fundamentados en el derecho al respeto a la vida familiar 585

Derecho a la vida familiar, interés superior del menor y sustracción internacional de menores

RAFAEL ARENAS GARCÍA 589

I. Introducción 590

II. Sustracción internacional de menores e interés superior del menor 592

III. Derecho a la vida familiar e interés superior del menor 597

IV. Sustracción internacional de menores y reconocimiento 603

1. Interés superior del menor y otros intereses 603

2. Sustracción internacional de menores y cooperación de autoridades 605

Página

A. Obligación de retorno e interés superior del menor 605
B. Decisión sobre el retorno y competencia de autoridades 607
C. Conciliando devolución del menor e interés superior del menor 609

V. Conclusión 612

Les droits des héritiers réservataires et la convention européenne des droits de l'homme

AMÉLIE BENOISTEL 613

I. La réserve héréditaire en droit français 614
II. La réserve héréditaire en droit international privé 615
III. La réserve héréditaire et les droits de l'homme 618

Prólogo

1. Bajo el título «Derecho al respeto a la vida privada y familiar», el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) establece en su primer apdo. que: «Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia»; y, en su 2.º apdo., limita la injerencia de la autoridad pública de forma que, para que sea admisible, es preciso que «esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás». El art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) reproduce el art. 8.1 CEDH incidiendo así en la garantía del derecho dentro del ámbito del Derecho de la Unión. Este reconocimiento europeo del derecho se enmarca, en términos similares, en otros textos internacionales, como el art. 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 o el art. 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

La garantía europea del derecho al respeto a la vida familiar por virtud de los arts. 8 CEDH y 7 CDFUE es de particular importancia para el ordenamiento español por cuanto en la Constitución no se reconoce un derecho fundamental sustantivo coextenso al previsto por ellos (por todas, STC 28/2024, de 27 de febrero, FJ 3 *in fine*). Más allá de la protección adjetiva que proporciona la exigencia de motivación reforzada por la vía del derecho fundamental procesal a la tutela judicial efectiva sin indefensión en su vertiente de derecho a la motivación de las resoluciones judiciales (art. 24.1 CE), los únicos referentes constitucionales no se articulan como derechos subjetivos sino como principios: el principio de libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) y el principio de protección de la familia (art. 39.1 CE). Habida cuenta de que no hay un derecho fundamental a la vida familiar en la Constitución, no cabe recurso de amparo ante el TC por vulneración de tal derecho subjetivo, por lo que el TC queda fácilmente al

margen del diálogo judicial internacional en la construcción del derecho, sus contenidos y alcance.

2. Establecido el derecho fundamental europeo a la vida familiar como derecho garantizado en los textos internacionales, el contexto en el que se desenvuelve en la actualidad presenta un panorama complejo. Las relaciones familiares multiplican sus formas y plantean interrogantes novedosos a los ordenamientos jurídicos. Esta complejidad es máxima cuando las relaciones familiares se asocian a situaciones de movilidad internacional de personas. Ante esta realidad, que va de lo variado a lo disruptivo, el Derecho está tratando de dar respuestas respetuosas del derecho a la vida familiar y apostando por revalorizar la continuidad espacial de las relaciones familiares, con independencia de que implique el cruce de fronteras, y por potenciar el papel de los derechos humanos como método de solución jurídica.

En este escenario de transformación de la realidad y de las normas jurídicas en materia de Derecho de Familia, la proposición que está en el origen de esta obra colectiva es la siguiente: analizar este Derecho de Familia en construcción utilizando el derecho a la vida familiar como perspectiva de análisis y como parámetro de calidad de las soluciones jurídicas. Con el respeto a la vida familiar como medida se trata de identificar problemas abiertos, formular de otra manera los conocidos, diagnosticar la calidad de las regulaciones jurídicas en la materia. Implica también conclusiones sobre el derecho subjetivo: si queda garantizado o no, con qué alcance, si es mejorable y de qué forma, cómo actúa la ponderación con otros derechos subjetivos, si un mayor nivel de armonización favorecería la efectividad del derecho o no, etc.

3. Esta hipótesis de trabajo parece especialmente idónea en el contexto del Derecho internacional privado. El derecho al respeto a la vida familiar como vertebrador del Derecho de Familia internacional, concebido como subsistema, sirve de vehículo en este ámbito a principios generales del Derecho como justicia material, armonía internacional de soluciones, seguridad jurídica y previsibilidad del resultado. Observar el Derecho de Familia internacional a través de la lupa del derecho al respeto a la vida familiar proporciona una auténtica habitación con vistas: contextualiza y maximiza los efectos de un elemento clásico en el sector como es el interés superior del menor, explica el reconocimiento de situaciones como método de protagonismo creciente en Derecho internacional privado o el protagonismo consolidado de la autonomía de la voluntad como aval de estabilidad del estatuto personal y familiar en situaciones internacionales; y lo principal: consagra la continuidad de las relaciones familiares como expectativa legítima y como objetivo jurídico.

Esta «continuidad familiar» se eleva a clave de bóveda imprescindible en el marco de la Unión Europea donde resulta consustancial a la libertad de circulación de personas. Sustentada en el principio de no discriminación por nacionalidad y en la ciudadanía europea, para ser efectiva, la libre circulación de personas demanda asegurar la vida familiar transfronteriza de los ciudadanos que se desplazan. En consecuencia, la continuidad de las relaciones familiares como contenido del derecho fundamental reconocido en la Carta va más allá de la facilitación y se erige en una obligación de garantía. De hecho, desde un punto de vista competencial, esta es la razón última que justifica el Derecho de Familia europeo: un aparato extraordinario (en cantidad y técnica jurídica) de normas europeas de Derecho de Familia con un impacto radical en el sistema de fuentes del Derecho de Familia internacional de los ordenamientos nacionales ante su avance decidido y consecuente desplazamiento. La continuidad familiar transfronteriza es una vertiente inconclusa de la libre circulación, y en la consecución de esta vertiente estamos.

Utilizar el derecho a la vida familiar como perspectiva de análisis en el Derecho de Familia de la Unión europea es, además, un método idóneo a la hora de domesticar su complejidad normativa, tanto para el legislador como para el intérprete. Desde la óptica del art. 7 CDFUE la dificultad reside en conseguir una interpretación del derecho reconocido en el precepto que acompase el objetivo jurídico de integración al que sirve con el contenido y alcance del art. 8 CEDH. En técnica jurídica, esto supone una administración consecuente, en particular, del veto de orden público internacional en sede de Derecho aplicable y en sede de reconocimiento y ejecución. Esta administración consecuente es una operación compleja, en la que, al criterio del resultado, se suma el del cumplimiento de las obligaciones positivas de hacer que caracteriza el análisis de las violaciones de derechos por el TEDH. El derecho al respeto a la vida familiar como parámetro comporta una valoración más cuidadosa de la situación, pues se asume la responsabilidad, no sólo en el supuesto evidente, esto es, cuando se evita el impacto del fraccionamiento jurídico sobre la situación familiar, sino igualmente cuando no se evita.

4. Con esta hipótesis de trabajo invitamos a un grupo destacado de juristas especialistas en la materia a abordar cuestiones abiertas o problemas prácticos que presenta el Derecho de Familia más actual. Ordenados en cuatro ejes temáticos («Modelos familiares», «No discriminación, igualdad, diversidad», «Derecho al respeto a la vida familiar y otros derechos: identidad, vida privada» y «Algunas otras reflexiones desde el Derecho inter-

nacional privado»), los autores han analizado un tópico escogido tomando en consideración el derecho fundamental al respeto de la vida familiar *ex* art. 7 CDFUE y art. 8 CEDH.

Mis compañeras y compañeros en el Proyecto de I+D+i «El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica» — PID2020-113061GB-I00, aceptaron este reto desde el principio: María del Mar Moreno Mozos, M.ª Teresa Martín López, M.ª Ángeles Zurilla Cariñana, David García-Pardo Gómez, Ángeles Lara Aguado, Isaac de la Villa Briongos, M.ª del Carmen González Carrasco, Isabel Eugenia Lázaro González, Lorena Sales Pallarés, Lucía Inmaculada Serrano Sánchez, Enrique Fernández Masiá y José Manuel Velasco Retamosa. Parte de su labor investigadora de estos últimos años se ha desarrollado a partir de esta premisa metodológica, por lo que, para ellos, la participación en este libro colectivo es la culminación de un proceso de trabajo continuado.

El propósito también atrajo a otros especialistas del área de Derecho internacional privado que se sumaron con decisión: Ana Quiñones Escámez, Ana Fernández-Tresguerres, Katarina Trimmings, Nicolas Nord, Pilar Jiménez Blanco, Margherita Salvadori, Esperanza Castellanos Ruiz, Guillermo Palao Moreno, Mónica Guzmán Zapater, Afonso Patrão, Rafael Arenas García y Amélie Benoistel; así como al Centro de Estudios Europeos de la Universidad de Castilla-La Mancha - Centro de Excelencia Jean Monet, financiado por la Unión Europea, en cuyo plan de acción se enmarca la obra.

5. El libro colectivo que prologamos es el resultado de este espacio de reflexión compartido. Interdisciplinar y crítico, reúne un catálogo de colaboraciones de extraordinario interés y calidad científica, llamadas a tener un impacto real significativo, en particular, habida cuenta del momento que vivimos: una época de construcción de un Derecho de Familia en Europa, con normas recientes o en fase de elaboración y resoluciones judiciales innovadoras. Puede argumentarse que la hipótesis de trabajo comporta una aproximación sesgada, que el derecho subjetivo no lo es todo, que implica minusvalorar otros intereses y objetivos de las normas de Derecho de Familia. Pero esta vez hemos elegido centrarnos en lo esencial.

M.ª Victoria Cuartero Rubio
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Castilla-La Mancha

PARTE I
MODELOS FAMILIARES

Modelos de familia en evolución en España: estado actual

Family models in evolution in Spain: current status

María del Mar Moreno Mozos
Profesora Titular de Derecho eclesiástico
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DIRECTRICES EUROPEAS: LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 10 DE JULIO DE 2019, RELATIVA A LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL MERCADO LABORAL Y EN EL TRABAJO. III. IMPLEMENTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. 1. *El Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio*. 2. *El Proyecto de Ley de familias de 8 de marzo de 2024*. IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS.

RESUMEN

Las políticas familiares llevadas a cabo por parte de los poderes públicos se circunscriben a los programas sociales que reconocen derechos y beneficios a los miembros de las familias para apoyarlos en la crianza y la atención de los hijos menores y personas dependientes. En este sentido, el legislador concreta los instrumentos de actuación, a saber, prestaciones económicas, exenciones fiscales, permisos familiares o flexibilidad laboral para el cuidado de hijos y familiares, y también qué hogares se consideran como familias para el acceso a estos beneficios. Al respecto, el ordenamiento jurídico español, en el conjunto normativo analizado en el presente trabajo, implementa las

directrices europeas en el intento de proteger a las familias de manera integral, considerando su diversidad y las necesidades específicas de cada una de ellas, reestructurando los modelos de familia acogidos hasta el momento. En el trabajo se analiza, en concreto, la eliminación de la categoría de «familia numerosa», que queda subsumida en la noción más amplia de «familias con mayores necesidades de apoyo a la crianza», en orden a la adecuación a las líneas directrices de la normativa europea y a las exigencias del principio constitucional de igualdad material, que debe llevar al legislador a introducir las medidas necesarias para que ninguna familia quede en situación de desventaja en lo que se refiere al disfrute de los bienes económicos, culturales y sociales.

PALABRAS CLAVE: Familia. Políticas familiares. Poderes públicos. Igualdad.

ABSTRACT

The family policies implemented by the public authorities are limited to social programmes that recognise rights and benefits for family members to support them in the upbringing and care of minor children and other dependents. In this sense, the legislator specifies the instruments of action, namely economic benefits, tax exemptions, family leave or work flexibility for the care of children and family members, and also which households are considered as families for access to these benefits. In this respect, the Spanish legal system, in the set of regulations analysed in this paper, implements the European guidelines in an attempt to protect families in a comprehensive manner, considering their diversity and the specific needs of each one of them, restructuring the family models that have been in place until now. In particular, the paper analyses the elimination of the category of «familia numerosa», which is subsumed under the broader notion of «familias con mayores necesidades de apoyo a la crianza» in order to adapt to the guidelines of european legislation and to the requirements of the constitutional principle of material equality, which should lead the legislator to introduce the necessary measures to ensure that no family is disadvantaged in terms of access to economic, cultural and social goods.

KEYWORDS: Family. Family policies. Public powers. Equality.

I. INTRODUCCIÓN

La familia es un concepto previo al Derecho; es decir, que metajurídicamente, puede definirse como un núcleo de personas unidas por la existencia de relaciones de matrimonio, parentesco o sólo convivencia, y al que el ordenamiento jurídico atribuye determinados efectos. En este sentido, el art. 39.1 de la Constitución española de 1978 [CE] establece que «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia», pero, los elementos conformadores de esa realidad denominada con el término «familia» no han sido concretados ni por la Carta magna, ni por los textos internacionales, ni por la propia jurisprudencia[1]. Sea como fuere, los debates doctrinales, desde las perspectivas jurídica y sociológica, acerca de lo que deba o no entenderse como «familia» no interesan en este momento; si bien, es conveniente resaltar que el ordenamiento jurídico juega un papel muy importante en la delimitación de los modelos familiares que van a ser acreedores de una protección jurídica específica, en un determinado momento histórico; y es, en esta cuestión, donde centramos la atención en el presente trabajo.

En efecto, en los países de la Unión Europea, los tipos de familia están cambiando de forma rápida; y sólo unas pocas décadas atrás, la mayoría de las familias seguían el modelo tradicional de pareja casada, en el que el hombre era el proveedor principal del hogar. Actualmente, las familias presentan una apariencia muy distinta; y la forma en que las parejas se relacionan ha experimentado un cambio considerable, resultando en un aumento significativo de niños viviendo con padres que no están casados, en familias monoparentales o en familias reconstituidas; y todo ello se encuentra íntimamente relacionado con los cambios radicales que ha experimentado la sociedad en los últimos años[2].

---

1. Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i «El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica» — PID2020-113061GB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.
Vid., entre otros, José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑÍZ, «La familia en la Constitución española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 20, núm. 58, enero-abril 2000; Encarna ROCA TRÍAS, «Familia y Constitución», *Anuario de la facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 10, 2006, pp. 206-227, y «Familia, familias y derecho de la familia», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 43, núm. 4, 1990, p. 1055.

2. Al respecto, *vid.* Ana María VEGA GUTIÉRREZ, «Biotecnología y deconstrucción del género. Algunas claves para interpretar las políticas que afectan a la familia», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 20, 2009, pp. 1-4 o Encarna ROCA TRÍAS, *Familia y cambio social (De la «casa» a la persona)*, Madrid, Civitas, 1999.

Por otra parte, la dinámica cambiante de las familias requiere la estructuración de una política familiar que se adapte a este proceso evolutivo. A este respecto, entiendo que el derecho de familia ha evolucionado en sintonía con los cambios sociales, si bien, la política familiar, que incluye beneficios, servicios y medidas para apoyar a las familias en el cuidado de niños y dependientes, ha experimentado algunos ajustes, pero escasas reformas significativas. Representativo de esta circunstancia es el hecho de que, en el ordenamiento jurídico español, el único marco legal sobre política familiar, en vigor desde 2003, se circunscribe a la ley sobre la protección de las familias numerosas[3].

En España, el camino hacia la conformación de políticas públicas, adaptadas a la evolución de los modelos de familia experimentada en la sociedad en las últimas décadas, se ha iniciado a instancia de los organismos legislativos y de gobierno de la Unión Europea; en concreto, en la necesidad de transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de julio de 2019, relativa a la igualdad de género en el mercado laboral y en el trabajo; el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio [RDL], que introduce un conjunto de medidas que tienen como objetivo facilitar la conciliación en nuestro país y fomentar la igualdad en el reparto de las cargas relacionadas con la crianza y los cuidados familiares, introduciendo la dimensión de la corresponsabilidad y el Proyecto de Ley de familias, que ve la luz en 2024, y presenta la finalidad de extender el apoyo a las familias españolas, avanzando en el cumplimiento del art. 39 de la Constitución española, alineándose con los tratados internacionales y europeos que estructuran sistemas de protección y promoción de la familia. En estos términos, el texto del proyecto establece los objetivos que persigue y que pasan por adaptar el ordenamiento a la realidad actual y reforzar las políticas públicas de apoyo a la familia, desde un enfoque global y no limitado a las familias numerosas, ampliando el espectro de situaciones familiares acreedoras del régimen de ayuda y protección previsto.

Esta novedad que introduce el proyecto va a constituir el objeto de atención del presente estudio; a saber, la reestructuración de los modelos de familia y la correspondiente eliminación de la categorización de «familia numerosa», que queda subsumida en la noción más amplia de «familias con mayores necesidades de apoyo a la crianza» ¿constituye una exigencia de la normativa europea? ¿Responde a la realidad social española? ¿Se adapta a los principios vertebradores de la protección jurídica de la familia?

3. Ley 40/2003, de 18 de noviembre.

II. DIRECTRICES EUROPEAS: LA DIRECTIVA (UE) 2019/1158 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 10 DE JULIO DE 2019, RELATIVA A LA IGUALDAD DE GÉNERO EN EL MERCADO LABORAL Y EN EL TRABAJO

La consecución de la igualdad entre hombres y mujeres es un objetivo prioritario de la actuación de la Unión Europea, ayudando a los estados miembros a su adecuada garantía en cualquier ámbito de actuación, también en el relativo al empleo, el trabajo y la retribución[4]. En aplicación de estos principios, la normativa europea que nos ocupa establece un marco común de desarrollo y establece los requisitos mínimos para lograr la igualdad de género efectiva en el mercado laboral y en el trabajo, facilitando la conciliación de la vida familiar y profesional de todos los trabajadores, hombres y mujeres, que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral definida en la legislación, convenios colectivos o usos vigentes en cada estado miembro[5]. Además, la directiva establece que «es competencia de los Estados miembros definir el estado familiar y civil, así como determinar quién puede ser considerado progenitor, madre y padre»[6].

Adentrándonos en la redacción preceptiva de la disposición europea, que deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, es posible diferenciar el reconocimiento de unos derechos individuales mínimos relacionados con un conjunto de conceptos que define la propia normativa, en los siguientes términos: «a) «permiso de paternidad»: ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los padres o, cuando y en la medida en que esté reconocido por la legislación nacional, un segundo progenitor equivalente con ocasión del nacimiento de un hijo a fin de facilitarle cuidados; b) «permiso parental»: ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores que sean progenitores por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo, para cuidar

4. *Vid.* Art. 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: «1. Para la consecución de los objetivos del art. 151, la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en los siguientes ámbitos: … i. la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo». Art. 3 del Tratado de la Unión Europea: «3… La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño». Y, art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al establecer que «La igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución. El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».
5. *Vid.* Art. 2.
6. Considerando 18.

de este; c) «permiso para cuidadores»: ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los trabajadores a fin de prestar cuidados o ayuda personales a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro; d) «cuidador»: trabajador que dispensa cuidados o presta ayuda a un familiar o a una persona que viva en el mismo hogar que el trabajador y que necesite asistencia o cuidados importantes por un motivo médico grave, conforme a lo definido por cada Estado miembro; e) «familiar»: hijo, hija, padre, madre o cónyuge del trabajador, o pareja de hecho de este cuando las uniones de hecho estén reconocidas en el Derecho nacional; f) «fórmulas de trabajo flexible»: la posibilidad de los trabajadores de adaptar sus modelos de trabajo acogiéndose a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción de las horas de trabajo»[7].

Por otra parte, y sin pretensión de exponer detalladamente la regulación de los derechos referenciados con anterioridad, en líneas generales, la directiva reconoce que el permiso de paternidad pueden disfrutarlo los padres, o un segundo progenitor equivalente, y será de diez días laborables al nacer el hijo[8]. Además «se concederá con independencia del estado civil o familiar del trabajador, conforme se definen en el Derecho nacional»[9]; se remunerará al nivel nacional de las prestaciones por enfermedad y no se podrá supeditar a períodos de trabajo anteriores, ni a una condición de antigüedad[10]; y, por último, los países de la Unión Europea podrán condicionar el derecho a una remuneración, o a una prestación económica a períodos de trabajo previos, que no podrán superar los seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de nacimiento del hijo prevista[11].

Por lo que respecta al permiso parental, se conforma en un derecho de los trabajadores de cuatro meses por cada progenitor; de los cuales dos meses serán intransferibles entre los progenitores y deberá ser remunerado, al menos, al nivel de la baja por enfermedad[12]. Asimismo, debe fijarse una remuneración adecuada para al menos dos meses de permiso parental para cada uno de los progenitores, y los estados miembros podrán supeditar el derecho a disfrutar del permiso parental a un período de trabajo o a una

7. Art. 3.1.
8. *Vid*. Art. 4.1.
9. Art. 4.3.
10. *Vid*. Art. 4.2.
11. *Vid*. Art. 4.1.
12. *Vid*. Art. 5.1.

antigüedad que no podrá exceder de un año; a la vez que garanticen que los trabajadores puedan solicitar el permiso parental en formas flexibles, tal es el caso del trabajo a tiempo parcial, o en períodos alternos de un determinado número de días consecutivos de permiso separados por períodos de trabajo[13].

Por su parte, respecto a los cuidadores, la directiva establece que los trabajadores tendrán derecho a un permiso para cuidadores de familiares en situación de dependencia, de al menos, cinco días laborables por año. Además, este permiso podrá ser remunerado o no remunerado, según decidan los estados miembros[14].

Con carácter general, la directiva establece unos patrones de trabajo que se adapten a las necesidades de los trabajadores que sean progenitores o cuidadores, que se fundamentan en la protección del derecho de los trabajadores a reincorporarse al mismo puesto de trabajo, o a un puesto equivalente, después de disfrutar de aquellos permisos, así como la garantía de que las condiciones del contrato de trabajo o relación laboral no se vean menoscabadas[15].

Por otra parte, la normativa europea recoge la obligación de los países miembros de la Unión Europea de introducir normas para garantizar que los trabajadores se encuentren protegidos contra la discriminación y el despido por una causa relacionada con la solicitud o el uso de un permiso por motivos familiares o fórmulas de trabajo flexible. En este sentido, los trabajadores que consideren que han sido despedidos debido a que han ejercido esos derechos podrán solicitar al empleador que justifique tal decisión; asimismo, el trabajo anterior y los derechos adquiridos, o en curso de adquisición, antes del permiso por parte del trabajador, se mantendrán después de este[16].

Por último, de menor relevancia en el tema que nos ocupa, la directiva regula cuestiones relativas al funcionamiento de los organismos de fomento de la igualdad creados en los respectivos estados miembros[17], al grado de

13. *Vid*. Art. 5.
14. *Vid*. Art. 6.1.
15. *Vid*. Art. 9.
16. *Vid*. Arts. 11, 12, 13 y 14.
17. *Vid*. Art. 15. Organismos de fomento de la igualdad: «Sin perjuicio de las competencias de las inspecciones de trabajo u otros organismos, incluidos los interlocutores sociales, encargados de hacer cumplir los derechos de los trabajadores, los Estados miembros garantizarán que el organismo u organismos designados, con arreglo al art. 20 de la Directiva 2006/54/CE, para la promoción, el análisis, el seguimiento y el apoyo de la igualdad de trato de todas las personas, sin discriminación por razón de sexo, sean

garantía y tutela de los derechos reconocidos en la normativa europea[18], a la comunicación a los trabadores y empresarios del contenido de la directiva y de las normas de transposición[19], la obligación de los estados miembros de elevar a la comisión competente la información referida a la implementación de la directiva y el resto de normativa[20]; y, por último, se incluyen las condiciones de derogación de las directivas precedentes[21].

---

competentes en relación con las cuestiones de lucha contra la discriminación comprendidas en el ámbito de aplicación de la presente Directiva».

18. *Vid.* Art. 16. Nivel de protección: «1. Los Estados miembros podrán introducir o mantener disposiciones que sean más favorables para los trabajadores que las establecidas en la presente Directiva. 2. La aplicación de la presente Directiva no constituirá una causa que justifique la reducción del nivel general de protección de los trabajadores en los ámbitos de aplicación de la presente Directiva. La prohibición de reducir dicho nivel de protección se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros y de los interlocutores sociales a fijar, ante un cambio de circunstancias, disposiciones legislativas, reglamentarias o contractuales distintas a las que estén en vigor el 1 de agosto de 2019, siempre que se cumplan los requisitos mínimos establecidos en la presente Directiva».
19. *Vid*. Art. 17. Difusión de la información: «Los Estados miembros garantizarán que las disposiciones nacionales de transposición de la presente Directiva, junto con las disposiciones pertinentes ya en vigor relativas a su objeto conforme al art. 1, se pongan en conocimiento de los trabajadores y empresas, incluidos los empleadores que sean pymes, por todos los medios apropiados en todo su territorio».
20. *Vid.* Art. 18. Informes y revisión: «1. A más tardar, el 2 de agosto de 2027, los Estados miembros comunicarán a la Comisión toda la información sobre la aplicación de la presente Directiva que sea necesaria para que la Comisión elabore un informe. Dicha información incluirá los datos agregados de que se disponga sobre el disfrute de distintos tipos de permisos y fórmulas de trabajo flexible por parte de hombres y mujeres, con arreglo a la presente Directiva, a fin de permitir un seguimiento y una evaluación adecuados de la aplicación de la presente Directiva, en especial en lo relativo a la igualdad de género. 2. La Comisión transmitirá el informe a que se refiere el apartado 1 al Parlamento Europeo y al Consejo. El informe irá acompañado, si procede, de una propuesta legislativa. El informe también deberá ir acompañado de: a) un estudio de la interacción entre los diferentes tipos de permiso previstos en la presente Directiva, así como de otros tipos de permiso por motivos familiares, como por ejemplo el permiso por adopción, y b) un estudio de los derechos a permisos por motivos familiares que se conceden a los trabajadores por cuenta propia».
21. *Vid.* Art. 19 Derogación: «1. Queda derogada la Directiva 2010/18/UE con efecto a partir del 2 de agosto de 2022. Las referencias a la Directiva derogada se entenderán hechas a la presente Directiva y se leerán con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el anexo. 2. No obstante la derogación de la Directiva 2010/18/UE en virtud del apartado 1 del presente artículo, todo período de permiso parental y todos los períodos acumulables de permiso parental disfrutados o transferidos por un trabajador en virtud de la citada Directiva antes del 2 de agosto de 2022 podrán deducirse del derecho de permiso parental de dicho trabajador en virtud del artículo 5 de la presente Directiva».

III. IMPLEMENTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. EL REAL DECRETO-LEY 5/2023, DE 28 DE JUNIO

El 29 de junio de 2023, el BOE publicaba el Real Decreto-Ley 5/2023, de 28 de junio, que se ocupa de transponer varias directivas de la Unión Europea; entre ellas, la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y al desarrollo laboral de los progenitores y los cuidadores, además de adoptar y prorrogar medidas económicas y sociales con el objetivo de eliminar cualquier obstáculo o impedimento que pueda afectar a la mejora y al avance profesional de las personas que se encargan del cuidado de los hijos e hijas y dependientes. En este sentido, es preciso poner de manifiesto que se ha actuado con retraso ya que el 2 de agosto de 2022 se cumplió la fecha límite para transponer el contenido del texto europeo[22].

Por su parte, el RDL introduce modificaciones en el Estatuto de los trabajadores [ET][23], en el Estatuto básico del empleado público[24] y en la Ley reguladora de la jurisdicción social[25].

En el título I del libro segundo de la disposición analizada se recogen las modificaciones en el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores que persiguen la finalidad de evitar castigar o duplicar los cauces de garantía relativos a la crianza de los hijos e hijas y al cuidado de mayores y dependientes y, a la vez, establecer los requisitos mínimos de cada permiso, así como las mejoras que no resultan subsumibles[26].

Por su parte, el art. 4.2.c) del ET se modifica en orden al reconocimiento del trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de sus derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral,

22. *Vid.* Art. 20. Transposición «1. Los Estados miembros pondrán en vigor, a más tardar, el 2 de agosto de 2022, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión».
23. Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.
24. Aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.
25. Ley 36/2011, de 10 de octubre.
26. Para un estudio pormenorizado de los cambios introducidos por el RDL en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, *vid.* Yolanda CANO GALÁN, «Diseccionando el Real decreto ley ("ómnibus") 5/2023, de 28 de junio: especial referencia a las novedades laborales y de seguridad social», *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, octubre 2023.

que será constitutivo de discriminación por razón de sexo[27]. De este modo, se implementa el contenido del art. 11 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, que reconoce la obligación a los estados miembros de estructurar mecanismos que eviten perjuicios o discriminación respecto a las personas que ejerzan los derechos de conciliación de que son titulares, en coherencia con la línea doctrinal diseñada por Tribunal de Justicia de la Unión Europea[28] y del Tribunal Constitucional español[29], según la cual, teniendo en cuanta que existe una mayor propensión en el sexo femenino, la discriminación por ejercicio de los derechos de conciliación puede ser constitutiva de discriminación indirecta por razón de sexo.

El contenido del art. 34.8 del ET se amplía al ámbito del derecho a la adaptación de la jornada de las personas con dependientes a su cargo para incluir fórmulas de trabajo flexible y dar cumplimiento a las previsiones del art. 9 de la Directiva (UE) 2019/1158[30].

---

27. *Vid*. Art. 127. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.
«El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, queda modificado como sigue:
Uno. Se modifica la letra c) del artículo 4.2, que queda redactada como sigue:
c) A no ser discriminadas directa o indirectamente para el empleo o, una vez empleados, por razones de estado civil, edad dentro de los límites marcados por esta ley, origen racial o étnico, condición social, religión o convicciones, ideas políticas, orientación sexual, identidad sexual, expresión de género, características sexuales, afiliación o no a un sindicato, por razón de lengua dentro del Estado español, discapacidad, así como por razón de sexo, incluido el trato desfavorable dispensado a mujeres u hombres por el ejercicio de los derechos de conciliación o corresponsabilidad de la vida familiar y laboral».
Esta modificación constituye una de las novedades más significativas del RDL. Al respecto, *vid*. María Antonia CASTRO ARGÜELLES, «Conciliación de la vida familiar y laboral de progenitores y cuidadores: la transposición de la Directiva (UE) 2019/1158 por el Real Decreto-Ley 5/2023», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 271, enero 2024.
28. Sentencia de 8 de mayo de 2019, C-486/18, asunto Praxair.
29. Sentencia 79/2020, de 2 de julio de 2020.
30. *Vid*. Art. 127. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre.
«El texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, queda modificado como sigue:
Dos. Se modifica el apartado 8 del artículo 34, que tendrá la siguiente redacción:
8. Las personas trabajadoras tienen derecho a solicitar las adaptaciones de la duración y distribución de la jornada de trabajo, en la ordenación del tiempo de trabajo y en la forma de prestación, incluida la prestación de su trabajo a distancia, para hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Dichas adaptaciones

Por otra parte, la modificación del art. 37.3 del Estatuto de los Trabajadores se circunscribe a la concreción de otras formas de convivencia y se amplía el ámbito subjetivo del permiso de cuidadores previsto en el art. 6 de la Directiva (UE) 2019/1158, incluyendo a las personas convivientes sobre las que se producirá el cuidado efectivo[31].

De otro lado, se crea, *ex novo*, el art. 37.9 del ET con la finalidad de transponer al ordenamiento español el art. 7 de la Directiva (UE) 2019/1158, que ofrece respuesta a aquellas situaciones que permiten a las personas

deberán ser razonables y proporcionadas en relación con las necesidades de la persona trabajadora y con las necesidades organizativas o productivas de la empresa.
En el caso de que tengan hijos o hijas, las personas trabajadoras tienen derecho a efectuar dicha solicitud hasta que los hijos o hijas cumplan doce años.
Asimismo, tendrán ese derecho aquellas que tengan necesidades de cuidado respecto de los hijos e hijas mayores de doce años, el cónyuge o pareja de hecho, familiares por consanguinidad hasta el segundo grado de la persona trabajadora, así como de otras personas dependientes cuando, en este último caso, convivan en el mismo domicilio, y que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos, debiendo justificar las circunstancias en las que fundamenta su petición.
En la negociación colectiva se podrán establecer, con respeto a lo dispuesto en este apartado, los términos de su ejercicio, que se acomodarán a criterios y sistemas que garanticen la ausencia de discriminación, tanto directa como indirecta, entre personas trabajadoras de uno y otro sexo. En su ausencia, la empresa, ante la solicitud de la persona trabajadora, abrirá un proceso de negociación con esta que tendrá que desarrollarse con la máxima celeridad y, en todo caso, durante un periodo máximo de quince días, presumiéndose su concesión si no concurre oposición motivada expresa en este plazo.
Finalizado el proceso de negociación, la empresa, por escrito, comunicará la aceptación de la petición. En caso contrario, planteará una propuesta alternativa que posibilite las necesidades de conciliación de la persona trabajadora o bien manifestará la negativa a su ejercicio. Cuando se plantee una propuesta alternativa o se deniegue la petición, se motivarán las razones objetivas en las que se sustenta la decisión.
La persona trabajadora tendrá derecho a regresar a la situación anterior a la adaptación una vez concluido el período acordado o previsto o cuando decaigan las causas que motivaron la solicitud.
En el resto de los supuestos, de concurrir un cambio de circunstancias que así lo justifique, la empresa sólo podrá denegar el regreso solicitado cuando existan razones objetivas motivadas para ello.
Lo dispuesto en los párrafos anteriores se entiende, en todo caso, sin perjuicio de los permisos a los que tenga derecho la persona trabajadora de acuerdo con lo establecido en el artículo 37 y 48 bis.
Las discrepancias surgidas entre la dirección de la empresa y la persona trabajadora serán resueltas por la jurisdicción social, a través del procedimiento establecido en el artículo 139 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social».

31. *Vid.* Art. 127. Tres.

trabajadoras ausentarse por razones justificadas de urgencia familiar y que requieren la presencia inmediata de aquéllas[32].

Los arts. 37.4 y 6, y 46.3 del ET se modifican, permitiendo que, en caso de coincidencia en la misma empresa del disfrute de permisos de lactancia, reducción de jornada o excedencia, la empresa debe aportar un plan de disfrute alternativo si concurren razones fundadas y objetivas de funcionamiento de la empresa.

Por su parte, los arts. 37.6 y 46.3 del Estatuto de los trabajadores incluyen, expresamente, en los permisos vinculados al cuidado de personas dependientes a los familiares por consanguinidad de las parejas de hecho[33].

La modificación del art. 48.6 del ET se circunscribe a la ampliación de la suspensión del contrato en caso de parto prematuro o si el neonato debe permanecer hospitalizado a continuación del parto, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento[34]. Además, se introduce un nuevo art. 48 bis destinado a ampliar los supuestos de permiso parental[35]; se modifican las condiciones extintivas del contrato por parte del empresario[36], en el apartado 4 del art. 53, así como la nulidad del despido, reflejada en el apartado 5 del art. 55[37].

32. *Ibidem.*
33. *Ibidem.*
34. *Vid.* Art. 127. Seis.
35. *Vid.* Art. 127. Siete.
36. *Vid*. Art. 127. Ocho.
37. *Vid.* Art. 127. Nueve: …Se modifica el apartado 5 del artículo 55, que queda redactado como sigue:
«5. Será nulo el despido que tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución Española o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas de la persona trabajadora.
Será también nulo el despido, en los siguientes supuestos:
a) El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural a que se refiere el artículo 45.1.d) y e), disfrute del permiso parental a que se refiere el artículo 48 bis, o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o cuando se notifique la decisión en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.
b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de las personas trabajadoras que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refiere el artículo 37, apartados 3.b), 4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando de las adaptaciones de jornada previstas en el artículo 34.8 o la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por

Por último, el RDL modifica el cómputo de las indemnizaciones en determinados supuestos de jornada reducida[38].

El Estatuto básico del empleado público también ha experimentado modificaciones en orden a la transposición de la directiva al ordenamiento jurídico español, si bien mínimas respecto a las analizadas anteriormente[39]. De este modo, el art. 48, letras a) e i), y el art. 49 regulan los permisos concedidos a los titulares del derecho a la conciliación, en virtud de la condición funcionarial que ostentan[40]. Asimismo, la Ley reguladora de la jurisdicción social[41] introduce escasas reformas referidas a las condiciones de la nulidad de los despidos[42].

---

el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva o de los derechos reconocidos en esta ley para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral.
c) El de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.
Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados».

38. *Vid.* Art. 127. Diez. Se modifica la disposición adicional decimonovena, que queda redactada como sigue: … «1. En los supuestos de reducción de jornada contemplados en el artículo 37.4 en su párrafo final, así como en sus apartados 5, 6 y 8, el salario a tener en cuenta a efectos del cálculo de las indemnizaciones previstas en esta ley será el que hubiera correspondido a la persona trabajadora sin considerar la reducción de jornada efectuada, siempre y cuando no hubiera transcurrido el plazo máximo legalmente establecido para dicha reducción.
2. Igualmente, será de aplicación lo dispuesto en el párrafo anterior en los supuestos de ejercicio a tiempo parcial de los derechos según lo establecido en el séptimo párrafo del artículo 48.4, en el segundo párrafo del artículo 48.5 y en el artículo 48 bis».
39. Texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.
40. *Vid.* Art. 128. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre.
41. Ley 36/2011, de 10 de octubre.
42. *Vid.* Art. 129. Modificación de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social… Uno. Se modifica el apartado 2 del art. 108, que queda redactado como sigue:
«2. El despido será nulo en los supuestos señalados en el artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores.»
Dos. Se modifica el apartado 2 del artículo 122, que queda redactado como sigue:
«2. La decisión extintiva será nula en los supuestos señalados en el artículo 53.4 del Estatuto de los Trabajadores, así como cuando se haya efectuado en fraude de ley, eludiendo las normas establecidas para los despidos colectivos, en los casos a que se refiere el último párrafo del artículo 51.1 del Estatuto de los Trabajadores».

2. EL PROYECTO DE LEY DE FAMILIAS DE 8 DE MARZO DE 2024

La necesidad de adaptar al ordenamiento jurídico español la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y los cuidadores, se conforma en el origen del proyecto de una futura ley de familias que regule los extremos concretados en el ámbito externo.

En efecto, el gobierno de la nación, en la XIV legislatura, inicia la tramitación del Proyecto de Ley de familias[43], que quedó interrumpida por la disolución anticipada de las cámaras y la convocatoria de elecciones generales en España[44]. Por su parte, los proyectos que se encuentran en tramitación parlamentaria en la actual legislatura son dos; a saber, la Proposición de Ley de familias, presentada por el grupo parlamentario mixto, que no ha sido tomada en consideración por parte del gobierno[45]; y el Proyecto de Ley de familias, cuya tramitación se llevará a cabo por el procedimiento de competencia legislativa plena y carácter urgente en la cámara baja, que, en caso de contar con la oportuna aprobación —como parece que así será a tenor de la reciente declaración de intenciones del ministro de derechos sociales, consumo y agenda 2030— supondría una auténtica innovación en la manera de concebir los modelos de familia[46].

De otro lado, las razones que motivan la tramitación del proyecto de ley, así como los objetivos que se propone alcanzar, se plasman en la exposición de motivos y pueden resumirse en las siguientes líneas de actuación.

---

43. Disponible en https://www.congreso.es/es/busqueda-de-publicaciones?p_p_id=publicaciones&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_publicaciones_mode=mostrarTextoIntegro&_publicaciones_legislatura=XIV&_publicaciones_id_texto=(BOCG-14-A-151-1.CODI).
44. *Vid.* Beatriz VILA RAMOS, «Análisis jurídico-constitucional sobre la familia en el ámbito nacional e internacional. Propuestas para una futura regulación sobre la institución familiar», *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, vol. 72/1, enero-junio 2024, p. 414.
45. Disponible en https://www.congreso.es/es/proposiciones-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XV&_iniciativas_id=122%2F000059
46. Disponible en https://www.congreso.es/es/proyectos-de-ley?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&_iniciativas_mode=mostrarDetalle&_iniciativas_legislatura=XV&_iniciativas_id=121%2F000011. El 18 de octubre de 2024, el ministro de derechos sociales, consumo y agenda 2030, Pablo Bustinduy Amador, anunció el propósito de impulsar la Ley de Familias que permanece paralizada en el congreso, https://www.familiasnumerosas.org/noticias-de-la-federacion/el-gobierno-anuncia-el-impulso-a-laley-de-familias-parada-en-el-congreso-y-el-ministro-reitera-su-disposicion-a-mantener-la-identidad-de familias-numerosas/

En primer lugar, el texto comienza manifestando la relevancia social de la familia definiéndola como una «institución esencial dentro de nuestra sociedad y una de las principales protagonistas de los cambios que ha vivido la ciudadanía a lo largo de las últimas décadas»[47]. En este sentido, el proyecto, en cumplimiento de lo preceptuado en el art. 39 CE, pretende extender el apoyo de los poderes públicos a todas las familias, asegurando su protección social, económica y jurídica, posicionándose acorde con las políticas familiares recogidas en el ámbito internacional y europeo[48]. Asimismo, la *intentio legislatoris* se circunscribe a la adaptación del ordenamiento jurídico español a la realidad social y al refuerzo de las directrices públicas de apoyo a la familia desde un enfoque global. Al respecto, el proyecto estructura el sistema de protección centrando la atención en distintos ámbitos, a saber, la implementación europea de la estrategia de los «primeros 1000 días» que pretende ofrecer apoyo personalizado y asistencia continuada a familias con bebés durante el desarrollo de la primera infancia[49]; la extensión de la renta de crianza de 100 euros al mes a las familias con hijos de hasta 3 años[50]; el

47. Exposición de motivos I.

48. De forma expresa, el texto se refiere a «la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece, en su art. 16.3, el derecho de la familia «a la protección de la sociedad y del Estado». De la misma forma, la Carta Social Europea establece, en su art. 16, que «la familia, como célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo». En el mismo sentido, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea señala también la garantía de «la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social», recogida en su art. 33.1. En este mismo sentido, la presente ley también da cumplimiento a las reiteradas recomendaciones que la Comisión Europea y el Consejo de la Unión Europea han hecho a España sobre la protección del conjunto de familias de nuestro país. Así ha sido, por ejemplo, en las recomendaciones a nuestro país realizadas en los semestres europeos de 2019 y 2020, donde se señaló la necesidad de mejorar el apoyo a las familias en España. Además, es uno de los compromisos adquiridos como parte del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, donde nuestro país se comprometió a aprobar una nueva ley de protección de las familias y de reconocimiento de su diversidad. Concretamente, con la entrada en vigor de esta ley se cumple con el hito CID #316, que se enmarca dentro del Componente 22 «Plan de choque para la economía de los cuidados y refuerzo de las políticas de inclusión», en la Reforma 3 recogido en el Anexo revisado de la Propuesta de Decisión de Ejecución del Consejo relativa a la aprobación de la evaluación del Plan de Recuperación y Resiliencia de España de julio de 2021, que persigue los siguientes objetivos: a) el reconocimiento jurídico de los diversos tipos de estructuras familiares existentes; b) la determinación de las prestaciones y los servicios a los que tienen derecho según sus características y niveles de ingresos; y c) la reducción de la pobreza infantil teniendo en cuenta los resultados de una evaluación del impacto redistributivo». *Ibidem.*

49. *Vid.* Art. 12.1.

50. *Vid.* Art. 10.3.

aumento de la oferta de plazas públicas en el primer ciclo de educación infantil[51]; la equiparación de las familias monoparentales, con 3 o más hijos, a las familias numerosas[52], o la regulación de nuevos permisos laborales que posibiliten la consecución de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Respecto a las medidas de carácter estrictamente laboral, el texto del proyecto reproduce las recogidas en el RDL, y no se abordarán en este momento[53].

Lo que interesa ahora es poner en valor las modificaciones llevadas a cabo en el ámbito de concreción de los modelos de familia. En este sentido, la directiva europea se fundamenta en los principios de igualdad de género y de equilibrio entre la vida familiar y profesional que el proyecto de ley desarrolla, estructurando el contenido en torno a los siguientes epicentros de regulación: aumentar la protección social a las familias y el apoyo a la crianza; reforzar el derecho a la conciliación; reconocer y proteger los derechos de los niños y adolescentes, y, por último, diferenciar la diversidad de los modelos familiares, definiendo nuevos tipos de familias. En este sentido, como establece la propia normativa, «las familias españolas han experimentado muchos cambios en su tamaño y en su composición. El avance del feminismo, de los derechos LGTBI o la creciente demanda de cuidados por el progresivo envejecimiento de la población constituyen cambios significativos que ponen de manifiesto nuevas demandas a las que el legislador debe dar respuesta»[54]. De ahí que una de las principales novedades del proyecto se circunscribe a la abolición del concepto tradicional de familia y la adopción de una noción de familias, en plural, con el objeto de equiparar derechos a cada una de ellas. Al respecto, se diferencian las siguientes unidades familiares[55]:

- Familia biparental.
- Familia inmigrante.
- Familias monoparentales y familias monomarentales.
- Familia en el exterior.

51. *Vid*. Art. 14.1.
52. *Vid*. Art. 32.1.
53. *Vid*. Disposición final segunda. Modificación del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y, disposición final tercera. Modificación del Estatuto Básico del Empleado Público; ambos aprobados por el Real Decreto ley 2/2015, de 23 de octubre.
54. Exposición de motivos II.
55. *Ibidem*.

- Familia joven, que se conforma por una persona menor de 29 años y sus hijos, o por una pareja menores de aquella edad y su descendencia.
- Familia en situación de vulnerabilidad.
- Familia LGTBI.
- Familia retornada que ha vivido en otros países.
- Familia intercultural, constituída por personas de diferentes etnias o culturas.
- Familia con nacimientos, adopciones o acogimientos múltiples.
- Familia conformada por una sola persona progenitora y sus hijos.
- Familia reconstituida; cuando uno o los dos miembros de la pareja cuenta con hijos de relaciones precedentes.
- Personas unidas en matrimonio.
- Familia transnacional; si un miembro está en el país de origen y el otro en el de destino.
- Pareja de hecho.

En este ámbito, una de las modificaciones más llamativas del proyecto de ley se circunscribe a la eliminación de la categorización de «familia numerosa», que queda subsumida en la noción más amplia de «familias con mayores necesidades de apoyo a la crianza»[56], abarcando lo que hasta ahora se consideraban «familias numerosas; familias formadas por una sola persona progenitora; familias donde haya personas con discapacidad o en situación de dependencia; familias formadas por personas pertenecientes a los colectivos LGTBI; familias en las que se producen nacimientos, adopciones o acogimientos múltiples, adoptivas o acogedoras; familias en las que uno o ambos miembros de la pareja tienen hijas o hijos de uniones anteriores; familias residentes en el medio rural; familias procedentes de otro Estado o territorio, o en que alguno o algunos de sus integrantes residen fuera del territorio nacional y familias entre personas que proceden de entornos culturales o étnicos diferentes u otras situaciones que requieran medidas específicas»[57].

56. Disposición adicional II y disposición final octava.
57. Exposición de motivos II.

Por otra parte, el texto del proyecto, en su línea de tratamiento igualitario, reconoce el derecho a la protección específica de las familias numerosas, y otros supuestos equiparados, instando a las administraciones públicas a estructurar las medidas necesarias para garantizar los derechos de estas unidades familiares para que no encuentren obstáculos en la tarea de afrontar «los costes y dificultades asociados a la atención, cuidado y educación de tres o más hijas e hijos, o que atienda a la concurrencia de circunstancias específicas como la existencia de una única persona ascendiente o la discapacidad de hijas o hijos o ascendientes en unidades familiares con al menos dos hijas o hijos, de forma que sus miembros no queden en situación de desventaja para el acceso a los bienes económicos, culturales y sociales»[58]. Asimismo, a efectos de los beneficios otorgados a las familias con mayores necesidades de apoyo a la crianza, se tomarán en consideración las categorías en que estas se encuentren clasificadas, así como las rentas de las unidades familiares respecto al número de personas que las conforman[59].

En estos términos, es preciso poner de manifiesto que las familias numerosas se definen y gozan de una protección especial mediante la Ley 40/2003, de 18 de noviembre[60], que sufriría modificaciones de entidad si el proyecto de ley llegará a prosperar[61].

Los aspectos más significativos de la regulación de 2003 comienzan por considerar la referencia que incluye el preámbulo, en términos similares al proyecto de ley de 2024, a la función social que ejerce la familia, en virtud de la protección especial que le ofrecen los instrumentos internacionales y el mandato recogido en el art. 39 CE.

Por lo que respecta al concepto de familia numerosa, la ley de 2003 considera como tal la conformada «por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes», e introdujo la novedad de incluir nuevas situaciones familiares, tales como los supuestos de monoparentalidad, ya sean de origen, ya sean derivados de la ruptura de una relación matrimonial

58. Art. 32.1.
59. *Vid.* Art. 32.2.
60. Derogó la Ley 25/1971, de 19 de julio, de protección a las familias numerosas que, a su vez, puso fin a Ley 13 de diciembre de 1943, y ésta, a la Ley de 1 de agosto de 1941; primera regulación de las familias numerosas en el ordenamiento español. Al respecto, *vid.* Beatriz VILA RAMOS, «Análisis jurídico-constitucional sobre la familia en el ámbito nacional e internacional. Propuestas para una futura regulación sobre la institución familiar», *cit.*, p. 416.
61. *Vid.* Disposición final octava. Modificación de Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

por separación, divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores; familias reconstituidas tras procesos de divorcio, y se establece la equiparación plena entre las distintas formas de filiación y los supuestos de acogimiento o tutela[62]. Además, se incluyen, expresamente, nuevos supuestos acreedores de la condición de familia numerosa, tales como «las familias formadas por el padre o la madre separados o divorciados con tres o más hijos, aunque

62. *Vid.* Art. 2. Concepto de familia numerosa.
«1. A los efectos de esta ley, se entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes.
2. Se equiparan a familia numerosa, a los efectos de esta ley, las familias constituidas por:
a) Uno o dos ascendientes con dos hijos, sean o no comunes, siempre que al menos uno de éstos sea discapacitado o esté incapacitado para trabajar.
b) Dos ascendientes, cuando ambos fueran discapacitados, o, al menos, uno de ellos tuviera un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, o estuvieran incapacitados para trabajar, con dos hijos, sean o no comunes.
c) El padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares, siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal.
En este supuesto, el progenitor que opte por solicitar el reconocimiento de la condición de familia numerosa, proponiendo a estos efectos que se tengan en cuenta hijos que no convivan con él, deberá presentar la resolución judicial en la que se declare su obligación de prestarles alimentos.
En el caso de que no hubiera acuerdo de los padres sobre los hijos que deban considerarse en la unidad familiar, operará el criterio de convivencia.
d) Dos o más hermanos huérfanos de padre y madre sometidos a tutela, acogimiento o guarda que convivan con el tutor, acogedor o guardador, pero no se hallen a sus expensas.
e) Tres o más hermanos huérfanos de padre y madre, mayores de 18 años, o dos, si uno de ellos es discapacitado, que convivan y tengan una dependencia económica entre ellos.
El padre o la madre con dos hijos, cuando haya fallecido el otro progenitor.
3. A los efectos de esta ley, se consideran ascendientes al padre, a la madre o a ambos conjuntamente cuando exista vínculo conyugal y, en su caso, al cónyuge de uno de ellos.
Se equipara a la condición de ascendiente la persona o personas que, a falta de los mencionados en el párrafo anterior, tuvieran a su cargo la tutela o acogimiento familiar permanente o preadoptivo de los hijos, siempre que éstos convivan con ella o ellas y a sus expensas.
4. Tendrán la misma consideración que los hijos las personas sometidas a tutela o acogimiento familiar permanente o preadoptivo legalmente constituido. Los menores que habiendo estado en alguna de estas situaciones alcancen la mayoría de edad y permanezcan en la unidad familiar, conservarán la condición de hijos en los términos establecidos en el artículo 3 de la presente ley.
5. A los efectos de esta ley, se entenderá por discapacitado aquel que tenga reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento y por incapaz para trabajar aquella persona que tenga reducida su capacidad de trabajo en un grado equivalente al de la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez».

no exista convivencia, siempre que dependan económicamente de quien solicite tal reconocimiento, y dos o más huérfanos de padre y madre sometidos a tutela, acogimiento o guarda, siempre que no se hallen a expensas de la persona con la que conviven»[63]. Asimismo, la ley de 2003, siguiendo la directriz de acomodar el ordenamiento a la realidad social, en primer lugar, modifica determinados aspectos relativos a los requisitos de nacionalidad y residencia, permitiendo la consideración de familia numerosa «a nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo, siempre que, al menos uno de los ascendientes, ejerza una actividad laboral o profesional en España, aunque residan en otro estado miembro, y extiende este derecho a los nacionales de otros países residentes en España, en igualdad de condiciones que los españoles, siempre que residan en España todos los miembros que den derecho a los beneficios que regula la ley, en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero»[64]. Por otro lado, teniendo en cuenta la baja natalidad, que ya afectaba a la sociedad española en aquellos años del inicio de siglo, la ley de 2003 modifica el número de hijos exigido para constituir la familia numerosa, agrupando, por una parte, a las familias numerosas con menos de cinco hijos, y, por otra, a las que tienen cinco o más de cinco hijos, sin embargo, se han introducido criterios cualitativos para abordar la clasificación, tales como la condición de minusválido de los hijos, la renta familiar per cápita y los partos, adopciones o acogimientos múltiples[65]; y, en aras del respeto a la igualdad, se inserta la equiparación entre las formas de afiliación y los supuestos de acogimiento y tutela[66].

Por su parte, a tenor de la disposición final octava del proyecto de 2024, que recoge las modificaciones a Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, es posible comprobar que el diseño del concepto de familia numerosa permanece invariable, en su esencia, salvo el cambio en la denominación; ahora desaparece el término «familia numerosa» y se introduce la expresión «familias con mayores necesidades de apoyo a la crianza», manteniendo el *status* de jurídico de apoyo y protección que, con el nuevo texto, se amplía a otras unidades familiares que presentan características muy diversas[67].

63. Exposición de motivos.
64. *Ibidem.*
65. *Vid.* Disposición transitoria primera.
66. *Ibidem.*
67. *Vid.* Disposición final octava. Modificación de Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas. Se modifica la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, de la forma siguiente:

Por último, retomando las políticas de familia diseñadas en el proyecto de ley de familias de 2004, es preciso poner de manifiesto que aúna las líneas de acción en materia de modelos de familia reconociendo la diversidad fami-

Tres. Se modifica el artículo 2, que queda redactado de la siguiente manera:
«Artículo 2. Concepto de familia con mayores necesidades de apoyo a la crianza.
1. A los efectos de esta ley, se entiende por familia con mayores necesidades de apoyo a la crianza, la familia numerosa integrada por una o dos personas progenitoras, adoptantes, tutoras, acogedoras o guardadoras, con tres o más hijas o hijos, sean o no comunes.
2. Se equipararán a familia numerosa, a los efectos de esta ley, las familias constituidas por:
a) Uno o dos ascendientes con dos hijas o hijos, sean o no comunes, cuando al menos uno de estos sea persona con discapacidad o con incapacidad para trabajar.
b) Uno o dos ascendientes, cuando ambos fueran personas con discapacidad, o, al menos, una de ellas tuviera un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento, o estuvieran incapacitadas para trabajar, con dos hijas o hijos, sean o no comunes.
c) La persona progenitora en situaciones familiares en que exista una sola con dos hijas o hijos.
d) El padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares, siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal.
En el supuesto de que la persona progenitora opte por solicitar el reconocimiento de la condición de familia con mayores necesidades de apoyo a la crianza, proponiendo a estos efectos que se tengan en cuenta hijos que no convivan con ella, deberá presentar la resolución judicial en la que se declare su obligación de prestarles alimentos.
En el caso de que no hubiera acuerdo entre las personas progenitoras sobre las hijas e hijos que deban considerarse en la unidad familiar, operará el criterio de convivencia. Si la guardia y custodia de las hijas o de los hijos estuvieran atribuidas de forma compartida, estos podrán ser computados por ambos progenitores, de forma que figuren en los dos títulos emitidos.
e) Dos o más hermanas/os huérfanas/os de sus personas progenitoras que estén sujetas a tutela, acogimiento o guarda que convivan con la persona tutora, acogedora o guardadora, pero que no se hallen a sus expensas.
f) Tres o más hermanas/os huérfanas/os de sus personas progenitoras, mayores de 18 años, o dos, si uno de ellos es persona con discapacidad, que convivan y tengan una dependencia económica entre ellos.
3. A los efectos de esta ley, se consideran ascendientes las personas progenitoras, de forma individual o conjuntamente, cuando exista vínculo conyugal o constituyan una pareja de hecho registrada como tal, o, en su caso, al cónyuge o pareja de hecho registrada de uno de ellos.
Se equiparará a la condición de ascendiente la persona o personas que, a falta de los mencionados en el párrafo anterior, tuvieran a su cargo la tutela, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente de los hijos, siempre que estos convivan con ella o ellas y a sus expensas.
4. Tendrán la misma consideración que las hijas e hijos las personas sometidas a tutela, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar permanente legalmente constituido. Las personas menores de edad que habiendo estado en alguna de estas situaciones

liar, enfatizando en la necesidad de reconocer y proteger las múltiples formas familiares presentes en la sociedad española, y garantizando la igualdad de derechos para todas las estructuras familiares.

Por otra parte, equipara los derechos de las parejas de hecho con los del matrimonio, incluyendo, por ejemplo, la pensión de viudedad y el acceso al Fondo de Garantía de Pago de Alimentos[68]; introduce un título de familia monoparental que facilita el acceso preferente a servicios públicos y educación infantil gratuita, durante 16 semanas, en los primeros 24 meses de vida del hijo o hija[69], y, reconoce una protección reforzada para familias migrantes, destacando, en este aspecto, el ofrecimiento de un Número de Identidad de Extranjero a los niños y niñas cuyos progenitores se encuentren en situación irregular, con la finalidad de regularizar su situación administrativa[70].

IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

La normativa europea deposita en el ámbito de actuación de los estados la concreción de lo que haya de entenderse por familia, al establecer que «es competencia de los Estados miembros definir el estado familiar y civil, así como determinar quién puede ser considerado progenitor, madre y padre»[71]. En este sentido, el legislador español procede a una reestructuración de los tipos de familia, que justifica en la adaptación a la realidad social, y en la que lo más llamativo es la eliminación de la categorización de «familia numerosa»; circunstancia que lleva a plantear cual es la realidad social y jurídica de este tipo de núcleos familiares.

Este cambio supone desvirtuar el concepto de familia numerosa y en la práctica hacerlo desaparecer; sin tener en cuenta, por un lado, que el concepto de familia numerosa se encuentra regulado por el ordenamiento jurídico español desde hace décadas. Y, por otra parte, que viene determinado, obviamente, por un criterio cuantitativo, a saber, el número de hijos, y de ahí que estas familias, por sus necesidades y el coste que conlleva el

---

alcancen la mayoría de edad y permanezcan en la unidad familiar, conservarán la condición de hijas e hijos en los términos establecidos en el artículo 3.

5. A los efectos de esta ley, se entenderá por persona con discapacidad aquella que tenga reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento y, por persona incapacitada para trabajar, aquella que tenga reducida su capacidad de trabajo en un grado equivalente al de la incapacidad permanente absoluta o gran invalidez».

68. *Vid.* Disposición adicional primera.
69. *Vid.* Disposición adicional segunda.
70. *Vid.* Art. 60. 3. a.
71. Considerando 18.

cuidado y atención de la prole, merezcan una protección especial para que no queden en situación de desventaja en el acceso a bienes y servicios; y, además, el número de hijos se conforma en el elemento justificativo del reconocimiento y apoyo públicos porque estas familias realizan una aportación especial a la sociedad[72].

Acudiendo, de nuevo, al criterio numérico, y según cifras ofrecidas por el ministerio de derechos sociales, consumo y agenda 2030, actualizadas a 2023, en España existen 818.585 familias numerosas, y el 85% de ellas están formadas por tres hijos, lo que equivale a, como mínimo, tres millones de personas[73]; datos nada desdeñables a efectos de justificar un reconocimiento específico por parte del ordenamiento jurídico. En este sentido, entiendo que suprimir la categorización jurídica propia de estas realidades familiares, y subsumirlas en una categoría con una denominación absurda «familias con mayores necesidades de apoyo a la crianza», que aglutina un totum revolutum de modelos familiares que, desde luego, no aportan a la sociedad el plus de las familias numerosas —tal es el caso de los hogares formados por parejas del mismo sexo que, si bien tienden a crecer, lo hacen desde cifras porcentualmente muy modestas (por debajo del 0,9% del total), y mucho más en el caso de los hogares homoparentales[74]— y que, a pesar de ello, se les reconoce el mismo *status* jurídico de ayuda y promoción públicas que a aquellas, legitima la defensa de la vulneración de la igualdad material, el incumplimiento de la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y el perjuicio que esta actitud ocasiona hacia el interés del menor.

Además, es preciso poner de manifiesto la consideración unánime del Consejo de Estado respecto al texto del anteproyecto, que se mantiene, casi en su literalidad, en la redacción del proyecto de ley de 2024[75], afirmando

72. Significativas de esta realidad son las palabras de VEGA GUTIÉRREZ al afirmar que «no cualquier forma de familia aporta la misma salud social», Análisis jurídico-constitucional sobre la familia en el ámbito nacional e internacional. Propuestas para una futura regulación sobre la institución familiar, *cit.*, p. 69.

73. *Vid.* www.mdsocialesa2030.gob.es/gl/derechos-sociales/familias/estadisticas/2023/PDFs/FAN_1.pdf

74. https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/l0/&file=01018.px

75. Las únicas diferencias entre ambos textos se circunscriben a las disposiciones transitorias y finales, y sólo a efectos de ubicación de las materias que abordan. De este modo, en el anteproyecto se recogen cuatro disposiciones transitorias que regulan las adaptaciones de jornada, permisos, vigencia de títulos de familia numerosa y gratuidad del primer ciclo de educación infantil en familias monoparentales. Por su parte, el proyecto reduce estas disposiciones a dos, manteniendo sólo las referentes a la

la inconveniencia de suprimir el título de familia numerosa por no existir motivos que fundamenten la decisión. Asimismo, destaca la aportación especial que realizan las familias numerosas a la sociedad en forma de capital humano y que considera una circunstancia particular y exclusiva que diferencia a este colectivo respecto a los demás, y, por tanto, debe ser tenida en cuenta, sin perjuicio de que se apoye a otras familias[76].

Por otro lado, el texto del proyecto de ley excluye algunos tipos de hogares en las nuevas definiciones de familia; tal es el caso de las familias monoparentales con sólo 1 hijo, queda fueran del ámbito de protección legal específico. En este sentido, el proyecto vuelve a desconocer la realidad social, que justifica como criterio reestructurador de los modelos de familia, porque este tipo de núcleos familiares, según datos actualizados a 2023, suponen el 72,3% del total de familias monoparentales[77].

Las omisiones del proyecto alcanzan también a los abuelos que, principalmente, en la última década, constituyen un apoyo económico a los hijos y nietos que, en muchísimas ocasiones, deviene imprescindible para el sustento familiar. Al respecto, en la línea crítica que he mantenido hasta el momento, coincido con el informe emitido por el Consejo General del Poder Judicial, respecto al texto del anteproyecto, en el que reconoce que «la atomización que la ley realiza a la hora de detallar los distintos tipos de familia —previendo distintos tipos de protección en función del supuesto concreto, previendo el solapamiento de dos o más categorías y previendo incluso la equiparación de las personas solas sin explicación alguna— rebasa el marco constitucional de protección a la familia (art. 39 CE) y crea confusión, inseguridad jurídica y desigualdad entre los destinatarios de las medidas de protección previstas en el articulado. Finalmente se advierte que entre estos destinatarios de protección el articulado se omite a los abuelos a los que tanto el Código Civil (art. 160.2) como la jurisprudencia que lo interpreta confieren un papel relevante en el ámbito familiar»[78]. Además, el

---

vigencia de títulos de familia numerosa y la gratuidad de la enseñanza en familias monoparentales.

Asimismo, las diferencias que se aprecian en las disposiciones finales entre ambos textos se circunscriben al orden en que disponen las modificaciones de la normativa que queda afectada.

76. https://www.ces.es/documents/10180/5271672/Dic062023.pdf/01daf961-65ad-36bc-3dbe-f7f-58d6c94a8

77. https://www.ine.es/jaxi/Tabla.htm?path=/t20/p274/serie/prov/p01/l0/&file=01017.px&L=0

78. https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-Pleno-del-CGPJ-aprueba-el-informe-al-anteproyecto-de-Ley-de-Familias-por-unanimidad

órgano de gobierno de los jueces, aunque da el visto bueno al texto, alerta de la concurrencia de defectos de técnica legislativa en tanto que podría invadir las competencias de las comunidades autónomas en ciertos aspectos[79].

En definitiva, el carácter transversal del proyecto de ley excede ampliamente la directiva comunitaria relativa a la conciliación de la vida familiar y profesional, cuyo contenido se ha expuesto en el apartado correspondiente del trabajo, y presenta una regulación «atrapatodo» que trata de adaptarse a todos los avatares que puedan concurrir en la pareja; creando, así, una regulación de reparación o de arreglo, más que una auténtica estructuración jurídica de modelos de familia.

Al igual que en otras situaciones de cambio social, en el caso que nos ocupa, es difícil evitar que las respuestas sobre el futuro de la familia se elaboren desde la perspectiva de las ideologías o de los sentimientos propios, generando posturas de complicada conciliación. De esta manera, percepciones subjetivas conforman representaciones de la realidad familiar, que resultan incompletas y/o distorsionadas. El legislador tiene en su mano acabar con esta dinámica y mejorar el texto del proyecto porque, si aceptamos que todo sea familia, corremos el riesgo de que nada sea familia.

79. *Ibidem.*

Modelos familiares y derecho penal: vida privada y vida familiar

Family models and criminal law: private life and family life

M.ª Teresa Martín López
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. DERECHO PENAL Y MODELOS DE FAMILIA. 1. *Familia y familias de ayer y hoy*. 2. *Familia y familias de mañana*. A. Familias multiespecie. B. Familias con miembros de personalidad digital o electrónica. II. VIDA PRIVADA Y VIDA FAMILIAR: DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD EN LA PAREJA. III. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN

Un clásico penalista afirmó que «la familia no tiene que ser protegida por el derecho penal. A la familia hay que protegerla del derecho penal»[1]. La familia es la estructura esencial de la vida emocional y los lazos afectivos y también es un valor social como sistema de previsión y provisión de ayuda y bienestar de sus miembros. El derecho penal no define un modelo de familia ni puede, con su intervención, discriminar la protección de diferentes modelos familiares. El derecho penal está legitimado para la protección de derechos fundamentales en el micro-

1. http://orcid.org/0000-0002-1489-4944. Estudio realizado en el marco del Proyecto PID2020-113061GB-IO0 financiado por MCIN/ AEI/10.13039/ 501100011033
José María RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español, Parte especial*, tomo I, 2.ª ed., Valladolid, 1965, p. 29. En la discusión sobre mantener o eliminar los delitos relacionados con la familia se posiciona a favor de la no abolición.

cosmos comunitario que es la familia. En este ámbito, la vida familiar es un círculo más amplio que la vida privada y el núcleo esencial de ambas es la intimidad personal. La intimidad es un bien jurídico personal. En el código penal los atentados a la intimidad personal por la pareja, mediante comportamientos de descubrimiento y revelación de secretos como el espionaje familiar, reciben una pena cualificada.

PALABRAS CLAVE: Modelos de familia. Vida privada. Vida familiar. Intimidad. Derecho penal.

ABSTRACT

A classic criminalist stated that «the family does not have to be protected by criminal law. The family must be protected from criminal law». The family is the essential structure of emotional life and emotional ties and is also a social value as a system of aid forecastand provision of help and well-being for its members. Criminal law does not define a family model nor can it, with its intervention, discriminate the protection of different family models. Criminal law is legitimized for the protection of fundamental rights in the community microcosm that is the family. In this area, family life is a broader circle than private life and the essential core of both is personal intimacy. Privacy is a personal legal right. In the criminal code, attacks on personal privacy by a partner, through behavior of discovery and revelation of secrets such as family espionage, receive a qualified penalty.

KEYWORDS: Family models. Private life. Family life. Intimacy. Criminal law.

I. DERECHO PENAL Y MODELOS DE FAMILIA

El derecho penal como garante último del modelo social establecido —fijado actualmente en la Constitución de 1978— reconoce como valor social la institución de la familia en su art. 39 en cuyo apartado primero se afirma que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia[2]. En la familia, como en todo grupo de personas, surgen rela-

2. Los demás apartados establecen derechos de los menores: 2. Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad. 3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría

ciones de toda índole y, a veces, también surgen conductas definidas como delito, especialmente en las ocasiones en que una relación familiar —matrimonial o no— en crisis finaliza de forma conflictiva. En este marco social debe encuadrarse la actual regulación penal contenida en el Título XII del libro II del Código penal (CP en adelante) que recoge los llamados Delitos contra las relaciones familiares. Las relaciones familiares tradicionales han sido matrimonio, parentesco, afinidad y adopción. En la actualidad hay que considerar la unión de pareja, el padrinazgo civil y la paternidad no biológica en el contexto de la reproducción asistida (que puede afectar a los dos «padres» de forma que ninguno sea biológico) no considerándose en la legislación vigente la relación para la gestación subrogada. En este Título tienen cabida los matrimonios ilegales (arts. 217 a 219), la suposición de parto y la alteración de la paternidad, estado o condición del menor (arts. 220 a 222), el quebrantamiento de los deberes de custodia y la inducción de menores al abandono de domicilio (arts. 223 a 225), la sustracción de menores (art. 225 bis) y el abandono de familia, menores o personas con discapacidad necesitados de especial protección (arts. 226 a 233). Del propio enunciado del contenido de este Título se deduce que la intervención penal es respetuosa con la libertad del ciudadano como determina el principio de intervención mínima. Ello no obsta para que sea sometido a crítica la permanencia del primer capítulo referido a los matrimonios ilegales, pues, como se ha afirmado, la especial protección que se dedica al menor en el seno de la familia, debe hacernos reflexionar sobre los demás delitos y si es necesaria la intervención del derecho penal[3]. Igualmente, se discute doctrinalmente la permanencia del delito de bigamia por considerarlo el último vestigio de una suerte de Derecho Penal garante de la moralidad y del ordenamiento civil[4]. Así pues,

---

de edad y en los demás casos en que legalmente proceda. 4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

3. Norberto J. DE LA MATA BARRANCO, «Delitos contra las relaciones familiares y protección de menores: ¿qué protegemos, qué debemos proteger?», *Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 25, 2023, pp. 1-24. Otros autores claramente afirman que, aun siendo benigna la pena establecida, debería procederse a la derogación del delito de bigamia, *vid.* Pilar JUÁREZ PÉREZ, «Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 23, 2012, pp. 1-45 (p. 21).

4. Cecilia CUERVO NIETO, «Aproximación al delito de bigamia en el Derecho Penal español: evolución y tipificación actual de un delito contra las relaciones familiares», *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 45, núm. 118, 2024, pp. 145-174. Como indica esta autora además es que no existe un criterio unívoco e incontrovertido sobre la determinación del bien jurídico protegido en la bigamia, ni en la doctrina ni en la jurisprudencia. Algunos autores entienden que «Lo que tratan de proteger estos delitos es, por consiguiente, el régimen legal del matrimonio como institución básica de la

el derecho penal protege relaciones familiares, derechos y deberes familiares, por su valor individual y social (en cuanto la familia es una institución de interés social), lo que viene refrendado por el art. 8.2 Convenio Europeo de Derechos Humanos del que se infiere que el derecho al respeto de la vida familiar implica que los Estados miembros deben permitir y proteger el desarrollo de unos vínculos familiares normales —y específicamente respecto de los menores. La cuestión es si está legitimado para discriminar dicha protección en función del origen o tipo de relación que puede ser calificada como familiar. Por otra parte, no debe olvidarse que reconocer la existencia de una relación familiar tiene diversas consecuencias, cargas o beneficios en el orden jurídico penal que también deben ser valorados como, por ejemplo, las medias cautelares y otras limitaciones al ejercicio de la patria potestad en virtual de la LO 8/2021; la excusa absolutoria entre parientes del art. 268 CP; las consecuencias respecto al delito de quebrantamiento de medida cautelar de alejamiento en violencia de género art 468 CP y, en el aspecto procesal, entre otras, la exención del deber de declarar entre cónyuges del art. 416.1.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

1. FAMILIA Y FAMILIAS DE AYER Y HOY

En la evolución histórica de todas las culturas del mundo ha habido y hay diferentes conceptos de familia. En Europa con el paso de los siglos parece que se ha impuesto un modelo de familia prevalente: la unión mediante la institución del matrimonio de dos adultos heterosexuales (monogamia) y que tiene hijos biológicos o adoptados (procreadora), que se ha llegado a denominar como la «unión natural»[5]. Lo cierto es que actualmente no hay un concepto de familia expresamente recogido en textos internacionales, en preceptos constitucionales o en la propia doctrina de nuestro Tribunal Constitucional.

La realidad, sin embargo, es caleidoscópica porque así son los modos de convivir las personas. Por eso, la familia es una institución pre-jurídica y en este sentido debe entenderse la expresión de «unión natural» (sin connotaciones ideológicas, raciales, religiosas o legislativas incluso).

---

estructura jurídica de la familia» por lo que se exige que se cumplan los presupuestos legales exigidos para su válida celebración, *vid*. Fátima PÉREZ FERRER, «Análisis del delito de bigamia en el derecho penal español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 22-05, 2020, pp. 1-33 (p. 6).

5. Art. 32 CE: El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos.

Su importancia es esencial en un sistema social y por ello es una institución reconocida y dotada de especial protección. En su forma tradicional la familia es una comunidad de personas vinculada por el amor y el parentesco, también por la seguridad y la solidaridad y por el establecimiento de lazos relacionales que han sido calificados como paternofiliales, fraternales y conyugales. En su origen, pues, con independencia de valoraciones culturales o jurídicas, la familia puede surgir del matrimonio o de la unión de hecho (esté o no «registrada» conforme a una normativa civil o administrativa) de personas heterosexuales; actualmente, también es familia el matrimonio de personas del mismo sexo conforme al art. 44 del Código civil «Toda persona tiene derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo». Las limitaciones respecto a las características de los integrantes ha variado, por ejemplo, el matrimonio lo pueden formar dos personas de distintas razas y etnias (la prohibición del matrimonio interracial no es compatible con los valores europeos) y varía la legislación respecto a la edad de los contrayentes, pues rige la prohibición de matrimonio de menores, conforme al art. 46 del Código Civil, si bien se admite esta posibilidad en el caso de los menores de edad emancipados (edad mínima de 16 años); actualmente puede ser la unión de personas que disolvieron un matrimonio anterior o, incluso, aunque no lo hicieron y crean otra unidad familiar aunque los integrantes de la pareja legalmente están casados con otra persona. Ha decaído el sometimiento a un matrimonio indisoluble (salvo por razones de creencias, lo que es una cuestión del propio individuo); que sea procreadora o no empieza a ser una cuestión relevante pues hoy asistimos al deseo de muchas parejas de no reproducirse, esto es, no tener hijos biológicos ni adoptados, pero también hay núcleos familiares compuestos por los hijos biológicos de ambos miembros de la pareja y/o con hijos propios (las llamadas familias reconstituidas), pero también asistimos a la posibilidad de la subrogación con los problemas legales que presenta en España a efectos de constitución de una filiación o posesión de estado para garantizar un estatus al menor de edad y, por supuesto, también merecen el calificativo de familia las familias monoparentales, esto es, uno o varios menores con un progenitor o un adulto (puede ser un miembro de la familia biológica extensa como abuelos o tíos) que, por supuesto, no pueden ser objeto de trato discriminado por razón de nacimiento dado el principio del interés superior del menor y el principio constitucional de igualdad de todos los hijos, como recientemente ha reiterado el Tribunal Constitucional al dictaminar que las madres/padres biológicos de familias monoparentales podrán ampliar su permiso por nacimiento y cuidado de hijo hasta 26

semanas, en lugar de las 16 semanas establecidas anteriormente. Con esta decisión el TC reconoce el derecho de estas familias a un período de cuidado similar al de las familias biparentales[6].

La creación clásica de una familia por la unión monógama no ha estado exenta de exigencias morales que fueron castigadas por el derecho penal: el adulterio fue delito hasta el 26 de mayo de 1978 en que fue suprimido. Se derogaron los artículos 449 y 452 del Código Penal relativos al adulterio y el llamado amancebamiento, lo que hoy conocemos como parejas de hecho. Hasta entonces, se castigaban con penas de seis meses y un día hasta seis años de cárcel[7]. Podían concurrir otros límites culturales y legales como el matrimonio interracial, el problemático y sospechoso matrimonio trasfronterizo y, por supuesto, límites por razones de consanguinidad. Por tal motivo (sin que se trate de una mera relación sexual), la unión o vínculo de dos personas adultas con lazos familiares y que consienten libremente ha sido considerado no sólo moralmente reprochable sino incluso delito: todavía en la actualidad es así en muchos ordenamientos jurídicos, a pesar de lo cual es opinión de una parte de la doctrina que no hay fundamento material que justifique que el incesto consentido entre personas adultas (sean relaciones entre hermanos o paternofiliales o tío/sobrino siendo ambos adultos y con consentimiento libre) tenga que ser considerado una conducta penalmente relevante[8]. En España

6. La sentencia explica que, por omisión, introduce una diferencia de trato por razón del nacimiento entre niños y niñas nacidos en familias monoparentales y biparentales, que no supera el canon de razonabilidad y proporcionalidad. Hay que señalar que ya se había determinado esta equiparación de 26 semanas de permiso en las familias monoparentales en la administración pública por el Tribunal Supremo en STS 1612/2024, 15 de octubre. Por el contrario el TJUE en la sentencia en el asunto C-673/22, de 16 de mayo de 2024 no ha resuelto el fondo del asunto planteado —al considerar que hay defectos de forma— por el Juzgado de lo Social número 1 de Sevilla al entender que la legislación española no tiene en cuenta la situación de los progenitores en familias monoparentales, argumentando que estos progenitores se ven en desventaja en comparación con los de familias biparentales, tanto en lo que respecta a la conciliación laboral como en el tiempo dedicado al cuidado de los hijos.
7. También se derogó el art. 84 del Código Civil que decía que no podían contraer matrimonio los adúlteros que hubiesen sido condenados por sentencia firme. *Vid.* Aniceto MASFERRER DOMINGO, *El adulterio en la codificación penal española. Contribución del Tribunal Supremo y su doctrina legal a su proceso configurador (1870-1978)*, Aranzadi, 2024.
8. Alejandro TURIENZO FERNÁNDEZ, «El incesto consentido entre adultos: una práctica aún delictiva en multitud de ordenamientos jurídicos» *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 25-12, 2023, pp. 1-46. María Valeria KELLY, *Incesto y justicia: la denuncia judicial como reclamo de ley y los efectos subjetivos en víctimas denunciantes*, Buenos Aires, Lugar Editorial, 2023.

no es delito[9]. Sin embargo, en los códigos penales de Alemania e Italia es un delito ubicado dentro de los delitos contra la familia, lo que permite entender que el bien que se quiere proteger es la institución familiar. Sin embargo, realmente, no se alcanza a ver como algunos casos de incesto ponen en peligro la institución de la familia. Finalmente, en lo que respecta al matrimonio el código civil español en el art. 46 no permite contraer matrimonio a quienes estén ligados con vínculo matrimonial vigente. El derecho penal protege este primer vinculo, como antes se indicó, mediante el castigo de la bigamia y otros matrimonios ilegales (arts. 217 a 219). Entonces, es la protección de la institución del matrimonio —art. 32 CE— lo que impide un reconocimiento civil de las uniones formadas por más de dos personas —poligamia y poliandría— en una sólo familia.

El derecho penal puede y debe intervenir en el ámbito familiar para la protección de derechos fundamentales (vida, salud, seguridad, etc.) se produzcan o no en el seno de una comunidad familiar, pero no parece justificado que el derecho penal intervenga para restringir la construcción de esa comunidad relacional sea en su devenir feliz o cuando está sometida a una situación de crisis. El derecho penal no es instrumento idóneo ni eficaz para definir la familia: no corresponde al derecho penal prohibir lo que pertenece a la esfera de la intimidad de las personas ni siquiera bajo el argumento de que «es fuente de problemas o no tiene futuro» pues tanto se puede decir de cualquier unión de personas. Esto es, forma parte de la institución de la familia un conjunto de derechos y deberes que pueden ser causa de problemas y crisis familiares e incluso de la comisión de hechos delictivos. La historia ya ha demostrado que, incluso si partimos de un concepto de familia monógama, matrimonial, heterosexual por la tradición histórica europea, y la llamamos «unión natural» o la «sociedad natural» ya no es un concepto correcto y no puede ser calificada de «unión o familia natural» pues hace referencia a una realidad ya caduca y retrógrada en la que existía una estructura jerárquica con sometimiento de la mujer o en todo caso con una posición

9. El art. 47 del Código civil impide contraer matrimonio entre sí a los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción; los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado y a los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal. Si bien el art. 48 del Código civil establece la posibilidad de que el Juez pueda dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal y de parentesco de grado tercero entre colaterales. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.

subordinada femenina que muchas veces la sociedad «controlaba» con el derecho penal: por ejemplo a través del castigo con más pena del adulterio femenino, con un casamiento a la fuerza, con comportamientos escasamente castigados si era por «corrección» de la mujer como los crímenes de honor; con una procreación impuesta y una especie de «condena de por vida» por la inexistencia de divorcio, etc. Por otra parte, en Europa, «en la sociedad multicultural que se ha venido formando en los últimos tiempos a causa de la globalización y las migraciones, los supuestos de unión de un hombre con varias mujeres son un hecho. Téngase en cuenta que, en al menos medio centenar de países de religión musulmana cuya población normalmente emigra con destino a Europa, la poliginia es socialmente aceptada y está permitida legalmente. Así, en Europa, estas uniones poligámicas, sean matrimoniales o no, aprovechan fisuras del ordenamiento jurídico, se instalan *de facto*, e incluso llegan a reconocerse, de modo que la incorporación de la poligamia (más concretamente de la poliginia) en el contexto jurídico o metajurídico europeo, representa un cambio de modelo no solo desde un punto de vista privado, en la estructura de la familia, sino también en la conceptualización y gestión de lo público que quizá no es acorde y socaba los fundamentos del propio sistema jurídico, sociocultural y económico»[10]. Sin embargo, si los diversos vínculos se basan en el matrimonio entonces está prohibido tanto por el derecho civil como también por el derecho penal en los delitos denominados de matrimonios ilegales[11].

La referencia a la familia en la Constitución debería interpretarse como la referencia a una realidad que preexiste al Estado, con una autonomía propia y, por tanto, es el reconocimiento de un límite a la soberanía estatal. En este sentido, la familia la conforman los ciudadanos dentro de su libertad y el Estado no

10. Carmen LÁZARO GUILLAMÓN, *La monogamia como fundamento de las estructuras conyugales en los sistemas jurídicos occidentales: un aporte romanístico, RIDROM Revista Internacional De Derecho Romano*, *1*(28), 2022, pp. 275-394. https://doi.org/10.17811/ridrom.1.28.2022.275-394 (pp. 277-278). En España ha habido épocas en las que si se admitía la quiebra del principio de monogamia, como señala Ana M.ª VEGA GUTIÉRREZ, «La tutela penal de la unidad matrimonial en el Derecho histórico español», en *Il Diritto Ecclesiastico* 107(1), 1996, pp. 64-124 (p. 65): «España es uno de los países occidentales que desde tiempos más remotos, ha tenido que dar una solución jurídica en su Derecho matrimonial a las uniones poligámicas de algunos sectores de su población —de importancia numérica variable a lo largo de los siglos—, como es el caso de las comunidades judías, musulmanas e indígenas durante la época de la colonización».

11. Afirma Jacobo BARJA DE QUIROGA LÓPEZ, «Un acercamiento al delito de bigamia», *La Ley Derecho de familia*, núm. 34, 2022, pp. 1-10 (p. 2) y refiere en la p. 4 que «No resulta nada claro qué es lo que se pretende proteger con este delito. Tampoco el que tenga que constituir un delito».

puede prescribir un modelo de familia (ni racial, confesional, de género, etc.). El precepto constitucional —art. 32— está reconociendo un límite al legislador penal que es el respeto a la libertad de elección del ciudadano: elegir pareja y crear un pacto de convivencia y, al mismo tiempo, desde la modificación del Código Civil en el año 2005, la única causa legal de separación o divorcio es la pérdida del afecto marital. Como ha ratificado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que estima la demanda interpuesta contra la República de Grecia, el no reconocimiento a las personas del mismo sexo de la posibilidad de celebrar un «pacto de convivencia» vulnera los derechos a la vida privada y de prohibición de discriminación. La persona tiene derecho a elegir la conformación de su familia de donde se deriva el derecho al respecto a la vida familiar salvo las excepciones previstas en el art. 8.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[12]. En razón al art. 8.1 CEDH señala que el elemento esencial de la vida familiar es el derecho a vivir juntos de manera que las relaciones familiares puedan desarrollarse de forma normal y que los miembros de la familia puedan disfrutar de la compañía unos de los otros. Por ello, la protección de la vida familiar consagrada en el artículo 8 CEDH no se limita a las relaciones constituidas bajo la institución del matrimonio, sino que incluye otros vínculos «familiares» *de facto*, es decir, otras formas de convivencia fuera del matrimonio. La constatación de si hay o no vínculos familiares entre determinadas personas es primordialmente una cuestión de hecho que depende de la existencia real y efectiva de relaciones personales estrechas, sin que la cohabitación constituya una condición *sine qua non*.

El derecho penal debe seguir al sistema social que protege y promociona. Y lo que fue ahora ya no es, de la misma forma que, aunque no se reconoce por el orden jurídico que se puede tener más de un cónyuge a la vez, sí que se puede tener más de uno de forma sucesiva. Y lo cierto es que la existencia de relaciones polígamas de facto no sólo está permitida en la sociedad sino incluso admitida, reconociéndose sus efectos jurídicos respecto a los hijos que no pueden ser discriminados por este motivo. Así hay que ir afrontando las nuevas realidades y determinar sus efectos jurídicos, también en el derecho penal: las familias arcoíris y su progenie; la familia que otorga ciudadanía basada en el *ius soli* (si bien atenuado) porque favorecería posteriores reunificaciones familiares procedentes de países no europeos; la existencia de obstáculos legales para la procreación asistida, la falta de reconocimiento de la gestación por subrogación[13], etc. Ciertamente, la socie-

12. Así la Sentencia del TEDH en el asunto Vallianatos *et alt.* contra Grecia *(Demandas n.º* 29381/09 *y* 32684/09*)*, sentencia de la Gran Sala de 7 de noviembre de 2013.

13. Desde que en 1988 se promulgara la primera Ley española de reproducción asistida, el contrato que regula la subrogación uterina se ha considerado nulo de pleno derecho.

dad aparenta un desapego por la «familia», una aparente «decadencia» de esta institución, pero se trata de una adaptación de los lazos y el compromiso de convivencia a un nuevo mundo: hoy hay muchos matrimonios de personas mayores que ya no están en situación de procrear; El transexual puede casarse con la pareja de su sexo original; Se celebra una boda en el lecho de muerte. Dentro o fuera del matrimonio, tener hijos es una elección individual libre: de hecho, la esterilización voluntaria ya no es un delito y la ley sobre el aborto reconoce el derecho subjetivo a la procreación consciente y responsable. Por consiguiente, es claro que la familia ya no es el núcleo de la función procreadora. De hecho, se consideran familia personas que tienen una relación estable, no tienen hijos y no viven en la misma casa. Y también se considera familia el hijo que acoge en su casa a uno o dos de sus progenitores y les cuida. Quizás, por eso, porque la finalidad de la familia no es la procreación se puede haber producido un descenso demográfico en Europa.

La sociedad ha dado el paso de la familia a las familias: uniones civiles, parejas de hecho, parejas con convivencia intermitente, familias unipersonales, familias extendidas, homoparentales y monoparentales, familias arcoíris, reconstituidas, transnacionales, etc. Familias que lo son porque son capaces de tener relaciones de cuidado auténticas, lo reconozca o no la ley, de tener relaciones vitales, de comunión, afecto o incluso de un deseo de afecto y/o de amor y de intimidad[14]. Así pues, ya se ha superado ese concepto de

---

Fuera formalizado de forma lucrativa o altruista, ya que en nuestro país la filiación se reconoce a la mujer que da a luz. Se considera cometidos otros delitos como el de suplantación de identidad, delito de suposición de parto, alteración de la filiación, trata de niños, etc. En otros países como Francia o Italia está castigado en el código penal. Recientemente Italia ha dado luz verde definitiva al proyecto de ley, que prevé el delito universal de gestación subrogada. La medida, apoyada firmemente por la primera ministra Giorgia Meloni, modifica la Ley 40 de 2004 y amplía la persecución del delito también a los ciudadanos italianos que recurran a la gestación subrogada en el extranjero.

14. En este contexto algunos autores señalan que la nueva familia modelo es «la familia líquida» ante la flexibilidad y fluidez de los escenarios familiares actuales que implica un mayor número de convivencia de parejas o uniones de hecho, familias monoparentales, familias reconstituidas, familias trasnacionales y hogares unipersonales y, por ende, un número cada vez mayor de niños nacidos fuera del matrimonio. *Vid.* Jorge L. TIZÓN, «Crisis social y parentalidad líquida: problemas y oportunidades. Parte I: situándonos en perspectiva», *Temas de psicoanálisis,* núm. 10, 2015, pp. 1-38 y del mismo autor «Crisis social y "parentalidad líquida": problemas y oportunidades. Parte II: la necesidad de cambios teóricos, técnicos y prácticos en psicoanálisis y psicología del desarrollo», *Temas de psicoanálisis,* núm. 11, 2016, pp. 1-51. *Vid.* sobre concepto actual de familia María Margarita Silva PEREIRA, *Direito da Família*, Editora AAFDL.

«institución natural» pues no depende de la naturaleza y, por otra parte, tampoco hay un concepto legal de familia claramente delimitado porque lo que hay son diferentes modelos o formas de constituir una relación de guarda, protección y seguridad entre sus distintos miembros. No admitirlo implica restar libertad al ciudadano y crear discriminación.

Así pues, podemos afirmar que la familia es una «realidad pre-jurídica» incluso más allá de la normativa civil y definitivamente se «siente» como un ejercicio de la autonomía personal (frente a una imposición socio-estatal de un modelo tradicional de familia). Atendiendo a establecer una diferencia de la familia con otro tipo de vinculaciones o relaciones, entonces, hemos de plantearnos que no puede ser considerada como familia una unión sin idea de compromiso y continuidad como puede ser una relación que puede tener situaciones convivenciales ocasionales, aunque se mantengan más o menos en el tiempo, pero sin vocación de compromiso.

Por otra parte, el Estado parece querer inmiscuirse en la familia cada vez más. Existe una tensión entre la autonomía de las personas y una «aparente protección» de la institución familiar que reduce el ámbito propio de algunas formas de relación familiar como es la patria potestad. En este sentido se afirma que «La futura ley de protección a las familias debiera resolver dos tendencias legislativas que están afectando negativamente a la institución familiar. La individualización jurídica de los miembros de la familia, frente a la regulación de la familia como institución, y la publificación de la institución familiar» y por ello se puede afirmar que la tendencia legislativa parece dirigirse claramente hacia la consideración de la familia como institución jurídico-pública[15]. Más presente se hace esta tensión en el caso de las familias trasnacionales[16].

2021, pp. 170 y ss. B. RODRÍGUEZ, A. LEVIN, P. SLEMENSON, B. VITELESCHI, J. MARONTA, G. GACCETTA, P. SEVILLA y M. VILLARES (2021), «Una exploración de la parentalidad en la Modernidad líquida» *INNOVA UNTREF. Revista Argentina De Ciencia Y Tecnología*, *1*(7), 2021, pp. 1-12. Señalan en sus conclusiones que «Ahora bien, la existencia de normas jurídicas es el resultado —y no la causa— de la asiduidad y naturalización de estas prácticas».

15. Beatriz VILA RAMOS, «Análisis jurídico-constitucional sobre la familia en el ámbito nacional e internacional. propuestas para una futura regulación sobre la institución familiar», *Estudios de Deusto Revista de Derecho Público,* núm. 72/1, 2024, pp. 402-434 (p. 429).

16. Como refiere una literatura científica extensa el impacto transformador de la migración en la vida familiar afecta a la cuestión del «sentido de colectividad» y el «parentesco de las familias migrantes, la intersección entre la red familiar y el capital social, crianza, matrimonio y elección de pareja, vínculos de segunda generación con raíces culturales, el proceso emocional desplazado entre los miembros de la familia, género

Por otra parte, la protección de los derechos fundamentales de los miembros de la unidad familiar se basaen un fundamento dogmático y político criminal: el derecho penal no puede discriminar entre miembros de la unidad familiar, pero si puede tener en cuenta las cargas o, también, los beneficios de la institución familiar como, por ejemplo, los deberes de garante de los padres —o tutores— respecto a los hijos menores que posibilita la aplicación del delito de comisión en omisión cuando voluntariamente se omite el deber de garante, como por ejemplo si se produce un atentado a la vida o la libertad sexual que pudo ser evitado y el garante no evitó. La existencia de estos deberes también justifica que cuando se incumplen se aplique una agravación por un mayor injusto a través de la circunstancia agravante de parentesco (art. 23 CP) para las penas previstas para el delito de homicidio (art. 138) o asesinato (arts. 139 y 140). Por otra parte, se ha creado delitos de género cuando el autor es hombre y la víctima mujer ligada por matrimonio pasado o presente o análoga relación de afectividad aún sin convivencia (art. 153 como ejemplo paradigmático) o tipos cualificados específicos (lesiones art. 148.4) o la introducción de medidas imperativas de protección de la víctima sean cautelares (art. 48) o compatibles con las penas accesorias (art. 57). La relación familiar tiene, por ejemplo, peculiaridades en relación con el delito de quebrantamiento de medida cautelar de alejamiento del art. 468 CP que no se aplica a la mujer inductora o colaboradora necesaria. Por otra parte, la LO 1/2025, de 2 de enero de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia va a necesitar de personal formado para las Secciones de Familia, Infancia y Capacidad y va a requerir de recursos para equipos de evaluación psicosocial, forenses y de equipación para la aplicación de los MASC[17].

2. FAMILIA Y FAMILIAS DE MAÑANA

La concepción de la familia para el derecho penal —sea más o menos extensa— se basa en la unión libre de personas con vocación de cierta permanencia y el compromiso «vital» o de asistencia y ayuda mutua. Si no hay un consentimiento libre para este compromiso habrá un posible delito de coacción y si se fuerza a contraer matrimonio se comete el delito de coacción al matrimonio previsto en el art. 172 bis CP y si se trafica con personas con

y desigualdad de género». *Vid.* Dilvin Dilara USTA, «Are We Falling Apart?: Manufacturing Familyhood through Transnationalism», *Journal of Family Studies* 29 (5), 2023, pp. 2372-90.

17. Josefa FERNÁNDEZ NIETO, «La dignificación de la familia en el proceso penal y algunas cuestiones controvertidas sobre el parentesco: una nueva vuelta a la regeneración del proceso en la lecrim», *Lex criminalis, núm.* 3, 2023, pp. 22-44.

fines de celebración de matrimonios forzados se comete el delito de trata de seres humanos previsto en el art. 177 bis CP. ¿Cómo serán las familias del futuro? Desde ya adelantamos que, debido al principio de intervención mínima y el principio de legalidad, el derecho penal por el momento no reconoce a otros miembros de la unidad familiar que no sean personas, un «otro».

A. Familias multiespecie

En la sociedad y en la doctrina civilista ya se hace presente el concepto de familia multiespecie[18], que supone la inclusión de las mascotas como miembros del núcleo familiar, por razones de lazos de afecto e incluso de responsabilidad. El reconocimiento de estos lazos afectivos permite considerar, en determinados casos, como daño moral su ruptura o impedimento[19].

Como consecuencia se requiere por tanto de protección y regulación legal al verse como una nueva modalidad de familia. La normativa civil ha reconocido la trascendencia y valor de las mascotas o animales domésticos o de compañía[20] y les dota de la categoría de seres vivos sintientes y de miembros de la unidad familiar. A partir de la reforma producida por la ley 17/2021 de 15 de diciembre de modificación del Código Civil, la Ley

18. Andrea PADILLA VILLARRAGA, «Los animales son familia. Desarrollo del concepto familia multiespecie» *DA. Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies*), 14(1), 2023, pp. 25-34. https://doi.org/10.5565/rev/da.641. Este artículo expone la situación en Colombia a raíz de una decisión de su Corte Constitucional; Remedios MARTÍNEZ VERDÚ, «La familia en la sociedad actual: la familia multiespecie», Sandra OLIVERO GUIDOBONO (coord.), *El camino hacia las sociedades inclusivas,* Dykinson, 2022, pp. 1852-1880.

19. Así se ha reconocido en sentencia: habiendo una custodia compartida de un perro entre una pareja separada se ha ordenado una indemnización de 600 euros para la mujer, que fue privada de su mascota durante 10 meses por su expareja. La sentencia, emitida por el Juzgado de Primera Instancia n.º 68 de Madrid, marca un precedente en España, ya que es la primera vez que se concede una compensación económica por daños morales relacionados con la separación de un animal doméstico: es el reconocimiento del vínculo afectivo o emocional y del sufrimiento o dolor emocional e inquietud que genera la separación. Además, esta condena puede ayudar a frenar su uso como instrumento de castigo en conflictos de pareja.

20. Almudena CARRIÓN VIDAL, «Animales de compañía y crisis familiares en la legislación española» *IDIBE* junio 26, 2022. https://idibe.org/tribuna/animales-compania-crisis-familiares-la-legislacion-espanola/. El art. 333 bis del Código Civil en sus apartados 1 y 2 dispone lo siguiente: «los animales son seres vivos dotados de sensibilidad» (apartado 1) y «el propietario, poseedor, o titular de cualquier otro derecho sobre un animal debe ejercer sus derechos sobre él y sus deberes respetando su cualidad de ser sintiente» (apartado 2).

Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre el régimen jurídico de los animales, entre otras reformas, se ha atendido a la situación de las mascotas cuando hay crisis familiar: el art. 90. 1. b) bis) prevé que los cónyuges pacten en el convenio regulador el destino de los animales de compañía, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar animal, el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal[21]; la normativa civil (arts. 90 y 94 bis entre otros del CC) atiende a la llamada «violencia vicaria» pues señala el art. 97.2 CC que los malos tratos a animales o la amenaza de causarlos como medio para controlar o victimizar al otro cónyuge o a los hijos que conviven con ambos es causa de exclusión de la guarda y custodia conjunta del mismo. Lamentablemente se da una concurrencia de violencia de género y de conductas de maltrato animal que se recogen en el Código penal (reforma por LO 3/2023, de 28 de marzo) y castiga el abandono y toda conducta que cause lesiones o produzca la muerte en un animal[22]. Este comportamiento incluye el abuso físico, psicológico o negligencia de cuidados básicos[23].

Lo llamativo de esta reforma del Código civil antes expuesta es que sólo regula la situación de los animales domésticos en ruptura matrimonial pero no cuando se trata de ruptura de una unión de hecho, así habrá que acudir al acuerdo de las partes, si lo había o lo hay, respecto a los extremos contem-

21. El CC deja en manos del juez la decisión a la hora de atribuir el animal de compañía a uno o ambos cónyuges y, determinación de la forma en la que el cónyuge al que no se le haya confiado podrá tenerlos en su compañía, así como el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este (art. 94 bis del CC).

22. Sobre el concepto de maltrato animal se ha desarrollado en sentencia del Pleno en interés casacional de la Sala segunda del Tribunal Supremo, Sentencia 40/2023 de 26 Enero, afirmando que requiere el tipo básico que el animal necesite para su curación tratamiento veterinario, además de una primera asistencia con menoscabo de su salud que dependerá entre otros factores el riesgo vital generado o su potencialidad para acelerar procesos degenerativos, el periodo de tiempo en que el animal haya estado imposibilitado para el desempeño de la actividad propia de su especie y las secuelas o padecimientos permanentes (art. 337.1 CP).

23. Eva CRISTÓBAL PÉREZ y Rocío FERNÁNDEZ-VELASCO, «Concurrencia de violencia doméstica y maltrato a mascotas. Una actualización y revisión exploratoria», *Revista de Victimología*, núm. 17, 2024, pp. 9-32. Las conclusiones de su estudio son que hay maltrato animal en contextos familiares donde también existe Violencia doméstica. Se observa que un elevado porcentaje de las víctimas humanas retrasan la salida del hogar violento por el miedo a las posibles consecuencias sobre sus mascotas, además, un riesgo de transmitir las conductas violentas (Violencia doméstica o maltrato animal) a las próximas generaciones solo con el estar expuesto a dichas conductas. Parece tratarse de una realidad en aumento.

plados en el art. 90.1 b) bis del Código civil o que no hubiera tal acuerdo, en cuyo caso habrá que tener en cuenta el criterio de la propiedad[24].

En cumplimiento de la normativa civil ya se han producido varias resoluciones en que se determina una pensión a la mascota en casos de ruptura familiar: El pasado 3 de noviembre de 2023, la sentencia de la Audiencia Provincial sección n.º 6 de Pontevedra ha ratificado una «pensión de alimentos» de 40 euros mensuales para el perro de la familia[25]. La relevancia de esta sentencia en comparación con la jurisprudencia existente hasta este momento, es que son los tribunales los que fijan la cantidad mensual que aportará una de las partes, atendiendo a que tiene un poder adquisitivo mayor, pese a que no tendrá acceso ni relación con el animal. También se ha establecido que sólo se puede encomendar la custodia a los cónyuges y no otras personas distintas[26]. A efectos de la protección penal de esta pensión de alimentos a la mascota (que tiene toda la protección otorgada a los demás extremos de ese acuerdo o de la decisión judicial correspondiente) genera importantes dudas puesto que el tenor literal del art. 227 establece que comete el delito de impago de pensiones el que dejare de pagar durante dos meses consecutivos o cuatro meses no consecutivos cualquier tipo de prestación económica «en favor de su cónyuge o hijos», por lo que una interpretación literal parece impedirlo y superar este obstáculo puede realizarse a través de una modificación legislativa del precepto que incluya «y a favor de las mascotas». Sin embargo, lo cierto es que de forma subrogada será el cónyuge el destinatario de esa pensión y, en caso de impago, quien estará obligado a realizar el gasto correspondiente y ejercer las acciones legales de reclamación, pero dado que las cuantías económicas no serán muy elevadas,

24. Que fuera propietario uno sólo de ellos, caso en que se le atribuiría con independencia de los vínculos creados con el otro miembro de la pareja, puesto que no cabría aplicar analógicamente los arts. 94 bis y 103.1.ª del CC, previstos únicamente para parejas casadas; o que fuera de ambos, supuesto que sí está previsto en los apartados 2 y 3 del art. 404 del CC que dispone lo siguiente «en caso de animales de compañía, la división no podrá realizarse mediante su venta, salvo acuerdo unánime de todos los condueños. A falta de acuerdo unánime entre los condueños, la autoridad judicial decidirá el destino del animal teniendo la cuenta el interés de los condueños y el bienestar del animal, pudiendo preverse el reparto de los tiempos de disfrute y cuidado del animal su fuere necesario, así como las cargas asociadas a su cuidado».

25. *Vid.* M.ª Luisa SIERRA y Amparo REQUENA, en https://www.abogacia.es/publicaciones/blogs/blog-de-derecho-de-los-animales/la-primera-pension-de-alimentos-y-cuidados-de-un-progenitor-para-un-animal/

26. SAP Madrid, Sección 31.ª, 30 noviembre 2023. José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE, «Atribución del cuidado de los animales de compañía en las crisis familiares», *IDIBE*, 4 noviembre de 2024. https://idibe.org/tribuna/atribucion-del-cuidado-de-los-animales-de-compania-en-las-crisis-familiares/

un siempre referente principio de intervención mínima podría justificar que este incumplimiento sea objeto sólo de una protección civil y no penal. El incumplimiento podría ser constitutivo de otro delito, como por ejemplo, la insolvencia punible.

B. Familias con miembros de personalidad digital o electrónica

Tampoco podemos rechazar la posibilidad de que en el futuro formen parte de la unidad familiar seres creados con Inteligencia artificial generativa, bien a través de un matrimonio o unión de hecho o sólo como seres de compañía. En el primer caso no nos referimos a la celebración de un matrimonio de humanos en el metaverso[27] si no al matrimonio o relación familiar de otro tipo contraído por una persona con un avatar, un holograma o un ser con personalidad digital que no se corresponde con ninguna persona real[28]. El refrán dice que el «matrimonio es cosa de dos» entendiendo que está referidos a dos personas y evidentemente un robot humanoide o un avatar no lo son. Y esta primera respuesta, sin embargo, plantea dilemas éticos y jurídicos muy interesantes puesto que las leyes empiezan a considerar si la IA generativa puede ser titular de ciertos derechos al igual que se le pueden atribuir ciertas consecuencias jurídicas o responsabilidades legales. Y, a este respecto, nos plantamos si el dato esencial es si el robot puede adquirir compromisos legales o si el robot puede crear lazos afectivos de «querer o sentir que quiere», esto es, si puede «amar o no amar» en el modo de un ser «sintiente». Verdaderamente responder a tales cuestiones ya de por sí es problemático respecto a los humanos por lo que nos encontramos con la misma duda o elemento respecto a las personas que componen una pareja de humanos: a veces basta con que pueda hacer que la otra persona de la «pareja» crea que es querida y, en esto, no se diferencia de una relación entre dos seres humanos en el que uno de ellos cree que el otro le quiere: baste recordar las muertes, agresiones físicas, sexuales y otras conductas que se cometen por parte de una miembro de la pareja sobre el otro. Hay otros aspectos que *a priori* también parecen excluir su consideración de miembros

27. *Vid.* Jacqueline ALVARENGA en https://notibomba.com/la-primera-boda-en-el-metaverso-pareja-incluira-el-avatar-del-padre-de-la-novia-muerto/ noticia de 20-01-2022.

28. La artista multidisciplinar barcelonesa Alicia Framis será la primera mujer en contraer «matrimonio» con un holograma generado por Inteligencia Artificial en una ceremonia que tendrá lugar este verano en el museo Depot Boijmans Van Beuningen de Róterdam, noticia publicada en diciembre de 2023: https://es.euronews.com/2023/12/17/la-artista-espanola-alicia-framis-la-primera-mujer-en-casarse-con-un-holograma. Se puede ver esta relación en la cuenta de Instagram @hybridcouples en los que aparece con su pareja que ha llamado AILex.

de la familia: las relaciones sexuales o la reproducción, pero nuevamente tales cuestiones también surgen y se superan o no en las relaciones entre dos humanos.

La evolución de la relación entre humanos y robots no parece excluir las relaciones interpersonales[29] teniendo en cuenta que una persona artificial antropomórfica será «portadora» de derechos y obligaciones al tiempo que tendrá múltiples despliegues en diferentes entornos, entre ellos las relaciones interpersonales: sólo estamos ante un vacío normativo que con el tiempo deberá consensuarse y luego asumir las consecuencias. Hasta entonces, puede procederse a realizar un documento notarial que recoja la vinculación de un sujeto con un robot o humanoide —en el sentido amplio del término—, bajo variadas formas: la formulación de una declaración de voluntad en la asunción de las consecuencias de sus actos; y, previas su identificación técnica, su valoración, sus capacidades y sus funciones y la estimación de su duración, se delimite un régimen jurídico de actuación de la máquina, con una dotación patrimonial que responda de manera limitada de los actos del robot. Ese régimen jurídico debe precisar las relaciones entre el propietario responsable —una parte de la pareja o de la unidad familiar— y la máquina o humanoide —y las relaciones entre el robot y terceros, sean estos humanos o de sustrato humano o sean robots, con una delimitación de sus facultades de actuación[30]. En realidad, en este documento pueden establecerse también cláusulas de convivencia y a falta de un marco regulatorio, la representación y defensa de los robots en cuestiones legales al modo de los tutores de menores o personas con capacidades limitadas o, si se quiere, al modo de los representantes legales de personas jurídicas, asegurando así que puedan actuar en el tráfico jurídico de manera efectiva.

La cuestión es si al avatar o al robot se le reconoce un cierto «estatus jurídico» y eso no es algo *a priori* imposible a tenor de la propuesta del

29. Ana Karin CHÁVEZ VALDIVIA, «No es solo un robot: consideraciones en torno a una nueva personalidad jurídica y el redimensionamiento de las relaciones interpersonales» *Ius et Praxis*, núm. 26(2), 2020, pp. 55-77. Señala esta autora que se ha dado el paso de los robots sociales al diseño y la construcción de robots «partners» suficientemente humanos y atractivos en múltiples aspectos que no solo dificultarán el poder distinguirlos de un ser humano a simple vista, sino que también elevará nuestro nivel de percepción de tan solo criaturas no biológicas a criaturas que son mentales, sociales y morales. *Vid.* Valeria RADRIGAN, «Placeres tecnosexuales. Claves hacia la comprensión de la sexualidad humano-máquina», *Ciencia y Sociedad: República Dominicana*, núm. 48 (1), 2023, pp. 9-32.

30. José María GÓMEZ-RIESCO TABERNERO DE PAZ, «Candente debate sobre la personalidad jurídica del robot», *Revista El Notario del Siglo XXI*, núm. 104, 2022.

Parlamento Europeo de normas civiles sobre robótica en 2019 que utiliza el término «personalidad electrónica»[31]. Por tal entendemos la capacidad de los robots para adquirir derechos y obligaciones similares a las de las personas físicas. Este concepto busca reconocer a los robots como entidades con un grado de autonomía y responsabilidad en sus acciones, otorgándoles ciertos derechos y responsabilidades.

Como ya se debate en la doctrina[32] la posibilidad de la IA de aprendizaje autónomo nos acerca a la idea de un humanoide individualizado al que se le asigna personalidad jurídica. Si bien la idea que parece avanzar es atribuirles una responsabilidad civil por los daños causados, sin embargo, a partir de aquí, hay un progreso en el pensamiento para establecer que los humanoides (robots con IA) sean sujetos de derecho, con capacidad jurídica (lo que permite adquirir compromisos y obligaciones legales, aunque sean a través de los seres humanos como contratar, solicitar un préstamo, comprar una vivienda, etc.) y entonces la cuestión es ¿también serán titulares de derechos fundamentales? La cuestión es que este debate también se plantea en relación con los animales. Como señalan algunos autores[33] uno de los argumentos habituales para refutar que los animales pueden ser considerados sujetos de derecho es que los animales son incapaces de contraer obligaciones. Y este argumento es rebatido por Pezzeta refutando su base doctrinal política y siguiendo la propuesta de Donaldson y Kymlicka sobre la ciudadanía para los demás animales. En su propuesta teórica, los autores sostienen que los animales sí pueden cumplir con algunas obligaciones y de hecho ya lo hacen en las sociedades interespecies actuales.

La actual tendencia a asignar personalidad jurídica a los robots parece tener su raíz en la necesidad de imputarles responsabilidad civil, como con-

31. Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL). Al menos los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas con derechos y obligaciones específicos, incluida la obligación de reparar los daños que puedan causar; la personalidad electrónica se aplicaría a los supuestos en que los robots puedan tomar decisiones autónomas inteligentes o interactuar con terceros de forma independiente. En octubre de 2017 fue noticia que Arabia Saudí había concedido la nacionalidad a la famosa robot Sophia.

32. *Vid.* María del Mar MÉNDEZ SERRANO, «Derechos fundamentales y personalidad jurídica de los robots: ¿para qué?», *Revista Derecho privado y Constitución*, núm. 44, 2024, pp. 51-89.

33. Silvina PEZZETA, «¿Pueden los animales tener derechos si no pueden contraer obligaciones? Animales sujetos y ciudadanos», *Revista internacional de filosofía Mutatis Mutandis*, 1 (20), 2023, pp. 36-46.

secuencia del daño que estos pudieran causar en la cotidianeidad, tanto laboral como doméstica, según el ámbito en el que tenga lugar su intervención. Todo ello, debido, por un lado, a la posibilidad de aprendizaje autónomo, a través de redes neuronales que imitan la estructura del cerebro humano, y, por otro, a los sesgos que los propios creadores de los algoritmos albergan en su manera de ver y conocer el mundo. Ahora bien, podría decirse que lo realmente relevante en este sentido, en el caso de que finalmente estas «cosas» sean consideradas sujetos de derecho, con capacidad jurídica, es el impacto que esto pueda tener en el ámbito de los derechos fundamentales y su protección, si no se establecen con claridad los límites. Ciertamente es una cuestión inquietante, pero hay que afrontarla igual que se ha llegado a establecer desde 2010 la responsabilidad penal de las personas jurídicas con una diferencia: las personas jurídicas no pueden establecer lazos interpersonales y, sin embargo, los humanoides si tienen una capacidad social que va incrementándose. Sobre la noción de persona electrónica robótica y las consecuencias jurídicas derivadas de su actuación, esto es, su estatuto jurídico, hay un debate imparable en el que algunos autores ya se pronuncian a favor de la persona robótica cuando hay un cierto grado de autonomía e interactúan con las personas[34]. De tal forma que sea sujeto de obligaciones y conreconocimiento legal de personalidad, siendo titulares de relaciones jurídicas con sus correspondientes derechos y obligaciones, fundamentalmente de naturaleza económica o patrimonial pero también procesal. Y, si una vez creados evolucionan de forma diferenciada e individual, ¿por qué no una personalidad social?[35]

34. Moisés BARRIO ANDRÉS, «De nuevo sobre la persona robótica», *Revista Iberoamericana de Inteligencia Artificial*, núm. 27(73), 2024, pp. 65-79. Señala este autor que para ello se requiere propiedades de corporeidad, impredecibilidad e impacto social de los sistemas robóticos inteligentes, por sí mismas y sobre todo en combinación; afirma que los contextos jurídicos afectados serán muchos como por ejemplo la propiedad intelectual, derecho de contratos, derecho tributario, pero también delitos contra la intimidad, por ejemplo. De hecho, este autor señala que nacerá una nueva disciplina jurídica que denomina el Derecho de los Robots.

35. Algunos autores consideran para los robots sociales un tercer supuesto que es un tertium genus con una subjetividad atenuada, que denomina los «agentes» cibernéticos. Manuel L. LACRUZ MANTECÓN, «Yo, Robot: ¿Puede un robot tener personalidad jurídica?», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 4, 2023, pp. 629-658.

II. VIDA PRIVADA Y VIDA FAMILIAR: DELITOS CONTRA LA INTIMIDAD EN LA PAREJA

Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar. Esta afirmación recogida en textos europeos[36] y en nuestra Constitución establece una regla jurídica, desarrollada en la legislación, de respeto a la vida privada y familiar por otras personas, instituciones y el propio Estado limitando su injerencia a razones excepcionales, como por ejemplo «la protección de los derechos y las libertades de los demás». Esta cláusula habilita la intervención del Estado cuando debe protegerse los derechos y libertades de un miembro de la unidad familiar por actos realizados en la vida intrafamiliar, incluso en crisis o en situación de ruptura presente o pasada.

La amplitud del contenido de los conceptos vida privada y vida familiar con relación al art. 8 CEDH hace inviable su tratamiento en este trabajo. La doctrina más reciente considera, sin embargo, que a la luz de la jurisprudencia del TEDH se está produciendo un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad[37]. En este apartado nos vamos a centrar brevemente en la lesión a la intimidad causada por otro miembro de la pareja.

El derecho a la intimidad se protege penalmente a través de los diversos delitos regulados en el Título X del libro II, arts. 197 y siguientes. El Código no define qué entiende por intimidad como objeto de protección penal. La palabra «intimidad» proviene del latín intimus (íntimo) e intus (dentro). En el Diccionario RAE podemos encontrar la siguiente definición: «Zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una

36. Art. 7 CDFUE «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás» e igualmente el art. 8 del CEDH.

37. Para ver una clasificación sistemática del contenido de derecho al respeto de la vida privada (entre los que se incluyen la protección de la privacidad (derecho a la propia imagen, el honor, la protección de datos personales, el derecho al acceso a la información, etc.) y el derecho al respeto de la vida familiar (concepto de familia, relaciones matrimoniales, la protección de parejas no matrimoniales, etc.) consultar el siguiente trabajo Pablo SANTOLAYA y Lara REDONDO SACEDA, «El derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio y la correspondencia (un contenido notablemente ampliado del derecho a la intimidad) (art. 8 CEDH)», La Europa de los derechos*: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, F. Javier GARCÍA ROCA, Pablo SANTOLAYA y Miguel PÉREZ-MONEO (coords.), Vol. II, CEPC, 2023, pp. 593-692.

familia»[38]. Es frecuente encontrar confusión con los términos «intimidad» y «vida privada» y también su diferenciación de la «vida familiar»[39]. En el ámbito constitucional, tal y como ha señalado la STC 14/2003 de 30 de enero, el derecho a la intimidad se encuentra asociado al espacio más reservado de la persona e íntimamente ligado con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 de la CE)[40]. La intimidad está relacionada con la vida privada, concepto que es un término normativo amplio, no susceptible de una definición exhaustiva y que debe también comprender —hasta cierto punto— el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Así, «El concepto vida privada es muy amplio, genérico y engloba a todo aquello que no es o no queremos que sea de general conocimiento. Dentro de ello, existe un núcleo que protegemos con más celo, con mayor fuerza, porque lo entendemos como esencial en la configuración de nuestra persona. A esto último le denominamos intimidad»[41]. El TCE afirma la existencia de tal esfera como «la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana»[42]. La determinación de este concepto es difícil y por ello sólo parece haber consenso en dos elementos: primero, que el derecho a la intimidad tiene dos facetas: la intimidad personal y la intimidad familiar, que pueden coincidir en el mismo hecho y frente a la misma víctima o puede que no y, segundo, que aún no hay unanimidad doctrinal y jurisprudencial acerca de los criterios que determinan su lesión.

38. http://dle.rae.es/?id=LyCn6I9
39. Con relación a la privacidad en la actualidad, como consecuencia de la expansión del entorno digital, se comienza a considerar que, junto al planteamiento liberal de esos valores, en términos de aislamiento, intimidad, confidencialidad o autodefinición, y las aproximaciones más recientes a la privacidad informacional o protección de datos personales, ha de considerarse una dimensión social y política. La privacidad tiene relevancia pública en cuanto que se trata de un bien colectivo, es un elemento constitutivo de una sociedad democrática, debe condicionar una esfera pública inclusiva y plural. Por consiguiente, la protección de la privacidad no puede organizarse conforme a un modelo de autogestión individual, sino con medidas y normas colectivas públicas y generalmente justificadas. Isabel TURÉGANO MANSILLA, «Los valores detrás de la privacidad», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 43, 2020, pp. 255-283.
40. Juan CLEMENTE, M.ª Victoria LÓPEZ y David RODRÍGUEZ, «Una aproximación a los derechos de la intimidad personal y familiar y a la propia imagen recogidos en la constitución española de 1978», *Revista de la Facultad de Derecho U. Murcia*, núm. 55, 2023, pp. 1-32.
41. Lucrecio REBOLLO DELGADO, *Límites a la libertad de comunicación pública*, Madrid, Dykinson, 2008, p. 83.
42. STC 207/1996, de 16 de diciembre.

El derecho fundamental a la intimidad es un derecho de carácter personal, esto es, íntimamente vinculado a la «dignidad de la persona», y necesario para el pleno desarrollo de la personalidad del individuo. Se ha planteado si puede ser de titularidad colectiva, si puede haber un sujeto plural que sea titular de un derecho a la intimidad de la vida familiar, cuya titularidad recae en todos los miembros de esa familia. Ciertamente hay que considerar un aspecto protector de la intimidad personal que se otorga a otras personas en el caso de los fallecidos: la legislación reconoce en la LO 1/82, arts. 4 a 6, la posibilidad de protección civil de los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, una vez fallecido el titular del derecho, por terceras personas por el designado, por sus parientes próximos o por el Ministerio Fiscal. El fundamento de esta ampliación de peticionarios de tutela jurídica ya fue establecida en la STC núm. 231/1988, de 2 de diciembre, FJ4: «debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la CE protegen (…) no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho propio, y no ajeno a la intimidad, constitucionalmente protegible». La intimidad familiar se define como una dimensión adicional de la personal que se extiende «a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 CE protegen» (STC 236/2007, FJ 11).

Es evidente que existe una conexión entre vida privada y vida familiar que puede ser origen de conflictos como reconoce la STC 66/2022, de 2 de junio (FJ 4) al resolver un recurso de amparo en que afirma que la vida privada se ve influida e influye en los acontecimientos que tienen lugar en relación con las personas con las que hay una unión como son los demás miembros de la unidad familiar, por lo que le sucede a los progenitores, hijos y otras personas de la unidad familiar tiene trascendencia para el individuo y que su indebida publicidad o difusión puede incidir directamente en la esfera de su propia personalidad. En el caso concreto se produce el conflicto entre dos bienes: por una parte, el deseo de los progenitores de ser padres

y su culminación en el parto que querían que fuera en su propio domicilio familiar —y no en un centro sanitario— lo que forma parte de su intimidad personal. Pero, por otro lado, está la vida y la salud del feto que alberga en su seno la gestante, que también constituye un bien constitucionalmente legítimo y susceptible de protección, por lo que en este caso existe una confrontación entre dos derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional lo resolvió a favor de la vida del *nasciturus*[43]. Este posicionamiento, sin embargo, ha sido objeto de críticas por considerar que la cuestión en este caso, en que no existía un riesgo cierto y próximo para el *nasciturus*, debe residir en una identificación entre la vida privada y familiar con el derecho a la vida familiar, porque las decisiones que repercuten en la relación familiar —especialmente en el derecho de los hijos— afectan el derecho a la intimidad familiar de todos los miembros de la familia y a la intimidad personal de cada uno de ellos[44].

Por otra parte, el derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1. CE no incorpora la faceta propia del derecho a la vida familiar que reconoce el citado art. 8.1 CEDH. La vida familiar ha sido definida por el TEDH como el «disfrute por padres e hijos de su mutua compañía» (STDH caso Johansen, de 27 de junio de 1996), si bien hay una tendencia por parte del TEDH a ampliar el derecho al respeto de la vida familiar, de forma tan amplia que tampoco puede ser identificado con una «intimidad familiar» pues es notablemente más extenso[45]. Es ésta una opinión interesante, pues aunque no existe un derecho fundamental a la vida privada y familiar en España se está produciendo un cambio de doctrina a través de votos particulares y de varias sentencias del TC en que de forma expresa se ha realizado una equiparación entre el derecho fundamental a la intimidad (art. 18 CE) y el derecho a la vida privada y familiar, ya sea de forma expresa (SSTC 201/1997;

43. Esta resolución sigue la estela, respecto a la intimidad familiar, de la STC 11/2016, de 1 de febrero, que otorgó amparo a una madre a la que, tras someterse a un aborto terapéutico en la semana 22 de gestación, le fue denegado el derecho a disponer de los restos del feto para incinerarlo. El TC en base a decisiones del TEDH trasladó el contenido del art. 8 CEDH a la interpretación del art. 18.1 CE y afirmó que «las resoluciones judiciales impugnadas han restringido el derecho a que la vida personal y familiar sea respetada (art. 18.1 CE)».

44. *Vid.* Francisco Javier MATÍA PORTILLA, «¿Los menores tienen un derecho a no ser separados de sus progenitores? Hacia una necesaria redefinición de la intimidad familiar constitucionalmente protegida», De la intimidad a la vida privada y familiar*: Un derecho en construcción*, F. Javier MATÍA PORTILLA y Graciela LÓPEZ DE LA FUENTE (dirs.), Tirant lo Blanch, 2020, pp. 232-282 (pp. 277-282).

45. *Vid.* Pablo SANTOLAYA y Lara REDONDO SACEDA, «El derecho al respeto de la vida privada y familiar, el domicilio...», *op. cit.*, p. 690.

11/2016, o 66/2022) o de manera incidental (SSTC 176/2008, o 51/2011), lo que producirá, por *mor* de las SSTEDH, una redefinición del derecho fundamental de la intimidad[46].

La vida familiar es un valor social y el derecho a la vida familiar —y su respeto— no sólo tiene una perspectiva individual, sino que también es un derecho social[47]. Para la doctrina constitucional, el art. 18.1 CE no ampara el derecho a la vida familiar si bien, como se ha indicado, reconoce una vinculación, hasta el punto de que no ha dado una definición nítida de lo que debe entenderse por intimidad familiar. Por ejemplo, la STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 5, consideró invasivo de la intimidad familiar la elaboración de un reportaje sobre el hogar y la familia de una persona que tenía relevancia pública. En dicho reportaje se contenía aspectos de la vida de esa persona en su esfera familiar (maridos anteriores, relaciones con sus hijos, hábitos familiares, etc.). Hay una afectación de la intimidad de esa persona en su ámbito familiar evidente. Por otra parte, también en el ámbito tributario se ha apreciado la vulneración del derecho a la intimidad, como ya se conoce, respecto de la obligación de los cónyuges de presentar una única y conjunta declaración del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, según la STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 9, cuando supone una obligada manifestación

46. *Vid.* Desarrollo de esta opinión doctrinal en Penélope OLIVA BOZA, «La relevancia Iusfundamental del derecho a la vida privada y familiar en España», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 40, 2024, pp. 213-262. Señala esta autora en la p. 239 que la interpretación que ha realizado del derecho a la vida familiar el TEDH sí parece alejarse de la concepción de intimidad familiar que maneja nuestra jurisprudencia constitucional. En la STC 236/2007 se definen los contenidos incluidos en el derecho a la intimidad familiar protegido por el art. 18.1 CE, evidenciando su alcance limitado en relación con la vida familiar prevista en el Convenio, que la jurisprudencia del TEDH ha ido desarrollando para dar un contenido muy amplio y altamente casuístico. Sirva como ejemplo el silencio o la paz medioambiental que en España es ajeno a la vida familiar.

47. Como señala Vila Viñas la vida familiar es el principal medio de estructuración afectiva de nuestras sociedades y también de previsión social supraindividual. *Vid.* David VILA VIÑAS, «El derecho a la vida familiar como derecho social. Afecciones de la crisis sobre los estilos de vida familiar y posibilidades de protección jurídica», CALVO GARCIA y BERNUZ BENEITEZ (eds.), *La eficiencia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 285-310. También destaca este autor las dificultades materiales para el respeto al derecho a una vida familiar como la vivienda adecuada, nivel de vida digno, las dificultades para contar con las condiciones suficientes para que todos los miembros de la familia puedan desarrollar su libre personalidad y no solamente responder a condiciones de mera supervivencia, etc. Por otra parte, la ausencia de suficientes recursos de previsión social somete a las familias al cumplimiento de múltiples obligaciones que finalmente, entre otros efectos, afectan a su intimidad y la intimidad de sus miembros.

de discordia familiar de forma pública (extramuros del ámbito familiar) lo que no es compatible con la intimidad familiar.

En el ámbito del derecho penal la protección del derecho a la intimidad, como derecho individual, se regula en el Titulo X del Libro II del código u desarrollo se encuentra fundamentalmente en los múltiples apartados del art. 197, considerándose su número 1 como tipo básico del delito de descubrimiento de secretos, hecho que se castiga con penas de la categoría de menos graves (prisión de 1 a 4 años y multa de 12 a 24 meses) que se imponen al que «…para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión o reproducción del sonido o de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación». Este precepto, como vemos, es un delito común que puede cometer cualquier persona al describirse su autor como «el que» y también es común la persona víctima al no requerir ningún elemento especial a tenor de la expresión «de otro». No podía ser de otro modo: el derecho penal protege la intimidad como derecho fundamental de carácter personal y se es titular del mismo *erga omnes*[48], incluso frente a los demás miembros de la pareja o de la familia (entendida en el sentido amplio). Así pues, se puede cometer un delito intrafamiliar contra la intimidad. Y no es infrecuente que en momentos de crisis de pareja se produzca hasta el punto de que se ha acuñado el término «espionaje familiar» casi siempre por motivos de celos o para averiguar si ha habido deslealtad. La cuestión será delimitar que es intimidad en el ámbito de las relaciones de pareja, pues habrá que determinar en cada caso aquello que es una expectativa «objetivamente

48. La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, promulgada en 1948, establece en su art. 5 el derecho de toda persona a ser protegida por la ley contra ataques abusivos a su honra, reputación y vida privada y familiar. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, establece en su art. 12 una protección amplia de la privacidad y la imagen personal. Este artículo prohíbe las interferencias arbitrarias en la vida privada, la familia, el hogar y la correspondencia, así como los ataques a la reputación y el honor. El Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales establece en su art. 6 una prohibición de acceso público a la sala de juicio cuando sea necesario para proteger la vida privada de las partes o los intereses de los menores. En el art. 8 se reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada, familiar, domicilio y correspondencia. Este convenio detalla los límites de este derecho, indicando que las autoridades públicas no pueden interferir, excepto cuando sea necesario según la ley en una sociedad democrática, por razones de seguridad nacional, salud pública, bienestar económico, prevención del crimen o protección de los derechos y libertades de otros.

razonable» de aislamiento, de soledad o de «pertenencia en exclusiva» o «con exclusión de la pareja» sobre una conversación, una comunicación, un hábito o una fuente de datos, porque ciertamente los miembros de la pareja comparten la privacidad no sólo en el dormitorio y en sus funciones más íntimas. Por ejemplo, no sería una invasión de la privacidad de un cónyuge abrir la puerta del dormitorio y encontrarse a la pareja en la cama con otra persona, pero si sería una invasión a la privacidad que uno de los cónyuges grabara en vídeo a su pareja sin su consentimiento en la cama, es decir, en conductas sexuales.

La cuestión de la identidad o diferencia entre la intimidad personal y la intimidad familiar ha sido tratada en diversas resoluciones judiciales. En la STS 649/2003, 20 de junio la esposa contrata a un detective porque sospechaba que su marido era infiel y se procede a interceptar su teléfono. La sentencia confirma su condena. El detective recurre ante el Tribunal Supremo alegando la falta de antijuridicidad de su conducta (la no invasión de la intimidad ajena) por entender que la esposa está legitimada para consentir esta intromisión en las comunicaciones telefónicas del marido por ampararlo la intimidad familiar, más incluso, que lo que se quería saber con las interceptaciones telefónicas era la «verdadera intimidad familiar» y «el comportamiento del marido en su seno», en consecuencia, debería bastar el consentimiento de la esposa para llevar a cabo este tipo de interceptación telefónica. A tal recurso se opone claramente el Ministerio Fiscal con la siguiente argumentación: resulta verdaderamente sorprendente esta nueva forma de intimidad planteada en el recurso, que parece ser una intimidad compartida y que precisamente por serlo uno de los miembros de la familia —de la pareja, en este caso—, puede entrar en la misma, en detrimento del otro miembro de la familia. Esta argumentación sobre una intimidad familiar puede llevar a determinar un bien jurídico «libertad sexual familiar» y un bien jurídico libertad sexual externo, de manera que lo que pudiera ser delito fuera del matrimonio no lo sería en el matrimonio, por esa perspectiva conjunta limitada de esa libertad sexual matrimonial expresada. Argumento que se rechaza con la afirmación de que tanto la libertad sexual como la intimidad son derechos fundamentales personales, negando que exista una pretendida colectivización de la intimidad —titular la propia familia— diferente de la existencia de una intimidad personal y una intimidad familiar[49].

49. La jurisprudencia a veces sí que discrimina entre la intimidad de la persona individual y la intimidad familiar, así la STC 173/2011 de 7 de noviembre afirma que los hechos ocurrieron en el ámbito familiar «lugar donde se proyecta la intimidad común y la particular de cada miembro como espacio reservado al conocimiento externo, pero donde cada uno de ellos cede a los otros espacios de intimidad por la propia naturaleza

Esta sentencia se remite a la STS Sala penal de 14 Feb. 2001, la cual afirma que esa invocada dimensión familiar de la intimidad no autoriza en modo alguno a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que, a toda persona otorga el art. 18 CE, tanto en el ámbito individual como en el familiar de su existencia. Recuerda esta sentencia que la intimidad es un derecho básico del ser humano que proscribe la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de contraer matrimonio, y que explícita y específicamente establece el secreto de las comunicaciones telefónicas como una de las manifestaciones más relevantes sin otras excepciones que las expresamente contempladas en el precepto[50]. Y sigue señalando el Tribunal que en el orden penal se manifiesta en el art. 197 CP donde el sujeto activo del tipo es, como se ha dicho, «el que» realice alguna de las acciones típicas, es decir, cualquiera persona, sin distinción y sin excepción; y donde el sujeto pasivo es «otro», quienquiera que sea este otro, sin exclusión alguna, siendo singularmente significativo que en el Código Penal vigente haya desaparecido incluso la dispensa penal que favorecía a padres o tutores respecto del descubrimiento de secretos de sus hijos o menores que se hallaren bajo su dependencia que figuraba como excepción en el art. 497 CP de 1973, todo lo cual evidencia, al entender de esta Sala, que ningún tipo de relación paterno-filial, matrimonial, contractual, ni de otra clase, ni las incidencias o vicisitudes que puedan surgir en su desarrollo, constituye excusa absolutoria o causa de justificación que exima de responsabilidad penal a quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona el bien jurídicamente protegido por la norma penal que, como sucede en el supuesto actual, no sólo afectaría al marido de la acusada, sino también a los interlocutores de este que habrían visto también quebrantada su intimidad, sus secretos y su derecho a la privacidad de sus comunicaciones telefónicas, captadas, interceptadas, grabadas y conservadas por el acusado.

---

de las relaciones que allí se proyectan, de modo que los datos sensibles de cada cual, de salud, económicos u otros, son normalmente compartidos en ese núcleo».

50. 1. Los derechos del art. 18 CE son «derechos personalísimos», «derechos de la personalidad», «derechos ligados a la persona». 2. Son derechos vinculados a la dignidad humana, con lo que los conecta con el art. 10 CE y con el conjunto de tratados internacionales sobre derechos y libertades fundamentales. 3. Estos derechos implican un «espacio», un «ámbito propio y reservado». 4. Precisamente, uno de los objetivos de estos derechos es proteger ese ámbito íntimo de las «injerencias de terceros», de «intromisiones extrañas». *Vid.* José MARTÍNEZ DE PISÓN, «El derecho a la intimidad: de la configuración inicial a los últimos desarrollos en la jurisprudencia constitucional», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 32, 2016, pp. 409-430 (p. 418).

Ahora bien, en este contexto de vida en pareja el descubrimiento de los secretos del otro —y también en su divulgación— es el titular quien determina lo que pertenece a su intimidad y ello se manifiesta con un consentimiento expreso o también un consentimiento tácito[51], como apreció la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 20.ª, 121/2019 de 7 de febrero, al señalar que el marido vio una conversación en el ordenador que compartía con su pareja y la propia denunciante recriminó su divulgación dos años después pero que se podía presumir que consintió en su descubrimiento. Absuelve del delito de descubrimiento del secreto por considerar que respecto al Messenger la esposa no había establecido medidas de seguridad y exclusión de acceso a terceros, lo que hacía suponer que no existía propósito de excluir de su lectura a su pareja (consentimiento tácito para el acceso). Por otra parte, también se considera que es relevante el conocimiento previo (de hechos, datos, hábitos, etc.) compartido por la vida en pareja, como se refleja en múltiples resoluciones. Por ejemplo, en relación a la intimidad informática —art. 197.2.º CP— la STS 961/2016 de 20 de diciembre— que contempla la libertad informática entendida como derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en fichero de datos y califica como dimensión pasiva de la intimidad— absuelve a un policía que trasmitió información a la ex esposa denunciante porque ésta «estaba al tanto de las intimidades relacionadas con la vida en común que hacía con el denunciado, y era ya de por sí conocedora de la intimidad personal y familiar». El Auto de AP Madrid, sección 29, 34/2021 de 21 de enero absuelve por delito del art. 197.1.º a la mujer que aporta en el juzgado de familia las sentencias previas y medidas paternofiliales de su expareja con otras parejas anteriores y entiende que tales documentos estaban en la casa y en el ordenador común de la pareja y que el marido había introducido tales documentos libremente, dejando la información disponible para la esposa en el ordenador de uso común y sin medidas de protección y aseguramiento, por el que se entiende que no hay secreto que proteger. Por la misma razón, se absuelve a la esposa que aporta a un procedimiento civil datos relativos a la salud mental de su marido, en el Auto de la AP Murcia, sección 3, 510/2020, de 1 de junio, sobre la base de que la documental médica que se aporta era una situación perfectamente conocida con anterioridad por ella, por lo que no había ya nada íntimo que proteger.

51. *Vid.* Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, «El derecho a la intimidad, revisitado», *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 20, 2024, pp. 76-105. Este autor revisa los conceptos de privacidad como intimidad y la privacidad como autonomía; el ámbito protegido y el papel de la voluntad y la conducta de su titular.

El derecho a la intimidad tiene un núcleo esencial relativo a datos privados que son la salud, ideología, vida sexual, creencias, etc. Pero también pueden considerarse datos privados los datos económicos, por supuesto respecto a la administración pública[52], pero también respecto a la pareja. Siendo datos de carácter reservado el acceso a los mismos puede o no ser delito contra la intimidad dependiendo de las circunstancias de ese acceso, sustancialmente si se puede considerar que hubo un consentimiento expreso o tácito o si carecen de valor para el bien jurídico de la intimidad[53].

Por el contrario, habrá delito contra la intimidad en el llamado espionaje familiar: un acceso no consentido (ni expresa ni tácitamente) a datos, conversaciones o mensajes por escrito o por medio de las tecnologías digitales. Como señala Legatoday[54] tras una consulta realizada a más de 2.700 seguidores a través del perfil de Twitter de Legálitas en 2022, el 73% nunca ha espiado ni espiaría el móvil a su pareja, el 16% lo ha hecho o tiene ganas de hacerlo y el 11% restante no lo hecho, pero tiene ganas. Así pues, es preciso recordar que espiar el móvil de su pareja, revisar las conversaciones de WhatsApp, leer los emails o entrar en las redes sociales de tu pareja, aunque sea un hecho puntual, no es legal. En este sentido, no hay diferencias entre espiar emails o mensajes telefónicos y apoderarse físicamente de una carta del buzón o instalar una cámara oculta y grabar a otro en la intimidad. Así,

52. Ya la STC 110/1984 argumentaba sobre la incidencia de los datos económicos en el derecho a la intimidad y sus eventuales limitaciones por la necesidad de garantizar otros bienes constitucionalmente protegidos; entre ellos, el que reconoce el art. 31 CE (la obligación de todos de contribuir al sostenimiento del gasto público). Sin abandonar el ámbito tributario, la STC 233/2005, de 26 de septiembre, trata la denominada faceta económica de la intimidad, concretamente sobre los movimientos de una cuenta corriente solicitados por la Administración en el ámbito de una inspección tributaria. El recurso se desestimó, al apreciar la concurrencia de una finalidad constitucionalmente legítima en la obtención de ese dato.

53. La AP Badajoz, sección 3, en el Auto 387/2019 de 7 de noviembre no considera que exista un delito de descubrimiento y revelación de secretos por la acción del ex marido de apoderarse de facturas de luz y de gas de la vivienda que fue de uso común y en ese momento de uso atribuido a la esposa, con el fin de aportarlas a un proceso de modificación de medidas paternofiliales y señala el tribunal que todos los datos eran conocidos por el marido excepto la lectura del consumo de luz o gas y eso no tiene relevancia desde la intimidad. En la STS 803/2017 de 11 de diciembre se confirma la absolución del exmarido autor de un previsto delito contra la libertad informática, art. 197.2.º, que era funcionario del catastro y fotocopio un expediente de su exmujer sobre su patrimonio y valor y lo presentó en el juzgado donde se sustanciaba el divorcio pues «los datos económicos nucleares del patrimonio inmobiliario de su excónyuge ya los conocía».

54. Ver https://www.legaltoday.com/actualidad-juridica/noticias-de-derecho/espiar-el-movil-de-tu-pareja-podria-castigarse-con-hasta-cuatro-anos-de-prision-2022-02-14/

por ejemplo, en la STS 237/2007, 21 de marzo, se condena al marido que instaló un dispositivo para controlar los accesos de Internet de su mujer descubriendo que era usuaria frecuente de páginas webs de contacto y procedió a leer las conversaciones que claramente pertenecían a la intimidad de su esposa. También el Auto del TS sala penal 868/2021 de 9 de septiembre confirma condena por delito de espionaje a la pareja realizado por él a través de un programa espía en su teléfono móvil, que permitía geolocalización, tomar fotos y grabar conversaciones.

También será delictiva la divulgación de datos o imágenes de contenido sexual de la otra persona de la pareja, pues es de común conocimiento que la sexualidad pertenece a la esfera de la intimidad y está protegida por la ley de la invasión de terceros no autorizados, incluida la pareja o expareja[55]. En este sentido es esclarecedora la sentencia TS 70/2020, de 24 febrero que afirma que la experiencia enseña la existencia de amantes despechados que se vengan de su pareja —revenge porn— mediante la difusión de imágenes que nunca fueron concebidas para su visión por terceros ajenos a esa relación, máxime si su difusión se produce en la web o una red social, con el incremento del daño que causa a la víctima. El Tribunal Supremo señala que el art. 197.7 CP alude a contenidos cuya divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal. La esfera sexual es, desde luego, una de las manifestaciones de lo que se ha denominado el núcleo duro de la intimidad, pero no es la única. Según la citada STS el vocablo difundir ha de entenderse como sinónimo de extender, propagar o divulgar a una pluralidad de personas y que las expresiones revelar o ceder son perfectamente compatibles con una entrega restringida a una única persona. El requisito de la difusión quedó cumplido cuando, sin autorización de la afectada, se inició la cadena de difusión, siendo indiferente que la imagen sea remitida a una o más personas. Resulta contrario a las reglas de la lógica y a la intención del legislador, la exigencia de una difusión masiva en redes sociales de uso generalizado o la difusión simultánea a más de una persona por parte del receptor de las imágenes[56].

55. La SAP Albacete, sección 2, 38/2022 de 28 de enero, condena al hombre que exhibe 2 fotografías de contenido sexual de su expareja sin su consentimiento a sus familiares —del hombre— y también rechaza la concurrencia de error de prohibición. En este caso el tribunal señala que la difusión de fotos de contenido sexual es de común conocimiento que no se pueden divulgar.

56. *Vid.* Ana L. CUERVO GARCÍA y Jorge GRACIA, «Sé lo que has estado haciendo: un análisis criminológico y legal de las tics aplicadas a algunas formas de violencia relacional sextorsión y porn revenge», *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el código penal (2010-2020)*, Bosch, 2020, pp. 415-435.

Para finalizar, se considera que la lesión a la intimidad por parte de la pareja es un hecho más injusto —más grave— y ello se manifiesta en la aplicación del tipo cualificado previsto en el último párrafo del art. 197.7.º CP, que no es una cualificación por razón de género, y establece que en los supuestos de los párrafos anteriores, la pena se impondrá en su mitad superior cuando «los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia» e igualmente si la víctima es menor de edad, persona discapacitada necesitada de especial protección o si los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa. A pesar de que en los textos internacionales y en recientes modificaciones legislativas en España se recoge como modalidad de violencia de género los ataques contra la intimidad de la mujer[57] el legislador español ha preferido establecer la cualificación en base a ser violencia íntima de pareja (Intimate Partner Violence) con independencia del sexo y género de sus miembros. Por otra parte, la fórmula legal no es coincidente con la agravación mixta de parentesco del art. 23 del Código penal por lo que, de no ser posible la aplicación de este tipo cualificado, cabe aplicar el correspondiente delito contra la intimidad con la circunstancia agravante de parentesco. En orden a su distinción es clarificadora la sentencia del Pleno de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, dictada en interés casacional, STS 390/2023 de 24 mayo, que establece criterios de diferenciación de la agravación de parentesco con persona ligada por análoga relación de afectividad al matrimonio y las relaciones de noviazgo.

III. REFLEXIONES FINALES

El Derecho penal considera a la familia como una institución con valor social que merece y puede estar necesitada de su intervención sobre las siguientes premisas: primera premisa: el derecho penal protege relaciones familiares, protege derechos y deberes familiares, por su valor individual y social (en cuanto la familia es una institución de interés social), lo que viene refrendado por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, del que se infiere que el derecho al respeto de la vida familiar implica que los

57. La Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de la ONU menciona la violencia psicológica y la invasión de la intimidad, que puede manifestarse a través de acoso, amenazas o el uso no consentido de información personal. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género ha evolucionado para incluir medidas que protegen a las mujeres de agresiones que ocurren a través de medios digitales, como el acoso en redes sociales, la difusión no consentida de imágenes íntimas y otras formas de violencia que afectan a la intimidad y la dignidad de las mujeres.

Estados miembros deben permitir y proteger el desarrollo de unos vínculos familiares normales —y específicamente respecto de los menores—. La relación familiar debe tener un carácter material y no formal, pudiendo estar basada en lazos naturales biológicos de consanguinidad (padres, abuelos, tíos, hermanos, etc.) y cualquier otra vinculación entre las personas que implique una relación afectiva, con vocación convivencial, de continuidad y de mutua ayuda. La familia es una estructura afectiva y emocional de donde surgen derechos y deberes. También es una estructura protectora lo que implica una relación socioeconómica con sus integrantes y con la estructura pública de bienestar social. Segunda premisa, el derecho penal no debería, por su carácter de última *ratio*, definir y delimitar el modelo de familia que genera relaciones familiares merecedoras de intervención penal, ni puede ser un instrumento de discriminación entre los diversos modelos de familia social y legislativamente aceptados. Tercera premisa, los cambios sociales y jurídicos respecto a los miembros que pueden formar parte de la unidad familiar puede ampliarse en el futuro a las mascotas o las personalidades robóticas y el derecho penal deberá asumir, en base a sus principios, su posible reconocimiento y consecuencias jurídicas; Cuarta premisa, la intervención penal conlleva consecuencias diferenciadas tanto en derecho sustantivo como procesal en razón de los derechos y deberes familiares que recaen sobre el autor o la víctima del delito, y cuya trascendencia en el orden penal se va adaptando a la normativa europea y a las valoraciones sociales, como por ejemplo, la creación de delitos de género para la protección de los derechos de las mujeres en las relaciones de pareja masculina o las limitaciones del ejercicio de la patria potestad para proteger a los menores.

Respecto a los derechos de los miembros de la familia, el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) establece un marco fundamental para la protección de la vida privada y familiar, así como del domicilio y la correspondencia. A través de su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), se ha evidenciado que la noción de «vida privada» es amplia y abarca aspectos esenciales de la identidad personal, incluyendo la integridad física y psicológica, así como el derecho a la protección de la imagen, entre otros. El reducto más privado de la persona es su intimidad, que se relaciona con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, y que se desenvuelveen las diversas relaciones familiares, en diversos contextos de vida familiar, la cual no se limita a relaciones matrimoniales, sino que incluye otras relaciones de pareja de hecho, por ejemplo, así como las relaciones que se establecen entre todos los integrantes de esta. En este sentido, la vida familiar debe entenderse con un enfoque inclusivo que abarque un amplio espectro de vínculos y de estructuras familiares.

El derecho penal protege la intimidad como derecho personal conforme establece el art. 18 de la Constitución. Esa intimidad se vincula a una vida privada que a su vez se relaciona con la vida familiar. No está reconocido un derecho de intimidad familiar cuyo titular sea un sujeto colectivo formado por todos los miembros de la familia. Sin embargo, hay relación entre estos tres elementos pues, por ejemplo, la intimidad de uno de los miembros de la pareja puede ser lesionada delictivamente por la otra persona mediante un acceso ilegítimo a sus secretos o a su divulgación, siendo un ejemplo actual colocar aplicaciones espía en su móvil u ordenador o tomar fotografías de carácter sexual sin su consentimiento. Al mismo tiempo, en un contexto de relación afectiva de pareja puede variar lo que es íntimo y pertenece a la persona o aquello que ha perdido tal condición por ser compartido —expresa o tácitamente— y ya es común a ambas personas. En un contexto de pareja la jurisprudencia penal proceder a analizar si se ha producido la lesión de este bien jurídico personal en base a la determinación del objeto jurídico (antijuridicidad material) y el consentimiento del titular del derecho a la intimidad para determinar la existencia o no de un delito previsto en los arts. 197 y ss. CP, pudiendo recaer el contenido de la intimidad en aspectos como la sexualidad, las relaciones personales, datos económicos, etc. En su caso, el Código penal prevé la agravación de la pena (en su mitad superior respecto al delito cometido) cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad aún sin convivencia.

El «nuevo» derecho de familia a la luz de los principios de igualdad y del interés superior del menor

The «new» family law in the light of the principles of equality and the best interests of the child

M.ª Ángeles Zurilla Cariñana
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INCIDENCIA DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD DE LA MUJER EN EL DERECHO DE FAMILIA. 1. *Los derechos de la mujer antes de la Constitución española*. 2. *Reformas del Código civil tras la Constitución española*. 3. *La pensión compensatoria como herramienta de igualdad de la mujer*. A. La pensión compensatoria en las parejas de hecho. 4. *Breve referencia a la sucesión en los títulos nobiliarios*. II. INFLUENCIA EN EL DERECHO DE FAMILIA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD DE LOS HIJOS Y DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. 1. *La igualdad de los hijos ante la ley*. 2. *El principio de protección del interés superior del menor*. 3. *El interés superior del menor en el Código civil*. IV. LAS IMPORTANTES REPERCUSIONES DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL DERECHO DE FAMILIA (LO 1/2004).

RESUMEN

El trabajo aborda la incidencia que en el actual Derecho de familia ha tenido el principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución española, que condujo a la progresiva equiparación de la mujer al hombre. También de los hijos, con independencia de su origen matrimonial, no matrimonial o adoptivo. Parte relevante de este estudio

es el análisis de otro principio que ha tenido gran trascendencia en el ámbito del Derecho de familia: el de interés superior del menor. Finalmente, resulta obligada la referencia al terrible problema de la violencia de género, que ha dado lugar a modificaciones legales de relieve en el ámbito familiar.

PALABRAS CLAVE: Familia. Igualdad. Mujer. Interés superior del menor.

ABSTRACT

The paper addresses the impact that the principle of equality enshrined in Article 14 of the Spanish Constitution has had on current family law, which led to the progressive equality of women with men. Also the equalization of children, regardless of their marital, non-marital or adoptive origin. An important part of this study is the analysis of another principle that has been of great importance in the field of family law: that of the best interests of the child. Finally, it is necessary to address the terrible problem of gender violence, which has given rise to significant legal modifications in the family environment.

KEYWORDS: Family. Equality. Woman. Best interests of the child.

I. INTRODUCCIÓN

Que el Derecho es una realidad viva y cambiante está fuera de toda duda. Por supuesto, también el Derecho civil, pero si hay una rama del mismo que ha experimentado cambios revolucionarios en los últimos años es el Derecho de familia, si bien hay que precisar que nuestro Código civil, siguiendo el modelo del Código de Napoleón, y a diferencia de lo que sucede en otros códigos de nuestro entorno (portugués, italiano o alemán) no regula de modo específico y unitario el Derecho de familia[1]. A dichos cambios, además

1. http://orcid.org/0000-0002-0695-4919. Este trabajo es parte del Proyecto I+D+I, dirigidos por la profesora María Victoria Cuartero y el profesor José Manuel Velasco, «El derecho a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica» PID2020-113061GB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033, del cual la autora es miembro del equipo investigador. Así la determinación del parentesco se regula en el Libro III, relativo a los diferentes modos de adquirir la propiedad. El matrimonio, la filiación y las instituciones protectoras relacionadas con la familia se regulan en el Libro I (De las personas), concretamente, en los Títulos IV a VII, IX y X. Por último, el régimen económico matrimonial y las donaciones por razón de matrimonio se ubican en el Título III del Libro IV, a

de las nuevas realidades y demandas sociales, contribuyeron los tratados internacionales protectores de los derechos humanos. Determinante fue el reconocimiento del derecho fundamental al respeto a la vida familiar en el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. También la imperiosa necesidad de adaptar nuestro sistema a las constituciones democráticas del siglo XX. Necesidad que se cubrió con la promulgación de nuestra Constitución en 1978 y las leyes, que inspiradas en sus principios, le sucedieron.

La consagración del principio de igualdad en el art. 14 de la Constitución española, prohibiendo cualquier discriminación por razón de nacimiento, sexo, raza, ideología, religión opinión o cualquier otra circunstancia personal o social, fue elemento básico para la eliminación de las desigualdades que subsistían en el Código civil y en otros textos legales, tanto respecto de las mujeres como de los hijos. El reinado de la igualdad fue esencial en los cambios en el que podríamos denominar nuevo Derecho de familia. Pero nuestra Constitución va más allá protegiendo el interés de la familia en relación con la protección del honor y la intimidad familiar (art. 18. 1 y 4); también en relación con la de los hijos menores y de las madres.

La consideración de los cónyuges como iguales en derechos y deberes, a raíz del principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución española, determinó que tras la ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código civil en materia de filiación, patria potestad, y régimen económico del matrimonio, se atribuyese de forma conjunta la patria potestad a marido y mujer, también la administración y disposición de los bienes gananciales. Ese precepto constitucional fue determinante de otras importantes modificaciones legales, por ejemplo, en materia de orden de apellidos de los hijos, nacionalidad de la mujer casada, vecindad civil, a las que después me referiré.

De especial relieve en materia de filiación fueron el reconocimiento constitucional de la igualdad de los hijos, con independencia de su origen (también en el art. 14), y las reformas operadas tras el mismo en el Código civil, mediante la ya mencionada Ley de 13 de mayo de 1981. Desaparecía así el discriminatorio, e incluso vergonzante, tratamiento legal de los hijos en función de su carácter matrimonial o extramatrimonial, lo cual tuvo

---

continuación de las obligaciones y contratos en general, y antes de los títulos relativos a los contratos en particular. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La familia y el Derecho de familia» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.). *Derecho de familia,* Madrid, Bercal 2023, p. 19.

importantes consecuencias en el ámbito familiar y sucesorio. Se permitió también por el propio texto constitucional (art. 39) la investigación de la paternidad, tabú hasta entonces.

El sacrosanto principio de protección del interés superior del menor, ya consagrado por importantes normas internacionales, vino a inspirar también numerosas disposiciones legales. De gran importancia la LO 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento civil. Esta Ley supuso la consecución plena de los objetivos de la Ley 11/1981, en lo relativo al respeto máximo a la personalidad del hijo, y acentuar la intervención y vigilancia del juez en interés del mismo, sentando unos principios en cuanto al *status quo* del menor, que fueron determinantes en la interpretación del régimen jurídico de la patria potestad. Estos se consolidaron con la Ley 15/2015, de Jurisdicción voluntaria, y la Ley 26/2015, de protección a la infancia y adolescencia, que amplían el derecho de los hijos a relacionarse con los parientes, especialmente con los hermanos[2].

No obstante, la protección del interés personal, propia del Derecho de familia, no está reñida con la existencia de normas imperativas, a veces relacionadas con cuestiones de interés público. Por ello es frecuente la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de familia. El predominio de las normas imperativas supone la reducción de la autonomía privada, que se ve limitada por las normas jurídicas aplicables al caso. Ello determina la irrelevancia de la voluntad en el nacimiento de algunas relaciones jurídicas de familia.[3]

El presente trabajo realiza un estudio del cambio experimentado en el Derecho de familia como consecuencia del avance en la igualdad de derechos de las mujeres y de los hijos. También de la aplicación del principio del interés superior del menor, y de la plasmación legal de las importantes consecuencias civiles de la violencia de género en el ámbito familiar. Cambios revolucionarios en algunos casos, que hasta hace relativamente pocos años resultaban impensables. Para ello se irán desgranando las más relevantes disposiciones legales que han contribuido a la nueva configuración de aquel en la que, sin duda, ha tenido también un papel relevante la protección de la vida familiar, considerada como un derecho fundamental.

2. María ROVIRA SUEIRO, «La patria potestad» en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.) *Derecho de Familia,* Bercal, Madrid, 2023, pp. 257-258.
3. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La familia…», *op. cit*., p. 21.

II. LA INCIDENCIA DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA IGUALDAD DE LA MUJER EN EL DERECHO DE FAMILIA

Desde la publicación del Código civil español en 1889 hasta la actualidad la situación jurídica de la mujer (especialmente, la casada) ha variado enormemente. Los profundos cambios económicos y sociales han determinado que se haya dado un paso de gigante desde su tratamiento como *imbecilitas sexus* hasta la igualdad con el hombre.

La progresiva incorporación de la mujer al mundo laboral y la modificación de roles en la familia y la sociedad en general, han sido, sin duda alguna, determinantes de estos profundos cambios. No obstante, todavía queda camino por recorrer. Los datos estadísticos ponen de manifiesto que los permisos de maternidad, por ejemplo, siguen siendo disfrutados mayoritariamente por las mujeres (aunque los hombres poco a poco van incrementando el uso de esta medida, que además se va alargando en el tiempo).

La principal razón de la inactividad y no búsqueda de empleo de la mujer ha sido históricamente que sobre ella ha recaído el desarrollo de las labores domésticas (45,9 % frente a un 14,9% de hombres). También las mujeres han sido tradicionalmente las que han desarrollado la importante labor de cuidado de personas enfermas, discapacitadas o mayores. El 96,5% de esas atenciones están a cargo de mujeres, mientras que sólo el 3,5% de hombres desempeña esta tarea. En las páginas siguientes analizaremos los hitos legislativos de mayor relieve, que en el ámbito del Derecho civil, han ido marcando el camino hacia la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, incidiendo de modo relevante en la nueva configuración del Derecho de familia, y marcando el camino hacia los nuevos modelos de esta. Dado que la Constitución española fue decisiva en el camino hacia la igualdad de trato, diferenciaremos en el análisis la situación jurídica de la mujer antes y después de ella.

1. LOS DERECHOS DE LA MUJER ANTES DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La igualdad de la mujer distaba de ser una realidad en el ámbito jurídico-privado, en la etapa preconstitucional. No obstante, poco a poco, se fueron produciendo modificaciones legislativas, que, incidiendo sobre preceptos concretos del Código civil, dieron pasos importantes en el camino hacia la igualdad. Nos referiremos a los más relevantes.

La ley de 20 de diciembre de 1952 modificó el art. 321 del Código civil. Este art. establecía que la hija de familia mayor de edad, pero menor de 25 años, no podía dejar la casa paterna sin licencia del padre o madre en compañía de los que vive, salvo «para tomar estado» o salvo cuando el padre o madre hubieren contraído ulteriores bodas. Numerosas voces se alzaron ya en aquel tiempo en contra de este art., que, tras la reforma de 1952, amplió la redacción del art. 321, de acuerdo con la cual la mujer mayor de edad y menor de 25 años podía abandonar la casa paterna para contraer matrimonio, ingresar en algún instituto aprobado por la iglesia, cuando el padre o la madre contrajeran ulteriores nupcias, *o concurriera cualquier otra causa que justificase la separación.*

La ley de 24 de abril de 1958 introdujo reformas de importancia en el Código civil. Una de sus finalidades básicas fue ampliar la capacidad de obrar de la mujer casada. En ella se le dio participación en el gobierno y administración de los bienes gananciales (art. 1413 del Código civil).

Se derogó el art. 105.1 Código civil, que establecía como causa de separación el adulterio de la mujer en todo caso, y el del marido cuando resulte escándalo público o menosprecio de la mujer. Permaneció, sin embargo, vigente el art. 105.3 del Código civil donde se recogía como otra causa de separación: «la violencia ejercida por el marido sobre la mujer para obligarla a cambiar de religión».

La ley de 22 de julio de 1972 volvió otra vez sobre el tema de la hija mayor de edad y menor de 25 años: esta ley suprimió definitivamente el art. 321 del Código civil.

La ley de 2 de mayo de 1975 supuso un paso de gigante en el camino hacia la igualdad de la mujer. Esta ley estableció por primera vez en Derecho de Familia el principio de igualdad jurídica de los cónyuges. En ella se preserva la igualdad e independencia de la mujer casada y se hacen desaparecer alguna de las más llamativas limitaciones que todavía subsistían en su capacidad de obrar. De acuerdo con su Exposición de Motivos «*las profundas modificaciones experimentadas por la sociedad hacen aconsejable una revisión del derecho de familia…importa reconocer a la mujer un ámbito de libertad y de capacidad en el orden jurídico, que es consustancial con la dignidad de la persona*». Las modificaciones de mayor relieve que introdujo esta la ley son las siguientes:

1. El matrimonio por sí solo no incide en la adquisición, pérdida o recuperación de la nacionalidad española. Con anterioridad, la mujer al contraer matrimonio adquiere la nacionalidad del marido y si el

marido cambiaba de nacionalidad, la mujer había de seguir necesariamente esta nacionalidad, si no estaba judicialmente separada.

2. Los cónyuges fijarán de común acuerdo la residencia familiar (art. 58 del Código civil), privilegio que siempre perteneció al marido.

3. Desaparece la fórmula discriminatoria de la protección como atributo del marido y la obediencia como obligación de la mujer (art. 57 del Código civil). A partir de ese momento la protección es recíproca y los cónyuges están obligados a actuar siempre en interés de la familia. Por otra parte, los honores de cada consorte se gozan recíprocamente (art. 64 del Código civil), mientras que antes de la reforma la mujer «no tenía honores» y disfrutaba de los de su esposo.

4. El matrimonio no limita la capacidad de obrar de los cónyuges (art. 62 del Código civil). De acuerdo con ello desaparece la representación legal que el marido ostentaba sobre la mujer (art. 63 del Código civil).

5. Desaparece la licencia marital, que sometió durante siglos a la mujer al marido, aunque se mantiene el régimen de los consentimientos en materia de régimen económico matrimonial. La mujer no necesita licencia del marido para ser albacea, para la aceptación y repudiación de la herencia o para solicitar la partición de la herencia. Tampoco para sacarse el carnet de conducir o disponer de dinero en el banco.

6. La mujer casada deja de ser asimilada a los menores y enfermos mentales en orden a la prestación del consentimiento en los contratos (art. 1263.3.º del Código civil) y se ve libre definitivamente de tal vejación.

7. En materia de capitulaciones matrimoniales se establece tras la reforma de 1975, la posibilidad de otorgarlas antes o después de celebrar el matrimonio.

8. Cualquiera de los cónyuges separado por sentencia firme, puede reclamar la separación de bienes (art. 1433 del Código civil).

2. REFORMAS DEL CÓDIGO CIVIL TRAS LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La ley de 2 de mayo de 1975, a pesar de su extraordinaria importancia para los derechos de la mujer, dejó pendientes muchas cuestiones de relieve:

aspectos personales del matrimonio, regulación de los gananciales, todo el derecho de filiación, patria potestad y tutela. Hubo que esperar a la entrada en vigor de la Constitución española para que estas reformas vieran la luz.

En el ámbito penal fue de gran relieve la *Ley de 26 de mayo de 1978, que despenaliza el adulterio y amancebamiento* y elimina el impedimento de adulterio para contraer matrimonio civil y el adulterio con la mujer del testador como causa de indignidad para suceder, recogida en el art. 756 del Código civil. No obstante, se reconocía todavía como causa de desheredación el haber cometido adulterio con la mujer del testador, recogida en el art. 852 del Código civil. Causa suprimida por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, de reforma del Código civil, con base en el principio de no discriminación por razón de sexo, a la que me referiré después.

Las Leyes de 13 de mayo de 1981 y 7 de julio del mismo año recogieron importantísimas reformas en el ámbito de la filiación, patria potestad, régimen económico matrimonial, la primera, y disolución matrimonial, la segunda.

La patria potestad se regula bajo el principio básico de que es un poder que ha de ser ejercido conjuntamente por los dos progenitores —art. 154 del Código civil— (antes de la reforma de 13 de mayo, correspondía al padre, sólo en caso de muerte o incapacidad del padre, a la madre). La Ley 11/1981, de 13 de mayo, supuso un avance en la concepción de poder que venía siendo inherente a la patria potestad. Esta pasa a ejercerse sobre la premisa del respeto a la personalidad del hijo, y de potenciar la intervención y vigilancia judicial en interés de este. Estos últimos objetivos no se consiguieron plenamente hasta la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Solamente los hijos menores están sometidos a la patria potestad de los padres (art. 154 del Código civil). Tras la Ley 8/2021, de reforma de la legislación civil y procesal para la protección de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha sido suprimido el art. 171 del Código civil, que permitía la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada para los supuestos de los hijos mayores de edad incapacitados judicialmente[4].

4. María ROVIRA SUEIRO, «La supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada por la Ley 8/2021» en Litulia IVONE, Antonio GÁLVEZ CRIADO y Marcos LÓPEZ SUÁREZ (coords.), *Nuevos escenarios del Derecho de familia en España e Italia. Novedades legales y jurisprudenciales.* Atelier, Barcelona, 2023, p. 74. Coincido con esta autora en que, sin cuestionar la buena intención de la reforma, sería bueno plantearse recobrar la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, con flexibilidad en su

– La reforma de los *regímenes económicos del matrimonio* tiene como novedad la introducción del régimen de participación en las ganancias, híbrido de la sociedad de gananciales y de la separación de bienes (arts. 1411-1434 del Código civil). Sin embargo, su mayor trascendencia radicó en atribuir a la mujer la gestión y disposición conjunta de los bienes en el régimen económico-matrimonial de sociedad de gananciales.

– Se introdujo la regulación del *divorcio* (arts. 85-89 del Código civil). Supuso un hito considerado revolucionario en aquellos momentos, pero que la realidad social demandaba y resultaba imprescindible para equiparar nuestra legislación a la de los países de nuestro entorno.

Hay que resaltar dos preceptos del Código civil en cuyo supuesto de hecho queda consagrada la igualdad de los cónyuges:

El art. 66 del Código civil, que establece expresamente que el marido y la mujer son iguales en derechos y deberes (tras la reforma de julio de 2005, el precepto habla de cónyuges, dado que tras ella se permite el matrimonio entre personas del mismo sexo).

El art. 1328 del Código civil, por su parte, declara la nulidad de cualquier estipulación que sea contraria a las leyes, las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.

La Ley de 13 de julio de 1982 dio una nueva regulación al tema de la nacionalidad, avanzando un paso más a favor de la igualdad. En ella se permite que la nacionalidad por origen o por filiación se adquiera indistintamente, tanto si el español es el padre como si es la madre (art. 17.1 a) Código civil), a diferencia de lo que sucedía con anterioridad a la reforma.

La Ley 11 de 1990, de 15 de octubre vino a suprimir ciertos vestigios que quedaban en el Código civil en materia de discriminación por razón de sexo. Su Exposición de Motivos pone el acento en perfeccionar el desarrollo normativo del principio constitucional de la igualdad. Una de las modificaciones de mayor relieve de esta ley consistió en establecer que el

configuración y con respeto a las medidas voluntarias, que, en su caso hubiera podido aprobar el hijo, y con las medidas de protección que se estimen oportunas. Los padres son los más interesados en el bienestar y felicidad de los hijos. Podrán existir excepciones, por supuesto, pero cuestionar su labor resulta contrario a la realidad y entrega que prestan a sus hijos, máxime en los casos en que estos por circunstancias físicas o psíquicas estén necesitados de especial protección.

matrimonio no altera la vecindad civil. En el Estado español junto con los territorios de Derecho civil común, en los que rige el Código civil, coexisten los que tienen un Derecho civil propio (Cataluña, Aragón, País vasco, Baleares, Galicia, y Navarra). En esos territorios la aplicación del Código civil es de carácter supletorio. La vecindad civil determina la aplicación del Código civil —en territorios de Derecho común— o del Derecho civil foral —en las Comunidades mencionadas—. Antes de la Ley de octubre de 1990, la mujer casada seguía la vecindad civil del marido, perdiendo la que tuviese con anterioridad, y los hijos no emancipados la de su padre—. Tras la reforma, el matrimonio no altera la vecindad civil. En consecuencia, la disposición transitoria establece que la mujer casada que hubiera perdido su vecindad civil por seguir la condición del marido, podrá recuperarla declarándolo así ante el Registro Civil a partir de un año desde la publicación de esta ley.

Otro paso adelante lo dio la *Ley de 5 de noviembre de 1999 sobre nombre y apellidos y orden de los mismos.*

De acuerdo con el art. 109 Código civil la filiación determina los apellidos (siendo el orden normal, primero el del padre y después el de la madre), pero tras la reforma de 1999 se permite que el hijo, al alcanzar la mayoría de edad, pueda solicitar que se altere el orden de los apellidos, permite el cambio por ley y por voluntad de los interesados. Por ley caben tres motivos: por alteración de la filiación, por razón de la patria potestad y por adquisición de la nacionalidad española. Esta decisión tomada respecto del primer hijo habrá de valer para los hijos futuros de igual vínculo. La ley contempla en una disposición transitoria que si existieran hijos menores en el momento de entrada en vigor de la ley, la alteración de los apellidos se subordina a su audiencia, si tuvieran suficiente juicio. En caso de violencia de género la Ley del Registro Civil contiene precisiones específicas en este sentido, dirigidas a agilizar el procedimiento, a las que aludiré en el epígrafe siguiente.

La Ley de Registro Civil de 21 de julio de 2011, introduce también una reforma relevante en materia de orden de los apellidos. Su entrada en vigor estaba prevista para el 2014, pero la suspensión la misma se prorrogó finalmente hasta 2021. Tras numerosos aplazamientos a 2018 y 2020, la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, dispuso que su entrada en vigor tuviese lugar el 30 de abril de 2021. La ley introduce novedades materia de igualdad, que vienen a equiparar la situación de la mujer al hombre, al dar primacía al acuerdo de los progenitores en relación con el orden de transmisión de su primer apellido a sus hijos (art. 49). Su

decisión deberá ser comunicada al Encargado del Registro Civil antes de la inscripción registral. En caso de no haber acuerdo, éste requerirá a los padres para que se pongan de acuerdo en un plazo máximo de tres días y le comuniquen su decisión. Transcurrido dicho plazo sin que la comunicación se produzca será el Encargado el que acordará el orden de los apellidos.

La ley de 8 de julio de 2005 dio una nueva redacción al art. 68 del Código civil, ubicado en el Libro I, concretamente en el Capítulo V, bajo la rúbrica «*De los derechos y deberes de los cónyuges*», que merece una reflexión. Incorpora al mismo, con carácter imperativo, el deber de ambos cónyuges de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de los ascendientes, descendientes, y otras personas dependientes de la familia. El deber, lógicamente, se impone constante matrimonio.

La sucesiva ampliación de responsabilidades laborales de la mujer y su incorporación a la vida pública no se ha visto correspondida con cambios significativos en la esfera privada. La asunción de las tareas y responsabilidades del hogar condiciona de modo indudable las posibilidades de promoción de las mujeres en el mercado de trabajo. De ahí que las mujeres jóvenes den prioridad a su formación y consolidación en el mundo laboral, retrasando la formación de un núcleo familiar, también la maternidad. En los últimos años las políticas públicas se esfuerzan por poner en marcha recursos y fórmulas que permitan conciliar la vida familiar y laboral (mejoras en los permisos de maternidad y lactancia; prohibición de despido durante embarazo y permiso de maternidad; posibilidad de que este pueda ser disfrutado también por el marido cuando ambos trabajan).

El art. 68 del Código civil plantea una cuestión de interés: la relativa a su eficacia jurídica. Aunque resulte desalentador, vaya por delante que es escasa. No estamos ante una obligación de carácter patrimonial, al igual que los demás deberes que impone el art. 68 del Código civil. La jurisprudencia reitera que no es aplicable la excepción de incumplimiento de contrato, que se ciñe a las relaciones contractuales de carácter patrimonial, pero no es aplicable a las obligaciones pertenecientes a la órbita jurídico familiar. Estamos ante un deber jurídico personal que corresponde a los dos cónyuges por igual pero que, por su contenido moral, ético, es ineficaz desde el punto de vista jurídico. Su incumplimiento tampoco puede esgrimirse como causa para pedir la separación o el divorcio. Curiosamente, antes de la ley que introduce este apartado en el art. 68 del Código civil, el incumplimiento del deber de compartir las responsabilidades domésticas sí hubiera sido causa suficiente para solicitar la separación de los cónyuges. Sin embargo, preci-

samente la ley que lo introduce en julio de 2005 deja vacíos de contenido, tanto el art. 82 del Código civil, relativo a las causas de separación, como el 86 del mismo cuerpo legal, relativo a las causas de divorcio. No obstante, ya antes de la ley 15/2005, un sector de la doctrina venía sosteniendo que el incumplimiento de los deberes de los arts. 67 y 68 puede dar lugar a indemnización de daños y perjuicios, derivadas del art. 1101 del Código civil, e, incluso, del art. 1902 del Código civil. Este precepto regula la denominada responsabilidad extracontractual o aquiliana. De acuerdo con él: «El que por acción u omisión causa daño a otro interviniendo culpa o negligencia está obligado a indemnizar el daño causado». Indemnización que comprende los daños tanto materiales como morales.

La jurisprudencia no se ha pronunciado sobre los efectos del incumplimiento de este deber de contribuir a las tareas domésticas. Sí lo ha hecho en cuanto al deber de fidelidad, señalando que no origina indemnización económica por daños morales. Descarta también el Tribunal Supremo la aplicación del art. 1101 Código civil (STS de 30 de julio de 1999) en este supuesto. Se fundamenta en la consideración de ser el matrimonio un negocio jurídico de derecho de familia y no responder por igual a una relación jurídica de contenido patrimonial. La misma idea cabe aplicar al incumplimiento del deber de compartir las tareas del hogar. Descartada la aplicación del art. 1101 del Código civil se ha planteado también la posibilidad de aplicación a estos supuestos del art. 1902 del mismo, según se ha dicho. Se rechaza mayoritariamente por la doctrina esta posibilidad por entender que los cónyuges tienen un régimen de derechos, deberes y responsabilidades totalmente específico, que quedaría totalmente desnaturalizado si se introducen responsabilidades de tipo aquiliano.

Por tanto, el recientemente incorporado deber de compartir las responsabilidades domésticas parece que quedará en una declaración de buenas intenciones o, en definitiva, en una *lex imperfecta,* desprovista de sanción. Su cumplimiento queda fuera de todo control jurisdiccional y su eficacia supeditada a la voluntad y a la más íntima conciencia de los cónyuges. No obstante, el del deber de participar de las tareas domésticas tiene su reflejo en el supuesto de separación de bienes. Para tal caso el art. 1438 del Código civil tiene en consideración el trabajo para la casa. Dicho trabajo se considera como contribución a las cargas y dará derecho a una indemnización que el juez fijará a la extinción del régimen de separación de bienes.

Cabe resaltar que en las parejas jóvenes se aprecia un cambio de actitud y una mayor participación del hombre en las tareas domésticas. Su

corresponsabilidad no sólo en ellas, sino también en el cuidado de los hijos, es cada vez mayor. Precisamente la corresponsabilidad parental ha determinado que el legislador de julio de 2005 facilite el camino hacia la llamada *guarda o custodia compartida* de los hijos, cada vez más frecuente en los casos de separación o divorcio[5]. El art. 92 del Código civil, tras la redacción dada por la ley de 8 de julio de 2005 hace referencia expresa a la guarda o custodia compartida como sistema de ejercicio de la patria potestad en el caso de crisis familiar, figura muy demandada por las asociaciones de padres separados y divorciados. Este sistema sólo puede establecerse por el juez cuando haya acuerdo de los padres. De no existir este acuerdo la custodia compartida sólo se admite excepcionalmente en interés del menor.

La situación hoy en día se va aproximando cada vez más a la existente en países vecinos como Italia o Francia, en que la custodia compartida es el régimen normal de ejercicio de la patria potestad en las crisis familiares[6]. Se fundamenta en el reconocimiento del derecho fundamental de los hijos a convivir con ambos progenitores.

Interesa observar, finalmente, que el incumplimiento grave y reiterado de los arts. 67 y 68 puede ser causa de desheredación (art. 855.1.º del Código civil).

Finalmente, para culminar la enumeración de leyes que han venido eliminando discriminaciones para la mujer, resulta precisa la referencia a la reciente *Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática,* que ha introducido una reforma importante en materia de nacionalidad, erradicando desigualdades, que si bien ya no persisten en la redacción actual del Código Civil, sí afectaron a un importante número de mujeres, y son fruto de su redacción anterior a la Constitución. Antes de esta la mujer casada con un extranjero adquiría la nacionalidad del marido perdiendo la española. Lo mismo sucedía con la vecindad civil, como ya se ha visto. La Disposición adicional octava de la Ley 20/2022, que transcribo por su interés, establece que podrán adquirir la nacionalidad española:

---

5. Sobre esta cuestión resulta de interés mi monografía, M.ª Ángeles ZURILLA CARIÑANA, *Las disputas judiciales en torno a los hijos (una constante en las crisis matrimoniales),* Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2010.
6. En cualquier caso el estudio de la figura de la guarda y custodia compartida se considera imprescindible, pues constituye en gran medida el nexo causante de la creación de figuras en el ámbito de Derecho de Familia hasta ahora inexistentes. M.ª del Pilar VILELLA LLOP, *Hacia un nuevo modelo de Derecho de Familia. Análisis de las figuras y herramientas emergentes,* Dykinson, Madrid, 2021, p. 138.

1. Los nacidos fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles, y que, como consecuencia de haber sufrido exilio por razones políticas, ideológicas o de creencia o de orientación e identidad sexual, hubieran perdido o renunciado a la nacionalidad española, podrán optar a la nacionalidad española, a los efectos del art. 20 del Código civil. Igualmente, podrán adquirir la nacionalidad española las personas que se encuentren en los siguientes supuestos: *a) Los hijos e hijas nacidos en el exterior de mujeres españolas que perdieron su nacionalidad por casarse con extranjeros antes de la entrada en vigor de la Constitución de 1978;* b) Los hijos e hijas mayores de edad de aquellos españoles a quienes les fue reconocida su nacionalidad de origen en virtud del derecho de opción de acuerdo a lo dispuesto en la presente ley o en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre.
2. En todos los supuestos, esta declaración deberá formalizarse en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la presente ley. Al terminar este plazo, el Consejo de Ministros podrá acordar su prórroga por un año[7].

3. LA PENSIÓN COMPENSATORIA COMO HERRAMIENTA DE IGUALDAD DE LA MUJER

La establece el art. 97 del Código civil[8] a favor del cónyuge a quien la separación o divorcio produzca una situación de desequilibrio económico, en

7. La Instrucción de 25 de octubre de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la disposición adicional octava de la Ley 20/2022, de 19 de octubre, de Memoria Democrática establece con detalle el procedimiento a seguir en los supuestos que menciona la disposición adicional octava. Esta instrucción ha sido recientemente reformada por la de 5 de noviembre de 2024, que facilita la presentación de solicitudes de cita previa a través de herramientas telemáticas.
8. La redacción actual de este precepto es fruto del art. 1.9 de la Ley 15/2005, de 8 de julio, que introdujo dos novedades importantes. En primer lugar, la posibilidad de satisfacer la compensación, no solo a través de una pensión periódica, única posibilidad de acuerdo con la redacción de la Ley 30/1981, sino también mediante una prestación única. La segunda es la posibilidad de establecer la pensión compensatoria con carácter temporal, no solamente por tiempo indefinido como preveía el art. 97.1 del Código civil, también de acuerdo con la Ley 30/81. Interesante estudio sobre la pensión compensatoria se encuentra es el realizado por José Ramón DE VERDA BEHAMONDE, «La reelaboración jurisprudencial de la compensación por desequilibro económico en la separación y el divorcio» en José Ramón DE VERDA

relación con la posición de su excónyuge y a la que él mismo tenía durante el matrimonio. Requiere, por tanto, la existencia de este.

Se trata de un derecho cuyo eje central es el establecimiento de una verdadera igualdad de oportunidades a favor de la mujer, al ser normalmente esta la más desfavorecida en los supuestos de crisis matrimonial, especialmente, en los casos en que no haya accedido al mundo laboral, por dedicarse al cuidado de la casa y la crianza y educación de los hijos. Se caracteriza por ser un derecho circunstancial (depende de la situación personal, laboral y social). También por ser un derecho condicional (un cambio de circunstancias puede llevar consigo su supresión o modificación). Asimismo, por la dificultad añadida de colocar al cónyuge perjudicado por la ruptura en una situación de alcanzar la igualdad inicialmente perdida.

El art. 97 del Código civil enumera las circunstancias que se tienen en cuenta a la hora de establecer la pensión compensatoria (empeoramiento de la situación de uno de los cónyuges tras la ruptura; acuerdos a que lleguen los cónyuges; dedicación pasada y futura a la familia; colaboración con la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge; duración del matrimonio y la convivencia; cualificación profesional y posibilidades de acceso a un empleo; pérdida eventual de un derecho a pensión; medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge).

La pensión compensatoria se extinguirá por la muerte del acreedor de la pensión, la celebración por éste de un nuevo matrimonio, la renuncia, la convivencia marital con un tercero, y la desaparición del desequilibrio económico.

A. La pensión compensatoria en las parejas de hecho

La unión de hecho se caracteriza por la convivencia de dos personas del mismo o distinto sexo, en relación de afectividad análoga a la conyugal. Es objeto de controversia si la pensión compensatoria se aplica a los supuestos de ruptura de las parejas de hecho. Por el tenor literal del art. 97 del Código civil, sus prescripciones se aplican a parejas casadas. Dicho artículo habla de cónyuge. Los miembros de la pareja de hecho pueden pactar, con base en el art. 1255 del Código civil, que consagra la libertad de pacto, los con-

BEHAMONDE y Pedro CHAPARRO MATAMOROS (coords.), *La modernización del Derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 203-274.

venios que tengan por conveniente para regular los efectos patrimoniales de su unión. También una posible indemnización para uno de ellos en caso de ruptura. El problema se plantea en la normativa a aplicar en defecto de pacto. Nuestros tribunales rechazan con carácter general la aplicación analógica de las normas de la sociedad de gananciales, también las de la pensión compensatoria del art. 97. Especial interés en este sentido tiene la STS de 5 de septiembre de 2005, cuya doctrina reitera la sentencia del mismo Tribunal de 12 de septiembre del mismo año. Ambas rechazan la aplicación a las uniones de hecho de las normas del Código Civil para el matrimonio sobre la base de considerar que no es lógica la aplicación de la normativa matrimonial a los que voluntariamente la excluyen (en este sentido se pronuncian numerosas sentencias de Audiencias Provinciales —SSAP de Barcelona de 18 de septiembre de 1996, Huesca, de 12 de noviembre de 1998 y Castellón, de 3 de mayo de 2001, entre otras muchas—. Más recientemente, las SSTS de 12 de septiembre de 2015 y 15 de enero de 2018 confirman este criterio. Concretamente, esta última señala que, aunque el legislador ha equiparado algunos derechos matrimoniales para las parejas de hecho, como por ejemplo, la pensión de viudedad, «esto no se ha producido con la pensión compensatoria». Destaca que son admisibles los pactos en los convivientes, «sin embargo, no existe una previsión legal que contemple para el caso de extinción de la pareja de hecho, una compensación de ningún tipo (ni alimenticia en caso de necesidad, ni por desequilibrio, ni por haber trabajado en el hogar familiar o para el otro cónyuge)». El TS dejó sin efecto el pronunciamiento confirmatorio de pensión confirmatoria hecho en la sentencia de primera instancia, relativo a la obligación del demandado al pago de una pensión compensatoria. El recurso se estimó por considerar el TS que la petición de pensión compensatoria en parejas de hecho no se sostiene en ningún precepto legal.

Para atender las pretensiones indemnizatorias derivadas de la ruptura de las parejas de hecho se ha recurrido en ocasiones a la doctrina del enriquecimiento injusto, o a la responsabilidad civil extracontractual del art. 1902 CC (SSAP de Salamanca, de 30 de junio de 2009 y Cádiz de 2 de abril de 2013). No obstante, no son muy numerosas las sentencias que aplican estos institutos. La STS, ya mencionada, de 15 de enero de 2018 declara que no puede invocarse la pensión compensatoria con apoyo en la doctrina del enriquecimiento injusto. El Tribunal Constitucional ha apreciado la doctrina del reconocimiento injusto en la liquidación de las relaciones patrimoniales en las parejas de hecho en algunas ocasiones (STC 306/2011, de 6 de mayo). En otras la ha rechazado (STC 927/2005, de 5 de diciembre).

4. BREVE REFERENCIA A LA SUCESIÓN EN LOS TÍTULOS NOBILIARIOS

Por el avance que supuso la Ley 33/2006 en el ámbito sucesorio, tratando la igualdad de la mujer en este trabajo, no me resisto a dedicar unas pocas líneas a este asunto. La STS de 22 de marzo de 1991 argumentó, en contra del criterio tradicionalmente mantenido, la inexistencia de mejor derecho del hombre por el mero hecho de ser varón en detrimento de la mujer, en relación con la sucesión de un título nobiliario (el de marqués de Agrópoli). De acuerdo con la sentencia la regulación sucesoria no puede contravenir el texto constitucional, que consagra el principio de igualdad. La Constitución española tiene, declara la sentencia del Tribunal Supremo, eficacia derogatoria respecto de cualquier disposición que la contravenga, consagrando privilegios a favor del varón que no encajan de ningún modo en el marco constitucional. La propia Constitución, sin embargo, contiene en su seno una norma discriminatoria en lo que se refiere a la sucesión de la corona española (art.57), aunque con el advenimiento del Rey Felipe VI, habida cuenta de que la primogénita (también su hermana) son mujeres, previsiblemente nuestra Constitución se reformará más pronto que tarde en este punto. Se va haciendo ya precisa esta reforma, habida cuenta de que la princesa Leonor ya cumplió la mayoría de edad.

La Ley 33/2006 sobre igualdad del hombre y la mujer en la sucesión de Grandeza de España o títulos nobiliarios, destierra expresamente cualquier desigualdad entre uno y otra y cualquier preferencia para determinar el orden de llamamientos.

Aunque no se trata de legislación civil, considero relevante para finalizar este epígrafe una breve referencia a tres importantes Leyes, que ahondan en el camino a la igualdad de la mujer en algunos ámbitos en que todavía queda camino por recorrer:

Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva entre hombres y mujeres de 3 de marzo de 2007. A lo largo de sus 78 arts. establece importantes medidas tendentes a conseguir la igualdad. En sus disposiciones adicionales lleva a cabo la modificación de un acervo importante de leyes. Se contempla, asimismo, en la Ley una especial consideración con los supuestos de doble discriminación y las singulares dificultades en que se encuentran las mujeres que presentan especial vulnerabilidad, como son las que pertenecen a minorías, las mujeres migrantes y las mujeres con discapacidad.

Esta ley ha sido objeto de algunas reformas por la *Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación,* que introduce

algunas disposiciones de interés en aras a la consecución de la misma en ámbitos tan importantes como el salarial. Se insta en la Ley a los poderes públicos al impulso de políticas que contribuyan a erradicar la desigualdad laboral, y se crea la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y no Discriminación.

Finalmente, la reciente *Ley Órgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres*, introduce sustanciales modificaciones en nuestro ordenamiento jurídico a fin de ahondar en esa realización efectiva de la igualdad de mujeres y hombres, esencialmente en los ámbitos decisorios de la vida política y económica.

III. INFLUENCIA EN EL DERECHO DE FAMILIA DE LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD DE LOS HIJOS Y DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

1. LA IGUALDAD DE LOS HIJOS ANTE LA LEY

Para garantizar la protección jurídica de la familia nuestra Constitución impone a los poderes públicos la protección integral a los hijos, y a los padres la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio (arts. 39.2 y 3). La protección jurídica de la familia, y la igualdad consagrada por nuestro texto constitucional en el art. 14, tuvo como consecuencia relevante el reconocimiento de la igualdad de los hijos ante la ley, con independencia de su filiación por naturaleza (matrimonial o no matrimonial) o por adopción (art. 108.1 del Código civil). La filiación, sea matrimonial, no matrimonial o adoptiva, produce los mismos efectos[9] conforme a las disposiciones de este Código (art. 108.2[10] del Código civil). La relación jurídica de filiación, conlleva derechos y obligaciones entre progenitores e hijos, regulados con detalle en el Código civil. Los más relevantes se refieren al derecho a los apellidos (art. 109), los alimentos (art. 110), el derecho-deber de velar por los hijos, aunque estén privados de la patria potestad (art. 111). También produce importantes efectos sucesorios (art. 807 y siguientes, también del Código civil) sin que en la actualidad subsista en

9. Por regla general los efectos se producen desde el nacimiento, pero si la determinación de la filiación se produce después, su determinación tendrá carácter retroactivo, salvo que la retroactividad no sea compatible con la naturaleza de dichos efectos y la ley no disponga lo contrario (art. 112.1 del Código civil).

10. Este artículo ha sido redactado por el apartado dos de la disposición final primera de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

este ámbito ninguna discriminación al ser igual el derecho a la herencia de todos los hijos, con independencia de su filiación, adoptiva, matrimonial o no matrimonial.

La no discriminación de los hijos alcanza a otros importantes aspectos. Así lo ha establecido en materia de pensiones de orfandad y otras indemnizaciones el Tribunal Constitucional (STC 54/2006,22.5-RTC154—), que declara que no es posible ninguna discriminación directa ni indirecta, que se produciría si la norma o una interpretación judicial de la misma formalmente neutra en el trato a unos y otros hijos, ocasionase en los hijos extramatrimoniales un impacto o resultado adverso.

2. EL PRINCIPIO DE PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Junto con el reconocimiento constitucional de la total igualdad de los hijos ante la Ley hay otro concepto, con él conectado, que ha calado hondo en todos los ordenamientos jurídicos modernos: el principio de protección del interés superior del menor. Este principio conecta con otros derechos constitucionales como el derecho a la integridad física y moral del art. 15 de la Constitución española, y el respeto a la intimidad familiar del art. 18. Dicho principio también ha tenido incidencia en el Derecho de familia, como se verá enseguida.

La Convención de los Derechos del Niño, aprobada en 1959, constituyó un hito fundamental en la consagración del principio de interés superior del menor. Tiene por finalidad el respeto de los derechos fundamentales de los niños en todos los países que la han ratificado, España es uno de ellos. El Convenio de Naciones Unidas pone su acento en la necesidad de que cualquier decisión que se adopte respecto de los menores debe adoptarse respetando su interés, que se considera superior. No obstante, hay que tener en cuenta que el interés superior del menor es un concepto jurídico indeterminado, que ha de concretarse de forma individual, en función de las circunstancias y las necesidades de cada caso concreto[11]. Como destaca la STS de 21 de febrero de 2023 (TOL 9448902) el interés superior «…no puede fijarse *a priori* para cualquier menor, sino que debe ser apreciado en relación con un menor determinado en unas concretas circunstancias».

11. En relación con la consolidación del principio del interés superior del menor como concepto jurídico indeterminado, resulta de interés M.ª Luisa SANTAMARÍA, *El principio del interés superior del menor y su dimensión constitucional*, ediciones de la Universidad Politécnica de Valencia, Valencia, 2019, p. 8.

En nuestro país las Leyes 11/1981, y la Ley 21/1987, que estableció un nuevo régimen jurídico de la adopción e introdujo el sistema de acogimiento, hablaban ya de interés del hijo e interés del adoptado para referirse a aquellas decisiones que le afectasen personalmente. No obstante, hubo que esperar a Ley Orgánica 1/1996 en su art. 2 para que el concepto de interés superior del menor fuese tomando cuerpo en nuestro ordenamiento jurídico. Este precepto (redactado conforme a la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia) contiene en su apartado 2 una amplia enumeración de los criterios generales que han de ser tenidos en cuenta a los efectos de la interpretación y aplicación en cada caso, del interés superior del menor. Ello sin perjuicio de la legislación específica que resulte aplicable, y de otros criterios que puedan considerarse adecuados en función de las circunstancias de cada caso concreto.

El art. 11.2 de la Ley 1/1996 señala de modo detallado cuáles han de ser los principios rectores que han de presidir la actuación de los poderes públicos en relación con los menores. Nos interesa a los efectos de la obra en que se inserta este trabajo, y del contenido del trabajo mismo, el apartado b), relativo al *mantenimiento del menor en su familia de origen*. Ello ha de ser así, salvo que no sea conveniente para su interés, en cuyo caso se garantizará la adopción de medidas de protección familiares estables, priorizando en estos supuestos el acogimiento familiar frente al institucional.

Este principio rector viene consagrado en la Convención de los Derechos del Niño, cuyo art. 9.1 dispone que los Estados Parte deberán velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, salvo que las autoridades competentes, a reserva de revisión judicial, siguiendo los procedimientos aplicables, determinen que tal separación es necesaria, siempre en interés superior del mismo.

El Convenio europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su art. 8.1, consagra el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. El apartado 2 prohíbe toda injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de ese derecho, sino cuando esté permitida por la ley, y constituya una medida necesaria en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud y de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás.

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su art. 7, tiene un contenido prácticamente idéntico al del art. 8.1 del Convenio,

al disponer que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones. Se incide así en la garantía de este derecho en el ámbito del Derecho de la Unión. En consonancia con la legislación mencionada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado que para los progenitores y sus hijos el derecho a estar juntos es un elemento esencial de la vida familiar, y cualquier medida que interfiera en el mismo, supone una injerencia en el derecho a la vida privada familiar que vulnera el mencionado art. 8.1 (en este sentido Caso Haddad contra España 18 junio de 2019. Caso Omorefe contra España de 23 de junio de 2020) salvo que persiga alguna de las finalidades legítimas previstas en su apartado 2. En este sentido se pronuncian numerosas sentencias de este Tribunal (Caso Enrico contra Italia, 24 de febrero de 2009. Caso Santos Nunes contra Portugal de 22 de mayo de 2012)[12].

Estrechamente conectado con el principio superior de interés del menor está el *derecho del menor a ser oído y escuchado* sin discriminación alguna por la edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado, y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez. A tales efectos el menor deberá recibir la información que sea precisa para ejercer su derecho en un lenguaje comprensible, en formatos accesibles, y adaptado a sus circunstancias.

12. Marta ORDÁS ALONSO, «Protección de menores desamparados y adopción» en José Ramón DE VERDA BEHAMONDE y Pedro CHAPARRO MATAMOROS (coords.), *La modernización del Derecho de familia a través de la práctica jurisprudencial,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 635-701. Realiza esta autora un interesante análisis del principio de interés superior del menor y su derecho a ser oído y escuchado. Contiene asimismo abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia, especialmente en relación con el derecho al respeto a la vida privada familiar. Un interesante trabajo sobre el interés del menor en un asunto tan relevante como los litigios internacionales sobre responsabilidad parental, puede consultarse en Enrique FERNÁNDEZ MASIÁ, «Interés del menor, igualdad y ejercicio de la autonomía de la voluntad en los litigios internacionales sobre responsabilidad parental» en Lorena SALES PALLARÉS y M.ª Ángeles ZURILLA CARIÑANA (coords.), *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 15-61. Las importantes cuestiones que plantea el interés superior del menor en relación con esta nueva Ley 4/2023 son objeto de estudio en M.ª del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, «El interés superior del menor en la ley 4/2023, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI» en Lorena SALES PALLARÉS y M.ª Ángeles ZURILLA CARIÑANA (coords.), *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 107-162.

3. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL CÓDIGO CIVIL

El principio de protección del interés superior del menor, la importancia de mantener los vínculos familiares, y la necesidad de audiencia de este en las decisiones que le afecten, piezas claves para hacer efectivo aquel, se contemplan en numerosos preceptos de nuestro Código civil. De modo recurrente en el ámbito de las crisis matrimoniales y de la filiación. Sin ánimo de exhaustividad aludiré a los preceptos que creo más relevantes sobre esta materia.

En el Capítulo IX del Título IV del Libro Primero, relativo a los efectos comunes a nulidad, separación y divorcio, interesa destacar:

El art. 92.2, dispone que el Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos y emitirá una resolución judicial motivada en el interés superior del menor sobre esta cuestión.

El número 6 establece que, en todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor…

El número 8 manifiesta que, aunque no se den los supuestos del apartado 5 el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida, fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor. El número 9 alude a la facultad del juez de recabar el dictamen de especialistas antes de adoptar cualquiera de las medidas contenidas en los apartados anteriores…con el fin de asegurar el interés superior del menor. El número 10 del art. 92 se refiere a la necesidad de que el jue adopte al acordar cualquiera de las medidas de guarda o custodia, estancia o comunicación con los menores, las cautelas necesarias para el cumplimiento de los regímenes establecidos, procurando no separar a los hermanos.

El art. 94 al referirse al régimen de visitas alude expresamente al interés del menor en su apartado 4. Dispone que el juez podrá establecer en resolución motivada en el interés superior del menor, el derecho de comunicación y visita con los hijos, incluso cuando existan indicios fundados de violencia doméstica o de género…previa evaluación de la relación paternofilial (su constitucionalidad ha sido admitida por nuestro Tribunal Constitucional, con base al respeto al derecho a la vida privada familiar y a la importancia de mantener los vínculos filo-parentales). El apartado sexto de este precepto,

también invoca el interés del menor para reconocer el derecho de comunicación y visita, previa audiencia de los progenitores, a quien lo hubiera solicitado por su condición de hermano, abuelo[13], pariente o allegado del menor…..teniendo siempre presente el interés del menor.

El Capítulo X, también del Título IV del Libro Primero, que regula las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación o divorcio, tiene muy presente la protección del interés superior del menor a la hora de determinar con cuál de los cónyuges quedarán los hijos sometidos a la patria potestad, y la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia podrá comunicar con ellos y tenerlo en su compañía (art. 103 1.º).

El título VII del Libro Primero, se refiere a las relaciones paternofiliales. El art. 154 del Capítulo I del mismo al hablar de la patria potestad sobre los hijos no emancipados, señala en uno de sus apartados que estos tienen derecho a ser oídos en todas las decisiones que les afecten, si tienen suficiente juicio. Se refiere a la patria potestad con una nueva concepción, no de poder sobre los hijos, sino de responsabilidad parental. Al derecho a ser oído se refiere también art. 156, en caso de desacuerdo de los padres en la realización de actos inherentes a la patria potestad, si el menor tiene suficiente juicio y en todo caso si es mayor de 12 años. También contempla este derecho el art. 159 en caso de que los padres vivan separados y no haya acuerdo sobre con cuál de ellos quedarán los hijos menores. Decidirá el juez, escuchando a los hijos si tienen suficiente juicio y en todo caso si fueran mayores de 12 años. El art. 160 dispone que no podrán impedirse sin justa causa las relaciones del menor con sus abuelos, y otros parientes o allegados. Si el menor está adoptado por otra persona podrán permitirse las relaciones con su familia de origen en los términos el art. 178, 4.º[14]. El art. 161 se refiere a la posi-

13. La importancia del mantenimiento de los vínculos familiares del menor con los abuelos se puso de relieve con la promulgación de la Ley 42/2003, de 27 de noviembre, de modificación del Código civil y la Ley de enjuiciamiento civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. Esta Ley destaca el importante papel que estos tienen en el mantenimiento de la cohesión familiar y la transmisión de valores a los nietos. Señala su Exposición de Motivos que estos pueden desempeñar en las situaciones de ruptura familiar, una importante función en relación con la estabilidad de los menores.

14. Cuando el interés del menor así lo aconseje, en razón de su situación familiar, edad o cualquier otra circunstancia significativa valorada por la Entidad Pública, podrá acordarse el mantenimiento de alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre los hermanos biológicos. En estos casos el Juez, al constituir la adopción, podrá acordar el mantenimiento de dicha relación, determinando su periodicidad, duración

bilidad de que la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de menores regule las visitas y comunicaciones que correspondan a los progenitores, abuelos, hermanos y demás parientes y allegados respecto a los menores en situación de desamparo, pudiendo acordar motivadamente, en interés del menor, la suspensión temporal de las mismas, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, con inmediata notificación al Ministerio Fiscal.

Una referencia especial merece el capítulo V, también del Título VII, que regula a la adopción y otras formas de protección de menores. Su Sección primera se refiere a la guarda y acogimiento de menores. De especial importancia es el art. 172, que se refiere al acogimiento en situaciones de desamparo de los menores, correspondiendo a la Entidad pública que tenga encomendada la protección de estos la tutela de los mismos. Dicha entidad podrá adoptar las medidas de guarda que estime oportunas, debiendo notificarlas a los progenitores y al propio menor si tiene suficiente juicio y si es mayor de 12 años, en todo caso. También al juez y al Ministerio Fiscal. También es relevante lo dispuesto en el art. 1761 bis 1.º, de acuerdo con el cual la Entidad Pública podrá delegar la guarda de un menor declarado en situación de desamparo en las personas que, reuniendo los requisitos de capacidad para adoptar previstos en el art. 175 y habiendo prestado su consentimiento, hayan sido preparadas, declaradas idóneas y asignadas para su adopción. A tal efecto, la Entidad Pública, con anterioridad a la presentación de la propuesta de adopción, delegará la guarda con fines de adopción hasta que se dicte la resolución judicial de adopción, mediante resolución administrativa debidamente motivada, previa audiencia de los afectados y del menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, que se notificará a los progenitores o tutores no privados de la patria potestad o tutela.

Los arts. anteriores muestran la relevancia que el principio de igualdad del menor ante la Ley, y el de la protección del interés del menor tiene en la actualidad en nuestro Derecho de familia en cuanto han determinado la modificación de importantes preceptos del Código civil, y la promulgación de una importante legislación protectora de los menores, que en aras de esa protección, otorga especial relevancia, no solo al respeto de los vínculos familiares, sino también de su derecho a ser oído en las decisiones que tanta

y condiciones, a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal y con el consentimiento de la familia adoptiva y del adoptando si tuviera suficiente madurez y siempre si fuere mayor de doce años.

importancia pueden tener para su desarrollo personal y emocional, y, por tanto, para su futuro,

IV. LAS IMPORTANTES REPERCUSIONES DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL DERECHO DE FAMILIA (LO 1/2004)

Aunque el eje central de este capítulo es la incidencia del principio de igualdad, tanto de la mujer como de los hijos, en el Derecho de familia, no me resisto a finalizarlo sin hacer referencia a las repercusiones que la violencia de género tiene en el mismo. Esta lacra social se reguló de modo integral por la Ley orgánica 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género, cuya Exposición de Motivos establece dos objetivos claros: conseguir la efectiva igualdad entre hombres y mujeres. También combatir las cifras insostenibles de violencia de género en nuestro país. Para la consecución del primer objetivo se hace preciso impulsar políticas que incluyen medidas de acción positiva a favor de las mujeres. Todo ello con base en el art. 9.2 de la Constitución española, que impone a los poderes públicos, como ya se ha mencionado, un mandato expreso de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Esta opción legislativa se fundamenta en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que avala medidas de acción positiva hacia los colectivos históricamente discriminados. Se trata de favorecer a quienes se encuentran en una situación de desigualdad para conseguir la igualdad. Es el llamado derecho desigual igualitario entre hombres y mujeres[15].

La violencia de género tiene repercusiones en varios preceptos del Código civil referidos a cuestiones de Derecho de familia[16]. Destacan dos:

15. De interés en relación con este asunto, aunque referida al ámbito penal resulta la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de mayo de 2008, que avala la constitucionalidad del art. 153.1 del Código Penal, modificado por la ley de violencia de género, que permite elevar las penas en el caso de que el varón sea el agresor y la mujer la víctima. Esta sentencia rechaza las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas al respecto. Considera que el distinto tratamiento penal se justifica no porque la mujer sea más vulnerable, sino porque la conducta del maltratador es más reprobable.
16. También en materia de sucesoria, siendo causa de indignidad y de desheredación (arts. 756 y 855 del Código civil). Un amplio tratamiento de estas cuestiones puede encontrarse en M.ª Ángeles ZURILLA CARIÑANA, «Menores y violencia de género, aspectos civiles» en Lorena SALES PALLARÉS y M.ª Ángeles ZURILLA CARIÑANA (coords.), *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género,* Tirant Lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 321-369.

1) Al amparo del art. 81. 1. 2.º del Código civil no es necesario el transcurso del plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio para interponer la demanda de separación… «en el caso de que se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante, o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio». Lo mismo sucede en el caso de divorcio, por la remisión del art. 86 del Código civil a lo dispuesto en el art. 81.

2) El apartado séptimo del art. 92 del Código civil, que permite la guarda y custodia compartida, impide expresamente que tal régimen pueda adoptarse cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por violencia de género. Tampoco procederá la guarda compartida si existen indicios fundados de violencia doméstica. El precepto ha sido reformado por el apartado uno de la disposición final primera de la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del Texto Refundido de la Ley Concursal, de acuerdo con el cual:

«No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por intentar atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género[17]. Se apreciará también a estos efectos la existencia de malos tratos a animales, o la amenaza de causarlos, como medio para controlar o victimizar a cualquiera de estas personas.» La novedad se refiere a la

17. El Auto del Juzgado de Violencia Contra la Mujer, de 28 de septiembre de Jerez de la Frontera, determinó que el tenor literal y la prohibición del art. 92.7, condiciona la convivencia del progenitor no custodio con sus hijos menores, considerando que esa limitación no se correspondía con el interés superior de los hijos en ese caso concreto. De ahí que se considere que el inciso primero del art. 92.7 del Código civil, supone una interferencia con el derecho a la vida familiar del padre, madre e hijos, de acuerdo con el art. 8.1.º del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El Tribunal Supremo, en Auto de enero de 2023, planteó una cuestión de inconstitucionalidad por considerar que el tono imperativo del precepto plantea dudas de inconstitucionalidad, y que «… podría colisionar con el interés superior del menor consagrado en el art. 39 de la CE, y en los convenios internacionales suscritos por España, al afectar, de forma negativa, al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE, y suponer una injerencia no debidamente justificada en el derecho a la vida privada del art. 8 del CEDH».

toma en cuenta de los malos tratos a animales o amenaza de causarlos para victimizar al cónyuge y a los hijos que convivan con los dos progenitores.

La Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género contempla también importantes medidas de orden civil, la mayoría de ellas recogidas también en el Código civil. Estas medidas se adoptan en interés de la mujer, pero también de los hijos. Aunque los hijos no sean los destinatarios directos de los malos tratos, está claro que la violencia contra la madre supone un daño grave para el menor, que incide en su desarrollo emocional (también puede tener repercusiones físicas) y atenta al interés superior del mismo. Las recogen los siguientes preceptos:

– El art. 65 prevé se pueda suspender[18] al inculpado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad o de la guarda y custodia, acogimiento, tutela, curatela o guarda de hecho, respecto de los menores que dependan de él. De acuerdo con su párrafo 2.º[19], si no acordara la suspensión, el juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad, y, en su caso, la guarda y custodia, el acogimiento, la tutela, la curatela o la guarda de hecho de los menores. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, y realizará un seguimiento de su evolución. Obsérvese que el precepto habla de suspensión, no de privación[20]. Los Tribunales civiles no han tenido problema alguno en decretar la privación de la patria potestad en casos de asesinato, o tentativa, de la madre. Consideran, al amparo del art. 170 del Código civil, que estamos ante un caso flagrante de incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad (STS de 31 de diciembre de 1996, entre otras muchas). Esta podrá recuperarse cuando concurran los requisitos del art. 170.2 del Código civil. Será preciso que cese la causa que lo motivó y que la recuperación responda al interés del menor, siendo necesaria una sentencia civil que así lo establezca.

En el ámbito penal, los arts. del Código penal relativos a la materia (171.4; 172.2; 46. 1.º; 39 b); 55 y 56) se refieren a la inhabilitación especial

18. Otros muchos preceptos se refieren a la suspensión de la patria potestad y del régimen de comunicación, estancia o visitas (arts. 94, 103, 158.4 y del Código civil y 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
19. El párrafo 2 del art. 65 ha sido redactado por el apartado tres de la disposición final tercera de la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE, 23 julio).
20. El art. 92.3 del Código civil dispone que en la sentencia en que se declare la nulidad, separación o divorcio, se puede establecer la privación de la patria potestad, si en el proceso se revelase causa para ello.

para la patria potestad en los supuestos que contemplan. También se refiere a la inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad el art. 192. 3 del Código penal, modificado por la disposición final cuarta de la Ley Orgánica, 10/2022, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, que da nueva redacción al mismo[21]. Los tribunales penales se han mostrado reticentes tanto a la imposición de la pena de privación de la patria potestad, como a la de inhabilitación especial para el ejercicio de la misma, a diferencia de lo que sucedía en el ámbito civil. Un punto de inflexión supuso la STS, de 30 de septiembre de 2015, que consideró que, en los supuestos de homicidio o asesinato de mujeres por sus parejas o exparejas, el mantenimiento de la patria potestad tiene un efecto negativo para los menores, yendo en contra del principio superior que impone la protección de su interés. En la actualidad el art. 140 del Código penal resulta claro, al establecer que si el autor y la víctima en casos de homicidio o asesinato, tuvieran un hijo o hija en común, la autoridad judicial impondría, respecto de este la pena de privación de la patria potestad[22].

– El art. 66 ha sido objeto de varias reformas desde la promulgación de la LO 1/2004. La última de ellas, en virtud de la Ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Dispone ahora (el contenido es muy similar al anterior) que el Juez ordenará la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él (todas estas medidas eran adoptadas ya con anterioridad al amparo del art. 158 del Código civil, que se refiere a este asunto, siempre que resultasen necesarias para proteger los intereses de los menores[23]). Si en interés superior del

21. La autoridad judicial impondrá a las personas responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos I o V cuando la víctima sea menor de edad y en todo caso de alguno de los delitos del Capítulo II, además de las penas previstas en tales Capítulos, la pena de privación de la patria potestad o de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de cuatro a diez años. A las personas responsables del resto de delitos del presente Título se les podrá imponer razonadamente, además de las penas señaladas para tales delitos, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, así como la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, retribuido o no, por el tiempo de seis meses a seis años.
22. Un amplio tratamiento de esta cuestión puede verse en Antonio VELA SÁNCHEZ, *Las consecuencias civiles de la violencia de género. Estudio doctrinal y jurisprudencial*, Bosch, Barcelona, pp. 68-115.
23. La Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2015 (reiterada por muchas otras) establece como doctrina jurisprudencial que el juez o tribunal podrá suspender

menor no acordara la suspensión, el Juez deberá pronunciarse en resolución motivada sobre la forma en que se ejercerá el régimen de estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género, respecto de los menores que dependan del mismo. Asimismo, adoptará las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer, a través de servicios de atención especializada, y realizará un seguimiento periódico de su evolución, en coordinación de esos servicios.

El art. 66 tiene un tenor literal prácticamente idéntico al del art. 94.4 del Código civil. En él se hace referencia también, a la posibilidad de establecer un régimen de visitas, comunicación o estancia en resolución motivada, respecto el progenitor no custodio en los casos que menciona, no solo respecto de los menores, con base en el principio de su superior interés, y si este lo aconseja, sino también respecto del hijo o hija mayor con discapacidad necesitado de apoyo (el añadido al art. 94.4 se debió a la Ley 8/2021, de la reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica). La novedad reside básicamente en la referencia a los servicios de atención especializada y a la necesidad de coordinación de la autoridad judicial con dichos servicios.

Recientemente la Sentencia del Tribunal Constitucional (3901-2021), de 23 de septiembre de 2024, avala las visitas de hijos con los padres, que estén siendo investigados por violencia de género, con la condición de que el juez motive debidamente su decisión. La inconstitucionalidad del art. 94.4 fue desestimada también por la STC 106/2022, de 13 de septiembre. Considera el Alto Tribunal que «el precepto no priva de modo automático al progenitor del régimen de visitas o estancias, como afirman los recurrentes, sino que atribuye a la autoridad judicial la decisión sobre el establecimiento o no de un régimen de visitas cuando uno de los progenitores esté incurso en un proceso penal…o cuando la autoridad judicial advierta la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género…».

– El art. 68 establece que las medidas restrictivas de derechos se adoptarán siempre en forma de auto motivado, que apreciará su proporcionalidad y necesidad y, en todo caso, con intervención del ministerio fiscal. El art. 69 establece que las medidas de este capítulo podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los correspondientes recursos que correspondan, en su caso.

---

el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor o con otro de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes.

Finalmente interesa destacar que en materia de apellidos la violencia de género también tiene repercusiones. La Ley del Registro Civil permite el cambio de apellidos o, incluso, el cambio total de identidad a las víctimas de violencia de género y descendientes que estén o hayan estado en el núcleo familiar de convivencia. Por razones de urgencia y seguridad no se exige el cumplimiento de los requisitos del 54.2, de acuerdo con el procedimiento que se determine reglamentariamente (art. 54. 5.º Ley del Registro Civil). Este precepto se completa con lo dispuesto en el art. 55 de la misma ley, que cuando existan razones de urgencia o necesidad, no contempladas en el art. 54. 5, u otras circunstancias excepcionales lo requieran podrá autorizarse el cambio de apellidos, o el cambio total de identidad por Orden del Ministerio de Justicia, en los términos fijados reglamentariamente. Esta regulación se completa con lo dispuesto en el art. 208 del Reglamento del Registro Civil, que quien alegue violencia de género deberá acreditar al menos haber obtenido alguna medida cautelar de protección judicial en este ámbito[24]. La LO 1/2004 contempla otras muy importantes medidas de protección de las víctimas de violencia de género, relacionadas con las facilidades de acceso al empleo de mujeres víctimas de violencia, flexibilidad de traslado en su puesto de trabajo, acceso a una vivienda, protección de la imagen de la mujer frente a la publicidad que la trate de modo degradante u ofensivo, garantías para el pago de pensiones, y formación para el autoempleo, entre otras muchas.

24. De interés resulta en relación con esta cuestión Andrés MARTÍNEZ LÓPEZ-PUIGCERVER, «La mujer y sus apellidos: de la alegría de transmitirlos —Ley 40/1999— a la tristeza del cambio y pérdida de los apellidos de la mujer víctima de la violencia de un hombre —Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre-», *La Ley*, núm. 6974, de 21 de junio de 2008, p. 1 y ss. Señala este autor que lo dispuesto en este precepto no tiene trascendencia alguna respecto de las víctimas extranjeras. Al serles aplicable en esta materia la ley personal determinada por su nacionalidad no serviría de nada cambiar los apellidos si en su país de origen los siguen manteniendo. La Resolución de 7 abril 2001 de la Dirección General de Registros y del Notariado, hoy Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, recordó que las autoridades registrales españolas no son competentes para cambiar el nombre y los apellidos de ciudadanos extranjeros.

Concepto de matrimonio en los Estados miembros de la Unión Europea y derecho internacional privado

Concept of marriage in the member states of the European Union and private international law

José Manuel Velasco Retamosa
Profesor Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. UN CONCEPTO DE MATRIMONIO HETEROGÉNEO EN LAS NORMAS INTERNAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS. III. INSTITUCIONES DEL DERECHO DE FAMILIA Y UNIÓN EUROPEA: LA AUSENCIA DE UN CONCEPTO DE MATRIMONIO COMÚN. 1. *Las normas de Derecho internacional privado de familia en la UE: la carencia de nociones unificadas*. 2. *La ausencia de la definición de matrimonio en las normas de Derecho internacional privado de la Unión Europea.* IV. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El matrimonio se configura como un pilar básico del Derecho de familia en los ordenamientos internos de los Estados Miembros de la Unión Europea. En este sentido, si bien no hay un concepto común de esta institución jurídica, existe una evolución convergente del Derecho de familia y de las instituciones que lo conforman. A ello contribuyen notablemente las Instituciones comunitarias e internacionales, como el Consejo de Europa, que, con sus actuaciones normativas y utilizando diferentes métodos de reglamentación, buscan los denominadores comunes para armonizar y unificar este sector. En este contexto, la UE ha encontrado, a falta de definiciones comunes, una coordinación a

base de normas de DIPr impregnadas de la filosofía de la Unión que producen, no el establecimiento de conceptos de Derecho civil comunes, pero si el inevitable desarrollo de un Derecho europeo de familia que, sin ser la solución idónea, posibilita la libre circulación.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio. Familia. Unión Europea. Consejo de Europa. Armonización. Unificación.

ABSTRACT

The right to respect for family life is configured as a basic pillar in European internal regulations. In this sense, although there is no a European family model, there is a convergent evolution of this area of Law in question. Community and international institutions, such as the Council of Europe and the EU, contribute notably to this, which through their actions, and using different regulatory methods, seek common denominators to harmonize and unify this sector of law. In this context, the issues that concern private international law are finding their solution in common rules that are impregnated with the philosophy of the EU based on the principles of equality and free movement of people and policies such as establishing a Common Space of Freedom, Security and Justice these elements inevitably produce the development, especially, of a European Family Law.

KEYWORDS: Marriage. Family. European Union. Council of Europe. Harmonization. Unification.

I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de familia y las instituciones que lo integran son un ámbito jurídico sensible. Su vinculación con la cultura jurídica de cada Estado y las costumbres sociales de cada ordenamiento nacional determinan su complejidad a la hora de llevar a cabo desarrollos normativos que unifiquen cuestiones sustantivas en ámbitos supranacionales referidas a esta rama del Derecho. En este sentido, la UE ha trabajado en esta rama del Derecho buscando los equilibrios y la necesaria coordinación entre los ordenamientos nacionales sobre la base de herramientas como el principio de subsidiariedad[1]. Es cierto que, en muchas ocasiones, resulta difícil ver las ventajas de

1. Trabajo realizado en el marco del Proyecto nacional I+D+i: El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica (PID2020-113061GB-I00).

unificar las normas nacionales del ámbito familiar. Sin embargo, las libertades en que se sustenta el desarrollo del sistema jurídico comunitario (libre circulación de personas, trabajadores, servicios…) mantienen una estrecha relación con esta rama del Derecho por su vinculación a situaciones que afectan a las familias transfronterizas, sus miembros y las relaciones entre los mismos. El movimiento *intra* europeo de ciudadanos comunitarios y de terceros estados es un hecho. Además, resulta evidente que los posibles conflictos se han multiplicado en el actual contexto de libre circulación de personas provocando situaciones reguladas tradicionalmente por las normas del Derecho de familia como las referidas a cuestiones de crisis familiares.

Aquí está la razón por la que, aún sin competencia, la UE y sus órganos legislativos, incluido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), se han interesado por el Derecho de familia y las nociones que lo integran. Instituciones jurídicas como la del matrimonio puede afectar al desarrollo del sistema comunitario, ya que su consideración, protección y reconocimiento va a permitir a las personas ejercer derechos y cumplir las obligaciones vinculadas a éstas. En un contexto competencial diverso, y ante la imposibilidad de unificar en el ámbito territorial de la Unión de manera eficiente este sector jurídico y las instituciones que, como la de matrimonio, lo integran, la UE se ha centrado en proporcionar herramientas normativas de DIPr que coordinen y ofrezcan soluciones a las distintas situaciones que, vinculadas a la institución del matrimonio, puedan producirse basadas en los mecanismos propios de esta rama del Derecho.

Esta acción proactiva de la UE ha procurado, poco a poco, un sistema comunitario de DIPr que permite, no sin problemas, el desarrollo de las libertades comunitarias; a pesar de la ausencia de un Derecho de familia comunitario con conceptos propios que vinculen todas las reglas de DIPr de la UE que regulan cuestiones vinculadas al matrimonio. El fin de las normas es reforzar la seguridad jurídica, de manera que, por ejemplo, ante un supuesto de divorcio (disolución del matrimonio) vinculado con distintos Estados miembros, las partes conozcan de manera previa a qué jurisdicción acogerse o qué derecho se va a aplicar a la resolución de su situación, distribuyendo competencia judicial internacional entre las jurisdicciones nacionales, designando el derecho aplicable por éstas a través de reglas de conflicto comunes y evitando sentencias materialmente contradictorias.

Considerando 98 del Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, *DOUE* L 178, de 2 de julio de 2019, p. 17.

El objetivo de establecer una reglamentación común que procure seguridad jurídica a los ciudadanos de la Unión, respecto a esta cuestión, encuentra su origen en la necesidad de que las personas circulen por Europa sin que el hecho de encontrarse en un estado u otro suponga una diferenciación entre los derechos que le son reconocidos en relación con su vida familiar. Sin embargo, a pesar de la importancia de la cuestión, la UE no ha podido aún actuar en la forma que sería deseable por falta de competencia y acuerdo entre los Estados miembros.

II. UN CONCEPTO DE MATRIMONIO HETEROGÉNEO EN LAS NORMAS INTERNAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS

Los estados reconocen y subrayan el papel del matrimonio en el establecimiento de una familia otorgándole una protección especial. En la UE conviven distintos sistemas jurídicos en los que las instituciones familiares, en general, y la del matrimonio, en particular, difieren conceptualmente, de unos estados a otros. Esta situación no fue siempre así, durante mucho tiempo el matrimonio fue una institución jurídica que no difería conceptualmente entre estados en el contexto europeo y era la base de la constitución de la familia[2]. Concretamente, respecto a la institución matrimonial podríamos decir que existe una definición tradicional reconocida por todos los ordenamientos pero que no da cobertura jurídica a la realidad social actual ni ofrece las garantías requeridas en un contexto donde las legislaciones nacionales en la materia no ofrecen respuestas satisfactorias a todas las situaciones que pueden darse.

En las dos últimas décadas, el concepto de matrimonio ha experimentado una reformulación desigual en los distintos ordenamientos nacionales. El concepto de matrimonio asociado con el concepto tradicional, como unión de un hombre y una mujer, vinculado al Derecho canónico y a la religión ha jugado un papel importante en la configuración de los conceptos de matrimonio y familia en Europa, pero en la actualidad dichas instituciones y su configuración jurídica conviven con otras realidades.

La institución familiar y el matrimonio se han convertido en un tema destacado de debate en el discurso social actual. Su reconocimiento, existencia y funcionamiento, así como los cambios conceptuales producidos en las dos últimas décadas han provocado un cambio del discurso en los ámbitos de la política y el derecho. El derecho al matrimonio y la familia conlleva

2. Rafael ARENAS GARCÍA, «Concepto y tratamiento del matrimonio en el Derecho internacional privado europeo», *La ley Derecho de familia*, 2020, pp. 3 y ss.

una serie de derechos y libertades. Estos incluyen la libertad de decidir voluntariamente si casarse y con quién casarse (aunque esta libertad está restringida en algunos países, por ejemplo, debido al sexo).

De esta forma, en la actualidad la institución matrimonial incluye, en algunos Estados miembros, junto a la concepción del matrimonio clásico, heredado del Derecho canónico, otras realidades de nuevo cuño como, por ejemplo, el matrimonio entre personas del mismo sexo o las uniones civiles, equiparadas al matrimonio respecto a determinadas cuestiones[3]. Esta situación procura una concurrencia de derechos sustantivos diferentes con conceptos de matrimonio distintos, generándose una gran dificultad a la hora de elaborar y establecer, no solo conceptos comunes en la UE, sino normas que procuren la protección y el ejercicio de derechos y obligaciones vinculados a la institución matrimonial en la Unión de manera uniformada.

Al tratar la problemática que puede suponer la ausencia de nociones comunitarias comunes en el ámbito del Derecho de familia deben apreciarse, también, las profundas modificaciones que han experimentado en las últimas décadas no solo el matrimonio sino las principales instituciones familiares (nuevos modelos de familia, parejas de hecho, matrimonio entre personas del mismo sexo, las nuevas formas de separación y divorcio, etc.). Es evidente la multitud de matices que este sector jurídico presenta y su complejidad en cada uno de los ordenamientos estatales. Además, esta rápida evolución del derecho sustantivo referido a la familia y las instituciones que lo integran no ha tenido el mismo alcance ni ha sido impulsada de igual forma en todos los Estados miembros, lo que ha incrementado las divergencias normativas y conceptuales existentes en las regulaciones nacionales.

Lo anterior constata la gran complejidad que supone unificar conceptualmente instituciones como el matrimonio en un contexto espacial jurídico donde existen distintas consideraciones sobre la misma figura jurídica. Además, debe recordarse que el matrimonio, considerado como una institución-

3. El matrimonio entre personas del mismo sexo existe en Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, Suecia. Otros Estados miembros reconocen legalmente alguna forma de unión civil, pero no el matrimonio, Chipre, Croacia, Estonia, Hungría, Italia, Liechtenstein, República Checa. Polonia reconoce la convivencia privada y consentida de dos personas con derechos limitados. Y no reconocen ni el matrimonio ni las uniones entre personas del mismo sexo, Bulgaria, República Eslovaca, Letonia, Lituania y Rumania, aunque están obligados por una sentencia del TJUE a reconocer los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados dentro de la Unión Europea y reconocer el derecho de residencia a los cónyuges de ciudadanos europeos, si bien, esta sentencia no siempre se respeta en la práctica.

de Derecho civil, está estrechamente vinculada a otras como la separación o el divorcio y, por tanto, la existencia de conceptos distintos vincula también al reconocimiento y aplicación de otras instituciones del Derecho de familia y procura en el contexto de la Unión Europea[4] situaciones complejas para los ciudadanos que quieren ejercitar sus derechos, pudiendo originar esta diversidad conceptual, por un lado, situaciones de imprevisibilidad e inseguridad en las crisis familiares y, de otro, un impedimento a la movilidad de personas en el contexto de la UE.

Además, como se ha anticipado, la existencia de conceptos distintos de matrimonio repercute en otras instituciones vinculadas a la familia siendo, en ocasiones, un obstáculo para la protección y el reconocimiento de derechos vinculados al matrimonio en un contexto transfronterizo. Además, otras instituciones básicas del Derecho de familia mantienen un significado muy específico en cada Estado y, en ocasiones, ponen de manifiesto la distancia que existe, no solo en la concepción de la institución matrimonial, sino entre otros conceptos (regímenes matrimoniales, uniones registradas…). En este sentido, para resolver los conflictos en los que hay derechos en juego requeriría, como *prius*, establecer unos conceptos unificados que hoy no existen.

No debemos olvidar que cuestiones como el concepto de matrimonio afectan a las relaciones familiares y siguen siendo un ejemplo de la manifestación del principio de soberanía. La razón más importante la encontramos en la existencia de particularidades en cada uno de los sistemas jurídicos internos en esta rama del Derecho[5]. En este sentido, el proceso de unificación del concepto objeto de estudio y otros del Derecho de familia en la UE está resultando, a pesar de haber existido diferentes iniciativas, mucho más lento y complicado de lo esperado. Por esta razón, lo que ha operado,

4. *Vid.,* Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, Texto adoptado por el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 3 de diciembre de 1998 (1999/C 19/01), *DOCE*, 23 de enero de 1999, p. 12: «El objetivo es simplificar la vida de los ciudadanos europeos mediante la mejora y simplificación de las normas y procedimientos de cooperación y comunicación entre autoridades así como de ejecución de las resoluciones, mediante el fomento de la compatibilidad de las normas sobre conflicto de leyes y sobre competencia judicial y la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles en un espacio judicial europeo».

5. Eva M. HOHNERLEIN, «Konturen eines einheitlichen europäischen Familienund Kindschaftsrecht — die Rolle der Europäischen Menschenrechts-Konvention», *The European Legal Forum*, núm. 4, 2000/01, pp. 252 y ss.; Dieter MARTINY, «Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?», *Towards a European Civil Code*, 2.ª ed., La Haya/Londres/Boston, 1998, pp. 151 y ss.

de una manera más efectiva, frente a la dificultad para establecer conceptos comunes ha sido la unificación de normas de DIPr, debiendo apreciar positivamente las iniciativas impulsadas por las Instituciones de la UE para intentar consolidar en este contexto un sistema común de DIPr[6].

III. INSTITUCIONES DEL DERECHO DE FAMILIA Y UNIÓN EUROPEA: LA AUSENCIA DE UN CONCEPTO DE MATRIMONIO COMÚN

1. LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA EN LA UE: LA CARENCIA DE NOCIONES UNIFICADAS

El lícito objetivo de impulsar normas comunes en este sector se origina por la necesidad de que los ciudadanos europeos no se vean afectados, en el ejercicio de sus derechos, por el hecho de residir en uno u otro país de la UE al hacer uso de las libertades en que se basa la construcción de la UE. Pero no debemos olvidar que la creación de un sistema uniforme de DIPr a través de normas que regulan distintas cuestiones que afectan a la familia o instituciones como el matrimonio debe ser observada en la consideración de un contexto de competencia con los distintos sistemas nacionales. En tal sentido, debe apreciarse que los esfuerzos realizados para unificar las reglas de DIPr sobre cuestiones familiares no solucionan determinados conflictos que se ven necesitados de conceptos comunes, hasta el momento inexistentes.

La UE lleva a cabo un trabajo más de coordinación que de unificación. Si bien debemos reconocer que, en el ámbito del Derecho de familia, a pesar de los inconvenientes, la Unión lleva años trabajando en procesos normativos en los que prevalece la visión comunitaria frente a la nacional. Con su acción política y legislativa las Instituciones comunitarias pretenden generar un contexto de armonización donde de manera gradual se vayan dando las condiciones necesarias para llegar a la unificación de conceptos en cuestiones de familia como el de matrimonio. Con ese fin la Unión ha ido adaptando las herramientas de que dispone dentro de su ámbito competencial para

6. *Vid.*, en este sentido, y en relación con las diferentes polémicas doctrinales que esta cuestión ha motivado, Giorgio BADIALI, «Le droit international privé des Communautés européennes», *R. des C.*, 1985, vol.191, pp. 9 y ss.; Alfonso Luis CALVO CARAVACA, «El Derecho Internacional privado de la Comunidad Europea», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, Núm. 21, 2003, pp. 49 y ss.; Antoon V. M. STRUYCKEN, «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», *R. des C.*, 1992, vol. 232, pp. 257 y ss.

desarrollar tu tarea legislativa en materia de resolución de los conflictos vinculados a la familia y la institución familiar a través de reglas armonizadoras y unificadoras.

El art. 81.3 TFUE impone un procedimiento especial para la adopción de medidas de Derecho de familia con implicaciones transfronterizas con lo que habría sido posible por las Instituciones llegar a una definición de Derecho de familia. Sin embargo, esto no ha sucedido, probablemente, porque una definición común de familia y de las instituciones que, como el matrimonio, lo integran, es una operación compleja, debido a la variedad de situaciones que abarca y porque el Derecho de familia sustantivo es competencia de los Estados miembros y, por tanto, el ámbito de acción de la UE ha quedado reducido a la elaboración de reglas de DIPr, siendo para las instituciones comunitarias imposible abarcar la unificación de conceptos como el de matrimonio. Por lo tanto, una definición común de familia o de la institución matrimonial con implicaciones transfronterizas por parte de la Unión no existe y, de momento, se tercia prácticamente imposible[7].

No cabe duda de que dar respuesta a una situación familiar internacional a través de normas de DIPr no es lo idóneo y puede plantear dificultades ante determinados supuestos en los que la resolución y el reconocimiento de los derechos implicados, con independencia del Estado miembro en que se plantee el conflicto, encontraría una solución más apropiada si existiese una unificación de conceptos referida a las instituciones familiares como el matrimonio y al ejercicio del derecho a la vida familiar.

Debe recordarse que las normas de DIPr de la UE tienen como finalidad facilitar el ejercicio de las libertades comunitarias a través del mecanismo del reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales en Europa; pero establecer conceptos institucionales o nociones jurídicas comunes es necesario cuando hay que traducirlos en derecho subjetivo. En tal sentido, la operación de calificación al momento de aplicar las normas de DIPr puede plantear un problema grave cuando los derechos en cuestión son conceptualmente diferentes. Además, no debemos olvidar que, si la solución en DIPr se basa en el reconocimiento y la posibilidad de ejecutar decisiones judiciales en el entorno europeo, en muchas ocasiones, éste encuentra obstáculos a la hora de cumplir sus fines por razones de política pública o de principios funda-

7. José Manuel VELASCO RETAMOSA, «La cooperación reforzada en derecho aplicable a la separación y el divorcio: El Reglamento Roma III. Diez años de aplicación», en M.ª Victoria CUARTERO RUBIO y José Manuel VELASCO RETAMOSA, *La vida familiar internacional en una Europa compleja: Cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 295.

mentales que tradicionalmente se invocan como un obstáculo procesal o fundamental para reconocer una institución o decisión extranjera vinculada, por ejemplo, al concepto de matrimonio.

En todo caso, el DIPr de la UE en materia familiar está impregnado de una filosofía basada en el respeto a los principios de igualdad y libre circulación de personas. Éstos han guiado a las autoridades comunitarias en el desarrollo de normas de familia y han generado un entorno favorecedor para llevar a cabo procesos de armonización y unificación. En este sentido, si bien estos esfuerzos no han eliminado las fronteras en este ámbito, por respeto a la diversidad de derechos sustantivos y al concepto de matrimonio que existe en cada uno de los ordenamientos nacionales, lo que si se ha conseguido es hacerlas más permeables ya que, junto a la unificación producida por normas de DIPr, por ejemplo, adoptadas y aplicadas por todos los Estados miembros, también se ha producido una intervención que ha procurado la armonización de los regímenes internos respecto a determinadas cuestiones referidas al Derecho de familia, incluida la concepción de la institución matrimonial.

Es evidente que el DIPr de familia de la Unión no escapa a los problemas que en esta materia surgen en los Derechos nacionales contemporáneos. Quizás esta es la razón por la cual en los distintos intentos de la Unión por acometer normas de DIPr de familia el fruto ha sido, a pesar de los compromisos entre los Estados miembros, un resultado fragmentado en distintas normas donde, en ocasiones, puede resultar difícil encontrar coherencia y coordinación conceptual entre ellas[8]. La Unión ha trabajado en este sector a partir de realidades nacionales complejas, lo que no ha facilitado la redacción de las normas comunitarias donde concurren problemas terminológicos respecto a las instituciones familiares que, como el matrimonio, en ocasiones no facilitan ni su interpretación ni su aplicación, yendo justo en el sentido contrario al fin perseguido de simplificar la vida de los ciudadanos, argumento recurrente en los Considerandos de todos los Reglamentos en materia de familia.

Junto a esta complejidad, debemos pensar que, a pesar de la importancia y la necesidad de elaborar normas de DIPr en materia de familia impulsada

8. Paul LAGARDE, «Réflexions conclusives», en Christine BIDAUD-GARON (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Hugues, Fulchiron, Dalloz, 2014, p. 268: «*Le moins que l'on puisse dire est qu'il n'y a pas eu en la matière de plan d'ensemble. Certes, il y a eu des «programmes» […], mais on ne peut pas dire qu'il s'agit d'une construction systématique qui se serait bâtie par étapes. On a assisté bien plus à une série de petits pas formant peu à peu une sorte de toile d'araignée qui envahit, en s'y substituant, le droit international privé de la famille en vigueur dans chaque État membre*».

por el Tratado de Lisboa para cubrir las necesidades del buen funcionamiento del mercado interior, el ejercicio de competencia por la Unión en esta materia ha estado siempre en el debate político[9] con el argumento de que solo puede justificarse bajo el cumplimiento de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, habida cuenta del vínculo entre el Derecho de familia y la cultura jurídica y social de cada Estados miembros[10]. Sin embargo, estos no deben ser un límite para las instituciones comunitarias a la hora de elaborar normas de este sector cuando el fin sea eliminar obstáculos a la libre circulación de personas[11]. El fundamento de un DIPr de familia de la Unión debe basarse en las normas que regulan las relaciones entre la Unión y los Estados miembros y deben ser proporcionales los medios utilizados y los fines perseguidos[12]. No se trata de poner en duda la legitimidad de la UE para elaborar normas de DIPr de familia, pero debe reconocerse que la codificación[13] fraccionada que se está efectuando de esta rama del Derecho no está exenta de problemas. Además, debe señalarse que en algunas ocasiones, y sirva como ejemplo el Reglamento 1259/2010 (Roma III)[14], cuestiones como las diferencias en la concepción de la institución del matrimonio han

9. Mercedes MOYA ESCUDERO, «Integración del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 en el Reglamento Bruselas IIbis», en Eva M.ª VÁZQUEZ GÓMEZ y otros (coord.), *El arreglo pacífico de controversias internacionales,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2013, p. 570.
10. Estos principios, enunciados respectivamente en los arts. 5.3 TUE, y 5.4 TUE regulan el ejercicio de las competencias de la Unión.
11. Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, T. I, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2.ª ed., 2022, pp. 223 y ss.
12. Jürgen BASEDOW, «Spécificité et coordination du droit international privé communautaire», en *Droit international privé: Travaux du Comité français de Droit international privé*, 16e année, 2002-2004. 2005, pp. 277 y ss.
13. La codificación del DIPr es un objetivo de las Instituciones de la UE que se explicita por la Comisión en su Agenda de Justicia 2020, Cf. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones —La Agenda de Justicia de la UE para 2020— Reforzar la confianza, la movilidad y el crecimiento en la Unión de 11 de marzo de 2014, COM(2014) 144 final, Punto 4, p. 6 y punto 4.2, p. 8). La Comisión no se refiere expresamente al Derecho de familia, se refiere en general a la codificación de la «derecho civil y mercantil». Pero, teniendo en cuenta el objetivo de esta codificación «*facilitar el conocimiento, la comprensión y la aplicación de la legislación, la mejora de la confianza mutua y la coherencia y seguridad jurídicas, contribuyendo al mismo tiempo a la simplificación y reducción de los trámites administrativos…. proporcionar coherencia y claridad legislativa a los ciudadanos y usuarios de la ley en general*» las cuestiones relativas a los conflictos de Derecho de familia parecen estar dentro del ámbito de dicha codificación.
14. Reglamento (UE) 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, *DOUE* núm. 343, de 29 de diciembre de 2010, pp. 10-16.

hecho imposible alcanzar el acuerdo de todos los Estados miembros para lograr una norma común en materia de ley aplicable a la separación y el divorcio, habiendo tenido que utilizar el modelo de cooperación reforzada ya que en los ordenamientos nacionales existen grandes divergencias respecto a la figura del matrimonio y, en este sentido, la UE ha buscado garantizar el respeto de las concepciones nacionales de dicha institución jurídica[15].

2. LA AUSENCIA DE LA DEFINICIÓN DE MATRIMONIO EN LAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA

La Unión ha intentado, mediante distintas fórmulas, matizar determinados aspectos que afectan a la definición de familia y de instituciones como el matrimonio. Sin embargo, la realidad es que, en todo caso, los conceptos utilizados por el legislador comunitario son definiciones autónomas para el supuesto de cada norma[16]. Quizás el supuesto más claro fue el de la Directiva 2004/38/CE sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y sus familiares a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros[17]. En ella la UE toma nota de la evolución jurídica de este concepto en algunos Estados miembros, concretamente en lo referido a la consideración de quienes son miembros de la familia, e incluye con cautela en la norma que «*la definición de miembro de la familia debe incluir también la pareja registrada si la legislación del Estado miembro de acogida equipara la unión registrada al matrimonio*»[18]. Sin embargo, desafortunadamente, este planteamiento de concepto referido a la familia en general, por el momento no ha sido utilizado para definir las instituciones particulares como el matrimonio a pesar de que, como ya hemos anticipado, lo que si sucede es que para el ámbito de aplicación material y personal de esta norma se concrete la equiparación entre unión registrada y matrimonio.

Las intervenciones de fondo de la UE en instituciones del Derecho de familia como el matrimonio, como se ha venido avanzando, han sido inexis-

15. Considerando 26 del Reglamento 1259/2010.
16. Mónica GUZMÁN ZAPATER, «La falta de una noción común de matrimonio: ¿una anomalía del Derecho internacional privado europeo?», en M.ª Victoria CUARTERO RUBIO y José Manuel VELASCO RETAMOSA, *La vida familiar internacional en una Europa compleja…, op. cit.*, p. 132.
17. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre el derecho de los ciudadanos de la Unión y sus familiares a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, *DOUE* de 30 de abril 2004.
18. Considerando 5 de la Directiva 2004/38/CE.

tentes, no sólo por la falta de competencia específica sobre la materia, ni por falta de interés[19], sino por las propias singularidades del mismo derivadas de sus estrechos lazos con la cultura y sociedad de cada Estados miembros[20]. No son nuevos los intentos de impulsar una unificación del Derecho privado europeo en forma de un Código Civil Europeo, por ejemplo, pero hasta la fecha no han ofrecido resultados[21]. Es evidente que el camino más sencillo sería armonizar las instituciones jurídicas que conforman este ámbito jurídico y los derechos que se le reconocen mediante la creación de un derecho uniforme o, al menos, principios de ley uniforme. Tal planteamiento sería no solo la vía más apropiada sino la de mayor efectividad.

Resulta evidente que tener un concepto de matrimonio unificado para todos los Estados miembros supondría un punto de partida deseable, no solo para salvaguardar derechos, sino para legislar sobre cuestiones vinculadas a la institución matrimonial, evitando situaciones indeseables como que una norma de DIPr, el Reglamento 2019/1111 y sus reglas, estén operativas en todos los Estados de la Unión con independencia de que se trate de un matrimonio entre personas del mismo o diferente sexo, por ejemplo.

19. Hasta la fecha, la armonización se ha logrado mediante el desarrollo de la jurisprudencia y la doctrina jurídica que ha desempeñado un papel importante. Tanto la UE como, por ejemplo, el Consejo de Europa han hecho intentos de armonización en este ámbito jurídico. El Consejo de Europa ha cumplido un objetivo importante, en relación con esta cuestión, con el CEDH, pero otras iniciativas similares están esperando. La UE impulsa a los Estados miembros a cooperar en materia de familia sin obligarlos a adoptar leyes uniformes, ya que tal planteamiento podría dar lugar a un aumento de la resistencia política y social interna. Sin embargo, debe apreciarse que, desde finales de la década de 1990, la actitud hacia la armonización del Derecho de familia ha sido un objetivo claro en el contexto de la UE. Quizás la prueba más clara del objetivo perseguido fue la creación de la *Commission on European Family Law* (CEFL) en 2001, con el objetivo de elaborar textos jurídicos no vinculantes que contuviesen los Principios del Derecho de familia en Europa. Sin embargo, a pesar de la creciente cantidad de textos que ha producido el CEFL, la armonización del Derecho de familia sigue siendo un tema muy controvertido.

20. En la Resolución del Parlamento Europeo sobre la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros (COM (2001)398 C5-0471/2001 2001/2187(COS), de 15 de noviembre de 2001 (*DOCE* C 140E de 13 de junio de 2002, p. 538.) expone que «*el debate sobre una armonización a gran escala del derecho civil básico de los Estados miembros es un tema delicado y con gran carga política*».

21. En el origen de esta iniciativa están la *Resolución sobre un esfuerzo para armonizar el derecho privado de los Estados miembros* (doc. A 2-157/89 — *DOCE* C 158, de 26 de junio de 1989, pp. 400 y 401) y la *Resolución sobre la armonización de determinados sectores del Derecho privado de los Estados miembros* (doc. A3-0329/94 — *DOCE* C 205, de 25 de julio de 1994, pp. 518-519).

Son varias las normas de DIPr europeo que, de una u otra forma, formulan cuestiones vinculadas al matrimonio como institución nuclear en el Derecho de familia. Los Reglamentos 2019/1111, 1259/2010 y 2016/1103[22] regulan una amplia parcela de lo que podríamos denominar DIPr comunitario de familia y han supuesto la unificación, en la UE, de parte de las normas de esta rama del Derecho, concernientes a la familia y las relaciones familiares. Sin embargo, resulta llamativo que, por ejemplo, normas como el Reglamento 2019/1111 no incluya una la definición de matrimonio y no haga referencia a esta cuestión dado el objeto de la materia que regula; el Reglamento 1259/2010, no solo no contiene un concepto sino que excluye de su ámbito de aplicación la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio; y el Reglamento 2016/1103 lo que hace es determinar expresamente la realidad de la cuestión «*El presente Reglamento no define el concepto de «matrimonio», que es definido por el Derecho nacional de los Estados miembros*», es decir, la realidad es que el legislador comunitario no pretende establecer a través de las normas de DIPr conceptos propios de instituciones jurídicas como el matrimonio[23].

IV. CONCLUSIÓN

Tras todo lo expuesto, podría decirse que la política y el desarrollo legislativo en materia de Derecho de familia orientado a armonizar los derechos nacionales es prácticamente inexistente dadas las dificultades que originan las fuertes diferencias que existen en el nivel de protección de los derechos y obligaciones vinculados a la familia y las instituciones que, como el matrimonio, la integran. Esto determina que podamos decir que los modelos de intervención pública en este ámbito son escasos. Tal situación ha determinado que, en lugar de armonizar los derechos sustantivos de familia de cada uno de los Estados miembros, surgiese la idea de coordinar efectivamente los derechos a través de normas comunes de DIPr para tratar las disputas familiares transfronterizas y mitigar la ausencia de un Derecho sustantivo común con nociones propias de la UE en el ámbito del Derecho de familia, como por ejemplo la de matrimonio. La realidad es, por tanto, que las normas comunitarias de DIPr y la jurisprudencia del TJUE que las interpreta

22. Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, *DOUE* núm. 183, de 8 de julio de 2016, pp. 1-29.

23. Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 1, 2019, pp. 23 y ss.

se basan en el principio del mutuo reconocimiento de situaciones jurídicas pero no abordan todas las cuestiones del Derecho de familia y, en tal sentido, no solo no establecen conceptos comunes sino que a falta de los mismos tampoco existe un Reglamento sobre ley aplicable a la formación del matrimonio o al reconocimiento del matrimonio celebrado en los Estados miembros, normas que en ausencia de un concepto común, solventarían determinadas cuestiones referidas a esta institución y su tratamiento jurídico en el contexto de la UE[24].

Es evidente que, ante tal situación, el reto de futuro está en que la UE y los Estados miembros aprecien que estas cuestiones no pueden solo ser reguladas por preceptos de DIPr, sino que necesitan un Derecho sustantivo común ya que, de no ser así, pueden generar situaciones graves para las familias transfronterizas europeas y el ejercicio de los derechos de sus miembros como parte de éstas.

24. Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Derecho Internacional Privado Europeo: La auténtica Constitución Civil de la Unión Europea», *Actualidad civil*, n. 9, 2022, p. 38.

La relevancia del matrimonio confesional en el Derecho español

The civil effects of religious marriage in Spanish Law

David García-Pardo Gómez
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO RELIGIOSO EN ESPAÑA A LO LARGO DE LA HISTORIA. II. LA EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO RELIGIOSO TRAS LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. III. LA EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO CELEBRADO EN FORMA CANÓNICA EN ESPAÑA. IV. OTROS MATRIMONIOS CELEBRADOS EN FORMA RELIGIOSA CON EFICACIA CIVIL EN ESPAÑA. V. LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DE NULIDAD CANÓNICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL.

RESUMEN

El Ordenamiento español reconoce efectos civiles al matrimonio celebrado en forma canónica y de las confesiones con acuerdo y con notorio arraigo. Dicho reconocimiento se limita a la normativa formal de las confesiones religiosas, quedando dichas uniones sometidas el ordenamiento y jurisdicción del Estado. Como excepción, en el caso del matrimonio canónico, bajo determinadas condiciones, puede obtenerse la eficacia civil de las sentencias de nulidad dictadas por los tribunales canónicos.

PALABRAS CLAVE: Libertad religiosa. Matrimonio religioso. Nulidad matrimonial.

ABSTRACT

The Spanish legal system recognizes civil effects to marriage celebrated under Canon Law, but also according to the Law of those confessions that signed an Agreement with the State in 1992 or obtained official consideration as notorious rooted in Spain by the Government. Such recognition extends only to their formal regulations, as those unions are subject to Civil Law and State jurisdiction. As an exception, in the case of canonical marriage, the civil effects of the sentences of nullity pronounced by the Ecclesiastical Tribunals can be obtained under certain conditions.

KEYWORDS: Religious freedom. Religious marriage. Civil effects. Marriage annulment.

I. INTRODUCCIÓN: LA EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO RELIGIOSO EN ESPAÑA A LO LARGO DE LA HISTORIA

El matrimonio en el contexto europeo fue durante siglos una cuestión de la exclusiva incumbencia de las confesiones religiosas. Dicha situación se mantuvo hasta que en el siglo XVI cuando, como consecuencia de los planteamientos de los precursores de la Reforma Protestante, defensores de una iglesia más espiritual, los estados en los que triunfó el mencionado movimiento comenzaron a interesarse por regular la institución matrimonial, precisamente impulsados por el desinterés de las nuevas confesiones en ocuparse de cuestiones estrictamente jurídicas, como la que nos ocupa[1].

En España, que se mantuvo fiel a la Iglesia de Roma, la introducción del matrimonio civil se retrasó hasta finales del siglo XIX, con la proclamación de la I República, concretamente a través de la Ley de 18 de junio de 1970[2], que estableció un sistema de matrimonio civil obligatorio, al disponer su art.

1. Trabajo realizado en el marco del Proyecto nacional I+D+i: El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica (PID2020-113061GB-I00).

Sobre la posición de Lutero y Calvino respecto a esta cuestión, *vid.* Roldán JIMENO ARANGUREN, *Reforma, contrarreforma y matrimonio: legislación de las dos Navarras*, «Anuario de Historia del Derecho español», LXXXV, 2015, pp. 152-153.

2. En relación con esta ley, *vid.* Aurora LÓPEZ MEDINA, *Los orígenes de la inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil*, en Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, Silvia MESEGUER VELASCO y Rafael PALOMINO LOZANO (coords.), *Religión, matrimonio y Derecho ante el siglo XXI. Estudios en homenaje al profesor Rafael Navarro-Valls, Volumen II*, Iustel, Madrid, 2013, pp. 2341-2350.

2 que «el matrimonio que no se celebre de acuerdo con las disposiciones de esta ley, no producirá efectos civiles con respecto a las personas y los bienes de los cónyuges y sus descendientes».

La obligatoriedad de contraer matrimonio civil en España rigió hasta que en 1875 se estableció mediante decreto un modelo de matrimonio civil subsidiario, que reservaba la posibilidad de contraer civilmente a los no católicos[3]. Aunque en el referido decreto se dispuso, además, un procedimiento muy estricto para que los no que profesaban el catolicismo pudieran acceder a contraer matrimonio civil, con el paso del tiempo, el cumplimiento de la condición se fue relajando hasta exigir, únicamente, una declaración de no profesar el catolicismo.

Tras otro breve período en el que volvió a regir la obligatoriedad de contraer matrimonio civil en España, coincidiendo con la segunda República, en virtud de lo establecido en la Ley de matrimonio civil, de 28 de junio de 1932, que derogó el art. 42 del Código, el Régimen franquista reinstauró el sistema de matrimonio civil subsidiario a través de la Ley de 12 de marzo de 1938, que derogó la Ley republicana de 1932, reafirmando la vigencia del mencionado precepto del Código de 1889[4], que fue posteriormente reformulado por la reforma del Código civil en materia matrimonial de 24 de abril de 1958, que tuvo por objeto acomodar la legislación civil a los postulados del Concordato de 1953, pasando a establecer que «la Ley reconoce dos clases de matrimonio: el canónico y el civil. El matrimonio habrá de contraerse canónicamente cuando al menos uno de los contrayentes profese la religión católica. Se autoriza el matrimonio civil cuando se pruebe que ninguno de los contrayentes profesa la religión católica».

Al igual que ocurrió en el período anterior entre las dos repúblicas, durante el periplo franquista la cuestión radicó en la interpretación, más o menos estricta, que se realizó de la expresión «no profesar la religión católica», condición indispensable para poder contraer matrimonio civil. En este sentido, también se evolucionó desde una lectura estricta del mismo, en virtud de la cual únicamente se autorizaba a contraer civilmente a quienes acreditaran su condición de no bautizados, a admitir una simple declaración de no profesión, coincidiendo con los últimos años del régimen, confirmando la intuición de Motilla en el sentido que «probablemente la decisión del legislador de mantener el término «profesar» como eje del sistema que obliga al

3. Decreto de 9 de febrero de 1875.
4. Dicha reforma tuvo por objeto acomodar la legislación civil a los postulados del Concordato de 1953, no conllevando ninguna modificación relevante con relación a la normativa de 1889.

matrimonio canónico o abre la vía al civil, pretendía acoger un concepto cuya ambigüedad permitiera adaptar el régimen al cambio de circunstancias»[5].

II. LA EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO RELIGIOSO TRAS LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

Con la aprobación de la Constitución de 1978, en España se instaura un modelo de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas basado en el reconocimiento del derecho de libertad religiosa[6], la laicidad[7] y la no discriminación por motivos religiosos[8], que hace inviable el mantenimiento del sistema matrimonial consolidado durante la Dictadura. El propio texto constitucional establece que «la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos» (art. 32.2). La revisión de la regulación del matrimonio en el Código tuvo lugar en virtud de la Ley 30/1981, de 7 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 y divorcio, y, desde la perspectiva del sistema matrimonial, supone la sustitución de un modelo de matrimonio civil subsidiario, anacrónico también en el ámbito europeo[9], por uno facultativo, que deja a expensas de la voluntad de los contrayentes la posibilidad de contraer un

5. *El proceso de formación del actual sistema de Derecho eclesiástico*, en Iván C. IBÁN, Luis PRIETO SANCHÍS y Agustín MOTILLA, *Curso de Derecho Eclesiástico*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1991, p. 121.
6. «Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley». Art. 16.1.
7. «Ninguna confesión tendrá carácter estatal». Art. 16.3.
8. «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de… religión». Art. 14.
9. Un estudio de los distintos sistemas matrimoniales vigentes en el Derecho comparado puede verse en José Luis SANTOS DÍEZ, *El matrimonio religioso en los países de la Unión Europea*, en «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», XV, 1999, pp. 195-229; Gloria MORENO BOTELLA, *Libertad religiosa y sistemas matrimoniales en el Derecho comparado*, en «Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid», 7, 2002, pp. 191-2015, y Adoración CASTRO JOVER, *El sistema matrimonial vigente en los países de la Unión Europea. Una propuesta de sistema matrimonial europeo*, en Gloria María MORÁN, (coord.), *Cuestiones actuales de derecho comparado: Actas de las reuniones académicas celebradas el 13 de julio de 2001 y el 10 de octubre de 2002 en la Facultad de Derecho de A Coruña*, Universidade da Coruña, Servizo de Publicacións, 2003, pp. 195-216, y María Jesús GUTIÉRREZ DEL MORAL, *El matrimonio en los Estados de la Unión Europea y la eficacia civil del matrimonio religioso*, Atelier, Barcelona, 2003.

matrimonio en forma religiosa, que puede extenderse a otras modalidades, además de la canónica. En este sentido, el art. 59 del vigente Código civil establece que «el consentimiento matrimonial podrá prestarse en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste».

Por lo tanto, de acuerdo con el nuevo modelo, que es el actualmente vigente, los contrayentes tendrán libertad para contraer matrimonio en forma civil o religiosa. En este último caso, eso sí, se requiere que se trate de una confesión inscrita en el Registro de Entidades Religiosas y, además, que el Estado conceda dicha prerrogativa a la confesión de que se trate, ya sea unilateralmente o a través de un acuerdo[10].

Así las cosas, en la actualidad en España se reconocen efectos civiles a los matrimonios celebrados en forma canónica y en la forma prevista por las confesiones y comunidades religiosas que se integran en las federaciones con acuerdo y por las confesiones con notorio arraigo, si bien dicho reconocimiento ha tenido lugar en tres momentos distintos.

En el caso del matrimonio canónico, su eficacia civil tiene lugar en virtud de lo establecido en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos, cuyo art. VI.1 dispone en su párrafo primero que «el Estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho Canónico». Debe tenerse en cuenta que la firma de ese texto data del 3 de enero de 1979[11] y que, aunque incluyó una disposición derogatoria que afectaba a las normas del Concordato de 1953 que regulaban la eficacia civil del matrimonio canónico, confirmó la eficacia civil de los matrimonios celebrados en forma canónica. De ello se sigue que cuando se modificó la regulación del matrimonio en el Código civil en virtud de la Ley Orgánica 30/1981, el legislador estaba vinculado por la regulación del nuevo Concordato en la materia —no puede ignorarse que el referido Acuerdo con la Santa Sede, como los otros tres que se firmaron en la misma fecha[12], es un tratado internacional—.

10. No consideramos «menos respetuosa» para las confesiones religiosas la opción de que la autorización tenga lugar unilateralmente por parte del Estado, tal y como sostiene MOLINA MELIÁ. *Vid. La regulación del matrimonio*, en AA. VV., *Acuerdos del Estado español con los judíos musulmanes y protestantes*, Universidad Pontificia de Salamanca, Salamanca, 1994, p. 169.
11. Su aprobación mediante Instrumento de Ratificación se demoró hasta el 4 de diciembre de 1979.
12. El Acuerdo sobre asuntos económicos, el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales y el Acuerdo sobre asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos.

Por su parte, el reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios celebrados en forma evangélica, judía e islámica, tuvo lugar en virtud de lo dispuesto en los respectivos acuerdos que el Estado firmó el 28 de abril de 1992 con la Federación de Entidades Evangélicas de España [FEREDE], la Federación de Comunidades Judías [FCJ] y la Comisión Islámica de España [CIE][13], cuyo art. 7.1 atribuye efectos civiles a los matrimonios celebrados ante los ministros de culto de las iglesias integradas en la FEREDE, así como a los celebrados según la normativa formal israelita e islámica.

Por último, también se ha reconocido eficacia civil los matrimonios mormones, budistas, ortodoxos y de los testigos de Jehová, en virtud de la modificación del art. 60 del Código civil, introducida por el apartado doce de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, en el sentido de ampliar dicho reconocimiento civil a los matrimonios celebrados en forma religiosa de las confesiones con notorio arraigo[14]. Dicha eficacia se extiende también a los matrimonios bahá'í, tras el reconocimiento del notorio arraigo de la Comunidad Bahá'í en España[15].

Cabe subrayar que el reconocimiento de los efectos civiles a los matrimonios religiosos en España se circunscribe exclusivamente al ámbito formal de la celebración, dejando al margen la regulación material de la institución de las confesiones religiosas, que recae exclusivamente sobre el Estado. Así se deduce de lo previsto en el art. 63 del Código civil, en el que se dispone que «la inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la iglesia, o confesión, comunidad religiosa o federación respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil», añadiendo que «se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este Título». Con ello el sistema matrimonial español se adscribe al modelo facultativo anglosajón[16], de matrimonio civil único con pluralidad de formas, que permite a los contrayentes elegir la forma de celebración o rito —civil o religioso, de entre aquellos a los que el

13. Tales acuerdos fueron aprobados por el Parlamento mediante las leyes 24, 25 y 26, respectivamente, de 10 de noviembre del mismo año.
14. El reconocimiento del notorio arraigo de la Iglesia de Jesucristo de los Santos Últimos Días tuvo lugar el 23 de abril de 2003; el de los Testigos de Jehová, el 29 de junio de 2006; el de la Federación de Comunidades Budistas de España, el 18 de octubre de 2007, el y de las Iglesias Ortodoxas Orientales, el 15 de abril de 2010.
15. Dicho reconocimiento tuvo lugar el 18 de septiembre de 2023.
16. Vigente en países como el Reino Unido, Irlanda, Dinamarca, Suecia o Finlandia, entre otros.

Derecho estatal reconoce eficacia civil— pero que prevé un único tipo o clase de matrimonio —el civil—, distinguiéndose así del modelo latino, vigente durante el régimen anterior, en el que los matrimonios celebrados en forma canónica se sometían al Derecho canónico y quedaban bajo la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos, situándose al margen de la regulación y jurisdicción civiles, pero también del sistema de matrimonio civil obligatorio, que rigió en nuestro país durante la segunda República[17].

Así las cosas, la eficacia jurídica del matrimonio religioso en España constituye un ejemplo de remisión formal, una figura que se adscribe a las técnicas de relación entre el ordenamiento del Estado y los de las confesiones religiosas, consistente, precisamente, en reconocer efectos (civiles) a una relación jurídica nacida al amparo de otro ordenamiento (confesional).

Dicho lo cual, con relación a la eficacia civil del matrimonio canónico en España, hay que precisar que el carácter anglosajón de nuestro sistema matrimonial debe ser matizado, al menos en dos aspectos, puesto que la relevancia del ordenamiento de la Iglesia católica en la materia excede del ámbito meramente formal. En primer lugar, por cuanto la tramitación del expediente de capacidad matrimonial de los contrayentes, requisito previo para poder contraer matrimonio o inscribir el matrimonio en el Registro Civil, según los casos, recae en la figura del ministro de culto, y no del funcionario civil, tal y como ocurre en el caso de los restantes matrimonios celebrados en forma religiosa que tienen efectos civiles en España. Y, en segundo lugar, porque el Derecho civil español admite, bajo determinadas condiciones, que las sentencias de nulidad dictadas por los tribunales canónicos puedan tener efectos civiles en nuestro país. De ambas cuestiones nos ocuparemos en los epígrafes sucesivos.

III. LA EFICACIA CIVIL DEL MATRIMONIO CELEBRADO EN FORMA CANÓNICA EN ESPAÑA

El art. 60.1 del Código civil establece que «el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico… produce efectos civiles». Sin embargo, la eficacia civil del matrimonio canónico en España tiene lugar sin solución de continuidad desde el régimen anterior, en virtud de lo establecido en la normativa concordataria. Como hemos visto, en la actualidad los efectos civiles de las uniones canónicas se deducen de lo establecido en el art. VI.1

17. Este modelo impera con carácter general en Francia, Alemania, Bélgica, Austria y Países Bajos, si bien en algunos casos se prevén excepciones que contemplan la eficacia de los matrimonios confesionales.

del Acuerdo sobre asuntos jurídicos, cuyo párrafo segundo establece que tales efectos «se producen desde su celebración», aunque precisando que, «para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria la inscripción en el Registro Civil, que se practicará con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio».

Este precepto sustituye al art. XXIII del Concordato de 1953, en el que se disponía que el estado reconocía «plenos efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico». La única diferencia entre ambos preceptos radica, por tanto, en que la regulación vigente introduce la necesidad de que el matrimonio sea inscrito en el Registro Civil para que tenga lugar el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio canónico —lo que no exigía el texto anterior—, distinguiéndose así entre los efectos civiles del matrimonio canónico, que se producen desde el momento de su celebración, y el pleno reconocimiento de tales efectos, que requieren de su inscripción registral. Del Protocolo Final del Acuerdo se deduce la obligación de los contrayentes de promover la inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil, aunque, para mayor garantía, se obliga al ministro de culto competente a hacer llegar el acta de la unión al funcionario del mencionado registro[18].

La reforma del Código civil introducida por la Ley 30/1981 confirma lo dispuesto en el Acuerdo en relación con la eficacia civil del matrimonio canónico, extendiéndolo al resto de matrimonios, ya sean celebrados en forma civil o religiosa. En este sentido, el art. 61 dispone con carácter general que «el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración» y que «para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil». Además, dicho precepto precisa que «el matrimonio no inscrito no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas»[19], de lo que se infiere que tales son los únicos efectos que quedan suspendidos hasta que el matrimonio sea registrado, quedando a salvo todos los demás, incluidos los económicos, sucesorios o de filiación, por

18. El párrafo primero del referido protocolo estipula que «inmediatamente de celebrado el matrimonio canónico, el sacerdote ante el cual se celebró entregará a los esposos la certificación eclesiástica con los datos exigidos para su inscripción en el Registro Civil», añadiendo que «en todo caso, el párroco en cuyo territorio parroquial se celebró el matrimonio, en el plazo de cinco días, transmitirá al encargado del Registro Civil que corresponda el Acta del matrimonio canónico para su oportuna inscripción, en el supuesto de que ésta no se haya efectuado ya a instancia de las partes interesadas».

19. El párrafo segundo del Protocolo Final del Acuerdo sobre asuntos jurídicos ya disponía que «corresponde al Estado regular la protección de los derechos que, en tanto el matrimonio no sea inscrito, se adquieran de buena fe por terceras personas».

citar sólo algunos ejemplos, que desplegaran su eficacia desde el momento de la celebración.

De lo anterior se deduce que, en España, la inscripción registral del matrimonio canónico —como de todo matrimonio al que se reconozcan efectos civiles en nuestro ordenamiento— tiene efectos meramente declarativos[20], a diferencia de lo que ocurre en otros países de tradición concordataria, como Italia o Portugal, donde la inscripción del matrimonio en el correspondiente registro del Estado tiene carácter constitutivo, al tratarse de una condición *sine qua non* para que el matrimonio canónico produzca efectos civiles[21].

Debe subrayarse que, desde el punto de vista del respeto a la voluntad de las partes, los modelos italiano y portugués tienen la ventaja de que los contrayentes pueden decidir libremente respecto a si el matrimonio contraído produce o no efectos civiles, mientras que en el caso español, como quiera que tales efectos se producen desde el momento de la celebración, no resulta posible contraer un matrimonio cuya eficacia se circunscriba exclusivamente al ámbito canónico[22], lo que resulta difícilmente conciliable con un modelo constitucional que consagra la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico[23]. Del mismo modo, la solución italiana —y, por

20. Así lo confirma el Tribunal Constitucional en la sentencia 199/2004, de 15 de noviembre, que alude a la relevancia de un matrimonio canónico no inscrito a los efectos de poder percibir la pensión de viudedad, que había sido denegada al faltar el trámite de la inscripción. El Tribunal advierte que «la normativa aplicada en el caso ahora enjuiciado es de carácter «prestacional» y exclusivamente exige haber sido «cónyuge legítimo del causante de la pensión» y subraya que «requerir la inscripción cuando se trata de un elemento que nada añade a la existencia de un 'vínculo matrimonial' y considerar que la misma es definitoria del matrimonio legítimo y de la consideración de un 'cónyuge' como 'legítimo', provoca la creación de una desigualdad artificiosa y arbitraria por no estar fundada en criterios o juicios de valor generalmente aceptados»».
21. En este sentido, el art. 8.1 del Acuerdo entre el Estado italiano y la Santa Sede, de 18 de febrero de 1984, por el que se modifican los Pactos de Letrán, dispone, en efecto, que «sono riconosciuti gli effetti civili ai matrimoni contratti secondo le norme del diritto canonico, a condizione che l'atto relativo sia trascritto nei registri dello stato civile». En el caso del Concordato portugués, de 18 de mayo de 2004, el art. 13.1 establece que «lo Stato portoghese riconosce gli effetti civili ai matrimoni celebrati in conformità con le leggi canoniche, a condizione che l'atto di matrimonio sia trascritto negli appositi registri dello stato civile».
22. En este sentido, *vid.* María MORENO ANTÓN, *La celebración del matrimonio canónico en el Derecho español*, en Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, Silvia MESEGUER VELASCO y Rafael PALOMINO LOZANO (coords.), *Religión, matrimonio y Derecho…*, *cit.*, p. 2385.
23. En esta línea, COMBALÍA sostiene que «tal vez fuera positiva una cierta aproximación de nuestro sistema matrimonial al italiano en el sentido de permitir, con carácter excepcional, la elección de un matrimonio religioso sin eficacia civil cuando así lo

ende, también la portuguesa— resulta más acorde con la salvaguarda del principio de autonomía de la Iglesia católica, que debería incluir el derecho a limitar los efectos de los matrimonios celebrados bajo su jurisdicción al ámbito estrictamente canónico[24].

Eso sí, como vimos anteriormente, la eficacia civil de los matrimonios celebrados en forma canónica en España —al igual que ocurre con los celebrados según la normativa formal de las confesiones con acuerdo o con notorio arraigo— exige que se cumplan los requisitos establecidos en el Código civil. En este sentido, puede afirmarse que, puesto que los efectos civiles del matrimonio canónico en España tienen lugar desde el momento de su celebración —aunque para el pleno reconocimiento de tales efectos se exija la inscripción—, los matrimonios no inscritos producen efectos civiles[25], pero los que no sean susceptibles de ser inscritos —porque no se ajustan a la normativa civil— no gozarán de eficacia civil, lo que no impide que ese matrimonio no inscribible pueda ser convalidado en el ámbito civil posteriormente[26].

De todo ello, tal y como afirmamos anteriormente, se deduce el carácter anglosajón de nuestro sistema matrimonial, que reconoce una pluralidad de formas —la civil y las religiosas que autorice el Estado, ya sea a través

---

exija la autonomía privada de la persona. Esta interpretación, difícilmente sostenible con la letra del texto legislativo, sería, sin embargo, la más conforme al espíritu de la Constitución y a la ratio personalista y de la libertad que informa nuestro vigente sistema matrimonial». *La autonomía privada en la inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil*, José María Bosch Editor, Colección Cuadernos de Derecho Privado, 2, Barcelona, 1992, p. 232.

24. *Vid.* José María MARTÍ, *El matrimonio canónico ante el Ordenamiento español (I)*, José María MARTÍ, David GARCÍA-PARDO y Santiago CATALÁ, *El matrimonio religioso en el Derecho español*, Popular Libros, Albacete, 2003, p. 69.

25. En palabras de Navarro-Valls, el matrimonio canónico no inscrito constituye «un acto jurídico válido, relevante (no inexistente), dotado de toda la potencial eficacia virtual necesaria para producir, una vez inscrito, la plenitud de efectos civiles, y revestido, al mismo tiempo, de aquella concreta dosis de eficacia actual que permite tanto la producción de efectos preliminares necesarios para que su plenitud de efectos pueda alcanzarse en el futuro, como para obtener también los llamados efectos atípicos». *Los efectos civiles del matrimonio canónico en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español*, en «Ius Canonicum», 19, 37, 1979, p. 138.

26. FERRER ORTIZ distingue, en este sentido, entre el matrimonio declarado nulo, que «ya no puede producir efectos civiles —salvo que vuelva a celebrarse, una vez removida la causa de nulidad-» y el matrimonio canónico no inscribible, que «sigue existiendo: ante su ordenamiento propio como res iuris y ante el civil como res facti con potencial eficacia, de tal forma que, superado el obstáculo, puede ser objeto de inscripción registral». *La eficacia civil del matrimonio canónico y de las decisiones eclesiásticas en el Derecho español*, en «Ius et Praxis», 14, 2, p. 391.

de un acuerdo o unilateralmente—, pero un único tipo matrimonio —el civil—, por cuanto la validez de la unión se somete al cumplimiento de los requisitos civiles, siendo la jurisdicción civil la única competente para resolver los eventuales conflictos que afecten a la misma[27].

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre con los otros matrimonios celebrados en forma religiosa que obtienen efectos civiles en España, en el caso de los canónicos, corresponde al ministro de culto competente determinar si los contrayentes reúnen los requisitos de capacidad necesarios para poder contraer matrimonio, sin ningún tipo de control por parte de la autoridad civil, antes de la celebración del matrimonio. La cuestión no es baladí, dado que, no lo olvidemos, dicha unión produce todos los efectos civiles desde el momento de su celebración, salvo los que puedan eventualmente afectar a los terceros de buena fe.

Además de por la secular confianza mutua entre las dos instituciones —la Iglesia y el Estado—[28], esta situación puede explicarse por razones históricas, puesto que, como hemos visto, durante el Régimen franquista los matrimonios celebrados en forma canónica en España estaban sometidos a la legislación y jurisdicción canónicas, lo que incluía el reconocimiento de la capacidad de contraer de los contrayentes. Así las cosas, no habiéndose aludido de modo expreso a esta cuestión en las sucesivas modificaciones del Código civil y su legislación complementaria, por la vía de hecho, la autoridad eclesiástica siguió ocupándose de verificar la capacidad de los contrayentes para contraer matrimonio canónico.

El problema radica en que, lógicamente, el ministro de culto competente acreditará la capacidad de los contrayentes desde la perspectiva del Derecho canónico, siendo así que la eficacia civil del matrimonio exige la plena capacidad civil de aquéllos, de modo que si, por ejemplo, concurriera un impedimento civil que no rige en el orden canónico, el matrimonio no produciría efectos civiles. Sin embargo, dado que la normativa canónica que regula la capacidad de los contrayentes y los impedimentos matrimoniales

27. Aunque NAVARRO-VALLS advierte que, de los debates parlamentarios que precedieron a la reforma del Código civil de 1981, se infiere que el art. 60 del Código «contiene un reenvío a las normas canónicas, no sólo a las rituales sino también a las de fondo». *Matrimonio religioso*, en Javier FERRER ORTIZ (coord.), *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, cuarta edición, EUNSA, Pamplona, 1996, p. 358.

28. De ella existen otros ejemplos en la normativa concordataria, tales como el reconocimiento de personalidad jurídica civil a las entidades canónicas, a las que no se exigen más requisitos que la obtención previa de la personalidad canónica (*vid.* art. 1 del Acuerdo sobre asuntos jurídicos).

es sensiblemente más restrictiva que la civil, dicha situación —matrimonios válidos en el orden canónico que no puedan obtener eficacia civil por cuestiones relacionadas con tales causas— puede darse en el plano teórico únicamente en tres situaciones, concretamente en relación con los impedimentos de edad, parentesco legal y vinculo.

En el primero de los supuestos, debe notarse que la edad mínima para contraer matrimonio según el Derecho civil —dieciocho años—[29] es superior a la estipulada por el Código de Derecho canónico —dieciséis años los varones y catorce las mujeres—[30], por lo que, eventualmente, puede darse el caso de que un matrimonio en el que uno de los contrayentes es menor de edad, siendo válido canónicamente, no tenga efectos en el ámbito civil, salvo que el menor esté emancipado. Consciente de la problemática que podría conllevar la discordancia entre la normativa canónica y las regulaciones civiles en este ámbito, el legislador canónico introdujo una previsión en el canon 1083.2 del Código en virtud de la cual «puede[n] la Conferencia[s] Episcopal[es] establecer una edad superior, para la celebración lícita del matrimonio», que la Conferencia Episcopal Española fijó meses después en los dieciocho años para los matrimonios celebrados en nuestro país[31]. Debe recalcarse que los dieciocho años cumplidos se exigen en el ámbito canónico únicamente a efectos de licitud, sin perjuicio de la validez de los matrimonios contraídos por menores de edad, siempre que cumplan con la edad mínima establecida en el canon 1083.1[32]. También a los efectos de limitar los supuestos de matrimonios celebrados en forma canónica que no puedan obtener reconocimiento civil por no haber adquirido los contrayentes la mayoría de edad civil, el canon 1071 del Código de Derecho canónico dispone que «procuren los pastores de almas disuadir de la celebración del matrimonio a los jóvenes que aún no han alcanzado la edad en la que según las costumbres de la región se suele contraer».

El segundo los casos en el que un matrimonio válido para el Derecho canónico podría no tener efectos civiles se plantea en relación con el impedimento de parentesco legal, que surge de la institución de la adopción, puesto que, aunque desde la perspectiva del alcance del impedimento, la

29. No en vano el art. 46 del Código civil establece que, «no pueden contraer matrimonio los menores de edad no emancipados».
30. «No puede contraer matrimonio válido el varón antes de los dieciséis años cumplidos, ni la mujer antes de los catorce, también cumplidos» (Canon 1083.1).
31. *Vid.* art. 11 del Decreto General de la Conferencia Episcopal Española de 23 de noviembre de 1983.
32. La ilicitud en el ordenamiento canónico tiene efectos únicamente en el ámbito moral, sin que por el hecho de ser ilícito un matrimonio deje de producir efecto jurídico alguno.

regulación canónica es más restrictiva, al extenderse, no sólo a la línea recta —como ocurre con la normativa civil[33]—, sino también al segundo grado de la línea colateral[34], el Derecho canónico admite la posibilidad de dispensar el impedimento, lo que no es posible desde la perspectiva del Derecho civil. Así las cosas, si el impedimento de parentesco legal afectara a la línea recta y fuera dispensado por la autoridad canónica competente, con el objeto de permitir la celebración del matrimonio canónico, dicha unión no podría ser reconocida en el ámbito civil.

El tercer y último caso al que nos referimos se plantea en relación con el impedimento de vínculo, que rige tanto en el orden canónico[35] como en el civil[36], puesto que ambos establecen el carácter monógamo del matrimonio. Sin embargo, puede darse el caso de que un matrimonio produzca efectos en el ámbito canónico, pero no pueda adquirir eficacia civil, por incurrir alguno de los dos contrayentes en el impedimento de ligamen. Ocurre que, salvo algunas excepciones tasadas, el Derecho canónico obliga a los bautizados en la Iglesia católica a contraer matrimonio en forma canónica[37], no reconociendo efectos a los matrimonios celebrados en forma civil por personas bautizadas, de lo que se deduce que tales uniones no darían lugar al impedimento de vínculo en el ámbito canónico. Ello permitiría al contrayente católico unido por un matrimonio civil previo contraer posteriormente en forma canónica, sin incurrir en dicho impedimento, no pudiendo tal unión obtener reconocimiento por parte del Estado, por cuanto, en el ámbito civil, esa persona sí incurriría en el impedimento previsto en el art. 46 del Código civil. Evidentemente, como quiera que el Derecho civil admite la disolución del matrimonio, para que no se plantearan problemas desde la perspectiva del impedimento de vínculo en el ámbito civil, bastaría con que el contrayente afectado por el mismo obtuviera la disolución del matrimonio previo, por lo que en la práctica no se da lugar a disfunciones entre ambos ordenamientos por este motivo.

Debe tenerse en cuenta, además, que la normativa canónica incluye una previsión dirigida a limitar, en la medida de lo posible, que no se celebren matrimonios canónicos que no puedan adquirir relevancia civil, al exigir para estas uniones la previa licencia del ordinario del lugar[38].

33. Así se establece en el apartado 1 del art. 47 del Código civil.
34. Ello en virtud de lo dispuesto en el canon 1094 del Código de Derecho canónico.
35. *Vid.* canon 1085 del Código de Derecho canónico.
36. *Vid.* art. 46 del Código civil.
37. *Vid.* canon 1117 del Código de Derecho canónico.
38. Así se dispone en el canon 1071.2 del Código de Derecho canónico, según el cual «excepto en caso de necesidad, nadie debe asistir sin licencia del Ordinario del lugar al matrimonio que no puede ser reconocido o celebrado según la ley civil».

Por todo ello debe concluirse que, en la práctica, son muy contados los casos en que, del hecho de que la competencia para la instrucción del expediente de capacidad matrimonial de los matrimonios celebrados en forma canónica recaiga sobre la figura del ministro de culto, se da lugar a matrimonios válidos para el Derecho canónico que no puedan tener efectos en el ámbito civil.

IV. OTROS MATRIMONIOS CELEBRADOS EN FORMA RELIGIOSA CON EFICACIA CIVIL EN ESPAÑA

Como se puso de relieve con anterioridad, además del matrimonio canónico, en España adquieren relevancia civil los matrimonios celebrados según la forma prevista por las confesiones con acuerdo y con notorio arraigo[39].

En el primer caso, el reconocimiento civil de los matrimonios evangélico, judío y musulmán tiene lugar desde la entrada en vigor de los acuerdos que se firmaron en 1992 con la FEREDE, la Federación de Comunidades Judías y la Comisión Islámica de España, en los términos previstos en los arts. 7 de los tres acuerdos, cuyo apartado 1, al igual que se establece en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos con la Santa Sede, y coherentemente con lo dispuesto en la regulación del Código civil, alude a que las uniones producirán efectos civiles desde el momento de su celebración y que el pleno reconocimiento de los mismos exigirá la inscripción en el Registro Civil.

Antes de entrar en el detalle de la regulación del art. 7 de los tres acuerdos, debe precisarse que tales preceptos han sido objeto de sendas modificaciones introducidas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria[40], que afectan a los apartados 2 y 5 de los acuerdos con la FEREDE[41], la FCJ[42], y 2 y 3 del Acuerdo con la CIE[43], relativos al procedimiento de inscripción de los matrimonios en el Registro Civil[44].

---

39. Un exhaustivo estudio sobre los efectos civiles de los matrimonios de las confesiones con acuerdo y con notorio arraigo en España a la luz de la regulación actual puede encontrarse en María CEBRIÁ GARCÍA, *Los efectos civiles de los matrimonios religiosos no católicos en el ordenamiento jurídico español*. Regulación y realidad, Aranzadi, Cizur Menor, 2019.
40. Aunque su entrada en vigor se retrasó hasta el 30 de junio de 2020, coincidiendo con la completa entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil Ello de acuerdo con lo establecido en la disposición final 21.4 de la Ley 15/2015, en la redacción dada por la Ley 4/2017, de 28 de junio, que la modifica.
41. *Vid.* disposición final quinta de la Ley 15/2015.
42. *Vid.* disposición final sexta de la Ley 15/2015.
43. *Vid.* disposición final séptima de la Ley 15/2015.
44. En relación con la posibilidad de introducir modificaciones por la vía unilateral en el texto de los acuerdos, debe subrayarse que ello se contempla expresamente con rela-

Desde el punto de vista formal, para obtener la eficacia civil de los matrimonios de las confesiones con acuerdo se necesita, además del cumplimiento de los requisitos confesionales, el de las condiciones estipuladas en los propios acuerdos, que exigen, respectivamente, que el consentimiento se preste ante un ministro de culto de las iglesias de la FEREDE o de las comunidades que se integran en la Federación israelita, o un representante de la comunidad islámica[45], y la presencia de dos testigos mayores de edad[46]. Los ministros de culto y representantes de las confesiones ante los que los contrayentes prestan el consentimiento deberán cumplir con los requisitos establecidos en el art. 3 de los Acuerdos para ser considerados tales a los efectos legales[47], además de estar anotados en el Registro de Entidades Religiosas[48]. Como hemos visto, en el Acuerdo sobre asuntos jurídicos no

---

ción a esta materia en el último apartado del art. 7 de los tres acuerdos, en los que se dispone que, con el único requisito la previa audiencia de las federaciones concernidas, «las normas de este artículo relativas al procedimiento para hacer efectivo el derecho que en el mismo se establece, se ajustarán a las modificaciones que en el futuro se produzcan en la legislación del Registro Civil».

45. Sobre el papel del ministro de culto en la celebración de los matrimonios religiosos de las confesiones con acuerdo, *vid.* María CEBRIÁ GARCÍA, *La actuación del ministro de culto en el matrimonio religioso con efectos civiles*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXXVII», 2021, pp. 539-542.

46. Así se establece en el art. 7.4 de los acuerdos con evangélicos y judíos y en el art. 7.1, párrafo 2.º, del Acuerdo con los musulmanes.

47. Así se desprende de lo establecido en el art. 7.5 de los Acuerdos con la FEREDE y la FCJ y el art. 7.3 del Acuerdo con la CIE.
Según el art. 3.1 del Acuerdo con la FEREDE, «a todos los efectos legales, son ministros de culto de las Iglesias pertenecientes a la FEREDE las personas físicas que estén dedicadas, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa y acrediten el cumplimiento de estos requisitos, mediante certificación expedida por la Iglesia respectiva, con la conformidad de la Comisión Permanente de la FEREDE».
En el art. 3.1 del Acuerdo con la FCJ se dispone que «a todos los efectos legales son ministros de culto de las Comunidades pertenecientes a la Federación de Comunidades Israelitas de España las personas físicas que, hallándose en posesión de la titulación de Rabino, desempeñen sus funciones religiosas con carácter estable y permanente y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la Comunidad a que pertenezcan, con el visado de la Secretaría General de la FCI. Esta certificación de la FCI podrá ser incorporada al Registro de Entidades Religiosas».
Por último, en el art. 3.1 del Acuerdo con la CIE se establece que «a los efectos legales, son dirigentes religiosos islámicos e Imanes de las Comunidades Islámicas las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a la dirección de las Comunidades a que se refiere el art. 1 del presente Acuerdo, a la dirección de la oración, formación y asistencia religiosa islámica y acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la Comunidad a que pertenezcan, con la conformidad de la "Comisión Islámica de España"».

48. Ello en virtud de lo establecido en el art. 18.1 del Real Decreto 594/2015, de 3 de julio, por el que se regula el Registro de Entidades Religiosas, que alude a que «las enti-

se alude a requisito adicional alguno, más allá del cumplimiento de la normativa formal canónica, lo que se explica por el hecho de que la normativa matrimonial de la Iglesia católica coincide sustancialmente con la del Estado, también en el ámbito formal, y por la tradicional, y secular, confianza entre ambas instituciones.

Por lo que se refiere a los requisitos formales previstos por la normativa confesional, evidentemente, deben ajustarse a las exigencias constitucionales, si bien los acuerdos no prevén mecanismo alguno para controlar este extremo.

También a diferencia de lo que ocurre con el matrimonio canónico, en los matrimonios celebrados en la forma prevista por las confesiones con acuerdo, el control de la capacidad matrimonial de los contrayentes no recae sobre la autoridad eclesiástica, sino sobre la civil. Sin embargo, debe distinguirse en este punto entre la regulación de los acuerdos con los evangélicos y los judíos y la del Acuerdo con los musulmanes, por cuanto su redacción difiere en algunos aspectos, con consecuencias extremadamente relevantes respecto al momento del proceso en el que se exige constatar que los contrayentes reúnen la capacidad necesaria para contraer matrimonio.

En el caso de los matrimonios evangélicos y judíos, los acuerdos establecen de modo nítido que la certificación que acredita dicha capacidad deberá obtenerse con carácter previo a la celebración del matrimonio[49]. Con ello, desde la perspectiva del Estado, existe la seguridad de que las personas que han contraído matrimonio ostentan la capacidad civil requerida. Se establece, además, que, para la validez civil del matrimonio, el consentimiento de los contrayentes deberá prestarse «antes de que hayan transcurrido seis meses desde la expedición de la certificación de capacidad matrimonial»[50].

El establecimiento del control de la capacidad de los contrayentes en el momento anterior a la celebración del matrimonio obedece al propósito de

---

dades religiosas inscritas podrán anotar en el Registro de Entidades Religiosas a sus ministros de culto que ostenten residencia legal en España» precisando que «en todo caso, deberán anotarse aquellos ministros de culto que estén habilitados para realizar actos religiosos con efectos civiles».

49. Los apartados 2 y 3 de tales acuerdos establecen que los contrayentes «promoverán acta o expediente previo al matrimonio ante el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil correspondiente conforme a la Ley del Registro Civil» y que, «cumplido este trámite, el encargado del Registro Civil expedirá, por duplicado, certificación acreditativa de la capacidad matrimonial de los contrayentes, que éstos deberán entregar al ministro de culto encargado de la celebración del matrimonio».

50. Art. 7.4 de los acuerdos con la FEREDE y la CIE.

facilitar la labor del encargado del Registro que, tal y como aclara la Dirección General de Registros, «acreditada ya de antemano la capacidad de los contrayentes, habrá de limitarse a comprobar que no han transcurrido más de seis meses entre la expedición del certificado de capacidad y la celebración del matrimonio, y que se han cumplido los demás requisitos formales exigidos por los Acuerdos»[51].

La regulación de los acuerdos con los evangélicos y los judíos permite que, también a diferencia de lo que ocurre con los matrimonios celebrados según las normas del Derecho canónico, en el caso los matrimonios celebrados ante los ministros de las iglesias pertenecientes a la FEREDE y de acuerdo con la normativa formal israelita, recaiga sobre la voluntad de los contrayentes la decisión de otorgar eficacia civil a tales uniones o no, puesto que, para contraer un matrimonio cuyos efectos se circunscribieran únicamente al ámbito confesional, bastaría con celebrarlo sin haber obtenido previamente ante la autoridad civil el expediente que acredita su capacidad[52].

Sin embargo, en los matrimonios celebrados en forma islámica, del tenor literal del acuerdo se desprende que el expediente de capacidad se requiere únicamente para poder inscribir el matrimonio en el Registro Civil, pudiendo los futuros contrayentes prescindir del mencionado trámite antes de la celebración del matrimonio[53]. Esta interpretación literal es la que rige, según confirmó la Dirección de General de Registros y del Notariado en su instrucción de 10 de febrero de 1993, si bien matizó que la obtención de

51. Instrucción de 10 de febrero de 1993.

52. En contra de esta interpretación se pronuncia Aldanondo, para quien el razonamiento, que entraña un incumplimiento de la Ley, no resulta concluyente. En su opinión, dicha posibilidad resulta irrelevante puesto que «el expediente de capacidad no es un elemento sustancial que tenga *per se* un valor jurídico determinante para la validez del matrimonio. Además, no es fácil de explicar desde la perspectiva del principio constitucional de igualdad y no discriminación que, por la vía de la formación del expediente matrimonial previo, puedan algunos ciudadanos elegir un matrimonio religioso sin efectos civiles frente a quienes opten por otras formas religiosas que no incluyen estos trámites administrativos previos a la celebración». *Matrimonio evangélico, judío e islámico y pensión de viudedad*, en Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, Silvia MESEGUER VELASCO y Rafael PALOMINO LOZANO (coords.), *Religión, matrimonio y Derecho…*, *cit.*, p. 2122.

53. Ello de acuerdo con lo dispuesto en el primer inciso del art. 7.2 del Acuerdo con la Comisión Islámica de España, según el cual «las personas que deseen inscribir el matrimonio celebrado en la forma prevista en el número anterior, deberán acreditar previamente su capacidad matrimonial, mediante copia del acta o resolución previa expedida por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil conforme a la Ley del Registro Civil y que deberá contener, en su caso, juicio acreditativo de la capacidad matrimonial».

la certificación que acredita la capacidad de los contrayentes con carácter previo a la celebración del matrimonio resulta «especialmente aconsejable».

La cuestión no está exenta de importancia, especialmente si se tiene en cuenta que, tal y como hemos visto, en todos los casos, el matrimonio produce efectos desde el momento de su celebración, siendo así que la inscripción tiene carácter meramente declarativo, limitándose sus efectos a la posibilidad de oponer la unión a los terceros de buena fe. Por tanto, aunque la eficacia civil del matrimonio exige del cumplimiento de todos los requisitos civiles —también a los efectos de determinar la capacidad de los contrayentes—, ocurre que, en los matrimonios celebrados en forma islámica, el control que ejerce la autoridad civil acerca del cumplimiento de los requisitos de capacidad de los contrayentes se retrasa al momento de la inscripción, lo cual, evidentemente, puede dar lugar a disfunciones del sistema[54]. Por si ello fuera poco, en el Acuerdo con la CIE también se establece que «no podrá practicarse la inscripción si se hubiera celebrado el matrimonio transcurridos más de seis meses desde la fecha de dicho acta o desde la fecha de la resolución correspondiente». Atendiendo a la letra de este precepto, en contraste con lo que se estipula en los otros dos acuerdos, nada impediría que los matrimonios islámicos celebrados una vez expirado el plazo de los seis meses de vigencia del expediente de capacidad obtuvieran efectos civiles —excluidos los que afecten a los terceros de buena fe—. Tal conclusión, por lo demás, es la única coherente con la premisa de que en el caso de los matrimonios celebrados en forma islámica el expediente de capacidad se requiere únicamente para su inscripción registral.

Así las cosas, podemos concluir que el reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios celebrados según la Ley islámica se aproxima al modelo previsto para el Derecho canónico, puesto que, si bien el control de la capacidad matrimonial de los contrayentes corresponde a la autoridad civil —y no a la religiosa, como en el caso de los matrimonios canónicos—, no es necesario —aunque sí especialmente aconsejable, según la Instrucción de 1993— que dicho control se ejerza con carácter previo a su celebración. Con ello, además, al igual que ocurre con las uniones canónicas, queda vedada para los contrayentes la posibilidad de limitar los efectos del matrimonio al

54. Por este motivo, RODRÍGUEZ CHACÓN sostiene que la eficacia civil del matrimonio islámico que no haya precedido de expediente de capacidad «queda… suspendida a la condición de que los contrayentes formulen una posterior solicitud ante el Registro Civil de acreditación de capacidad matrimonial [y] mientras dicha condición no se cumpla, hay que entender que ese matrimonio no surte efectos civiles y queda confinado al puro aspecto religioso». *El matrimonio religioso no católico en el Derecho español*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», X, 1994, p. 720.

ámbito estrictamente religioso, por cuanto éste produce efectos civiles desde el momento de su celebración, siempre, eso sí, que se cumplan los requisitos previstos en la normativa civil[55].

Los acuerdos se refieren también a los términos en los que deberá tener lugar el procedimiento de inscripción registral[56]. En su redacción vigente —recordemos que estos preceptos han sido objeto de modificación por la Ley 15/2015— estipulan que, una vez celebrado el matrimonio, el ministro de culto que oficie la ceremonia —o el representante de la comunidad en la que se hubiera contraído, en el caso del matrimonio islámico— «extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción»[57], que habrá de remitirse al encargado del Registro Civil competente para la inscripción por medios electrónicos en el plazo de cinco días, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto —o del representante de la comunidad islámica, en su caso— para celebrar matrimonios[58]. Igualmente extenderá diligencia expresiva de la celebración del matrimonio en las dos copias de la resolución previa de capacidad matrimonial, entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo del oficiante o de la entidad religiosa que representa como ministro de culto.

Se establece, por lo tanto, un plazo de cinco días para remitir la certificación de la celebración del matrimonio al Registro Civil, en lo que constituye la modificación más relevante de las introducidas por la Ley 15/2015 y que

55. De las negociaciones del Acuerdo se infiere, sin embargo, que la intención de los representantes de la CIE era la de preservar el derecho de los contrayentes a decidir acerca de la eficacia civil del matrimonio, demorando la decisión a un momento posterior a la celebración de la misma. En este sentido, *vid.* Víctor REINA y José María MARTINELL, *Curso de Derecho matrimonial*, Marcial Pons, Madrid, 1995, 252.

56. El texto de los acuerdos resulta de aplicación para estas confesiones también en este ámbito, en virtud de lo dispuesto en el art. 58 bis de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

57. Art. 7.5 de los acuerdos con la FEREDE y la FDCJ y 7.3 del Acuerdo con la CIE. En estos preceptos, se precisa, además, que se incluirán «las circunstancias del expediente acta previa que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido, la fecha y número de protocolo en su caso» y, en el caso de los matrimonios evangélicos y judíos, también se mencionará la identidad de los testigos.

58. *Ibidem.* Se precisa, además, que el ministro de culto o representante de la comunidad islámica extenderá diligencia expresiva en las dos copias del acta o resolución previa de capacidad matrimonial, de la celebración del matrimonio., debiendo entregar una a los contrayentes y conservar la otra como acta de la celebración en el archivo de la entidad religiosa o comunidad.

tiene por objeto evitar, en la medida de lo posible, la incertidumbre que se derivaría de la no inscripción de estas uniones[59], aunque debe tenerse en cuenta que los acuerdos incluyen un apartado en el que se dispone que, sin perjuicio de las responsabilidades a que haya lugar y de los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas, la inscripción del matrimonio celebrado conforme a los acuerdos podrá ser promovida en cualquier tiempo, mediante presentación de la referida certificación[60].

Por otra parte, la disposición final primera de la Ley 15/2015 incorpora al art. 60 del Código civil el apartado 2, según el cual «se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España». A raíz de esta norma adquieren eficacia civil en España los matrimonios celebrados según la normativa formal prevista por la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, de los Testigos de Jehová, de la Federación de Comunidades Budistas de España y de las Iglesias Ortodoxas Orientales, así como por las confesiones que en el futuro obtengan la declaración de notorio arraigo, tal y como ocurrió posteriormente con la Comunidad Bahá'í.

En el propio precepto se establecen los requisitos que habrán de cumplirse para el reconocimiento de tales efectos civiles, que incluyen la libre manifestación del consentimiento ante un ministro de culto debidamente acreditado[61] y dos testigos mayores de edad, así como la previa tramitación de un acta o expediente de capacidad matrimonial con arreglo a la normativa del Registro Civil[62]. Así las cosas, puede advertirse que el régimen aplicable al

59. *Vid.* José María MARTÍ, *La religión ante la Ley. Temas de Derecho Eclesiástico*, Digital Reasons, Madrid, 2015, p. 320.

60. *Vid.* art. 7.6 de los acuerdos con la FEREDE y la FCJE y 7.4 del Acuerdo con la CIE.

61. Según el último párrafo del art. 60.2 del Código civil, «la condición de ministro de culto será acreditada mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con la conformidad de la federación que, en su caso, hubiere solicitado dicho reconocimiento». Sobre esta cuestión, el art. 58 bis, apartado 2, de la Ley 20/2011 del Registro Civil precisa que «se consideran ministros de culto a las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa y que acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con la conformidad de la federación que en su caso hubiera solicitado dicho reconocimiento».

62. Al igual que los acuerdos, dicha normativa establece que «el consentimiento deberá prestarse antes de que hayan transcurrido seis meses desde la fecha del acta o resolución que contenga el juicio de capacidad matrimonial» (art. 58 bis. 2).

reconocimiento de efectos civiles a los matrimonios celebrados al amparo de la normativa formal de las confesiones con notorio arraigo se equipara al de las iglesias pertenecientes a la FEREDE y las comunidades judías, distinguiéndose del de las comunidades islámicas, que, como hemos visto, sólo requieren el expediente de capacidad para poder inscribir las uniones en el Registro Civil.

Por lo que se refiere a la inscripción de las uniones de las confesiones con notorio arraigo, rige el mismo procedimiento que el establecido por los acuerdos, una vez modificados por la Ley 15/2015, incluido el plazo de cinco días para remitir el acta de celebración al encargado del Registro Civil competente para realizar dicho trámite[63].

V. LA EFICACIA DE LAS SENTENCIAS DE NULIDAD CANÓNICAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

Nos referimos a continuación al segundo de los aspectos que caracteriza la especialidad del reconocimiento civil del matrimonio canónico frente al de los matrimonios de las confesiones con acuerdo y con notorio arraigo en nuestro sistema. El art. VI.2 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos establece que «los contrayentes, a tenor de las disposiciones del Derecho Canónico, podrán acudir a los Tribunales Eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. A solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil si se declaran ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Tribunal Civil competente».

La inclusión de este precepto en uno de los acuerdos que conforman el nuevo concordato confirma la posibilidad de reconocer efectos civiles a las

63. «Una vez celebrado el matrimonio, el oficiante extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos y de las circunstancias del expediente o acta previa que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido, la fecha y número de protocolo en su caso. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción. Igualmente extenderá en las dos copias del acta o resolución previa de capacidad matrimonial diligencia expresiva de la celebración del matrimonio entregando una a los contrayentes y conservará la otra como acta de la celebración en el archivo del oficiante o de la entidad religiosa a la que representa como ministro de culto» (*Ibidem*).

sentencias de nulidad canónicas —y también a las decisiones pontificias sobre matrimonios ratos y no consumados[64]—, a instancias de cualquiera de los contrayentes, si bien introduce sendas novedades, de enorme relevancia, con relación a lo estipulado en el Concordato de 1953, puesto que éste, no sólo reconocía la eficacia automática en el orden civil de tales resoluciones canónicas, sino que, además, reservaba a la jurisdicción eclesiástica la competencia exclusiva en las causas relativas a la nulidad, separación y disolución de los matrimonios celebrados en forma canónica, coherentemente con el carácter latino del sistema matrimonial vigente durante la dictadura franquista[65].

La reforma del Código civil introducida por la Ley 30/1981 confirmó lo establecido en el art. VI.2 del Acuerdo sobre asuntos jurídicos respecto al reconocimiento civil de las sentencias de nulidad canónicas[66]. En este sentido, su art. 80 precisa que el referido reconocimiento debía someterse al cumplimiento de las condiciones para el reconocimiento en España de las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros, previstas en el art. 954 de

64. En virtud del canon del Código de Derecho canónico, «el matrimonio no consumado entre bautizados, o entre parte bautizada y parte no bautizada, puede ser disuelto con causa justa por el Romano Pontífice, a petición de ambas partes o de una de ellas, aunque la otra se oponga».

65. Según el art. XXIV del Concordato de 1953: «1. El Estado español reconoce la competencia exclusiva de los Tribunales y Dicasterios eclesiásticos en las causas referentes a la nulidad del matrimonio canónico y a la separación de los cónyuges, en la dispensa del matrimonio rato y no consumado y en el procedimiento relativo al Privilegio Paulino. 2. Incoada y admitida ante el Tribunal eclesiástico una demanda de separación o de nulidad, corresponde al Tribunal civil dictar, a instancia de la parte interesada, las normas y medidas precautorias que regulen los efectos civiles relacionados con el procedimiento pendiente. 3. Las sentencias y resoluciones de que se trate, cuando sean firmes y ejecutivas, serán comunicadas por el Tribunal eclesiástico al Tribunal civil competente, el cual decretará lo necesario para su ejecución en cuanto a efectos civiles y ordenará —cuando se trate de nulidad, de dispensa "super rato" o aplicación del Privilegio Paulino— que sean anotadas en el Registro del Estado Civil al margen del acta de matrimonio. 4. En general todas las sentencias, decisiones en vía administrativa y decretos emanados de las Autoridades eclesiásticas en cualquier materia dentro del ámbito de su competencia, tendrán también efecto en el orden civil cuando hubieren sido comunicados a las competentes Autoridades del Estado, las cuales prestarán, además, el apoyo necesario para su ejecución».

66. «Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil» (art. 80 del Código civil).

la Ley de enjuiciamiento civil[67], aunque, desde la derogación de este precepto, la remisión debe entenderse realizada al art. 46.1 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil[68], que enumera los supuestos en los que no se reconocerán en España las resoluciones judiciales extranjeras firmes[69]. A saber, según el tenor literal de este precepto, dicho reconocimiento no podrá tener lugar en los siguientes casos:

> *a) Cuando fueran contrarias al orden público;*
>
> *b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse;*
>
> *c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española;*
>
> *d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España;*

---

67. Según este precepto, se requería el cumplimiento de las siguientes circunstancias: «1.ª Que la ejecutoria haya sido dictada a consecuencia del ejercicio de una acción personal. 2.ª Que no haya sido dictada en rebeldía. 3.ª Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido sea lícita en España. 4.ª Que la carta ejecutoria reúna los requisitos necesarios en la nación en que se haya dictado para ser considerada como auténtica, y los que las leyes españolas requieren para que haga fe en España». Cubillas Recio sostiene que las condiciones primera y cuarta de este precepto resultaban «prácticamente innecesarias… como lo demuestra el hecho de su ausente cuestionamiento procesal para las resoluciones eclesiásticas recaídas en todo este tiempo desde la vigencia del AAJ [Acuerdo sobre asuntos jurídicos]». *Libertad religiosa y eficacia de las resoluciones eclesiásticas en la jurisprudencia española (singulares y significativas sentencias)*, en Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, Silvia MESEGUER VELASCO y Rafael PALOMINO LOZANO (coords.), *Religión, matrimonio y Derecho…*, *cit.*, pp. 2143-2144.

68. De acuerdo con la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, el art. 954 permaneció en vigor hasta la promulgación de la referida Ley 29/2015, que conllevó la derogación efectiva de los arts. 951 a 958 de la Ley de 1981, relativos a la ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros, materia ahora regulada en el título V de la Ley 29/2015.

69. Un comentario de este precepto puede encontrarse en José Luis IGLESIAS BUHIGUES, *Artículo 46. Causas de denegación de reconocimiento*, en Fernando P. MÉNDEZ GONZÁLEZ y Guillermo PALAO MORENO (dirs.), *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Valencia, Tirant lo Blanch — Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 2017, pp. 527-544.

e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España;

f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.

Más allá de que las condiciones estén formuladas en términos negativos, el elenco de requisitos para la obtención del reconocimiento en España de las sentencias dictadas por los tribunales extranjeros se incrementa con relación al del precepto de la Ley de 1889. Sin embargo, la modificación normativa no conlleva un cambio sustancial en lo que afecta al reconocimiento civil de las sentencias de nulidad canónicas y las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, no tratándose de resoluciones emanadas por tribunales de un estado extranjero[70].

La nueva regulación parece haber zanjado, eso sí, el debate respecto a la interpretación de la condición de que la resolución no hubiera sido dictada en rebeldía, que recogía la vieja Ley de enjuiciamiento civil, por cuanto, al sustituir esa exigencia por el requisito de que la misma no se haya dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes, confirma lo que venía siendo la interpretación predominante en nuestra jurisprudencia[71], que sólo admitía la excepción de rebeldía en los supuestos en los que la ausencia del demandado en el proceso fuera involuntaria, ya fuera por no haber sido citado o por haberlo sido de forma irregular o sin tiempo suficiente para poder preparar su defensa[72]. Por lo demás, conviene aclarar que el derecho a la tutela judicial efectiva y el resto de garantías

70. En este sentido, *vid.* José María MARTÍ, *La religión ante la Ley*, *cit.*, p. 327.

71. Un análisis del alcance de este requisito tal y como estaba formulado en la regulación anterior y su interpretación por parte de los tribunales puede verse en J. M. Martí, *El matrimonio canónico ante el Ordenamiento español (II)*, en José María MARTÍ, David GARCÍA-PARDO y Santiago CATALÁ, *El matrimonio religioso en el Derecho español*, *cit.*, pp. 87-88.

72. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2007 pone de relieve que «esta Sala, con carácter general, ha perfilado una doctrina jurisprudencial en relación con el expresado requisito. Ha contemplado específicamente los casos en que la falta de presencia del demandado es involuntaria, por no haber sido debidamente citado y emplazado con arreglo a las normas que regulan el proceso o por haberlo sido de manera irregular o con tiempo insuficiente para preparar su defensa, y ha declarado que esta modalidad de rebeldía, por cuanto obedece a un impedimento para el adecuado respeto de los derechos de defensa, es la única que constituye un obstáculo para el reconocimiento de la sentencia extranjera. Este supuesto ha sido distinguido de los casos en que el demandado no comparece voluntariamente, ya sea porque no reconoce la competencia del Juez de origen, ya sea

procesales reconocidas a los individuos en el art. 24 de la Constitución no rigen en el ámbito canónico[73].

Desde el punto de vista material, el art. 954 de la antigua Ley de enjuiciamiento civil exigía que la obligación para cuyo cumplimiento se hubiera procedido fuera lícita en España. Esta condición ha sido reformulada por la normativa vigente, que requiere que la resolución cuyo reconocimiento se pretende no sea contraria al orden público, exigencia preferida, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, para referirse al límite material al reconocimiento civil de las sentencias de nulidad canónica. De hecho, la jurisprudencia anterior a la entrada en vigor del art. 46.1 de la Ley de cooperación jurídica internacional ya se venía mostrando remisa a examinar el fondo de las sentencias dictadas por los tribunales eclesiásticos, más allá de verificar que éstas fueran manifiestamente contrarias al orden público estatal[74], reiterando en diversas ocasiones que el juez no debe exigir la existencia de coincidencia literal o absoluta entre la causa de nulidad canónica

---

porque no le conviene o, simplemente, porque deja transcurrir los plazos para la personación».

73. Como advierte CUBILLAS RECIO, en el proceso canónico, «no rige la normativa procesal civil sino únicamente la normativa procesal canónica, y ésta no contiene aquel texto constitucional, son otros, canónicos por supuesto, los que regulan las garantías de defensa de las partes, y esos otros no son, precisamente, los que tienen eficacia civil ya que la eficacia civil se constriñe a las resoluciones canónicas declarativas de la nulidad o, en su caso, de la disolución por rato y no consumado que se declaran ajustadas al Derecho del Estado». *Libertad religiosa y eficacia de las resoluciones eclesiásticas…*, *cit*., p. 2155.

74. Así, en la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1994 se indicaba respecto al juicio de homologación que «éste se ciñe a dos extremos concretos: a) autenticidad de la sentencia firme, esto es comprobación o verificación de su validez extrínseca o, en otras palabras, que el documento es veraz y no falso o falsificado, y b) adecuación de la sentencia (en su contenido) al Derecho del Estado, lo cual comporta un examen de fondo que solo se extiende a constatar si las declaraciones de la sentencia, conforme al derecho canónico, no están en contradicción con los conceptos jurídicos y disposiciones equiparables o análogas del Derecho estatal de manera que no se vea perjudicado o alterado el sistema de libertades públicas y derechos fundamentales del ciudadano español. Al margen de estas verificaciones el juicio de homologación no debe extenderse a hacer nuevos pronunciamientos que desvirtuarían su naturaleza y excederían del cometido que tiene atribuido por ley». En el mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1995 se refiere a que «el ajuste al Derecho del Estado se produce sobre la base de concurrencia de las condiciones formales para el reconocimiento de las sentencias extranjeras, con el *plus* que presenta su no contradicción a los principios jurídicos públicos y privados de nuestro Ordenamiento de Estado en su síntesis exponencial de orden público interno, sustantivo y procesal y con el cumplimiento necesario de derecho a la tutela judicial que acoge el art. 24 de la Constitución».

y la civil[75], si bien en sus últimos pronunciamientos ha puesto un mayor hincapié en la necesidad de que las resoluciones canónicas respeten los principios superiores del ordenamiento constitucional[76].

Por todo ello, puede concluirse que, por lo general, los tribunales civiles rehúsan analizar cuestiones de fondo a la hora de otorgar eficacia jurídica a las sentencias de nulidad canónicas y a las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, limitándose a realizar un control estrictamente formal, por lo que, en la práctica, en la mayor parte de los casos, el control ejercido por aquéllos reviste las características de una mera formalidad.

Para concluir, debe advertirse también que la nulidad de los matrimonios celebrados en forma canónica puede también ser declarada por los tribunales civiles, como corresponde a un modelo de sistema matrimonial anglosajón como el español, en el que la competencia sobre todo matrimonio, ya haya sido celebrado en forma civil o religiosa, recae sobre la jurisdicción del Estado. Además, salvo en el caso del matrimonio canónico, la vía civil será la única posible para obtener la nulidad matrimonial, dado que, ni los Acuerdos de 1992, ni la normativa estatal en la materia, prevén la posibilidad de reconocer efectos civiles a la nulidad decretada en el ámbito confesional.

75. En este sentido, *vid.* sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2001.

76. Como pone de relieve CUBILLAS RECIO, «últimamente no ha sido la diferencia entre las causas de uno y otro ordenamiento el punto cardinal para la jurisprudencia, sino los derechos fundamentales implicados en la eficacia civil de tal resolución eclesiástica, como el derecho de defensa, la libertad de conciencia, la no confesionalidad y la igualdad y no discriminación por razón de religión». *Libertad religiosa y eficacia de las resoluciones eclesiásticas…*, *cit*., pp. 2158-2159. En relación con esta cuestión, *vid*. Santiago PÉREZ ÁLVAREZ, *Nuevas consideraciones sobre el orden público constitucional como límite a la eficacia civil de las sentencias de nulidad canónicas en la sociedad española contemporánea*, en Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, Silvia MESEGUER VELASCO y Rafael PALOMINO LOZANO (coords.), *Religión, matrimonio y Derecho…*, pp. 2470-2473.

PARTE II
NO DISCRIMINACIÓN, IGUALDAD, DIVERSIDAD

Identidad sexual y de género y derecho a la vida privada y familiar en la jurisprudencia del TEDH

Sexual and gender identity and right to respect to private and family life in the jurisprudence of the European Court of Human Rights

Ángeles Lara Aguado
Profesora Titular de Derecho internacional privad
Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. DE LA COHERENCIA (E INCOHERENCIA) DEL (NO) RECONOCIMIENTO PLENO A EFECTOS LEGALES DE LA NUEVA IDENTIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO TRAS SOMETERSE A TRATAMIENTOS DE CAMBIO DE SEXO: EVOLUCIÓN PROGRESIVA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH. III. SUBORDINACIÓN DE LA IDENTIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO A OTROS INTERESES SOCIALES EN CASOS DE CAMBIO DE SEXO POSTERIORES AL MATRIMONIO. IV. CAMBIO DE SEXO, FILIACIÓN Y RELACIONES PATERNO/MATERNO-FILIALES. V. ¿POSIBILIDAD DE UN SEXO NEUTRO O TERCER SEXO? VI. CONCLUSIONES.

RESUMEN

La jurisprudencia del TEDH va evolucionando paralelamente a la formación de un consenso internacional en torno a la transexualidad. En lo que concierne al parámetro decisional del individuo respecto a su identidad, el TEDH impone a los Estados obligaciones positivas de reconocer legalmente el cambio de sexo en los Regis-

tros civiles para acomodarlos a la identidad sexual y de género de la persona. En cambio, la identidad sexual y de género cede en las relaciones con terceras personas, a favor del interés público, en relación con el matrimonio o la filiación. La identidad sexual y de género de las personas intersexuales, de momento, no ha encontrado reconocimiento en la jurisprudencia del TEDH, que no impone una obligación de permitir la mención registral a un tercer sexo o sexo neutro o indeterminado.

PALABRAS CLAVE: Identidad de género. Derecho a la vida privada. Transexualidad. Identidad. Intersexuales.

ABSTRACT

The jurisprudence of the ECtHR is evolving in parallel with the formation of an international consensus on transsexuality. Regarding the individual decisional parameter regarding his or her identity, the ECHR imposes positive obligations on States to legally recognize the change of sex in the Civil Registries to accommodate them to the sexual and gender identity of the person. On the other hand, sexual and gender identity gives way in relationships with third parties, in favor of the public interest, with regard to marriage or parentage. The sexual and gender identity of intersex people, for the moment, has not found recognition in the jurisprudence of the ECtHR, which does not impose an obligation to allow the mention of a third sex or neutral or indeterminate sex in the Civil Registry.

KEYWORDS: Gender identity. Right to private life. Transsexuality. Identity. Intersex.

I. INTRODUCCIÓN

Desde que en los años 80 el TEDH empezó a resolver los primeros casos planteados por personas con incongruencia de género (transexuales) que se habían sometido o querían/debían someterse a procedimientos de reasignación de sexo, se ha ido generando una amplia jurisprudencia, después comprensiva también de personas transgénero (que ni se han sometido ni desean someterse a tales procedimientos). Esta jurisprudencia se ha articulado en torno al derecho al respeto a la vida privada y familiar reconocido en el art. 8 del CEDH —a veces, conjuntamente con los arts. 3 (prohibición de tratos inhumanos o degradantes), 12 (derecho al

matrimonio), 14 (prohibición de discriminación) o 6 (derecho a un juicio justo)—, habida cuenta de la inexistencia de reconocimiento explícito del derecho a la identidad sexual o del sentimiento subjetivo de género (la llamada identidad de género) como tal en el CEDH. El derecho a la vida privada, que implica poder vivir la propia vida con las menores injerencias posibles, ha permitido al TEDH ir depurando su posición en relación con estos elementos configuradores del derecho a la identidad. En este proceso, la jurisprudencia del TEDH ha ido evolucionando de forma paralela a la progresiva aceptación por los Estados de la incongruencia de género y del transgenerismo, esto es, a medida que se va percibiendo un consenso internacional[1].

El TEDH, aunque vincula la identidad sexual y el sentimiento subjetivo de género a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, no se ha posicionado claramente desde el principio a favor de la autodeterminación de la persona para reclamar el cambio de su identidad a nivel registral y en los documentos oficiales. Esto da pie a considerar que el derecho a la identidad sexual o la llamada identidad de género no son «inherentes a la persona y a la dignidad humana, sino derechos que se reconocen según el consenso y la opinión de la mayoría»[2]. Esto tiene su lógica, pues si un amplio número de países no permitía el cambio de sexo registral de las personas transexuales o transgénero para adaptarlo a sus documentos o exigía para ello que el solicitante se hubiera sometido a una cirugía completa de reasignación de sexo o que acreditara su esterilidad o cambios permanentes en su apariencia, era razonable que el TEDH no impusiera obligaciones positivas a los Estados para que modificaran sus normativas registrales

1. Este trabajo se enmarca en el Proyecto I+D+i: El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica. Referencia: PID2020-113061GB-I00 financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033 y en el Proyecto I+D+I PID 2019-108526RB-I00/AEI/10.13039/501100011033: Violencias de género y subordinación estructural: implementación del principio del *gender mainstreaming*.

En sentido crítico respecto a la utilización ambivalente del criterio del consenso entre los Estados por parte del TEDH, según el resultado al que quiera llegar el Tribunal, *vid*. Javier Andrés GONZÁLEZ VEGA, «La larga marcha en pos de la autodeterminación de género: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en Pilar JIMÉNEZ BLANCO e Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (dirs.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias*, A Coruña, Colex, 2024, pp. 26-50.

2. Silvia ROMBOLI, «El derecho a la identidad sexual en la interpretación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre margen de apreciación nacional y creación de normas comunes», *Revista Catalana de Dret Públic*, 63, 2021, p. 247.

basadas en intereses públicos, como la estabilidad y seguridad jurídica de los Registros civiles o la fiabilidad e inamovilidad de los datos registrales. Otro proceder habría sido considerado una intromisión en la labor de los legisladores nacionales. Por eso, el TEDH concede un amplio margen de apreciación a los Estados, que se va reduciendo conforme se va alcanzando un mayor consenso al respecto.

El TEDH se ha pronunciado sobre diversos aspectos vinculados a la identidad de las personas trans, pudiendo dividirse su jurisprudencia en varios bloques. De un lado, hay sentencias que versan sobre peticiones de reconocimiento legal de la nueva identidad sexual, alcanzando a distintas facetas de la vida de las personas, como la modificación de los datos de identidad en las inscripciones de nacimiento de quienes se han sometido a operaciones quirúrgicas o a tratamientos hormonales para acomodar su sexo legal al sentido; el efecto de la nueva identidad sexual de cara a la posibilidad de contraer matrimonio con personas de su sexo originario; e, incluso, las que afectan a la posibilidad de beneficiarse de determinadas prestaciones o derechos sociales, como la jubilación a una determinada edad según el sexo. De otro lado, hay sentencias que analizan la obligación de divorciarse para obtener el pleno reconocimiento legal de la nueva identidad en países que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. Otro grupo de resoluciones se pronuncian sobre los tratamientos de reasignación de sexo, dividiéndose aquellas entre las que versan sobre la financiación de los tratamientos, la obligación de someterse a cirugías o tratamientos hormonales para proceder al cambio de sexo legal, haciendo irreversible la alteración de la apariencia, pudiendo provocar una esterilización; los obstáculos opuestos por los Estados para autorizar las operaciones de reasignación de sexo; la negativa de las autoridades a seguir proporcionando tratamiento hormonal a personas transgénero encarceladas o las que, tras la expulsión de las personas con incongruencia de género, no pueden seguir con el tratamiento iniciado en el país que las expulsa; o reclamaciones por infracción del deber del Estado de prevenir tratos inhumanos. Otro grupo de sentencias versan sobre los derechos de custodia sobre menores a cargo de personas con incongruencia de género o transgénero, así como sobre la filiación de sus hijos. Finalmente, el TEDH también se ha pronunciado sobre la admisión o no del sexo neutro o tercer sexo.

En este trabajo, por razones de espacio solo se analizará parte de dicha jurisprudencia, para ver la coherencia o incoherencia de sus planteamientos.

II. DE LA COHERENCIA (E INCOHERENCIA) DEL (NO) RECONOCIMIENTO PLENO A EFECTOS LEGALES DE LA NUEVA IDENTIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO TRAS SOMETERSE A TRATAMIENTOS DE CAMBIO DE SEXO: EVOLUCIÓN PROGRESIVA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Entre la variada gama de casos resueltos por el TEDH y que llevan implícito el pleno reconocimiento (o no) de la identidad sexual, deben distinguirse los que afectan a transexuales (quienes se han sometido a tratamiento de reasignación de sexo) y a personas transgénero (individuos que no quieren pasar por dichos tratamientos). La jurisprudencia más abundante es la que concierne a transexuales. Las primeras sentencias dictadas por el TEDH a finales de los años ochenta y principios de los noventa eran reacias a condenar a los Estados por no permitir que las personas que se habían sometido a un procedimiento de reasignación de sexo pudieran modificar el dato del sexo en los registros civiles y otros documentos identificativos para acomodarlo a la identidad sexual de la persona transexual. El fundamento de estos pronunciamientos se basaba en el margen de apreciación[3] que el CEDH otorga a los Estados ante la inexistencia de un consenso científico internacional para explicar el origen o la causa de la transexualidad, lo que permitía un tratamiento jurídico de la realidad de estas personas muy diverso según el país. Esta inexistencia de criterios comunes y uniformes impedía al TEDH imponer a los Estados la obligación positiva de modificar su normativa. Seguía, pues, una concepción biológica del sexo, basada en criterios estrictamente médicos, lo que le llevó a afirmar en la STEDH de 17 de octubre de 1986, *Rees c. Reino Unido*[4], que la transexualidad no conduce a adquirir completamente las características sexuales del otro sexo, al igual que declaró la STS español de 2 de julio de 1987[5], según la cual, un cambio registral del sexo no implicaba un auténtico cambio de sexo, porque la rectificación de las menciones registrales no alteraba los cromosomas de la persona.

El margen de apreciación conferido a los Estados primaba para el TEDH por encima de los intereses individuales de las personas transexuales en ver reconocida a nivel registral su sexo coincidente con su identidad sexual. En

3. *Vid.* sobre esta cuestión, Javier GARCÍA ROCA, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Civitas, Cizur Menor, 2010.
4. STEDH de 17 de octubre de 1986, ap. 40. Disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-165098
5. ECLI: ES:TS:1987:8700.

esos primeros momentos, aunque el TEDH era consciente del sufrimiento que las personas transexuales tenían que padecer por no ver acomodada su documentación a su nueva identidad, no entendía que fuera un motivo de suficiente entidad como para limitar tal margen de apreciación e imponer a los Estados una obligación positiva de reconocimiento legal pleno del cambio de sexo realizado, derivada del art. 8 del CEDH. Por tanto, los Estados podían decidir qué documentos se podían modificar y cuáles no, porque el cambio podía tener efectos frente a terceros, alterando el principio de estabilidad del Registro civil que debía primar. Aun así, el TEDH deja entrever que se deberían adoptar medidas legales adecuadas en función del desarrollo científico y social. En esta etapa, el TEDH tampoco apreciaba violación del art. 12 del CEDH (derecho al matrimonio), porque, en su opinión, la unión protegida por este precepto era el matrimonio tradicional, basado en la unión de personas de distinto sexo biológico.

Ejemplos de esta primera etapa son la ya citada sentencia *Rees c. Reino Unido* y la STEDH de 27 de septiembre de 1990, *Cossey c. Reino Unido*[6], ambas referidas a transexuales, cuyo tratamiento quirúrgico de reasignación de sexo fue financiado por el Servicio Nacional de Sanidad y a quienes Reino Unido no les permitía rectificar las menciones registrales relativas a su sexo en el Registro civil, lo que les impedía también contraer matrimonio, ya que Reino Unido no permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo. El caso *Rees c. Reino Unido* contó con el voto particular disidente de los jueces Bindschedler-Robert, Russo y Gersing, que destacaron la falta de proporción en la ponderación que había hecho el TEDH entre la protección del interés general y el de la persona transexual y optaron por priorizar la necesidad de prevenir el sufrimiento y la afectación a la vida privada del señor Rees como consecuencia de la imposibilidad de registrar el cambio de su sexo.

El caso *Cossey c. Reino Unido* era similar, aunque afectaba a una persona transexual que tenía pareja con quien quería contraer matrimonio, pero a quien la imposibilidad de modificar el dato del sexo en el Registro civil le impedía contraer matrimonio. Para el TEDH, el art. 12 del CEDH protege la concepción tradicional del matrimonio, por lo que estaba justificado que los Estados siguieran empleando el criterio biológico para decidir quién puede contraerlo. En este caso, también los jueces Macdonald y Spielmann emitieron votos disidentes, destacando la evolución proteccionista que se había producido en el Derecho de muchos países, o la de juez Martens, que consideró insuficiente para la protección del derecho a la vida privada de

6. STEDH de 27 de septiembre de 1990, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-57641

las personas transexuales permitirles cambios de sexo solo en su apariencia exterior, a través de tratamientos hormonales y quirúrgicos, si no van acompañados de la rectificación registral de su sexo.

También cabe situar en este primer grupo la STEDH de 30 de julio de 1998, *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*[7], relativos a dos personas transfemeninas (con sexo biológico masculino), que alegaban violación de su derecho al respeto a la vida privada por no poder obtener la modificación o actualización de los datos relativos a su nuevo sexo en el Registro civil. Aunque el TEDH conocía el drama que vivían las personas transexuales, las humillaciones sociales a las que se veían sometidas y su alto índice de depresión, automutilaciones y suicidio, las alegaciones de las solicitantes fueron desestimadas, bajo el argumento de que no aún no había consenso internacional al respecto y no habían demostrado que se hubieran producido descubrimientos científicos que disiparan las dudas sobre las complejas cuestiones de naturaleza científica, jurídica, moral y social en torno a las personas transexuales. Por eso, se aferró a su jurisprudencia de los casos *Rees* y *Cossey*, afirmando que los inconvenientes que encontrarían las recurrentes al enfrentarse a situaciones en que tenían que revelar su sexo biológico serían pocas, ya que Reino Unido les había proporcionado permisos de conducir y otros documentos oficiales con los que poder desenvolverse en su vida cotidiana. En la ponderación de intereses que hizo el TEDH primaba el interés público en mantener la estabilidad de los Registros civiles, frente al inconveniente menor que suponía la vergüenza y el sufrimiento padecido por las personas transexuales por no ver reconocida legalmente su identidad sexual. En estos asuntos, además, se había alegado violación del art. 12 del CEDH, porque la primera solicitante fue obligada a divorciarse antes de someterse al tratamiento quirúrgico.

La segunda planteaba un caso típico de Derecho internacional privado: la persona había nacido en Reino Unido, pero era residente en Países Bajos, cuya nacionalidad adquirió; procedió al cambio de sexo autorizado por un tribunal de Ámsterdam y obtuvo un certificado de nacimiento con el nuevo nombre y sexo. Sin embargo, no se le permitía rectificar su inscripción de nacimiento en Reino Unido. Además, dudaba de que el matrimonio que pudiera celebrar válidamente en Países Bajos con su compañero fuera reconocido en Reino Unido, lo que la obligaba a un exilio permanente. Ninguna de estas alegaciones fue estimada por el TEDH, que reiteró su argumento de que el matrimonio que garantiza el art. 12 es el tradicional entre un hombre

7. STEDH de 30 de julio de 1998, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58212

y una mujer, aunque reconoció que cada vez había una mayor aceptación social del transexualismo.

Un atisbo de cambio de criterio se empezó a ver en la STEDH de 25 de marzo de 1992, *B. c. Francia*[8], que es cronológicamente anterior a los casos *Sheffield y Horsham c. Reino Unido*, aunque no provocó una separación de su línea favorable a los intereses de los Estados. En el caso *B. c. Francia* se planteaba el mismo problema respecto a una persona nacida con sexo masculino, pero el TEDH esta vez condenó a Francia por no haber sopesado correctamente los intereses privados y públicos. Admitió que ya se empezaba a apreciar un cambio de mentalidad respecto a las personas transexuales, pero aún no existía un consenso suficientemente amplio. Ahora bien, su respuesta fue diferente a la que hasta entonces había ofrecido. Lo relevante para alejarse de su jurisprudencia anterior y dejar inalterada la posterior fue el hecho de que diferían las normativas británica y francesa en lo concerniente al cambio de nombre o al uso de los documentos de identidad: la legislación y práctica francesa exponían a la persona transfemenina a múltiples ocasiones en que tenía que revelar su identidad, al constar su sexo en muchos documentos que tenía que exhibir con frecuencia en su vida cotidiana ante la Administración, generándole muchas dificultades y perturbaciones graves que no estaban justificadas por el respeto a los derechos ajenos. El TEDH entendió que era equilibrado imponer a Francia la obligación de proceder a la rectificación registral solicitada, porque remitir a la solicitante a la *Cour de Cassation* para obtener satisfacción de su pretensión no garantizaba que se le fuera a permitir registrar el cambio de sexo en el Registro de estado civil y condenó a Francia por infringir su obligación de preservar el art. 8 del CEDH.

El asentamiento de la jurisprudencia del TEDH en esta materia se produjo, no obstante, con el giro radical que dio con las sentencias de 11 de julio de 2002, en las que el TEDH se erigió en defensor de la causa de los transexuales[9]. Se trata de los casos *Christine Goodwin c. Reino Unido*[10] (persona transfemenina con sexo biológico masculino, casada y con cuatro hijos, que, tras operarse sufre acoso laboral, es despedida, debe esperar a jubilarse a los 65 años en vez de a los 60 previstos para las mujeres y pagando las cuotas

8. STEDH de 25 de marzo de 1992, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57770
9. Susana SANZ-CABALLERO, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta al reto de la transexualidad: historia de un cambio de criterio», *American University International Law Review* 20, n.º 4, 2014, p. 846.
10. ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002895795. Disponible en https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60596

ella misma para que su empleador no descubriera que en los documentos aparecía como varón) e *I. c. Reino Unido*[11] (persona transfemenina con sexo biológico masculino, que trabajaba como enfermera del ejército, pero que tuvo que renunciar a un contrato indefinido, porque en su documentación figuraba como hombre, motivo por el que tampoco podía casarse con su pareja varón).

En estas sentencias, el TEDH impuso por primera vez a Reino Unido la obligación positiva de reconocer de manera efectiva a las personas transexuales la nueva identidad que habían adquirido con los tratamientos quirúrgicos para el cambio de sexo que se les habían autorizado, rectificando los datos registrales y emitiendo los documentos de identidad necesarios. Y ello, porque se consideraba incongruente autorizar y financiar el procedimiento de reasignación de sexo, el tratamiento hormonal y la terapia psicológica con cargo al Estado y luego no aceptar las consecuencias jurídicas de ese cambio[12]. Aunque aún no se había alcanzado una opinión unánime a nivel internacional respecto al reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, sí se había avanzado lo suficiente como para que esta vez el TEDH sí fuera sensible al sufrimiento de las personas transexuales derivado de la ausencia de reconocimiento legal de su cambio de sexo y comprendiera que tal discordancia entre su nueva situación personal y social las exponía a una situación de vulnerabilidad, humillación y angustia, que pesó más que el interés público en la estabilidad del Registro civil. En esta situación, es razonable exigir a «la sociedad que acepte ciertas inconveniencias a fin de permitir a estas personas vivir con dignidad y respeto». A este nuevo criterio llegó el TEDH, porque entendió que el CEDH es un instrumento vivo, que debe interpretarse conforme a las circunstancias históricas cambiantes y ya se vislumbraba una evolución de las normativas nacionales como consecuencia de que cada vez había más casos de transexualidad, cuyas causas seguían sin conocerse, pero a nivel internacional progresaba la aceptación social del reconocimiento legal de la identidad de las personas transexuales, pese a las particularidades de las modificaciones que se iban produciendo de los ordenamientos jurídicos que reconocían efectos jurídicos al cambio de sexo.

Esta sentencia fue pionera, además, por calificar la denegación del derecho a contraer matrimonio a una persona transexual como violación del art. 12 CEDH, no porque el TEDH compartiera la idea de que este precepto

11. ECLI:CE:ECHR:2002:0711JUD002568094. Disponible en https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-60595
12. Susana SANZ-CABALLERO, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta…», *cit.*, p. 833.

reconocía el derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo sexo (al contrario, el Tribunal seguía pensando que protegía al matrimonio tradicional), sino porque el TEDH se alejó de los criterios médicos y admitió que la identidad sexual se determina conforme a otros elementos, como el sexo cerebral, y no depende exclusivamente de los cromosomas[13]. Esto lo justifica en que ya existía amplio consenso sobre la idea de que el sexo psicológico debe primar sobre el cromosómico y sobre el hecho de que los términos hombre y mujer no debían interpretarse exclusivamente con criterios biológicos. Aunque los Estados seguían teniendo en relación con el matrimonio un margen de apreciación, no había ninguna razón que justificara que se les denegara el derecho a contraer matrimonio con personas de su sexo originario, porque un matrimonio entre personas homosexuales (que tienen muy clara su identidad sexual, pero se sienten atraídas por personas de su mismo sexo) no es lo mismo que uno entre transexuales (cuya identidad sexual no coincide con su sexo biológico)[14].

Tras esta sentencia, el TEDH no ha dudado en reconocer la existencia de una violación del derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) de las personas transexuales a las que no se les reconocen los efectos legales derivados del cambio de sexo, pero no lo hace de manera automática, dando prevalencia al sexo psíquico, sino que procede a realizar un estudio pormenorizado de todas las circunstancias concurrentes para ver el grado de prevalencia de la transexualidad[15]. Muestra de esta nueva tendencia es la STEDH de 23 de mayo de 2006, *Grant c. Reino Unido*[16], relativa a una persona transfemenina a la que se le denegó acceder a la pensión de jubilación a la edad de 60 años prevista para las mujeres, debiendo esperar hasta los 65 correspondientes a los hombres, por la negativa de las autoridades británicas a reconocerle su nuevo sexo tras la cirugía de reasignación, inaplicando con ello la jurisprudencia del caso *Christine Goodwin*.

Una excepción en esta línea constituye la STEDH de 17 de febrero de 2022, *Y. c. Polonia*[17], en la que se niega que exista violación del derecho a la vida privada de una persona transmasculina, que solicita que se elimine en su inscripción de nacimiento la referencia al sexo femenino que le fue asig-

13. *Christine Goodwin*, apartados 82 y 83.
14. Susana SANZ-CABALLERO, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su respuesta…», *cit*., p. 835.
15. *Ibid.*, p. 837.
16. STEDH de 23 de mayo de 2006, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75454
17. STEDH de 17 de febrero de 2022, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215604

nado al nacer y la anotación marginal de su cambio de sexo o que se practicara una nueva inscripción en la que solo constara el nuevo sexo, al igual que se permite para los adoptados. Las autoridades polacas se opusieron, porque todos los hechos y actos de estado civil que le ocurran al interesado después de su nacimiento deben inscribirse al margen de la inscripción de nacimiento y solo se pueden eliminar aquellas no previstas por la ley o que vulneren derechos fundamentales, pero el sexo y el nombre no vulneraba ningún derecho fundamental. Entiende el solicitante que la negativa de las autoridades polacas a atender a su petición constituye una discriminación con respecto a la situación de los adoptados. En cambio, el TEDH estima que las autoridades polacas han actuado dentro de su margen de apreciación, porque el certificado en extracto de su nacimiento y sus otros documentos de identidad solo hacen referencia a su nuevo sexo y el certificado literal de nacimiento solo tiene que presentarlo en contadas ocasiones (en procesos de adopción, cuando se solicita la nacionalidad, para cambiar de nombre, en procesos hereditarios complejos o en procesos judiciales) y es de publicidad restringida, por lo que el mantenimiento de ese dato en el certificado literal de nacimiento no le causa consecuencias negativas y sufrimiento en su vida diaria. Los inconvenientes que pueda causarle este sistema no lo convierten en deficiente ni imponen una obligación positiva a Polonia de modificarlo, porque dicho sistema responde a otros intereses, como la necesidad de conocer el nombre y sexo previo para algunos procesos determinados. Nótese que, en este caso, la pretensión del solicitante podría haberse satisfecho plenamente si el mecanismo que se hubiera empleado fuera el mismo que para los adoptados, practicando una nueva inscripción de nacimiento con los datos respecto a su nueva identidad, dejando una referencia a la inscripción de nacimiento original, que podría ser cancelada. Sin embargo, el TEDH se niega a admitir que, aunque sean pocas las ocasiones en que la persona deba utilizar ese certificado literal de nacimiento, la constancia de su cambio de sexo expone al interesado a una situación en la que queda revelado su cambio de identidad.

Respecto a la efectividad del reconocimiento de la identidad sexual de las personas que no se han sometido a un tratamiento de reasignación de sexo, los casos son más recientes, como corresponde al avance de la aceptación social y legal de la identidad sexual basada en la autodeterminación. Un ejemplo de ello es la STEDH de 1 de diciembre de 2022, *A.D. y otros c. Georgia*[18]. En este caso, una persona transgénero (cuyo sexo al nacer era

18. STEDH de 1 de diciembre de 2022, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-221237

femenino) no había podido obtener el reconocimiento de su sexo mediante la modificación de su sexo y nombre en el Registro civil por no haberse sometido a una cirugía de reasignación. Aunque Georgia preveía un mecanismo para obtener dicho reconocimiento, no existían casos en que se hubiera logrado, por lo que el TEDH entendió que la falta de previsión de procedimientos rápidos, transparentes y accesibles para el reconocimiento legal de la identidad sexual era contraria al respeto a la vida privada y familiar.

Mención especial merece la STEDH de 16 de julio de 2020, *Rana c. Hungría*[19], en el que las autoridades húngaras se niegan a cambiar el nombre y sexo en los documentos de identidad a un iraní, que estaba inscrito en Irán con sexo femenino y a quien Hungría concedió el asilo, por considerar que sufría persecución por razón de su sentimiento subjetivo de género. La negativa húngara a cambiar sus datos de identidad en su documentación se basaba en que no había aportado su certificado de nacimiento iraní donde constara el nuevo nombre y sexo y que su nacimiento no estaba inscrito en Hungría, por lo que las autoridades húngaras no podían efectuar dicho cambio. El TC húngaro declaró que las autoridades habían actuado dentro del marco legal, porque no había base legal para modificar el nombre de un ciudadano que no era húngaro. Pero, como el cambio de nombre como consecuencia de un cambio de sexo era un derecho fundamental y el legislador húngaro no había previsto un procedimiento para permitir dicho cambio a un ciudadano extranjero que no puede obtenerlo en su país de origen, esta omisión era inconstitucional y existía una obligación de permitirle de algún modo realizar el cambio en los documentos expedidos por las autoridades húngaras, mientras se modificaba la normativa. Dicha reforma estaba en curso e iba a prever la necesidad de acreditar un diagnóstico médico de transexualidad y a recomendar hacer la reasignación de sexo, aunque esta no sería imperativa. Pero el gobierno húngaro alegó que el cambio de sexo se efectuaba dejando constancia del mismo en el registro del nacimiento, por lo que no se podía practicar dicho cambio, al no estar inscrito en Hungría. El solicitante llevó el caso ante el TEDH por entender que la imposibilidad de modificar su nombre y sexo en sus documentos de una manera rápida vulneraba su derecho a la vida privada. Además, alegó que las autoridades húngaras le habían concedido el estatuto de refugiado por razones de "identidad de género", sin haber cuestionado su transexualidad, por lo que su estatuto personal se regía por la ley húngara y que no podía acudir a las autoridades de su propio país para obtener esa documentación, pues allí era perseguido por razón de su transexualidad.

19. STEDH de 16 de julio de 2020, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-203563

Como era de esperar, el TEDH condenó a Hungría por violación del derecho a la vida privada del refugiado, al no haber hecho un balance adecuado entre el interés público en garantizar la estabilidad del estado civil —que justifica que se exija algún tipo de requisitos para el cambio de sexo— y el derecho del solicitante al respeto a su vida privada. Afirma el TEDH que corresponde a Hungría decidir cuál es el procedimiento para el cambio de nombre, así como atribuir la competencia a las autoridades que llevan el registro de nacimiento. Pero, la regulación restrictiva del acceso al procedimiento restringe el derecho a la dignidad a los refugiados, al no prever un procedimiento previsible, preciso y accesible para el reconocimiento legal del sexo con independencia del lugar de nacimiento de las personas. Este fallo era previsible, pues es conocida la necesidad de que las personas refugiadas no mantengan contacto con sus países de origen, a fin de salvaguardar su vida y su integridad física. De hecho, el legislador español prevé como una de las causas que pueden dar lugar al cese de la condición de refugiado la posibilidad de gozar de la protección de su país de origen (art. 42 de la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria), pudiendo englobarse en el concepto de «protección» la obtención de documentos de identidad. Dada la necesidad de protección de los refugiados frente a sus países de origen, también el Anexo de la Orden JUS/1625/2016, de 30 de septiembre, sobre la tramitación de los procedimientos de concesión de la nacionalidad española por residencia[20], exime a los refugiados de presentar una documentación específica para poder obtener la nacionalidad española por residencia, de modo que no tendrán que presentar su partida de nacimiento o el certificado de antecedentes penales de su país de origen ni su pasaporte, si no cuentan con esa documentación, sustituyéndolos por la documentación que al efecto expida el Ministerio del Interior acreditando esta condición.

III. SUBORDINACIÓN DE LA IDENTIDAD SEXUAL Y DE GÉNERO A OTROS INTERESES SOCIALES EN CASOS DE CAMBIO DE SEXO POSTERIORES AL MATRIMONIO

Si bien el TEDH ha ido ampliando el círculo de protección del derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 del CEDH en aquellos casos en los que está en juego exclusivamente la legitimidad de la persona transexual para decidir sobre sí mismo y sobre su identidad (el denominado paradigma decisional)[21], su posición dista mucho de ser igual de flexible

20. *BOE* núm. 246, de 11 de octubre de 2016.
21. Víctor MERINO SANCHO, «Una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la intimidad sexual y la autonomía individual», *Derechos y Libertades*, N.º 38, Época II, enero 2018, p. 347.

cuando entran en juego otros intereses, como la protección de la familia y los derechos de otras personas; supuestos estos en los que el TEDH tolera que el cambio de identidad no reciba un reconocimiento jurídico pleno. Por ello, aunque una de las vertientes del derecho a la vida privada consista en alejar al individuo de injerencias indebidas en su vida y en concederle la autonomía para decidir acerca de «quién es, con quién y de qué modo se relaciona» (paradigma relacional)[22], el TEDH entiende que el derecho a la vida privada y familiar de las personas transexuales no se ve vulnerado por el hecho de que se condicione el reconocimiento legal pleno de su cambio de sexo a la modificación de su estado civil en aquellos países que no permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo, cuando el cambio de sexo convierte a la pareja en un matrimonio de este tipo.

Los casos que se le han sometido al TEDH versan sobre la alegación de vulneración del derecho a la vida privada y familiar (art. 8) y del derecho al matrimonio (art. 12) como consecuencia de la obligatoriedad para el transexual de divorciarse para que se le reconozca legalmente el cambio de sexo, poniéndolo en la tesitura de tener que elegir entre seguir casado o dar efectividad a su identidad sexual a efectos legales. En todos los casos planteados ante el TEDH, se ha negado la existencia de una violación del art. 8 o del art. 12 del CEDH por la exigencia de esta condición, porque se prioriza la versión relacional sobre la decisional, implícita en el cambio de sexo realizado, esto es, la visión tradicional de la familia, conforme a las tradiciones de cada país y, con ello, se evidencia la pervivencia de la visión heteronormativa del matrimonio que comparte el TEDH[23].

Ejemplos de esta jurisprudencia encontramos en las SSTEDH de 28 de noviembre de 2006 (*Parry c. Reino Unido*)[24], de 28 de noviembre de 2006 (*R. y F. c. Reino Unido*)[25] o la de 16 de julio de 2014 (*Hämäläinen c. Finlandia*)[26]. En el primero, se trataba de un pastor anglicano casado y con tres hijos, que realizó un cambio completo de sexo, pero para el reconocimiento legal de su nueva identidad sexual se le exigía divorciarse. Su esposa se negaba a aceptar el divorcio por sus convicciones religiosas. En el segundo, aunque podían aceptar constituir una pareja registrada, esta no tenía los mismos

22. *Ibid*., pp. 346-347.
23. *Ibid*., p. 350.
24. STEDH de 28 de noviembre de 2006, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-78666
25. STEDH de 28 de noviembre de 2006, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-78450
26. STEDH de 16 de julio de 2014, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-145768

efectos que el matrimonio, en especial en el ámbito patrimonial. Pese a ello, el TEDH es implacable al considerar que Reino Unido había cumplido con su obligación positiva al permitir el cambio de sexo y al darle efecto legal y eso a pesar de que podía haber aplicado la jurisprudencia del caso *Christine Goodwin*, que imponía a los Estados obligaciones positivas respecto al reconocimiento legal del cambio de sexo realizado. Sin embargo, en relación con el matrimonio, el TEDH no cambia su criterio respecto al margen de apreciación que tienen los países sobre el concepto de matrimonio y sobre su decisión de admitir o no el matrimonio entre personas del mismo sexo. Por ello, entiende que, al permitirse a los demandantes acceder a una figura jurídica similar al matrimonio, podían divorciarse y vivir como pareja, sin que con ello se vea afectado su derecho a la vida familiar. El hecho de que no tuviera los mismos efectos una unión y el matrimonio no era desproporcionado, porque Reino Unido no admitía en su ordenamiento jurídico el matrimonio entre personas del mismo sexo, y el matrimonio protegido por el art. 12 es uno heterosexual, aunque cada vez haya más Estados que lo permitan a parejas del mismo sexo.

El caso *Hämäläin c. Finlandia* también es similar. La solicitante, que había nacido con sexo biológico masculino, cambió de sexo y se le permitió el cambio de nombre, pero el número de identidad no podía modificarlo para adaptarlo a su nuevo sexo hasta que convirtiera su matrimonio en una pareja, a lo que se negaba su esposa. El TEDH no consideró que fuera desproporcionada la condición exigida por el Derecho finlandés, por lo que Finlandia no había incumplido sus obligaciones positivas de conformidad con el art. 8 del CEDH. Aunque el TEDH es consciente de que la señora Hämäläin se va a enfrentar en su vida diaria a situaciones incómodas si no se le reconoce legalmente su nueva identidad, el Estado le ofrece la posibilidad de evitarlas, divorciándose y constituyendo una pareja civil.

Por tanto, se puede concluir que, en todos estos casos, la jurisprudencia aperturista del TEDH favorable al reconocimiento de los plenos efectos jurídicos derivados de la identidad sexual y del sentimiento subjetivo de género (identidad de género) basadas en la autonomía individual, sucumbe ante la persistencia de las concepciones heteronormativas de las relaciones familiares.

IV. CAMBIO DE SEXO, FILIACIÓN Y RELACIONES PATERNO/MATERNO-FILIALES

En los supuestos en que están implicados derechos de otras personas, la jurisprudencia del TEDH se orienta a salvaguardar el interés de los menores

y las tradiciones jurídicas respecto a la familia. Por ello, justifica la heteronormatividad del Derecho y el binarismo para negar la existencia de una violación del derecho a la vida privada y familiar de los solicitantes. Muestra de ello es la STEDH de 22 de abril de 1997, *X, Y y Z. c. Reino Unido*[27], dictada antes del caso *Christine Goodwin c. Reino Unido* e *I. c. Reino Unido*, en la que dio el giro para imponer obligaciones positivas a los Estados en orden al reconocimiento legal del cambio de sexo de los transexuales.

En el asunto *X, Y y Z*, el TEDH consideró razonable que Reino Unido solo permitiera establecer la «paternidad» a personas que son biológicamente hombres y no consideró que se vulnerara el derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 del CEDH por el hecho de que no reconociera legalmente como padre del hijo de su pareja (mujer inseminada con semen de donante anónimo) a una persona transmasculina, que nació mujer y, por tanto, no puede ser padre biológico. Puesto que la persona transexual puede actuar socialmente como padre del hijo biológico de su compañera (padre social), entiende el TEDH que no se viola su derecho a la vida familiar, ya que existían vínculos familiares *de facto* entre los tres y la persona transmasculina había actuado siempre como padre del niño en sus relaciones sociales. Sin embargo, el TEDH aún se resiste a admitir que el cambio que ha experimentado la persona transexual con su reasignación de sexo de mujer a hombre sea algo más que una apariencia de paternidad, por lo que ese cambio no es suficiente para convertirlo en padre legal.

Hay quien considera que este planteamiento no habría sido el mismo si la sentencia se hubiera dictado después de los casos *Christine Goodwin e I. c. Reino Unido*[28]. De hecho, en un voto disidente, el juez Gotchev alegó que se debería haber tenido más en cuenta el bienestar del menor. Y los jueces Casadevall, Russo y Makarczyk consideraron incongruente que se hubiera concedido autorización a la pareja para que la mujer se sometiera a una técnica de reproducción asistida con donante anónimo, con consentimiento de su pareja, habiendo reconocido la paternidad del menor la persona transmasculina según la legislación vigente y que, posteriormente, no se le permitiera desarrollar su vida familiar sin discriminación con respecto a los hombres que no son transexuales y hacen el mismo reconocimiento de paternidad con respecto al hijo de sus parejas inseminadas artificialmente.

27. STEDH de 22 de abril de 1997, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-58032
28. Francisco M. RUIZ-RISUEÑO MONTOYA, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los derechos del colectivo LGBT», Biblioteca de la Corte Internacional de Derechos Humanos, disponible en: https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r32958.pdf

Sin embargo, recientemente ha llegado a un resultado similar al mantenido en el caso *X, Y y Z c. Reino Unido*, en la STEDH de 4 de abril de 2023, *O.H. y G.H. c. Alemania*[29], amparándose en el margen de apreciación que tienen los Estados y en el correcto balance que se había hecho de todos los intereses implicados, priorizando el interés del menor y el interés público. En esta sentencia, tampoco ha considerado incompatible con el derecho a la vida privada que las autoridades alemanas denegaran a una persona transmasculina su mención como «padre» en la inscripción de nacimiento de su hijo, nacido después de su cambio de sexo, basándose en que él había dado a luz al niño. Para el TEDH, su derecho a la vida privada no se había violado, porque en ningún momento se había cuestionado que fuera el padre del niño frente a la sociedad (padre social) y porque el certificado de nacimiento donde consta como madre no tiene que ser utilizado con frecuencia en la vida cotidiana, por lo que no le supone grandes inconvenientes.

Esta posición del TEDH puede suponer una incoherencia, la misma que el TEDH achacaba a los países que financiaban las operaciones quirúrgicas y tratamientos hormonales y psicológicos para permitir la reasignación del sexo y luego no aceptaban las consecuencias jurídicas del cambio de sexo realizado. Con ello se crea un «ser humano ambiguo», que es hombre o mujer dependiendo de para qué y en qué ámbito[30]. Esto lleva a algunos autores a cuestionarse hasta qué punto es relevante o no que en el Registro Civil sea necesario dejar constancia de la condición paterna o materna de los progenitores. Para salvar estos obstáculos, el legislador español ha optado por incorporar la mención «progenitor gestante»[31]. Sin embargo, no es baladí este aspecto, ya que la filiación afecta a la identidad personal del hijo o hija, que entraría en colisión con el libre desarrollo de la personalidad de la persona transexual o transgénero[32] y, de momento, para el TEDH prima el primer interés.

La situación, en cambio, difiere en lo que concierne a la posibilidad de que las personas transexuales puedan ejercer sus derechos de custodia y visita respecto a los menores, pues en tal caso, lo prioritario es siempre el interés

29. STEDH de 4 de abril de 2023, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-14047
30. En este sentido, Susana SANZ-CABALLERO, «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos…», *cit.*, p. 852.
31. María Susana QUICIOS MOLINA, «Las relaciones de filiación de las personas LGTBI tras la Ley 4/2023», *Cuadernos de Derecho Privado*, N.º 5, 2023, pp. 2-7.
32. Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La incidencia de la autodeterminación de género en el régimen jurídico de la filiación», en Pilar JIMÉNEZ BLANCO e Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ (dirs.), *Obstáculos de género a la movilidad transfronteriza de personas y familias…op. cit.*, p. 302.

superior del menor y la transexualidad o transgenerismo es naturalizada por el TEDH, de modo que esta condición no sea objeto de discriminación. No altera esta conclusión la STEDH de 30 de noviembre de 2010, *P.V. c. España*[33]. En este caso, una persona transfemenina había estado casada con otra mujer, con la que tuvo un hijo. Tras cambiar de sexo, se divorciaron y la madre del niño se negó a permitirle visitar al hijo, por lo que el juez las restringió, aunque no las suspendió. El TEDH no consideró que existiera violación del art. 8 del CEDH por el hecho de que a la persona transfemenina se le restringiera el contacto con su hijo, porque estas restricciones estaban basadas no en su condición de transexual, sino en su inestabilidad emocional, debida a los cambios físicos y psíquicos que estaba sufriendo, que no era compatible con el bienestar del menor, que era muy pequeño y le estaba generando gran confusión; esto es, la restricción de los derechos de visita se basaron en la protección del equilibrio emocional del menor.

De hecho, en otra sentencia posterior similar, de 6 de julio de 2021, *A.M. y otros c. Rusia*[34], el TEDH sí que afirmó que Rusia había violado el derecho al respeto a la vida privada y familiar de persona transfemenina, por haberla privado del contacto con sus hijos después de su operación para la reasignación de sexo, por un pretendido efecto negativo que su transición podía generar en la salud mental y desarrollo de los niños, sin haber tenido en cuenta que esta medida de separación solo se debe adoptar en casos extremos y no estaba justificada en este, en el que no se había demostrado el daño a los menores.

Que el interés prioritario en los casos de custodia es el bienestar de los niños también lo ha vuelto a demostrar en la reciente STEDH de 9 de julio de 2024, *Savinovskikh y otros c. Rusia*[35], en la que sí ha reconocido que Rusia había violado el derecho a la vida privada y familiar del solicitante, por haberle retirado la custodia de dos menores que tenía en acogida, por el simple hecho de haber cambiado su identidad de género después del acogimiento, sin haber investigado el impacto que podría tener en los niños su cambio de sexo, ni haber valorado las circunstancias personales en que se encontraban los menores, que tenían muchos problemas por haber sido abandonados al nacer y haberse pasado parte de su vida en instituciones públicas, antes de ser acogidos por el solicitante.

33. STEDH de 30 de noviembre de 2010, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/spa?i=001-102597
34. STEDH de 6 de julio de 2021, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-210878
35. STEDH de 9 de julio de 2024, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-234795

V. ¿POSIBILIDAD DE UN SEXO NEUTRO O TERCER SEXO?

El TEDH se muestra cauto a la hora de ampliar los derechos garantizados a través del art. 8 del CEDH para no ser tildado de legislador positivo, aunque a nivel comparado se vincule el fundamento del reconocimiento legal de los cambios de sexo al derecho de las personas al libre desarrollo de la personalidad. En este contexto, sería lógico superar la concepción binaria del sexo, que solo reconoce cuerpos masculinos y femeninos, si se entiende que la identidad sexual de las personas es heterogénea y deviene tanto de elementos cromosómicos, gonadales, hormonales y de la propia autodeterminación[36] (sexo cerebral). Si la autodeterminación puede conducir a no identificarse ni con el sexo femenino ni con el masculino y hay personas intersexuales, que no tienen características ni de uno ni de otro o de ambos, lo más compatible con el libre desarrollo de la personalidad sería admitir un tercer sexo o sexo neutro, indeterminado o intersex.

En particular, el no reconocimiento de un tercer sexo aboca a las personas intersexuales, normalmente sin su consentimiento, a intervenciones quirúrgicas para acomodar sus cuerpos a la apariencia masculina o femenina como corresponde a un sistema binario[37]. Sin embargo, el TEDH no ve una violación del derecho a la vida privada en la negativa de los Estados a admitir la incorporación de una tercera opción en las inscripciones de nacimiento, para dar paso a la categoría intersex, sexo neutro, tercer sexo o sexo indeterminado. En la STEDH de 31 de enero de 2023, *Y. c. Francia*[38], una persona intersexual que nació con testículos y ovarios y sin apariencia masculina ni femenina, fue inscrita como hombre y fue desarrollando características masculinas a raíz de un tratamiento hormonal para combatir la osteoporosis. El TEDH no consideró contraria al art. 8 del CEDH la negativa francesa a rectificar la mención relativa a su sexo masculino para sustituirla por la de sexo neutro o intersexual, argumentando que, aunque la identidad sexual entra en el ámbito del derecho a la vida privada, aún existe controversia

36. Anne FAUSTO-STERLING, *Sexing the body. Gender politics and the construction of sexuality*, Nueva York, Basic Books, 2000, p. 8; María Jesús SANTESMASES, «Superfemale: Cromosomas humanos y representaciones del sexo, 1922-1959», en Eulalia PÉREZ y Esther ORTEGA (eds.), *Cartografías del cuerpo. Biopolíticas de la ciencia y la tecnología*, Madrid, Cátedra Feminismos, 2014, p. 395.

37. Diana DEHELEAN y Sarah OUREDNICKOVA, «The Forgotten I in LGBTQIA+: ECtHR Turns its Back on Intersex People», *Oxford Human Rights Hub*, Feb 22, 2023. Disponible en: https://ohrh.law.ox.ac.uk/the-forgotten-i-in-lgbtqia-ecthr-turns-its-back-on-intersex-people/

38. STEDH de 31 de enero de 2023, disponible en: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-222780

en las sociedades democráticas, por lo que los Estados tienen un amplio margen de apreciación para cumplir con su obligación positiva de salvaguardar el respeto a la vida privada de las personas, teniendo en cuenta que la seguridad jurídica, la fiabilidad y coherencia de los Registros de estado civil forman parte del interés público. La falta de consenso internacional al respecto es el argumento que justificó que se concediera a Francia un margen de apreciación, que el TEDH entendió que Francia había respetado, pues había sopesado adecuadamente los intereses en juego, el de la persona intersexual en no padecer sufrimiento y estrés por la discrepancia entre su identidad biológica y la legal y el interés público en mantener la estabilidad de los Registros de estado civil.

Pero no es de extrañar que este planteamiento cambie a medida que se generalicen en los países del Consejo de Europa las cada vez más frecuentes reivindicaciones —no tanto de intersexuales, como de personas de género fluido—, para que se admitan los géneros no binarios. Pero, de momento, el TEDH prefiere ser cauto.

Ciertamente, el alcance legal que tendría en todas las normas francesas el reconocimiento judicial de un tercer sexo sería muy grande, pues con ello se crearía una tercera categoría de personas, que, de momento, no tiene reconocimiento en las leyes, por lo que sería necesaria la coordinación de muchos textos normativos y una decisión de estas características corresponde tomarla al legislador[39]. El TEDH es consciente de la difícil situación en que se encuentran las personas intersexuales por lo que concierne a su derecho a la vida privada y el sufrimiento que les causa no ver reflejada su identidad biológica y la legal. Por eso, afirma, al igual que en el caso *Rees*, que se deben tomar medidas al respecto. Podría haber seguido la jurisprudencia *Christine Goodwin*, donde dio un espaldarazo al reconocimiento legal de la identidad de las personas transexuales. Pero, en relación con las personas intersexuales, el TEDH no quiere ir más rápido que la opinión internacional, por lo que, al no existir un consenso en Europa sobre esta cuestión, entiende que cada legislador debe decidir a qué ritmo y de qué modo atiende a las demandas de las personas intersexuales.

Disiente de esta opinión la jueza Šimáčková, que considera que debería ponerse fin al sufrimiento que está padeciendo un ser humano, cuya

39. Adeline GOUTTENOIRE, «Jurisprudence. Le refus bien compris de la Cour de cassation de créer un sexe neutre», *La lettre juridique*, juin 2017. Disponible en: https://www.lexbase.fr/revues-juridiques/41153542-jurisprudence-le-refus-bien-compris-de-la-cour-de-cassation-de-creer-un-sexe-neutre

identidad está en juego, por lo que se debería haber restringido el margen de apreciación del que gozaba Francia. No abrir una tercera opción para las personas intersexuales e imponerles el binarismo conduce a su falta de reconocimiento como tales[40].

VI. CONCLUSIONES

El TEDH ha ido acomodando su jurisprudencia a la progresiva aceptación social de las personas transexuales. A medida que aumenta el consenso internacional sobre las cuestiones que afectan a estas personas y que se va generalizando la autodeterminación de la identidad sexual sin más condicionamientos en los países de nuestro entorno, se va abriendo camino una posición más aperturista del TEDH en lo que concierne a la vertiente decisional de las personas transexuales y transgénero, la que afecta a su decisión sobre su propia identidad. De momento, es claro su criterio imponiendo a los Estados obligaciones positivas de reconocer legalmente el cambio de sexo en los Registros civiles, acomodando la mención registral del sexo a la identidad sexual de la persona y condenando las exigencias de cirugía y tratamientos de reasignación de sexo que conduzcan a cambios irreversibles en la apariencia de las personas, o a su esterilización, para obtener el cambio de sexo legal y la modificación de las menciones registrales.

Menos favorable a reconocer violaciones del art. 8 del CEDH se muestra el TEDH cuando el cambio de sexo tiene efectos frente a terceros, como los que conciernen a la constatación de la paternidad/maternidad legal en las inscripciones de nacimiento de los menores, o los que afectan a la posibilidad de mantener subsistente un matrimonio ya celebrado antes del cambio de sexo o de obtener la autorización para celebrar uno con posterioridad al cambio de sexo en países que no admiten el matrimonio entre personas del mismo sexo. En tales circunstancias, está en juego la dimensión relacional de la identidad sexual, sobre la que no se ha alcanzado un consenso internacional lo suficientemente amplio como para que el TEDH cambie su jurisprudencia.

Sin embargo, el TEDH incurre en incongruencias, al no favorecer el reconocimiento de una tercera categoría de sexo (intersex, sexo neutro, tercer sexo…), para las personas intersexuales (o las de género fluido o agénero), pues el fundamento de la identidad sexual lo vincula al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad, no siendo las personas intersexuales obligatoriamente encasillables en la categoría femenina ni masculina.

40. Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «La identidad de género en el Derecho internacional privado español», *REDI*, vol. 75, 2023, p. 346.

Discriminaciones de género en las herencias como componente económico de la vida familiar internacional: uso estratégico de la *professio iuris* y la libertad de testar en casos no solo conectados a derechos liberales

Gender discrimination in inheritances as an economic part of international family life: strategic use of professio iuris *and freedom of testation in cases not only connected to liberal rights*

Ana Quiñones Escámez
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad Pompeu Fabra de Barcelona

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA. II. CONSIDERACIONES SUBSTANTIVAS EN LA SUCESIÓN CON ELEMENTOS DE EXTRANJERÍA. 1. *Sucesión intestada: el caso español*. 2. *Sucesión testada: el caso austriaco*. III. COSTUMBRE O PRECEPTO RELIGIOSO DE LA QUIWÂNA COMO COMPENSACIÓN DEL REPARTO DESIGUALITARIO EN LAS SUCESIONES: ¿UN DERECHO DE ALIMENTOS?. IV. LA VOLUNTAD NEGATIVA DEL TESTADOR EN EL LÍMITE DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL. V. EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RESPECTO DE LOS ACTOS PRIVADOS: LA CONTROVERTIDA STEDH DE 23 DE JULIO DE 2004 EN EL ASUNTO PLA Y PUNCERNAU C. ANDORRA. VI. PAPEL DEL NOTARIO COMO «GUARDIÁN DEL ORDEN PÚBLICO» O COMO «ESTRATEGA» AL SERVICIO DEL CLIENTE-TESTADOR. VII. REFLEXIÓN, CONCLUSIÓN Y PROPUESTA FINAL.

RESUMEN

La transmisión *mortis causa* es un componente económico de la vida familiar, que se ha ido patrimonializando. Sobre esta nueva base, la UE ha evitado, para el Reglamento núm. 650/2012 de sucesiones, la unanimidad requerida en los textos de DIPr. sobre familia. Sus normas de conflicto *erga omnes*, salvo la preexistencia de Convenios bilaterales (v.gr. en Alemania, Austria o Suiza) regulan tanto las sucesiones vinculadas a derechos muy liberales como a derechos en los que se discrimina entre sexos en el acceso a la propiedad y la transmisión del patrimonio familiar. El trabajo examinará las estrategias y los efectos perversos a los que da lugar la *professio iuris* unida al criterio material de la *libertad de testar* cuando uno de los derechos conectados a la sucesión no es liberal (derecho musulmán). Finalizará con observaciones críticas y propuestas.

PALABRAS CLAVE: Derecho internacional privado. Discriminaciones de género. *Professio iuris*. Libertad de testar. Actos privados.

ABSTRACT

Mortis causa transfers are an economic part of family life, which have become more and more patrimonial. On this new basis, the EU has avoided, for the Successions' Regulation n.º 650/2012, the unanimity required for PIL family texts. Its *erga omnes* conflict rules, except for the pre-existence of bilateral agreements (e.g. in Germany, Austria or Switzerland) regulate both successions linked to very liberal rights as well as rights in which there is gender discriminations in access to property and transfer of family assets. This paper will examine the strategies and the perverse effects to which the *professio iuris* gives rise to, linked to the material criterion of the *freedom of testation* one of the laws connected to the succession is not liberal (Muslim law). It will conclude with critical observations and proposals.

KEYWORDS: Conflicts of laws. Gender discrimination. *Professio iuris*. Freedom of testation. Private acts.

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Mi interés por esta cuestión trae causa en varios comentarios a decisiones sobre la sucesión de nacionales iraníes y marroquíes, realizados dentro del

Proyecto CUREDI del Departamento de Derecho y Antropología del Instituto Max Planck (2017-2020). La RDGRN, de 20 de julio de 2016, destacaba, entre ellos, al estar de acuerdo la hija del causante con heredar la mitad de la cuota que percibieran sus hermanos varones[1]. El notario no suele cuestionar la voluntad del cliente respecto a la aplicación del derecho extranjero, por lo que los casos no suelen traspasar la puerta de la Notaría. Pero en la inscripción de la transmisión de un inmueble, es posible que el Registrador de la Propiedad cuestione la aplicación del derecho extranjero a la escritura por el motivo de orden público internacional basado en la discriminación por razón de sexo.

Suelen ser las mujeres discriminadas las que acuden a los tribunales para oponerse a un reparto desigualitario; o, a la inversa, son los hijos varones los que acuden a los tribunales para oponerse a un testamento que no atienda a la regla de la mitad prevista en el derecho extranjero aplicable. Lo ilustra la STS austriaco de 29 de enero de 2019[2].

En cualquier caso, el trato dado al derecho extranjero difiere en la sucesión testada y la intestada. La voluntad no ya conflictual (*professio iuris*), sino material del testador, compele a autoridades extrajudiciales y a los jueces, en nuestras sociedades liberales, a privilegiar, además del derecho constitucional a la propiedad privada y a la herencia, que cabría limitar a la garantía de que la transmisión sea en manos privadas o sin colectivización, el criterio material de la libertad de disponer del testador, que llegaría a anteponerse, incluso, al derecho fundamental de la no-discriminación, vinculado a la dignidad humana, permitiendo obviar el mismo resultado discriminatorio del acto privado con el derecho extranjero aplicable o con el derecho del foro. Solo en la sucesión intestada se vería el derecho aplicable contrastado con los derechos fundamentales.

El trabajo reflexiona sobre esta práctica de autoridades extrajudiciales y judiciales en países liberales. En concreto, si tratándose de supuestos con elementos de extranjería (país musulmán) cabe invocar un criterio material:

1. *BOE* N.º 226, de 19 de septiembre de 2016, 67004-67009. *Vid*. Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Sobre la discriminación sucesoria por razón de sexo en el Derecho iraní y el orden público español» (2016), en https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2016.014 y Ana QUIÑONES ESCÁMEZ, «An intestate succession in which the male is allocated double the woman's share of the inheritance simply for reasons of sex cannot be registered in Spain: The sister agrees with the sex discrimination arising from Iranian law. The importance of the heir's free will. Proposed Solution», Database CUREDI003SP003 (2019). Disponible en https://www.curedi-law.
2. OGH 29 de enero de 2019 ECLI:AT:OGH0002:2019:0020OB00170.18S.0129.000.

la libertad de disponer, desgajado del derecho a la propiedad privada y a la herencia, pero no generalizado en el mundo capitalista, y que facilita la discriminación de género encubierta, entre hijos e hijas, en la herencia. Dándose, además, la paradoja de que el derecho extranjero sí que se ve descartado, por discriminatorio, cuando la sucesión es intestada.

El efecto perverso de que se invoque en favor del testador extranjero musulmán una libertad de disponer que no le ofrece su propio derecho, es que haciendo testamento y optando (professio iuris) por un derecho liberal (limitado a lo sumo a las reducidas legítimas), no solo puede conseguir el mismo resultado previsto en el derecho extranjero, sino que logra descartar el límite del orden público internacional. A lo sumo, para evitar problemas de orden público interno, bastaría con que el notario tomara las precauciones necesarias para que en el testamento no aparezcan argumentos sexistas.

Cabe preguntarse por el alcance de tal estrategia. Si no se está aplicando, *a priori*, un criterio de derecho material (foro) a relaciones con elemento extranjero, y si no hay una contradicción entre el trato dado al derecho extranjero entre la sucesión testada y la intestada. Quizás estamos viendo la paja en el derecho ajeno (sucesión intestada), pero no en el nuestro (sucesión testada). Asimismo, cabe cuestionar el que estén en el mismo plano la garantía de la propiedad privada y la herencia y el principio de igualdad vinculado a la dignidad de las personas.

En la transmisión del patrimonio familiar la discriminación efectiva entre sexos no es algo nuevo ni circunscrito al mundo musulmán. La ley y los argumentos culturales de los demás también nos permiten cuestionar los nuestros. Los hábitos y prejuicios sobre los distintos roles de hombres y mujeres en la sociedad tardan en morir en el mundo. Aunque se quiera hacer énfasis en el contenido patrimonial de las herencias continúan unidas en el mundo a la vida familiar, y continúan llevando a las familias a seguir asignando los recursos de manera distinta. Es un hecho bien conocido por los notarios, y recogidos por antropólogos y sociólogos[3]. Ahora bien, mientras que en nuestras sociedades la discriminación formal se ha eliminado, sigue estando clara y persistiendo en las legislaciones de otras partes del mundo, y donde la libertad de testar es muy limitada. Es en este contexto heterogéneo donde se mueve el DIPr., y, también, el Reglamento UE de sucesiones con sus normas de conflicto con eficacia *erga omnes* conflicto, opción de ley limitada o professio iuris incluida. Cierto es que cuenta, también, con un correctivo:

3. Céline BESSIÈRE y Sibylle GOLLAC, *Gender of Capital: How Families Perpetuate Wealth Inequality* (Harvard University Press 2023).

la excepción del orden público internacional, pero solo puede actuar cuando la elección es a favor del derecho extranjero y no cuando exista la estrategia encubrir las soluciones del derecho extranjero con el derecho liberal del foro.

Cierto es que, también, en nuestras sociedades, en casos internos, un padre/madre con una visión tradicional de la familia podría discriminar entre hijos en función del sexo, pero no es descabellado pensar que un testador extranjero musulmán estará condicionado por su propio derecho y por la posibilidad de hacer con la ley española un testamento *Sharia compliant* o siguiendo, entre otras, la regla de la mitad del derecho musulmán. El testamento se verá salvaguardado si cuida el notario de que en la redacción no aparezcan los ofensivos prejuicios sexistas del testador ¿No habría que ver con lucidez si en una situación con elemento extranjero el testador está siguiendo las pautas de un derecho discriminatorio, compatible con la Sharia, que le evite, incluso, la intervención del límite del orden público internacional mediante la opción por el derecho español?

En un sistema ultraliberal, la professio iuris y la libertad de testar pueden ser parámetros ideológicos, sacralizados o iusnaturalistas y previos a cualquier argumento legal. Pero si los dos derechos a los que está conectada la situación jurídica no son igualmente liberales ¿es oportuna la opción? Lo es si obedece a una localización, a un cambio cultural que refleje la integración o proximidad psicológica del causante al país en el que vice. Pero no lo es, si es una estrategia jurídica destinada para satisfacer los simples deseos del causante (libertad del testador) y no la localización (objetivo del derecho internacional privado) La estrategia de lograr un testamento discriminatorio con la ley del foro para que evite, incluso, el mecanismo del orden público internacional no parece de recibo. La compatibilidad con el derecho fundamental no solo ha de alcanzar a la sucesión intestada cuando el derecho extranjero es aplicable.

El derecho fundamental a la no discriminación también ha de alcanzar a la sucesión testada y a los actos privados. La ley y los patrones culturales de los demás permiten cuestionarnos la solidez los nuestros. La discriminación oculta es una diferencia de trato que se basa en perjuicios o estereotipos, que no se expresan abiertamente, porque el que lleva a cabo la conducta discriminatoria sabe que esta podría ser ilegal o contraria al orden público internacional y que, además, puede estar mal considerada socialmente. La LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad *efectiva* de mujeres y hombres hace énfasis no ya en la igualdad formal sino en la igualdad de facto o real. T. Piketty ha mostrado hasta qué punto la herencia es fuente de desigualdades

en el mundo. Naciones Unidas ha señalado cómo las leyes desigualitarias en las herencias y el acceso a la tierra son casusa de la pobreza de mujeres e hijos menores en el mundo. ¿No han de tenerse en cuenta esta realidad, y más aún, en situaciones con elemento extranjero?

La aplicación del derecho español (o extranjero) al testamento realizado conforme a la Sharía puede producir el mismo efecto discriminatorio que la aplicación del derecho extranjero en la sucesión intestada. ¿No habría, aquí, que aguzar el juicio restaurando al caso la extranjería de la situación?

II. CONSIDERACIONES SUBSTANTIVAS EN LA SUCESIÓN CON ELEMENTOS DE EXTRANJERÍA

Nos centrarnos básicamente en las dos decisiones citadas, en Austria y España, sobre sucesión testada e intestada de causantes iraníes. El análisis tendrá en cuenta el Reglamento (UE) 650/2012 de DIPr., sobre sucesiones, aunque no sea aplicable *ratione temporis* (caso español) o se vea descartado por la existencia de un convenio bilateral (caso austríaco). Punto, este último, que cabe considerar junto a la cláusula de desconexión del art. 75 del Reglamento, sobre cuya interpretación se ha pronunciado recientemente el TJUE, para reforzar la prevalencia de los convenios bilaterales con Estados terceros[4]. Si bien, el Estado tercero es Ucrania y no Irán u otro país musulmán.

1. SUCESIÓN INTESTADA: EL CASO ESPAÑOL

La citada RDGRN de 20 de julio de 2016[5] trata de la sucesión intestada de un nacional iraní, que falleció el 25 de mayo de 2015. Estaba divorciado y era padre de un hijo y de una hija. La notaría española liquidó la herencia de acuerdo con la ley iraní (art. 9.8 CC). Esta estipula que, si el difunto no deja padres, pero tiene uno o más hijos, la herencia se dividirá entre ellos, tomando cada hijo el doble de cada hija (art. 907 CC iraní, de acuerdo con el Corán, Sura 4, v. 17)[6]. Al presentarse al Registro de la Propiedad la copia

4. STJUE 12 octubre de 2023, Asunto C-21/22, *OP c. Notariusz Justyna Gawlica.* En este caso, el Estado tercero es Ucrania, no Irán u otro país musulmán.
5. *BOE* N.º 226, de 19 de septiembre de 2016, 67004-67009.
6. Art. 907.— Si el difunto no deja padres, pero tiene uno o más hijos, la herencia se dividirá de la siguiente manera: (...) *Si hay varios hijos, algunos varones y otras hijas, cada hijo recibe el doble que cada hija* (art. 907 del Código Civil de la República Islámica de Irán), disponible en TheCivilCode_756245399.pdf (iranhrdc.org) > última consulta el 13 de noviembre de 2024.

autorizada de la escritura, el registrador declaró su nulidad por considerar que el derecho iraní era contrario al orden público internacional español.

Tanto el hijo como la hija del causante recurrieron la decisión argumentando que el orden público debía atenuarse porque la ley iraní compensa la discriminación de las mujeres por las responsabilidades que tienen los hombres hacia ellas según la tradición musulmana (la llamada *quiwâna*, sobre la que volveremos). Asimismo, invocaron que, en los casos de sucesión testada, tanto en España (RDGRN de 11 de mayo de 2016 siendo el causante kuwaití[7]) como en Alemania (*Bundesverfassungsgericht*, de 19 de abril de 2005) el derecho extranjero no fue descartado y prevaleció la libertad testamentaria.

La DG precisó que el TC alemán, al hilo de la reforma de la ley de sucesiones (2010), viene considerando que la libertad de testar es un reflejo del derecho a la propiedad privada y del principio de la autonomía o libre desarrollo de la personalidad, de manera que: «no existe un mandato constitucional según el cual el causante esté obligado a tratar a sus descendientes por igual si ello no es discriminatorio». El derecho a la propiedad y a disponer por herencia (art. 14 de la Constitución alemana y art. 33.1 de la Constitución española), para unos, un derecho fundamental para otros, una garantía constitucional[8], coadyuvan en un sistema liberal, a proteger la voluntad del testador.

La cuestión es si cabe razonar del mismo modo cuando el testador es nacional de un país musulmán cuya ley limita su voluntad y discrimina incluso formalmente a las mujeres. El testador puede lograr el mismo resultado con la ley iraní, ya que la ley iraní solo es descartada si la sucesión es intestada, que con la ley española. Pero, con la última, se asegura que la excepción de orden público internacional no pueda intervenir. De manera que, bajo el paraguas de la *professio iuris* unida a la pauta material de la libertad de testar, que solo le otorga el derecho liberal del foro, se termine amparando el mismo resultado discriminatorio.

Testada o intestada la sucesión, las normas iraníes son las mismas y formalmente discriminatorias, pero la voluntad del testador permite no solo localizar la sucesión sino atenuar y hasta neutralizar (eligiendo el derecho español) el correctivo del orden público internacional.

7. *BOE* N.º 136, 6 de junio de 2016, 37323-37329.
8. En el sentido de considerarlo una garantía constitucional: Ángel Manuel LÓPEZ LÓPEZ, «La garantía institucional de la herencia», *Derecho Privado y Constitución*, 1994, p. 29-62 y Jordi RIBOT IGUALADA, «La garantia constitucional del dret a la propietat privada», *Derecho Privado y Constitución*, 1994, 203-234.

En algún momento se perdió la necesidad de razonar según el derecho internacional privado, teniendo en cuenta la extranjería de la situación, o se antepusieron las consideraciones materiales propias a un derecho liberal (libertad de testar) a situaciones para las que no estuvo pensado. Más bien lo segundo, si tenemos en cuenta que en la sucesión intestada se descarta el derecho extranjero por discriminatorio.

Siendo la sucesión intestada, la DG desestima el recurso de la hermana y hermanos y confirma la decisión del registrador descartando el derecho iraní mediante la excepción de orden público internacional, sustentándola en el principio de no discriminación presente tanto en el art. 14 de la CE como en los convenios internacionales (art. 2 de la DUDH) y el art. 21 de la Carta de la UE y el art.14 del CEDH, y tiene en cuenta —aunque lo diga de paso— los vínculos del caso con el foro (Motivo 2)[9]. Los vínculos son obvios: hija española y residente, causante residente en sus últimos años y bien inmueble sito en España. Ahora bien, no podemos decir que la proximidad con el foro sea un requisito para aplicar la excepción.

El caso queda, *ratione temporis* fuera del ámbito de aplicación del Reglamento (UE) de sucesiones (art.83), pero la DG hace referencias *obiter dicta* al mismo. Algunos autores han visto en esta Resolución una aplicación anticipada del Reglamento[10]. Pero la DG lo que aplica es la clásica excepción de orden público del art. 12.3 CC, no descartando «la disposición» que fuera «manifiestamente» contraria (el art. 907 CC iraní), como haría el art. 35 del Reglamento, sino el derecho extranjero. La DG sustituye la legislación iraní por el derecho del foro. De ahí que sugiera a la hija la posibilidad de ceder, donar o renunciar a sus derechos, de acuerdo con la legislación española. Con el Reglamento UE de sucesiones, la ley nacional del causante solo podría aplicarse por elección de ley (*professio iuris*) o por

9. La DG parece atender a una opinión mayoritaria entre los autores españoles (Mariano AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO e Hilda AGUILAR GRIEDER, «Orden público y sucesiones» (1985), *BMJ* 1123-1147 y Irene BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, «El Derecho sucesorio islámico: principios informadores y excepción de orden público internacional» (2009), *REDI,* 441-454), de que ante un derecho humano fundamental, la excepción debe actuar incluso sin tener en cuenta la intensidad de los vínculos del caso con el foro (Patrick KINSCH, «Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé», *Recueil des Cours*, La Haya, 2005, págs. 9-332).

10. Isidoro CALVO VIDAL, «El estado de aplicación de las disposiciones del Reglamento de sucesiones de la UE sobre excepciones, aplicación universal y reenvío de orden público, el certificado sucesorio europeo y el acceso a los registros» (2017), disponible en https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/af09f809-ce6e-11e7-a5d5-01aa75ed71a1/language-en > consultado el 7 de enero de 2023.

el uso excepcional de la cláusula de escape, que descartara el criterio de la residencia habitual (art. 21.2).

La DG hace un uso pedagógico del derecho de acuerdo con su sistema legal no digamos laico, pero sí secularizado. No obstante, resulta paradójico que sugiera una utilización pragmática del derecho español, olvidando el principio fundamental de no discriminación, para llegar a un resultado al parecer acorde con las convicciones religiosas de la hija discriminada, mediante la cesión total o parcial de la herencia a su hermano. Ciertamente, en tal hipótesis, el hecho de que el hermano reciba el doble que la hermana ya no se debería a la ley iraní, sino a la voluntad de la propia hermana o a un pacto privado entre los herederos. Pero la sugerencia, además de tener consecuencias fiscales (donación), supone recurrir, de nuevo, al derecho material español para solventar un supuesto con elementos de extranjería para el que no está pensado y perpetuar la discriminación.

Las mujeres tienen derecho a no sufrir discriminación, y podría argumentarse que deben tener derecho a consentir esta discriminación. Así, S. Álvarez González subraya la voluntad de la mujer discriminada expresada ante el hermano y el notario (aunque con un dudoso control notarial), así como las razones culturales y religiosas que invocan ambos hermanos en el recurso[11]. En este sentido, invocan algunos notarios españoles que la no discriminación ha de conjugarse con la libertad religiosa del testador y que podría incluir la de los herederos[12], de manera que la voluntad de la hija fuera un factor determinante.

Sigo pensando que es más fiable atender a la voluntad negativa, ante las posibles presiones y la falta de control notarial sobre los vicios del consentimiento, y hacerlo en el marco de la aplicación de la excepción de orden público internacional[13].

Esta voluntad negativa podría enfrentarla no ya con los otros herederos sino con el propio testador. Si lo último, la voluntad del testador o la liber-

11. Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Sobre la discriminación sucesoria por razón de sexo en el Derecho iraní y el orden público español» (2016), disponible en https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2016.014>

12. José M.ª SÁNCHEZ-ROS, «La excepción de orden público por discriminación de sexo en la aplicación de una ley sucesoria islámica» (2018), disponible en http://www.notariadesevillanervion.com/2018/03/la-excepcion-de-orden-publico-por.html >

13. *Derecho e inmigración: el repudio islámico en España*, Premio R. Duocastella, Fundación La Caixa, 1999.

tad de testar del derecho español ¿ha de ser un criterio material *a priori* o tendría que depender de la ley aplicable? ¿Puede considerarse dentro de un principio constitucional que puede anteponerse incluso, al de la no-discriminación o ha de ser considerado como un parámetro del derecho aplicable? Si la situación está a caballo de dos ordenamientos jurídicos dispares en cuanto a la *professio iuris* y a la libertad de disponer ¿puede acudirse al criterio material de la libertad del testador (más que de disponer) que solo ofrece uno de ellos? En un país musulmán no podría el causante ni elegir la ley aplicable a su sucesión ni disponer más que de una tercera parte de la herencia y mediante legados a terceros.

Siendo la sucesión intestada, la DG no olvida que «existen tradiciones jurídicas muy alejadas entre sí, surgidas de factores históricos, culturales e incluso religiosos» y que «se pretende justificar la discriminación por el hecho de que los varones son los responsables de mantener a la familia del difunto», pero considera que «esto no elimina el carácter discriminatorio de los efectos de la norma en cuestión». Pero cuando la sucesión es testada, el principio o garantía constitucional con el que se neutraliza incluso el mecanismo del orden público internacional, viniendo en rescate de las disposiciones testamentarias compatibles con la Sharía, es el derecho a la propiedad privada y a la herencia estipulado en el art. 33.1 de la CE. Aunque se trata más bien de una garantía constitucional frente a un modelo de colectivización que suprima la herencia —lo que en términos absolutos no existió ni en la Rusia de 1917—, que un derecho fundamental que pueda situarse al mismo nivel que el de la dignidad de la persona y la no-discriminación. Es un hecho que la casi totalidad de la doctrina refuerzan la distinción entre sucesión testada e intestada y la autonomía de voluntad del causante, e incluida en amalgama la professio iuris y la libertad de disponer[14]. Pero con ello, se corre el riesgo de acabar neutralizando el mecanismo del orden público internacional en favor de consideraciones materiales que pertenecen al derecho del foro. En los casos en que un testador musulmán discrimina entre sus herederos, se invoca el derecho a la propiedad y a disponer de ella para salvaguardar un derecho extranjero o un testamento *Sharia compliance*, que no comparte ni la *professio iuris* ni tal libertad de testar.

14. *Vid*. Andrea BONOMI, «Art.35. L'ordre public», en *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n.º 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruylant, 2016, p. 535. A favor de su consideración conjunta, Josep M.ª FONTANELLAS MORELL, *La professio iuris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid, 2010. En contra, Olivier GAILLARD, *La professio iuris en droit international privé suisse, Contexte fondements et limites de l'élection de la loi successorale*, Schulthess Médias Juridiques, S.A, Genève-Zurich, 2022, esp., pp. 222 y 248.

La voluntad negativa o la oposición de la discriminada a la aplicación del derecho extranjero pueden impedir la discriminación. Así en la decisión del *Oberlandesgericht de* Múnich de 8 de diciembre de 2020[15] se desestima la ley extranjera (iraní) designada por la norma de conflicto para impedir la discriminación por razón de sexo de una hermana, aunque los hijos varones del difunto invoquen la ley iraní. La voluntad negativa o la oposición de la hija para excluir la ley extranjera en la sucesión intestada ha de ser considerada en el marco de la excepción del orden público internacional. También el *Oberlandesgericht* de Hamburgo aplicó el Derecho iraní a la sucesión testada de un iraní domiciliado en Hamburgo para establecer los derechos del cónyuge supérstite[16]. Pero nosotros continuamos pensando que la voluntad positiva, al menos de los herederos, puede no estar exenta de vicios en el consentimiento, prefiriendo atender a la voluntad negativa[17].

Entre sistemas liberales la elección de ley no plantea las mismas dificultades que entre sistemas que no contemplan ni la libertad de testar ni la *professio iuris*, por lo que la voluntad del testador o de los herederos (si considerada) puede no ser la última palabra sino suponer un rodeo hasta llegar a la cuestión de la posible intervención, eso sí excepcional, mecanismo del público internacional cuando se elige un derecho extranjero cuya aplicación pueda resultar contraria, en el caso concreto, a los derechos fundamentales. En el derecho internacional privado existe tanto la norma como el correctivo.

La cuestión también ha ocupado al TEDH en su decisión de 19 de diciembre de 2018 en el citado asunto *Molla Sali* c. Grecia[18]. Debe respetarse la voluntad negativa del testador (sucesión testada) y la de la mujer (heredera), que no quieren ser discriminada. A raíz del caso, Grecia modificó su legislación en 2020, de manera que el recurso a los jueces religiosos (muftíes) requiera el acuerdo de todos los interesados[19].

---

15. OLG München, 8.12.2020, *FamRZ* (2021) 810.
16. Heinrich DÖRNER, «Zur Beerbung eines in der Bundesrepublik verstorbenen Iraners», *IPRax*, (1994) 35-36.
17. Así en nuestra monografía, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en España*, Premio R. Duocastella, Fundación La Caixa, 1999, en el capítulo dedicado a la autonomía de la voluntad y en el orden público y respecto a la dificultad del control de la voluntad de los familiares herederos por parte del notario y respecto a los que son sus clientes.
18. TEDH, 19 de diciembre de 2018, *Molla Sali* vs. Grecia, N.º 20452/14.
19. Ana QUIÑONES ESCÁMEZ, «Grecia: Tribunales religiosos musulmanes y aplicación de la *Sharia* en Tracia», en Nuria BOUZA VIDAL y Ana QUIÑONES ESCÁMEZ (coords.), Información del Derecho extranjero, Revista *Jurídica de Catalunya,* 2020, 168-170.

2. SUCESIÓN TESTADA: EL CASO AUSTRIACO

El TS austriaco, en su sentencia de 29 de enero de 2019[20], se pronunció sobre una sucesión testada que afectaba a un *cujus* iraní, que había residido en Austria durante los últimos siete años de su vida. Se disputaban la herencia la esposa del causante, también nacional iraní y residente en Austria, y sus cuatro hijos, tres de los cuales tenían la doble nacionalidad austríaco-iraní y residían en Austria, mientras que el cuarto tenía la doble nacionalidad belga-iraní y residía en Bélgica. Por tanto, ni el causante ni los litigantes residían en Irán.

El Reglamento UE de sucesiones no era aplicable al caso, porque Austria —al igual que Alemania[21] o Suiza[22]— ha suscrito un convenio bilateral con Irán con normas de conflicto que cubren la materia de las sucesiones. En concreto, el art. 10 del Tratado de Amistad entre la República de Austria y el Imperio de Irán de 14 de abril de 1966[23], establece la aplicación del derecho iraní a la sucesión de los nacionales del Irán residentes en Austria. Las normas de conflicto del Reglamento tienen eficacia *erga omnes* y pueden llevar a la aplicación de la ley de Estados terceros, pero el tratado bilateral prevalece (art. 75. 1 del Reglamento y la citada STJUE, 12 octubre de 2023, en el Asunto C-21/22, *OP c. Notariusz Justyna Gawlica,* afectando a un ciudadano ucraniano en Polonia).

Para Irán, no hubiera resultado decisivo el que un causante tuviera doble nacionalidad, ya que ésta va unida a la religión y al padre en Irán, pero podría poner en tela de juicio la aplicabilidad del Tratado para las autoridades de Austria. De haber sido el causante doble nacional quizás se habría elevado una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia para cuestionar la aplicación del Tratado bilateral. De hecho, si tenemos en cuenta que los convenios bilaterales de Alemania, Austria y Suiza con Irán son muy parecidos, podría tener

20. OGH 29 de enero de 2019 ECLI:AT:OGH0002:2019:0020OB00170.18S.0129.000. *Vid*., S. FERRARI, «Familienrecht und Religion — Länderbericht Österreich» en: Claudia MAYER *et al.* (eds.), *Familienrecht und Religion — Europäische Perspektiven* (2019) 95.

21. Convenio entre Alemania e Irán de 17 de febrero de 1929. La validez de este acuerdo fue expresamente confirmada por el protocolo germano-iraní del 4 de noviembre de 1954 (BGBl. 1955 II 829).

22. Convenio entre Suiza e Irán de 25 de abril de 1934. RS 0.142.114.362. En fase de corrección de prueba,s constatamos que Suiza se ha planteado modificar el Tratado para que el derecho suizo se aplique a los nacionales iraníes residentes conforme a la LSDIPr.,V. Protocolo de enmienda de 18 de diciembre de 2024, que derogaría el art. 8, apartados 3 y 4 del Tratado.

23. Art. 10 Abs 3 *Freundschafts— und Niederlassungsvertrags zwischen der Republik Österreich und dem Kaiserreich Iran* (1966), disponible en BGBl 1966/45 o 1966_45_0.pdf (bka.gv.at), consultado el 7 de enero de 2023.

se cuenta que, en Alemania, y lo mismo en los otros dos países, no se aplica el Tratado a personas con doble nacionalidad alemana-iraní ni tampoco a los refugiados, ya que el Convenio de Ginebra de 1951 prevalece como como *lex post*erior, estableciendo la aplicación de la ley de residencia. Pero en el caso que nos ocupa no tuvo el tribunal austriaco que pronunciase sobre esta cuestión, ya que el causante era solo nacional iraní y llevaba siete años residiendo en Austria.

El *cujus* otorgó testamento disponiendo que su esposa fuera la heredera universal de sus bienes, lo que no era conforme al derecho iraní. No obstante, hubiera sido posible adaptar las disposiciones testamentarias a la legislación iraní mediante el reconocimiento del resultado por parte de todos los herederos. Esta adaptación supondría que la viuda percibiera solo un tercio de la herencia (parte disponible) y la parte que le correspondiera por ley. Pero solo un hijo e hija, de los cuatro, estuvieron a favor del resultado.

El testador al hacer heredera universal a su esposa dejó claro que quería un resultado distinto al de la ley iraní (voluntad negativa del causante a la aplicación del derecho extranjero), aunque su testamento tampoco era conforme al derecho austriaco. Además, la *professio iuris*, expresa o tácita, no está contemplada en el Tratado bilateral, de manera que solo podría Irán admitir la opción por el derecho iraní. No se trata solo de que no haya *professio iuris* en el Tratado dada su fecha, sino que la finalidad de este es la de sujetar a los causantes iraníes al derecho (religioso) de su nacionalidad (viceversa para los ciudadanos austríacos).

Cuando la opción es entre derechos no liberales y concurre un derecho conforme a normas religiosas, la *professio iuris*, así como la libertad de testar, solo se ve aceptada si el resultado es compatible con los preceptos religiosos de la ley nacional considerados de orden público internacional en el ámbito musulmán. El testador lo sabe, al igual que sabe que sus elecciones podrán tener una eficacia limitada según el país en el que estén situados los bienes. No obstante, el que el testador no hiciera testamento de acuerdo con la supuesta «proximidad religioso-cultural» de su ley nacional; es decir, la voluntad negativa del causante, puede ser tenida en cuenta en el marco de la excepción del orden público internacional frente al derecho iraní aplicable.

El Tratado bilateral no tiene propiamente una cláusula específica de orden público internacional, que permita descartar el derecho extranjero. Pero cuenta con ella de manera implícita. El art. 10 prevé descartar el derecho aplicable por razones de orden público siempre que se utilice por el mismo motivo con otros países. El límite del orden público va unido a una suerte de cláusula de la «nación más favorecida» o a una exigencia de «efecto

reflejo». Cabe añadir que para la teoría general del DIPr., el orden público es un correctivo que acompaña a la norma de conflicto (art. 6 de la Ley DIPr., austriaca: o, en adelante, § 6 *IPRG),* por lo que era razonable que los tribunales austríacos pudieran hacer uso del correctivo.

En Austria, la aplicación de la excepción de orden público (§ 6 de la IPRG) requiere el cumplimiento de dos requisitos: 1) Que el resultado de la aplicación de la ley extranjera vulnere los valores fundamentales de la ley austriaca, y no solo en abstracto sino también en el caso concreto; y, 2) Que el caso guarde suficientes vínculos con Austria («Inlandsbeziehung»[24]). Respecto a los motivos de orden público, los demandantes no negaban que, en abstracto, el derecho sucesorio iraní pudiera ser contrario al orden público internacional austríaco al diferenciar según el sexo de las personas, pero consideraban que la discriminación no se producía en el caso concreto por las distintas responsabilidades que pesaban sobre hombres y mujeres en la familia. Sin embargo, el TS consideró que, en el caso concreto, era posible utilizar la excepción de orden público internacional para descartar el derecho extranjero. Asimismo, consideró que no faltaban vínculos suficientes con el foro. Austria era el país de la residencia habitual del causante y la de casi todos los posibles herederos. El único hijo que no residía en Austria vivía en Bélgica, por lo que cabía atender a un «orden público reflejo». Además, una parte importante de la herencia, incluidos los bienes inmuebles, se encontraba en Austria, lo que era, además, relevante para tener en cuenta la eficacia de la sentencia.

III. COSTUMBRE O PRECEPTO RELIGIOSO DE LA *QUIWÂNA* COMO COMPENSACIÓN DEL REPARTO DESIGUALITARIO EN LAS SUCESIONES: ¿UN DERECHO DE ALIMENTOS?

Los tribunales austríacos no descartaron el derecho iraní en todas las instancias judiciales. El juez de primera instancia sostuvo que la viuda y

24. Requisito común al DIPr, de Austria como de Alemania o Suiza. En Francia se alude al «orden público de proximidad». Y en otros países se analiza dentro del rasgo de la «relatividad» de la excepción de orden público internacional en el espacio y en el tiempo. La resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre las diferencias culturales y el orden público en el derecho internacional privado de familia (Cracovia [2005]) tuvo en cuenta los vínculos con el foro de sucesión («los Estados pueden invocar el orden público contra las leyes de sucesión extranjeras que contengan discriminación por motivos de género o religión cuando los bienes que forman parte de la herencia del difunto se encontraban en el Estado del foro en el momento del fallecimiento»). *Vid*. Paul LAGARDE, *Diferencias culturales y orden público en el derecho internacional privado de familia*, Resolución IDI, adoptada el 25 de agosto de 2005, disponible en https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/2005_kra_02_en.pdf, consultado el 7 de enero de 2023.

las hijas sufrirían discriminación si se aplicaba la legislación iraní. Pero el Tribunal de apelación tuvo en cuenta el argumento formulado por los hijos varones de que la discriminación de las mujeres se compensaba con la responsabilidad que tenían los hijos varones de mantener, si necesario, a la madre y hermanas. El tribunal tuvo en cuenta la costumbre cultural de la *quiwâna*[25]y las declaraciones de las partes sobre la existencia de varios litigios en Irán en los que la viuda demandaba a los hijos una compensación de «alimentos» a cargo de la herencia.

Sin embargo, la hija, recurrió al TS[26], argumentando que la *quiwâna* o una futura reclamación de alimentos no podía justificar esa desigualdad de trato. El alto tribunal mantuvo la decisión de la primera instancia rechazando la del tribunal de apelación[27].

Ciertamente, la finalidad del derecho de alimentos no es el compensar las desigualdades en las herencias. Asimismo, el derecho musulmán (iraní) establece el derecho a la manutención de la mujer casada respecto del marido, pero no los hermanos. El derecho iraní sólo exige el deber de manutención de la esposa y los hijos, y no de las otras mujeres de la familia. No vemos cómo la *quiwâna,* costumbre o precepto religioso del buen musulmán, puede ser legalmente exigida en Irán. Pero menos aún, en Austria, ya que la finalidad de la pensión alimenticia es otra: el proporcionar el mínimo necesario para la subsistencia, teniendo en cuenta las necesidades del acreedor y los recursos del deudor y sin sesgos de género. También en los casos de divorcio planteados no solo en Europa sino en países musulmanes, las mujeres musulmanas se sorprenden, a veces, al tener que contribuir a la manutención de sus hijos o a falta de recursos. Más realista podría ser el tener en cuenta la dote recibida por las hijas en caso de matrimonio o las donaciones a los hijos para ajustar la sucesión.

25. *Vid*. Marie-Claire FOBLETS, «Legal Anthropology», en Christoph CASTELEIN y Alain VERBEKE (eds.). *Imperative inheritance law in a late modern society: five perspectives,* Intersentia, 2010, pp. 39-63; Nadjma YASSARI, «The Application of Iranian Succession Law in German Courts», en Nadjma YASSARI and Jürgen BASEDOW (eds.), Mohr Siebeck, 2004, pp. 35-49; Mustafa KAMIL YASSEN, «Principes généraux de Droit international privé» (1965), *Recueil des Cours*, disponible en http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrdc_A9789028615328_05 461, último acceso el 15 de mayo de 2021 y, de manera crítica, Asma LAMRABET, «Islam et femmes. Les questions qui fâchent», Gallimard, 2017, pp. 49-53.

26. Aunque el valor de los bienes en litigio no justificaba el recurso ante el TS, pudo recurrir al estar en juego derechos fundamentales.

27. Motivo 3.5: «Las reclamaciones de alimentos de la viuda y las hijas contra los hijos que podrían existir en virtud del Derecho iraní no pueden compensar en modo alguno esta desigualdad de trato».

IV. LA VOLUNTAD NEGATIVA DEL TESTADOR EN EL LÍMITE DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

El TS austríaco tuvo en cuenta que el testador no otorgó testamento conforme al derecho iraní. Siguiendo una decisión anterior, de 29 de enero de 2019, sobre le aplicación de la excepción de orden público internacional (§ 6 IPRG), concluyó que el derecho extranjero no solo conduce a un resultado contrario con el orden público internacional austríaco sino a la «intención del testador»[28], salvaguardando así tanto el interés general como el interés del testador[29] y el de las personas que sufren la discriminación.

Vale la pena traer a colación, aquí, aunque sea un caso de pluralidad legislativa interna, el que la intención del testador de no seguir la comunidad religiosa que le viene impuesta por nacimiento o la voluntad negativa del testador se tuvo en cuenta en la STEDH, de 19 de diciembre de 2018, en el asunto *Molla Sali c. Grecia*[30]. La libertad religiosa implica tanto el derecho a tener —o no tener— como el derecho a cambiar de religión. El difunto era miembro de la comunidad musulmana de Tracia en Grecia, pero en su testamento se ajustaba a la legislación griega. Fue impugnado por las hermanas del causante, que afirmaban que la herencia se sujetaba a la jurisdicción religiosa y al derecho musulmán aplicable a la minoría musulmana de Tracia, en virtud del Tratado de Amistad *entre Grecia y Turquía* (1923).

El TEDH dictaminó que la diferencia de trato sufrida por la viuda demandante constituía una discriminación por razón de creencias, para la que no había justificación objetiva o razonable[31]. También destacó el hecho de que Grecia ya había reformado su legislación, para no imponer la *Sharia* (y los muftíes o tribunales religiosos) a la minoría musulmana de Tracia en asuntos familiares[32]. Se priorizaba, así, el derecho individual de la persona

28. Motivo: 3.6.b: «… el difunto había designado a la viuda como única heredera, lo que iba en contra de los valores de la ley iraní».
29. Motivo 5: «Las normas de un ordenamiento jurídico extranjero que establezcan diferencias en el derecho legal de sucesiones en función del sexo de los herederos no se aplicarán por violación del orden público austriaco si la diferencia de trato tiene efecto en el caso concreto y existe una conexión interna suficiente. Distinto podría ser en determinadas circunstancias si el resultado de la aplicación de la ley extranjera corresponde a la voluntad determinada del testador».
30. STEDH de 19 de diciembre de 2018, *Molla Sali* v. Grecia, n.º 20452/14 y de 18 de junio de 2020. *Vid*. Iakovos IAKOVIDIS y Paul McDONOUGH, «The Molla Sali Case: How the European Court of Human Rights Escaped a Legal Labyrinth While Holding the Thread of Human Rights», *Oxford Journal of Law and Religion*, 2019, pp. 427-446.
31. *Vid*.: § 141 y 161.
32. *Vid*. infra nota número 18.

disidente por encima de los del grupo[33], ya que el Tribunal consideró que nadie podía ser obligado a ser considerado miembro de una determinada comunidad religiosa.

V. EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES RESPECTO DE LOS ACTOS PRIVADOS: LA CONTROVERTIDA STEDH DE 23 DE JULIO DE 2004 EN EL ASUNTO PLA Y PUNCERNAU C. ANDORRA

Resulta paradójico el distinto trato dado al derecho extranjero en la sucesión testada y en la intestada. También el que se haga un uso estratégico del derecho liberal del foro para conseguir el mismo reparto que exige el derecho extranjero o un testamento compatible con el derecho musulmán. En tal caso, el valor fundamental de la igualdad de sexos (art. 14 CE) no se confronta con el acto privado. Siendo así, el causante, asesorado por el notario, puede satisfacer su deseo de discriminar a sus hijas, debido a sus creencias religiosas o a que se educó en un país con una visión tradicional de la familia y aplicar la regla de la mitad o la de la exclusión de los bienes más importantes (inmuebles y tierras) en base al derecho extranjero o, simplemente, optando por el derecho liberal del foro. Más aún, en este último caso, logrará descartar el correctivo del orden público internacional, ya que no es aplicable al derecho del foro. Si el testador ha dejado a sus hijas la mitad de lo que reciben sus hermanos sería inusitado que las autoridades cuestionaran la escritura privada con el principio de no discriminación por razón de género u orientación sexual. Las garantías constitucionales relativas al derecho de propiedad y la herencia, unidas al criterio material de la libertad de disponer, acuden en ayuda del testador por discriminatorio que sea el resultado.

Sin embargo, el TEDH, en su controvertida sentencia de 23 de julio de 2004 en el *asunto Pla y Puncernau c. Andorra* abrió la puerta a un posible control público en la interpretación de los actos privados (testamento) discriminatorios[34]. Si bien, el propio tribunal se apresuró a precisar que el control no se ejercía ni sobre la intención del testador ni sobre el testamento en sí, sino sobre la interpretación, poco compatible con los derechos fundamentales (arts. 8 y 14 del CEDH), que los tribunales andorranos habían hecho de una disposición testamentaria (*Quien se convierta en el heredero legítimo*

33. La existencia de derechos de grupo puede entrar en conflicto con los derechos humanos individuales. Sobre este debate, Will KYMLICKA, Multicultural *Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, 1996, p. 35.

34. Comentada por Walter PINTENS, *Familien Rech*t, 2004, pp. 1467-1471.

debe dejar esta herencia a un hijo o nieto de un matrimonio legítimo y canónico) con respecto a los hijos adoptivos, por lo que el Estado andorrano (no los ya beneficiados con la herencia) debía indemnizar a los hijos adoptivos excluidos de la sucesión.

VI. PAPEL DEL NOTARIO COMO «GUARDIÁN DEL ORDEN PÚBLICO» O COMO «ESTRATEGA» AL SERVICIO DEL CLIENTE-TESTADOR

El Reglamento UE de sucesiones no establece, salvo excepción, normas competencia internacional para los notarios. Su jurisdicción es internacional; y, podría decirse, ilimitada en atención a la extensión de las reglas internas. Todo notario es competente para recibir un testamento incluso si es requerido por una persona de nacionalidad extranjera o domiciliada en el extranjero o si la ley aplicable a la sucesión es extranjera. El notario tiene un deber de asesoramiento, que lo distingue del juez. Incumbe al notario el control de legalidad, que le obliga a no obviar que la situación tiene elementos de extranjería y está sujeta al DIPr., de manera que no puede tratarla como una sucesión puramente interna.

Es un profesional que debe asesorar sobre el derecho aplicable y sobre los problemas de orden público internacional. Sin embargo, actúa como un estratega más que como un «guardián del orden público», cuando bajo el paraguas del derecho de la propiedad, la *professio iuris* y la libertad de disponer, intenta evitar el orden público para satisfacer los deseos de su cliente al redactar la escritura ya sea con la ley musulmana o con la ley española, y en la medida que la *professio iuris* del Reglamento de sucesiones permite optar a la misma.

La opción por el derecho del foro (residencia), no solo le facilita la labor en términos de conocimiento del derecho comparado, sino que le evita tener que lidiar con la incertidumbre del correctivo de orden público internacional para conseguir el mismo resultado discriminatorio que el prescrito por el derecho extranjero, haciendo un testamento *Sharia compliance* o bajo los requerimientos del derecho musulmán.

No es que la excepción de orden público internacional se aplique sobre la base de la libertad religiosa, sino que el notario puede encubrir la aplicación *de facto* del discriminatorio derecho extranjero con el derecho español. ¿Debería abstenerse el notario de actuar y dejar en manos del juez la confrontación del acto privado con los derechos fundamentales en un caso con tales elementos de extranjería?

VII. REFLEXIÓN, CONCLUSIÓN Y PROPUESTA FINAL

En línea con Pierre Bourdieu, cuya obra *Les Héritiers* (1964) reflexiona sobre la perpetuación de las desigualdades entre las clases sociales a través de la herencia, y del economista Thomas Piketty[35], que analiza cómo la propiedad transferida por herencia ha amplificado la sociedad rentista en el siglo XXI, las sociólogas Céline Bessière y Sibylle Gollac[36] afirman que la transmisión del patrimonio familiar es, también, un factor en la desigualdad entre hombres y mujeres en nuestras sociedades liberales[37]. El art. 14 CE proclama el derecho a la igualdad y la no discriminación por razón de sexo. El art. 9.2 consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, lo que refuerza la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Pero persiste la desigualdad de género en materia de sucesión. Es una realidad confirmada por notarios que las familias siguen transmitiendo de forma desigual el patrimonio familiar.

En la sucesión intestada con elemento extranjero se observa la discriminación, incluso formal, existente en no pocos derechos extranjeros. Pero en la sucesión testada mantenemos discriminaciones encubiertas bajo una interpretación ideológica, muy liberal del derecho a la propiedad privada y la herencia, que permite hacer amalgama entre la *professio iuris* y el criterio material de la libertad de testar, olvidando el objetivo localizador que persigue la opción y que los derechos por los que se opta no son liberales ni, aún bajo un mismo sistema económico capitalista, confieren tal libertad al testador.

Nos damos cuenta de que el trabajo va a contracorriente. El testamento es, en principio, un acto privado discriminatorio. No ignoramos la dificultad para contrastar tal acto privado con los derechos fundamentales. Pero queremos destacar que, en la sucesión testada con elemento extranjero, bajo el paraguas del criterio material de la libertad de testar y la *professio iuris*

35. Thomas PICKETTY, *Capital et idéologie*, 2019, Seuil, p. 805. En inglés: Thomas PIKETTY, *Capital and Ideology,* Harvard University Press, 2020.
36. Céline BESSIÈRE y Sibylle GOLLAC, *Gender of Capital: How Families Perpetuate Wealth Inequality,* Harvard University Press, 2023. En francès: *Le genre du capital. Comment la famille reproduit les inégalité*s. La Découverte, 2020.
37. Tradicionalmente se han justificado por motivos laborales, pero otra causa está en la forma en que se reparte el patrimonio familiar. *Vid.*, Nicolas FRÉMEAUX y Marion LETURCQ, «Las desigualdades y la individualización de la riqueza» (2020) *Journal of Public Economics*, 104-145.

se encubren resultados tan discriminatorios como los que puede ofrecer formalmente un derecho extranjero musulmán, y con el agravante de que la elección del derecho liberal del foro impide la intervención del mecanismo del orden público internacional. Vemos la discriminación en el ojo ajeno, pero no en el nuestro.

En un sistema liberal, el libre albedrío, la libertad de disponer de la propiedad, tiene prioridad, neutraliza la discriminación de género cuando es fruto de una escritura privada, y solo en casos inéditos en los que la disposición sea ofensiva por tratarse de un testamento privado en el que manifiesta sus prejuicios sexistas el testador sin el conveniente asesoramiento para la redacción del notario, surge la duda.

Una conclusión que podría extraerse de lo anterior es que el orden público en materia de familia o sucesiones tiene como objetivo la defensa de los actos privados. La defensa del interés general, aunque no está del todo desatendida se va relegando al mecanismo de las normas imperativas. Pero este modo de ver las cosas antepone consideraciones materiales propias al diálogo entre ordenamientos y al objetivo de la localización de la relación jurídica. No puede resolverse lúcidamente una «sucesión internacional» como si fuera un asunto interno. El Derecho internacional privado tiene objetivos específicos sobre los que no han de pasar *a priori* los del derecho material (libertad de testar).

En la sucesión testada con elementos de extranjería la discriminación se agrava a través de la professio iuris, en amalgama, a menudo, con el criterio material de la libertad de disponer propio a derechos liberales, lo que lleva a un razonamiento estratégico de obtener el mismo resultado discriminatorio del derecho extranjero (o un testamento *Sharia compliance*), bajo cobertura del derecho liberal del foro. Esta estrategia permite neutralizar o impedir el juego del orden público internacional, ya que es un correctivo que solo descarta el derecho extranjero aplicable.

Los notarios que dan efecto a disposiciones testamentarias discriminatorias deberían ser censurados por su propio Estado. No cabe olvidar que el Reglamento indica que respeta los derechos fundamentales y observa los principios reconocidos por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular su art. 21, que prohíbe toda discriminación[38].

38. (58) 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

Asimismo, el TEDH en su controvertida sentencia de 13 de julio de 2004, en el citado asunto Pla et Puncernau c. Andorra, decidió que existe una obligación positiva de los Estados miembros de garantizar que el principio de no discriminación sea respetado por el testador.

Cierto es que el Reglamento UE de sucesiones sobre una base patrimonial ha evitado para la unanimidad requerida para los textos de familia. Pero el dar todas las prerrogativas del propietario, al considerar la sucesión bajo su única función económica, contradice la Historia, la Antropología, la Sociología y las legislaciones nacionales, que muestran la dimensión familiar de la sucesión en gran parte del mundo[39]. Por lo tanto, no cabe olvidar que el Reglamento, aunque pueda amparar una ideología muy liberal, atiende también al principio de no discriminación, particularmente a través del art. 21 de la Carta.

El Reglamento UE de sucesiones no establece, salvo excepción, normas competencia internacional para los notarios. Su jurisdicción es internacional y en atención a la extensión de las reglas internas. El notario es competente para recibir un testamento tanto si es requerido por un nacional o un extranjero o por un causante domiciliado en el extranjero o si la ley aplicable a la sucesión es extranjera. El notario tiene un deber de asesoramiento. No puede obviar que la sucesión tiene elementos de extranjería y está sujeta al Derecho internacional privado. Es un profesional que debe asesorar sobre el derecho aplicable y el límite del orden público internacional. Sin embargo, el notario bajo el paraguas del derecho de la propiedad, la *professio iuris* y la libertad de disponer, ya no es el guardián del orden público internacional, sino más bien un estratega al servicio de la satisfacción de los deseos de su cliente, y que evitará el tener lidiar con el correctivo de orden público internacional mediante , con la elección del derecho liberal del foro , que no solo conoce mejor sino que permite conseguir el mismo resultado discriminatorio que el prescrito por el derecho extranjero: *Sharia compliance* o compatible con los requerimientos del derecho musulmán. Si es así, proponemos que el

---

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 art. 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación.

39. Por ejemplo, en los trabajos de Emmanuel TODD, *L'Origine des systèmes familiaux*, Gallimard, 2011 y *La Diversité du monde. Structures familiales et diversité, Seuil,* 1999, destacando las repercusiones en la variedad de sistemas políticos.

notario se abstenga de actuar y deje en manos del juez la confrontación del acto privado con los derechos fundamentales en un caso con tales elementos de extranjería para eliminar las posibles discriminaciones encubiertas y para hacer más coherente el trato dado a la sucesión testada e intestada en los casos que nos ocupan. En definitiva, requeriría dar más valor a la no discriminación (principio vinculado a la dignidad humana) que al criterio material (de la ley española) sobre el derecho a disponer, y a la vista de la extranjería de la situación.

Los notarios son profesionales que prestan un servicio público de relevancia constitucional en la dación de la fe pública en el tráfico jurídico, lo que permite acercarlos a la noción de poder público. No pueden ignorar que los prejuicios siguen existiendo y de que los padres musulmanes pueden discriminar a las hijas siguiendo la costumbre musulmana de la *quiwâna* o su derecho nacional del que ellos mismos se beneficiaron al heredar de sus padres[40]. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad *efectiva* de mujeres y hombres exige a las autoridades (judiciales y *extra*-judiciales) mayor sensibilidad frente a las discriminaciones efectivas.

40. Las madres, al parecer, son las más abiertas a dividir los bienes a partes iguales entre hijos e hijas, aunque ello también tiene una base en el derecho extranjero. Obsérvese esta diferencia en la experiencia relatada por un notario español en un foro jurídico: orden público — Sucesión iraní y orden público. (foroactivo.com) > consultado el 7 de enero de 2023. «Los varones musulmanes parten de la idea de que debe percibir mayor porción de bienes los hijos varones; pero al menos mi musulmana no la compartía».

El contenido del derecho a la reagrupación familiar según la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

The content of the right to family reunification according to the recent case law of the Court of Justice of the European Union

Isaac de la Villa Briongos
Profesor Ayudante Doctor de Derecho internacional privado
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO JURÍDICO Y CONCEPTUAL. III. JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE REAGRUPACIÓN DE MENA. 1. *El momento de referencia en relación con la edad del MENA y la solicitud de reagrupación*. 2. *El derecho a la reagrupación familiar de familiares de segundo grado, en concreto, hermanos*. 3. *Los matrimonios forzosos, menas y reagrupación familiar*. IV. CONCLUSIONES.

RESUMEN

El presente trabajo analiza la interpretación del contenido del derecho a la reagrupación familiar, especialmente vinculado al ejercicio del mismo por parte de menores extranjeros no acompañados que ostentan la condición de refugiados en la Unión Europea desde la perspectiva de la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) que ha emitido sentencias que clarifican y amplían el contenido de este derecho, destacando el interés superior del menor como principio rector, al poner especial énfasis en vulnerabilidad de estos menores y la necesidad de adecuar al caso concreto el ejercicio de este derecho y una interpretación flexible y adaptativa de la normativa

a fin de garantizar el derecho a la reagrupación y, con él, el derecho a la vida familiar.

PALABRAS CLAVE: Reagrupación Familiar. Menores extranjeros no acompañados. Refugiados. Interés superior del menor. Derecho a la vida familiar.

ABSTRACT

This paper analyzes the interpretation of the content of the right to family reunification, especially linked to the exercise of it by unaccompanied foreign minors who hold refugee *status* in the European Union, from the perspective of the most recent jurisprudence of the Court of Justice of the European Union (CJEU) that has issued judgments that clarify and expand the content of this right. Highlighting the best interests of the child as a guiding principle, by placing special emphasis on the vulnerability of these children and the need to adapt the exercise of this right to the specific case and a flexible and adaptive interpretation of the regulations in order to guarantee the right to reunification and, with it, the right to family life.

KEYWORDS: Family Reunification. Unaccompanied foreign minors. Refugees. Best Interests of the Child. Right to family life.

I. INTRODUCCIÓN

La problemática relacionada con la situación jurídica de los menores extranjeros no acompañados (en adelante, MENA) en la Unión Europea, ha sido analizada desde diferentes puntos de vista, sin embargo, resulta especialmente relevante, por la naturaleza de su situación de vulnerabilidad[1], el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar por parte de estos MENA cuando se encuentran protegidos bajo la figura del refugio. Debemos destacar que no todos los MENA son refugiados, ni todos los refugiados son MENA.

La actuación de las autoridades de los Estados Miembros (en adelante EE.MM) no siempre ha resultado certera en cuanto a cómo gestionar este

1. Trabajo realizado en el marco del Proyecto nacional I+D+i: El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica (PID2020-113061GB-I00).
Begoña FLORES GONZÁLEZ, «La protección jurídica de los menores inmigrantes no acompañados en España» *Revista de Derecho Civil*, vol. V, n.º 2, 2018, p. 325.

asunto pues la doble realidad de estas personas, en cuanto a menores y también en cuanto a extranjeros, ha causado una actuación muy dispar que ha provocado que estos menores puedan encontrarse en diferentes situaciones administrativas[2]. Conforme indica la doctrina, esta falta de unidad en la actuación y regulación de la situación jurídica de los MENA deriva de la falta de un marco normativo armonizado que regule, desde todos los puntos de vista y en conjunto, la situación de los menores no acompañados en territorio comunitario; un marco regulador facilitaría, en primer lugar, la aplicación de la normativa, dejando clara la prelación de fuentes y, por otro lado, resultaría fundamental que dicho marco jurídico fuera planteado bajo el prisma del interés superior del menor que ha de configurarse como su pilar fundamental y, por supuesto, el principio de no devolución[3], para los casos en que quepa la posibilidad de otorgar protección internacional a estos menores[4].

Por lo que respecta a nuestro estudio, nos interesarán los casos de menores de edad a los que no acompaña un adulto que se responsabilice de los mismos y que han obtenido protección bajo la figura del refugio en alguno de los países de la Unión Europea, en ellos también se da esta dualidad, la de extranjero y la de menor, pero su estatus legal queda perfectamente definido

2. Adrián NEUBAUER ESTEBAN y Rafael MESTO HEREDIA, «La Unión Europea y las medidas de atención a los menores de edad no acompañados», en E. LUCIO-VILLEGAS *et al.* (coords.), *Actas de XXX Seminario de Pedagogía Social,* Universidad de Sevilla, 2017, p. 222, recogen que «El número de MENAs que recibe un país, así como su situación geográfica es fundamental para diferenciar los dos principales modelos de actuación que existen actualmente dentro del marco comunitario. De esta manera podemos diferenciar claramente dos modelos. Un primer modelo relativo a los países del norte y centro de Europa (como Alemania, Suecia, Bélgica, Dinamarca y Noruega) donde es más frecuente que éstos menores sean considerados como potenciales refugiados y soliciten asilo, en contraposición al otro modelo imperante en los países del sur de Europa (como España y Italia) donde existe una regulación jurídica más estricta, incluyéndoles dentro del colectivo de inmigrantes irregulares y aplicándoles el régimen interno relativo a la protección de menores, limitando de ésta manera el acceso al asilo o refugio».
3. Juan Manuel LÓPEZ ULLA, «Razones para una directiva europea sobre menores extranjeros no acompañados y juventud migrante», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 73, 2022, p. 898.
4. Sobre este particular *vid.* M.ª Teresa ALCOLADO CHICO, «Una aproximación a la legislación comunitaria y española sobre los menores no acompañados», en *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, volumen 3, n.º 2, 2018, pp. 157 y ss.; Pilar TRINIDAD NUÑEZ, «La protección de menores no acompañados y el refugio: la respuesta de Europa», *Tiempo de Paz*, n.º 119, 2015, pp. 50 y ss.; Marta REQUEJO ISIDRO, «Solicitante de asilo: entre Estado competente y Estado responsable», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 2, 2017, p. 485.

mediante la normativa que rige la figura del Refugio. Desde este estatus, la Directiva 2003/86/CE[5] les permite ejercitar el derecho a la reagrupación familiar a través de un régimen específico como veremos enseguida.

La vulnerabilidad de los refugiados (especialmente de los MENA refugiados) aconseja una actuación positiva por parte de los EE.MM. que les permita también recuperar, al menos en parte, lo que un día fue su vida, en una nueva localización, ya que su capacidad para ejercer su vida normal en su país de origen se vio truncada por las condiciones extraordinarias que en él acontecían. El objetivo de estas líneas es analizar cómo entendemos que debería ser interpretado el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar de los MENA refugiados en Europa por parte de los EE.MM. en tanto que el mismo se configura como un instrumento que permite materializar, hacer efectivo y evitar la vulneración del derecho a la vida familiar, reconocido por el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos[6] (en adelante, CEDH) y por el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea[7] (en adelante, CDFUE) y de manera que también se garantice el interés superior del menor y se reconozca a la familia como núcleo básico y motor del desarrollo de su nueva vida en el Estado de acogida, para ello, analizaremos diferentes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE) que ayudan a interpretar y llenar de contenido este derecho a la reagrupación familiar.

Por tanto, debemos tener en cuenta tres conceptos íntimamente relacionados entre sí, a saber: el derecho fundamental a la vida familiar, el derecho a la reagrupación familiar, como elemento vertebrador del anterior, y el interés superior del menor, un concepto no siempre fácil de delimitar pero que dirige, de manera incuestionable, la jurisprudencia que va a ser analizada.

II. MARCO JURÍDICO Y CONCEPTUAL

Tal y como acabamos de referir, el derecho a la vida familiar es realmente una construcción del Derecho Europeo, no sólo en su vertiente comunitaria, sino que queda materializado en el art. 8 del CEDH, el derecho comunitario

5. Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, DOUE n.º L 251, de 3 de octubre de 2003.
6. Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Ratificado por España el 26 de septiembre de 1979, *BOE,* n.º 243, de 10 de octubre de 1979.
7. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *DOUE* n.º C 364/1, de 18 de diciembre de 2000.

recoge el testigo del CEDH al incorporar el mismo derecho en el art. 7 de la CDFUE. A pesar de ello, debe destacarse que algunos países del ámbito europeo aún no reconocen expresamente el mismo en sus ordenamientos[8]. Este derecho a vivir en familia[9], del que son titulares los extranjeros residentes en un Estado Miembro, implica no sólo una faceta negativa consistente en la abstención, por parte de ese Estado, de influir en el desarrollo de esta vida familiar poniendo cualquier traba a la misma, sino que se traduce también en una obligación positiva para los mismos de llevar a cabo políticas que garanticen esa realidad de vida familiar y, en concreto, de permitir que los titulares del derecho puedan traer consigo a sus familiares residentes en su país de origen, o en terceros Estados, mediante el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar[10]. La fuerza de estos derechos sustentados en normas

8. En este sentido *vid.* M.ª Victoria CUARTERO RUBIO, «El derecho al respeto a la vida familiar (art. 8.1 CEDH): una aproximación iusprivatista desde el recurso de amparo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 115, 2019, pp. 363 a 389. También señala Richard AGUILAR DÍAZ, en «Las familias transnacionales», en *Vox Juris*, n.º 25 (1), 2013, p. 23: «*no olvidemos que el legislador europeo dotó de carácter fundamental al multicitado derecho a vivir en familia; sin embargo, para el legislador español, este derecho solo goza de un carácter legal (ver sentencia del TC 236/2007*)». Por el contrario, países como Grecia sí lo han recogido en sus Cartas Magnas.

9. Debe advertirse que tampoco está exento de discusión el propio concepto de familia que, atendiendo a las nuevas concepciones y modos de vida, puede, en muchas ocasiones, alejarse del modelo tradicional y la concepción occidental de la misma. Siendo la realidad que en la mayoría de los casos se impone el criterio de familia del país de acogida (*vid.* considerandos 9 y 10 de la Directiva 2003/86/CE). El problema radica en que muchos de los familiares que no se permiten reagrupar sí podrían entrar en el modelo occidental de familia (hablamos de primos, tíos, *etc*.). En este sentido, Richard AGUILAR DÍAZ, en «Las familias transnacionales», p. 18, manifiesta que: «*el modelo de familia tradicional se encuentra en constante evolución, debido a diversos factores interestatales (personales, jurídicos y económicos) e internacionales (flujos migratorios), y que estos originan nuevos modelos de familia o de organización familiar, los cuales interactúan en nuestra sociedad*».

10. Sobre la dualidad de la obligaciones positivas y negativas del Estado derivadas de la correcta observación de este derecho *vid.* Anne WIJFFELMAN, «Child marriage and family reunification: an analysis under the European Convention on Human Rights of the Dutch Forced Marriage Prevention Act», en *Netherlands Quarterly of Human Rights,* vol. 35(2), 2017, p. 115, Sanna MUSTASAARI, «The married child belongs to no one? Legal recognition of forced marriages and child marriages in the reuniting of families» en *Child and Family Law Quarterly*, n.º 26, vol 3, 2014, p. 267; Antonio QUIRÓS FONS, «Derecho comunitario de extranjería: Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del derecho interno español» en *Anales de Derecho,* Universidad de Murcia, n.º 21, 2003, p. 406; o Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, «Una lectura crítica de los vínculos familiares a la luz de la Directiva 2003/86/ce y de las normas españolas de extranjería», *Cuadernos de Derecho Transnacional,* n.º 2, vol. 10, 2018, p. 737.

convencionales es tal que puede llegar a sobrepasar la soberanía del Estado al permitir la entrada en los países de personas sin que esta posibilidad haya sido, *a priori*, contemplada por la regulación positiva de extranjería nacional[11].

Debemos, por tanto, tener en cuenta que la pluralidad de normas existentes dentro del régimen de extranjería aconseja que, antes de comenzar a hablar sobre los conceptos relacionados con la reagrupación familiar, centremos cuál será la norma que deba regir los supuestos objeto de nuestro estudio. Debemos tener en cuenta cuándo resulta de aplicación la Directiva 2003/86/CE, para lo cual acudiremos al art. 3 de la misma cuyo primer apartado recoge el ámbito de aplicación personal, mientras que su apartado segundo será el encargado de especificar las excepciones al anterior.

El art. 3 de la Directiva se expresa del siguiente modo: «*La presente Directiva se aplicará cuando el reagrupante sea titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un período de validez superior o igual a un año, y tenga una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente, si los miembros de su familia son nacionales de terceros países, independientemente de su estatuto jurídico*», por tanto los sujetos que pueden ejercitar el derecho a la reagrupación familiar son los extranjeros —que son aquellos que tienen un permiso de residencia, pues los nacionales no requieren del mismo para permanecer en España—. Vemos que, dado que el requisito es plenamente formal (ser titular de un permiso de residencia) no debe hacerse distinción, en la aplicación de la norma, entre aquellos extranjeros que ostentan la residencia bajo el título de refugiado y aquellos que no.

Sin embargo, el apartado 2 sí nos permite matizar la afirmación anterior ya que el mismo supone que la norma será inaplicable en los casos en que el reagrupante haya iniciado una solicitud de asilo y siempre que la misma solicitud aún no haya sido objeto de resolución definitiva; tampoco se aplicará en los supuestos en que el reagrupante haya sido autorizado a residir en un Estado miembro en virtud de una protección temporal o haya solicitado la autorización de residencia de manera temporal y esta se encuentre aún a la espera de su resolución, lo cual se configura en línea con el objetivo de la propia Directiva, puesto que la residencia temporal en un país (en fun-

11. *Vid.* Anne WIJFFELMAN, «Child marriage…», p. 112, donde el autor refiere que el art. 8 hace que nazca el derecho a que un extranjero pueda entrar en un país incluso por encima de la negativa de este. También, en este sentido, Sara IGLESIAS SÁNCHEZ, «El valor de la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la sentencia del TJCE en el asunto 540/03», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 26, 2007, p. 143.

ción de su duración) puede encontrarse reñida con la viabilidad de la vida familiar en ese territorio.

Si bien, en su apartado 5, el artículo que venimos analizando señala la posibilidad de que los Estados recojan, en sus ordenamientos nacionales, condiciones más favorables[12]. Finalmente, tampoco se aplicará cuando el reagrupante está autorizado a residir en un Estado miembro bajo condiciones de protección subsidiaria o haya solicitado esta protección subsidiaria y su solicitud todavía no haya sido resuelta. En su apartado tercero, la Directiva también recoge que no se aplicará a los miembros de la familia de ciudadanos de la Unión. La reagrupación ejercitada en este último caso quedará regulada por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, transpuesta a nuestro ordenamiento mediante el RD 240/2007[13].

En conclusión, debemos entender que la Directiva 2003/86/CE se aplicará en aquellos supuestos en los que el reagrupante sea un extranjero, residente legal o refugiado con autorización permanente de residencia en cualquiera de los Estados Miembros, dentro de este último grupo se encontrarían aquellos refugiados menores de edad no acompañados objeto de nuestro estudio[14].

Los refugiados cuentan en la Directiva con un régimen especial más laxo y flexible, que en el caso de los extranjeros que no se encuentran bajo el amparo de esta figura internacional[15]. Como señala la doctrina, la necesidad

12. Es el caso de España que permite el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar a aquellos extranjeros que cuentan con una autorización de residencia temporal y han permanecido, al menos, un año, en España siempre que estén autorizados para residir un año más (en puridad, aquellos que vayan a permanecer, aun de manera temporal, dos años, en España, serán titulares de este derecho).
13. Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, *DOUE* n.º 229/35 de 29 de junio de 2004. Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. *BOE* n.º 51, de 28 de febrero de 2007.
14. Sara PARDO ARZA, «La configuración del derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros procedentes de terceros Estados», en *RJUAM*, n.º 36, 2017-II, p. 321.
15. Capítulo V de la Directiva 2003/86/CE (arts. 9 al 12), encargado de regular la reagrupación familiar ejercida por refugiados y la especial situación de los menores

de este trato diferenciado se basa en la especial vulnerabilidad de estas personas principalmente cuando las mismas aún no han alcanzado la mayoría de edad, todos los argumentos a favor de la existencia de un régimen especial, en materia de reagrupación, para los refugiados se intensifican más aún en el caso de los menores[16].

Pero ¿qué es un menor no acompañado? Para facilitar su aplicación, la Directiva 2003/86 nos ofrece una definición legal de este concepto (art. 2, apartado f), de esta manera, deberemos entender como MENA «*al nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, mientras tal adulto responsable no se haya hecho cargo efectivamente del menor, o cualquier menor al que se deje solo tras su entrada en el territorio de los Estados miembros*», la Directiva incluye referencias a los menores no acompañados en el capítulo V, debe destacarse que, en el caso de España, son pocos los que solicitan el estatus de refugiado[17].

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta, tal y como viene señalando a doctrina, que no se considerarán MENAS a los nacionales de terceros Estados que sean miembros de la familia de un ciudadano de un Estado miembro de la UE o de un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ni tampoco los menores extranjeros que se encuentran en España por razones de estudio, dentro de programas con fines de escolarización, tratamiento médico o de vacaciones[18]. La doctrina también ha contribuido a perfilar este concepto al indicar que la falta de acompañamiento del adulto responsable se refiere siempre a aquel que ostenta la representación legal del menor, conforme a la ley del Estado miembro, donde el menor se halle presente, no de su ley personal. Asimismo, también se considera menor no acompañado al menor casado, cuyo cónyuge no está presente legalmente en el territorio de los EE.MM.[19]. Nuestro estudio quedará centrado, especialmente, en los casos cuya problemática ha implicado un pronunciamiento del

---

extranjeros no acompañados en este contexto, así como en la jurisprudencia del TJUE que la desarrolla.

16. *Vid.* STJUE, en el asunto C-560/20, CR, GF, TY *vs* Landeshauptmann von Wien, Fundamentos Jurídicos 32 y 51.
17. Mónica VINAIXA MIQUEL, «La mayoría de edad: un mal sueño para los menores extranjeros no acompañados», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 1, 2019, p. 576.
18. Cf. Mónica VINAIXA MIQUEL, «La mayoría de edad…», pp. 579 y 581.
19. *Vid.* Marta REQUEJO ISIDRO, «Solicitante de asilo…», p. 488 donde, junto a lo anterior, refiere que «*el estado de casado y eventualmente, en virtud de ello, de emancipado, no altera la cualidad de «menor» a los efectos del SECA*».

TJUE, principalmente porque la vulneración del derecho a la reagrupación familiar es especialmente sangrante en estos supuestos por a la precaria situación de estos menores en el país de acogida y la importancia de la familia como elemento integrador[20].

Como ya hemos puesto de manifiesto, no todos los MENA llegan a adquirir la condición de refugiado. Debemos referir, siquiera brevemente, que el principio general en los supuestos de menores no acompañados (que aún no son refugiados o que no lo han solicitado) es el retorno o reagrupación con sus padres en el país de origen. Estos MENA serán sometidos a la Directiva 2008/115/CE[21]y, en el caso de España, a la Ley Orgánica de Extranjería (art 35)[22] [23]. No obstante lo anterior, para determinar si es posible o no la repatriación del MENA las autoridades deberán llevar a cabo una labor de ponderación basada en el interés superior del mismo, lo que implica que, salvo que haya una evidente motivación que impida el ejercicio del derecho a la vida familiar en el país de origen que aconseje que los padres sean atraídos a Europa, lo que procederá será que el MENA sea repatriado a su país junto con su familia (o bajo la autoridad y custodia de su Estado de origen), pues se entiende que es la opción que mejor protege el interés del menor[24]. También se ha puesto de manifiesto la necesidad de que los

20. Ángeles LARA AGUADO, «Infancia y juventud migrante tutelada: Materialización de la obligación de diligencia debida del estado de la residencia en la normativa de extranjería y nacionalidad», en Vicente CABEDO MALLOL e Isaac RAVETLLAT BALLESTÉ (coords.), *Los Derechos de la infancia y la adolescencia en contextos migratorios*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2024, p. 43.

21. Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008 relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular *DOUE,* n.º L 348/98, de 24 de diciembre de 2008.

22. Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. *BOE,* n.º 10, de 12 de enero de 2000.

23. Sobre el proceso de repatriación de los MENA que no han solicitado el refugio *vid.* Marta REQUEJO ISIDRO, «Solicitante de asilo…», pp. 485 y ss.; cf. Luis CORPAS PASTOR, «La protección de menores extranjeros no acompañados en España: Marco jurídico común civil tras la invasión de Ucrania», en *Rev. Boliv. de Derecho* n.º 38, julio 2024, pp. 127 y ss., Mónica VINAIXA MIQUEL, «La mayoría de edad…», pp. 594 y ss.; Juan Manuel LÓPEZ ULLA, «Razones para una directiva europea…», p. 894 y M.ª Dolores ORTIZ VIDAL, «Los retos que debe asumir España tras las recomendaciones del comité de los derechos del niño en el marco de los menores extranjeros no acompañados: hacia un nuevo sistema de protección de la adolescencia», *REEI*, núm. 41, 2021, pp. 21 y ss.

24. Si bien, como indica Manuel MEDINA ORTEGA, «Los menores no acompañados en la regulación de la inmigración por la Unión Europea», en *Anuario Español de DIPr, t.* XXI, 2021, p. 368, los Estados deben tener en cuenta el interés superior del niño y la

EE.MM. colaboren para buscar a los familiares que estos MENA pudieran tener en territorio comunitario[25], y la necesidad de que protejan correctamente a estos MENA cuando el retorno no sea posible[26].

Hay que destacar que los MENA son reticentes a ejercitar el derecho a la reagrupación puesto que dicho ejercicio puede suponer, en realidad, el inicio de un proceso de repatriación. No obstante, en los casos que analizaremos a continuación, los menores disfrutaban un estatus de refugiado, lo que significa que debemos asumir como premisa principal que no pueden regresar a su país de ningún modo, puesto que su vida corre peligro y el principio de no retorno debe ser respetado por los EE.MM[27].

En consecuencia, el interés superior del menor como axioma interpretativo del derecho a la vida familiar implica que dicha vida deba desarrollarse

---

vida familiar en los procesos de retorno de los menores de edad, lo que puede implicar soluciones diferentes al retorno en algunas ocasiones. Alfonso VICENTE LORCA, «Revisión jurídica de los menores extranjeros no acompañados en el espacio europeo. Análisis de la situación en España» *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 22, 2022, págs 101 a130, recoge algunos elementos para determinar cuándo concurre le interés superior del menor en los casos en que se plantea la repatriación del mismo. También, en este sentido Marta REQUEJO ISIDRO, «Solicitante de asilo…», pp. 487 y ss. Por el contrario, es cierto que algunos autores cuestionan esta afirmación y dudan de que la aplicación de esta medida sea la más adecuada y efectiva en estos casos, *v. gr.* M.ª Dolores ORTIZ VIDAL, «Los retos que debe asumir España…», p. 20; Isabel LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel DIEZ VELASCO *et al*., *Estudio jurídico sobre infancia no acompañada y separada con necesidad de protección internacional en España,* Aranzadi, 2024 o José Manuel VELASCO RETAMOSA, «La protección de menores extranjeros en la Unión Europea situación actual y desafíos de futuro», en José Manuel VELASCO RETAMOSA (dir.), *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 103. Ángeles LARA AGUADO, «Infancia y juventud…», pp. 41 y 42 señala además que la LOPJM es más ambiciosa que los textos internacionales reforzando y primando este sobre cualquier otro elemento de ponderación. También en este sentido, *vid.* la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014), COM(2010)213 final, de 6 de mayo de 2010, pp. 3— 12 y 13.

25. José Manuel VELASCO RETAMOSA, «La protección de menores extranjeros…», p. 111.
26. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014), COM (2010)213 final, de 6 de mayo de 2010, p. 14.
27. Eso sí, la situación del país de origen y la imposibilidad de llevar a cabo una vida normal, incluyendo la vida familiar en el mismo, debe quedar perfectamente demostrada tal y como indica Armando Alvares GARCÍA JÚNIOR, «Menores en la Unión Europea. Contextualización y análisis de las dificultades legales en la solicitud de asilo», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 1, 2019, p. 78.

en el país de refugio y no en el de origen. Tal y como señala la doctrina, no hay posibilidad, en estos casos, de que los beneficiarios de refugio (incluso de protección subsidiaria o los que gozan de una simple autorización de residencia por motivos humanitarios, sin haber accedido a la figura del refugio) ejerciten y protejan sus derechos fundamentales en el país de origen y, especialmente, aquellos vinculados al desarrollo de la vida personal y familiar, si estos son menores, entonces es evidente que la interpretación de la norma siempre debe favorecer la reagrupación y la interpretación amplia del concepto de familia, como veremos más adelante[28].

El del interés superior del menor es uno de esos conceptos jurídicos a los que se les aplica el calificativo de indeterminados ya que su contenido se ve, con frecuencia, ampliado por la jurisprudencia de los más altos tribunales (*v.gr.* el TJUE o el TEDH[29]), que debe ser analizado de una manera minuciosa, y con atención a las circunstancias particulares del caso concreto, para poder determinar la magnitud de su impacto[30]. El interés superior del menor queda consagrado como elemento fundamental de decisión en la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN[31]), cuyo art. 9 expresa que debe ser tomado como referencia a la hora de determinar la posible separación de un niño con sus padres. Por otro lado, nuestra Ley de Protección Jurídica del Menor[32] también hace alusión al mismo, en su art. 2, al referir que «*todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado*», a pesar de que, en el apartado segundo de este mismo precepto, sí nos otorga algunos criterios de guía, lo

28. Araceli MARTÍN VILLEGAS, «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar», en *AequAlitas*, n.º 38, 2016, pp. 21 y ss.
29. Manuel MEDINA ORTEGA, «Los menores no acompañados…», p. 362, M.ª Teresa ALCOLADO CHICO, «Una aproximación a la legislación…», p. 155, también refleja la indeterminación del concepto.
30. Antonio QUIRÓS FONS, «Derecho comunitario de extranjería…», p. 406, habla del concepto de interpretación evolutiva de la jurisprudencia como mecanismo que permite colmar, de manera progresiva y en función de la casuística, estos conceptos, también en este sentido *vid.* Juan Manuel LÓPEZ ULLA, «Razones para una directiva europea…», p. 897.
31. ONU: Asamblea General, Convención sobre los Derechos del Niño, United Nations, Treaty Series, vol. 1577, p. 3, 20 noviembre 1989, https://www.refworld.org/es/leg/trat/agonu/1989/es/18815 [accedida 02/09/2024].
32. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. *BOE*, n.º 15, de 17 de enero de 1996.

cierto que ninguna de las normas citadas otorgan una definición de qué es el interés superior del menor.

La doctrina sí ha intentado, por su parte, llenar de contenido este concepto con el objetivo de clarificar en qué consiste, de este modo, considera que el mismo pasa por tres fases, a saber: sustantiva, interpretativa y procesal[33], estas fases derivan de lo contenido en la *Observación general n.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*[34].

Sustantiva por cuanto genera un derecho en los menores a que la actuación de las autoridades se guíe por el mejor interés de este, lo que incluye el derecho a ser escuchado. Interpretativa, por cuanto cualquier norma debe ser interpretada teniendo en cuenta lo anterior de manera que siempre se aplique en la forma en que resulte más beneficiosa al interés superior. Y procesal, de tal manera que «*el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados*»[35]. La doctrina recoge que este principio debe ser quien dirija la toma de decisiones que afectan al menor, pero, por desgracia, no es un concepto que haya recibido un trato unitario en Europa, de manera que cada Estado lo llena de contenido en base a sus propias necesidades e intereses y sólo queda armonizado por la jurisprudencia de, entre otros, el TEDH y los instrumentos convencionales que a él se refieren de manera internacional[36]. El interés superior del menor garantiza que, en esa doble realidad que ostentan estas personas, menores y extranjeros, prime aquella sobre ésta.

Para finalizar, debemos referir que el derecho a la reagrupación familiar se configura como un derecho-instrumento que coadyuva a los poderes públicos a hacer efectivo el derecho a la vida familiar en su vertiente positiva, es decir, facilita que los Estados puedan gestionar los mecanismos

33. Cf. Luis CORPAS PASTOR, «La protección de menores págs…», pp. 112 y 113 y Juan Manuel LÓPEZ ULLA, «Razones para una directiva europea…», pp. 883 y 884 y Ángeles LARA AGUADO, «Infancia y juventud…», pp. 40 y 41. Sobre este tema *vid.* especialmente C. MARTÍNEZ GARCÍA y C. DEL MORAL BLASCO, *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño,* Save the children, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, Madrid, 2017.
34. https://www.observatoriodelainfancia.es/ficherosoia/documentos/3990_d_CRC.C.GC.14_sp.pdf, p. 4, (consultada el 20 de septiembre de 2024).
35. Cf. Juan Manuel LÓPEZ ULLA, *Ibídem.*, p. 884, párrafo primero.
36. Cf. Francisco Javier DÍEZ MORRÁS, «Indefinición del interés superior del menor extranjero no acompañado en perjuicio de su protección», *REDUR,* n.º 10, 2012, pp. 102 y ss.

que permiten reagrupar a las familias en sus territorios, garantizando así el derecho a la vida familiar. Por ello, la doctrina lo ha venido denominado como un derecho instrumental[37].

III. JURISPRUDENCIA DEL TJUE SOBRE REAGRUPACIÓN DE MENA

1. EL MOMENTO DE REFERENCIA EN RELACIÓN CON LA EDAD DEL MENA Y LA SOLICITUD DE REAGRUPACIÓN

Uno de los aspectos más relevantes sobre los que el TJUE se ha pronunciado versa sobre la fijación del momento que debe ser tomado como referencia para determinar la concurrencia de la minoría de edad, o no, a los efectos de concluir si la persona puede ser incluida dentro de la definición de MENA que recoge el art. 2. f) de la Directiva 2003/86/CE y, en consecuencia, ejercitar los derechos que la normativa le confiere, en su caso, como refugiado.

En el asunto C-550/16: A., S.[38], una menor que llega a Holanda, solicita y le es concedido el refugio, posteriormente, presenta solicitud de autorización de residencia para sus padres (A y S) y sus hermanos menores. El gobierno holandés deniega la solicitud puesto que, en el momento de cursarla, la refugiada ya no era menor de edad. Se plantea, por tanto, una disputa entre la posición de las autoridades holandesas, las cuales consideraban que el momento en el que se presenta la solicitud de reagrupación es aquel que debe ser considerado a los efectos de determinar la edad del reagrupante, y la de los recurrentes, que entendían que el momento que debe ser tomado como referencia es el de entrada en el país de refugio y, en consecuencia, la edad que se tenía en dicho período. Y esta pregunta es la que sustenta la cuestión prejudicial que el tribunal nacional presenta ante el TJUE: En el marco de la reagrupación familiar de refugiados, ¿debe entenderse por menor no acompañado en el sentido del artículo 2, […] letra f), de la Directiva 2003/86 también el nacional de un tercer país o el apátrida menor de 18 años que llegue al territorio de un Estado miembro sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la costumbre, y que: solicite asilo; alcance la mayoría de edad durante la tramitación del procedimiento de asilo en el territorio del Estado miembro; obtenga asilo con efectos retroactivos a partir de la fecha de la solicitud, y a continuación solicite la reagrupación familiar?

37. Cf. Antonio QUIRÓS FONS, «Derecho comunitario de extranjería…», p. 403.
38. ECLI:EU:C:2018:248.

El TJUE resuelve, con el objetivo de coadyuvar a conseguir los objetivos de la Directiva de reagrupación familiar y garantizar el derecho a reagrupación familiar como instrumento del derecho fundamental a la vida familiar, así como de garantizar los principios de igualdad y seguridad jurídica, y entiende que no es posible que la determinación del momento de referencia para valorar la edad y, con ello, la capacidad para ejercer la reagrupación de ciertos familiares, quede a expensas de la rapidez o lentitud en la tramitación de la solitud de refugio de cada uno de los EE.MM. En consecuencia, entiende que, efectivamente, el momento de referencia a tener en cuenta es el defendido por A. y S. y debe retrotraerse a la fecha en la que el MENA llegó al país que le concede el refugio. Otra interpretación supondría que los MENA refugiados de la misma edad y que hayan presentado en el mismo momento una solicitud de protección internacional podrían ser tratados de distinta manera dependiendo de cuánto durase la tramitación de esas solicitudes lo que supondría la imprevisibilidad de conocer, por parte del menor, si podrá ejercitar, en unas condiciones u otras, el derecho a la reagrupación familiar, por causas completamente ajenas a su voluntad, lo que puede suponer un importante perjuicio para la seguridad jurídica. El establecimiento de este punto de referencia como mecanismo para fijar la edad del reagrupante permite asegurar el principio de igualdad y dotar de un trato similar y previsible a todos los solicitantes que se encuentren en la misma situación y, sobre todo, hará depender el ejercicio del derecho de la voluntad del solicitante y no de aspectos ajenos a la misma.

Junto a lo anterior, el TJUE sí establece un «requisito de control» que evite una capacidad de ejercer este derecho *sine die* ya que, si el momento de referencia es aquel en que se insta la solicitud de refugio, y debe considerarse que quien era menor en el momento de solicitar el refugio lo es también, una vez alcanzada la mayoría de edad durante la tramitación del mismo, para llevar a cabo las solicitudes de reagrupación, podrían darse situaciones en las que se busque el fraude de ley, con la finalidad de evitar esto, el TJUE habla del establecimiento de un «plazo razonable» para ejercitar este derecho a la reagrupación familiar, presentando la solicitud tras recibir autorización de residencia como refugiado, este plazo será de tres meses a partir del día en el que se reconoció al menor interesado la condición de refugiado[39]. La doctrina ha afirmado el carácter orientativo dicho plazo, pudiendo ser interpretado de una manera flexible si se dan las condiciones necesarias para ello

39. *Vid.* Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, COM(2019) 162 final, de 29 de marzo de 2019, p. 6.

y siempre en pro de garantizar el derecho a la reagrupación. En esta misma dirección apunta el TJUE en el asunto C-560/20, que veremos enseguida[40].

2. EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR DE FAMILIARES DE SEGUNDO GRADO, EN CONCRETO, HERMANOS

Traemos, en este epígrafe, dos sentencias que, por su relación hermenéutica, resultan relevantes para la interpretación (extensiva) del derecho a la reagrupación familiar.

En la primera de ellas, Asunto C-519/18: *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*[41], la hermana de T.B., una refugiada iraní en Hungría, presentó ante la embajada húngara en Teherán una solicitud de autorización de residencia con fines de reagrupación familiar con su hermana en Hungría. Las autoridades húngaras denegaron esta solicitud por varios motivos, entre ellos, que la solicitante habría basado la misma en datos falsos con el objetivo de facilitar la obtención de dicho permiso y, por otro lado, porque, a pesar de haber argumentado importantes problemas de salud, no había sido capaz de justificar su incapacidad de proveer sus propias necesidades a consecuencia de ello, siendo este uno de los requisitos que imponía la normativa húngara para poder ejercer el derecho a la reagrupación familiar protegido por la Directiva 2003/86/CE. Ante esta negativa, T.B. interpuso un recurso contra esta decisión ante el *Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság* (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de la Capital) bajo el argumento de que la normativa húngara no era conforme con los arts. 10.1 y 10.2 de la Directiva, el tribunal nacional plantea ante el TJUE una cuestión prejudicial en la que se preguntaba si los Estados miembros pueden utilizar la «disposición condicional» del 10, apartado 2, de una manera más restrictiva que la prevista en la Directiva y que permita la reagrupación de un miembro «a cargo» de la familia solo en aquellos casos en los que la dependencia esté relacionada con el estado de salud.

El TJUE basa su argumentación en el margen de apreciación que la Directiva, en su art. 1, permite a los EE.MM. en cuanto a su interpretación y aplicación, siempre con el límite de que dicha apreciación no suponga perjudicar

40. Cf. Pilar JIMÉNEZ BLANCO, «Fecha de referencia para la fijación de la edad del extranjero y reagrupación familiar», en *La Ley Unión Europea*, n.º 86, 2020; Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, COM(2019) 162 final, de 29 de marzo de 2019, p. 16.

41. ECLI:EU:C:2019:1070.

los objetivos de la Directiva y dificultar su aplicación. En consecuencia, entiende que es posible someter el ejercicio del derecho a la reagrupación de un hermano a la condición de que el mismo no sea capaz de proveer sus propias necesidades, pero debe llevarse a cabo un estudio individualizado de cada supuesto en el que se tengan en cuenta los diferentes factores relevantes para el caso, por ejemplo, y en lo que a nosotros concierne, el interés superior del menor (reagrupante o reagrupado).

Por otro lado, el TJUE también exige que sea el refugiado quien garantice efectivamente el sustento material de la persona de que se trate o que el refugiado parezca ser el miembro de la familia con más capacidad para garantizar el sustento material requerido, de nuevo, la evaluación de esta capacidad de «hacerse cargo» debe ser realizada de manera individual y teniendo en cuenta todos los factores pertinentes. De hecho, en la STJUE en el asunto C-560/20, que referiremos a continuación, el propio TJUE sostiene que supeditar la concesión de la autorización por reagrupación familiar a una serie de condiciones debe ser objeto de un detenido análisis, pues dichas condiciones exigidas pueden suponer, en realidad, privar *de facto* de su derecho, al reagrupante, más aún en los casos en que dicho reagrupante ostenta también la condición de MENA.

Esta resolución queda conectada con el caso planteado al TJUE en el Asunto C-560/20, *Landeshauptmann von Wien*[42], en este caso RI, nacido el 1 de septiembre de 1999, llegó a Austria el 31 de diciembre de 2015 en condición de MENA y presentó, el 8 de enero de 2016, una solicitud de protección internacional en base a la normativa austriaca. La Oficina Federal de Extranjería y Asilo de Austria le concedió a RI, en 2017, el estatuto de refugiado. Dicha resolución adquirió firmeza el 2 de febrero de 2017.

El 6 de abril de 2017 (3 meses y un día después del reconocimiento del refugio), los padres (CR y GF) y la hermana (TY, que era mayor de edad) de RI presentaron ante la Embajada de la República de Austria en Siria sendas solicitudes de entrada y de residencia en Austria con fines de reagrupación familiar con RI.

RI aún era menor de edad en la fecha en la que se presentaron estas solicitudes. No obstante, la embajada las denegó, mediante resolución notificada el 29 de mayo de 2018, alegando que RI había alcanzado la mayoría de edad durante el procedimiento de reagrupación familiar. Esta resolución no fue recurrida y adquirió firmeza el 26 de junio de 2018.

42. ECLI:EU:C:2024:96.

El 11 de julio de 2018, CR, GF y TY presentaron ante el presidente del Gobierno del estado federado de Viena sendas solicitudes de autorización de residencia con fines de reagrupación familiar con RI. A tal efecto, CR y GF invocaron los derechos que confiere la Directiva 2003/86, mientras que TY basó su solicitud en el artículo 8 del CEDH. Mediante resoluciones de 20 de abril de 2020, el presidente del Gobierno del estado federado de Viena denegó las solicitudes alegando que no se habían presentado en los tres meses siguientes a la concesión del estatuto de refugiado a RI.

CR, GF y TY recurrieron las mencionadas resoluciones ante el Tribunal. Debe destacarse que este caso cuenta con la particularidad de que la hermana sufría una parálisis cerebral y necesitaba de forma permanente una silla de ruedas y cuidados personales cotidianos, incluida asistencia para alimentarse. Dichos cuidados le eran dispensados principalmente por su madre, CR, ya que TY no podía recurrir a ninguna red social de ayudas en su lugar de residencia para recibir dichos cuidados. En estas circunstancias, los progenitores de TY no podían dejarla sola en Siria, donde no residía ningún otro miembro de la familia.

Las cuestiones prejudiciales que se plantean (que no detallamos por excesivas) orbitan en torno a las siguientes ideas:

¿Es posible que los padres del menor puedan invocar el derecho a la reagrupación familiar —*ex* art. 10.3.a) de la Directiva— aunque haya pasado el plazo de tres meses desde que se reconoció al menor la situación de refugiado y habiendo llegado a la mayoría de edad durante la tramitación de la solicitud de reagrupación familiar? En segundo lugar, ¿es posible reagrupar a la hermana, aunque no se encuentre dentro del grupo de familiares reagrupables con base en lo dispuesto en la Directiva?

Al primero de los problemas planteados el TJUE (Fundamentos Jurídicos 36 y ss.) responde que el plazo de los tres meses no regirá cuando el derecho a la reagrupación familiar se solicita, como es este caso, cuando el reagrupe es menor de edad, no importando que cumpla los 18 años mientras se resuelve esta solicitud. Este plazo de tres meses, como ya hemos visto, es una manera de garantizar que aquellos menores no acompañados que adquieren la mayoría de edad durante la resolución de su solicitud de refugio no cuenten con un plazo *sine die* para llevar a cabo las solicitudes de todos los procedimientos conexos a la concesión del refugio, *v.gr.* la solicitud de reagrupación familiar, pero dicho plazo no es aplicable a este asunto, puesto que RI no era todavía mayor de edad cuando se instó la solicitud de reagrupación.

Por lo que respecta a la situación de la hermana, el TJUE (Fundamentos Jurídicos 50 y ss.) considera que el derecho a la reagrupación familiar debe primar sobre otras cuestiones accesorias vinculadas a cada caso concreto, especialmente en el caso de los menores, que deben ser analizadas de manera pormenorizada en cada supuesto, y que, en todo caso, el reconocimiento o no de estas cuestiones accesorias no puede implicar que el MENA refugiado vea imposibilitado su derecho a la reagrupación familiar.

En el caso que nos ocupa, la hermana sufría una enfermedad que requería atención y asistencia constante por parte de sus padres, de tal manera que esta no podía quedar sola en Siria, puesto que no había ninguna otra red de cobertura o apoyo que le asistiese. La reagrupación únicamente de los padres dejaría en una situación de vulnerabilidad a la hermana del menor en su país de origen, por lo tanto, no permitir que la hermana pueda acompañar a los padres y sea amparada también por los mecanismos de la reagrupación familiar, implicaría, *de facto*[43], imposibilitar el ejercicio de la reagrupación familiar a RI. Por lo tanto, el tribunal considera que la autorización de residencia por razón de reagrupación familiar debe de concederse también a la hermana de RI, a pesar de que la normativa austriaca no contemplara esta posibilidad y sin que esta deba quedar sometida a ninguna condición especial (a diferencia de lo que veíamos en la sentencia *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal).*

Varias son las reflexiones que pueden derivarse de la lectura de estas dos sentencias. En primer lugar, la estrechez de miras con la que la Directiva y los ordenamientos de los EE.MM. refieren el concepto de familia. Tal y como ha señalado la doctrina, nos encontramos con un concepto tradicional de familia, centrado además en la familia nuclear o más próxima[44]. Sin embargo, la realidad actual nos manifiesta que los modelos han cambiado y, con ellos, deberían cambiar también los conceptos, siendo el de familia uno de los más notables y una de las instituciones más antiguas de la humanidad, resulta especialmente relevante replantear el mismo.

Como ya hemos puesto de manifiesto, la situación de un MENA en el Estado que le ofrece refugio no puede implicar la renuncia a vivir en familia, por ello se les hace titulares del derecho a la reagrupación familiar, pero, al limitar los familiares reagrupables a un núcleo muy pequeño, es posible

43. Anne WIJFFELMAN, «Child marriage and family…», p. 117 también se pronuncia a favor de que el derecho a la reagrupación familiar tenga un peso especial para los casos de MENA refugiados a la hora de ponderar entre diferentes elementos.

44. Algo que se desprende claramente de la lectura de los considerandos 9 y 10 de la Directiva.

que se esté, en realidad, coartando el propio derecho a la reagrupación. Este caso, contenido en el asunto C-560/20, es un ejemplo perfecto de cómo una interpretación positivista de la norma, ya anticuada, provoca resultados exactamente contrarios al objetivo de la propia regulación. Se hace necesaria anchura de miras a la hora de interpretar la norma, la autonomía interpretativa de los Estados debe estar dirigida a garantizar el derecho a la vida familiar, por encima, en muchos casos, de la propia política de extranjería, puesto que aquel resulta más relevante y un bien jurídico de protección preferente frente a la última, especialmente en el caso de los menores, al no existir una fórmula mágica que nos indique hacia dónde debemos dirigirnos para garantizar el interés superior del menor, sino que el mismo depende de las circunstancias personales de cada uno de esos menores y lo que sirve a unos, pueden ser insuficiente o perjudicial para otros.

No hay que olvidar que gran parte de los MENA refugiados proceden de países que se encuentran inmersos en un conflicto bélico (sea una guerra civil, como es el caso de Siria, o una guerra internacional, como lo es el de Ucrania), estos estallidos provocan una gran mortalidad y es posible que un MENA haya perdido a sus progenitores en el curso del conflicto, viéndose obligado a vivir junto a sus hermanos ¿acaso no sería razonable que, si estos menores llegasen a Europa y, bajo el estatus de refugiado, quisieran reagrupar a sus hermanos aunque fuesen mayores de edad, pudieran hacerlo? ¿No son acaso familia? ¿No han sobrevivido juntos? El TEDH ha afirmado en diversas ocasiones la importancia de esa relación de cercanía/convivencia como relevante a los efectos de determinar la existencia de una familia[45]. El vínculo familiar del que habla el juez Nicolau en su voto particular de la STEDH de 8 de diciembre de 2015 (asunto 60119/12) ¿no está acaso aquí presente? El hecho de limitar esa reagrupación únicamente en base al grado de consanguineidad puede provocar un daño moral importante en el reagrupante, daños que pueden ser de difícil reparación[46].

Otros casos, señalados por la doctrina, son los de las diversas situaciones en que surgen familias o relaciones análogas a la misma en el seno de los campos de refugiados, donde los extranjeros conviven durante muchos

45. STEDH 3.ª, 8 de diciembre de 2015, as: 60119/12, en ella, el Juez Nicolaou que la constatación de la vida familiar se reduce a una cuestión de hecho que se apoya en la existencia real en la práctica de vínculos personales estrechos.

46. Cf. Araceli MARTÍN VILLEGAS, «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos...», pp. 21 y ss.; *vid*. Sara PARDO ARZA, «La configuración del derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros procedentes de terceros Estados», en *RJUAM*, n.º 36, 2017-II, pp. 328 y ss. donde lleva a cabo una comparativa entre la concepción occidental de la familia y la concepción islámica.

años, estas nuevas formas de familia ¿no deberían ser contempladas por el derecho comunitario? El legislador español sí ha utilizado esta libertad que otorga la Directiva para, entre otras cosas, reconocer el derecho de reagrupación en las parejas de hecho (art. 17.4 LOEx), los cónyuges del mismo sexo (art. 44 CC) así como a los descendientes mayores de edad, en supuestos específicos (art. 17.1.c) LOEx), o a ascendientes especialmente vulnerables (art. 17.1.d) LOEx). Esto demuestra que sí es posible una mayor adaptación a la realidad social actual, si existe voluntad para ello.

En este sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el mero nacimiento de un hijo, aunque no sea en el seno de un matrimonio constituye una familia o que las parejas de hecho deben ser consideradas equivalentes al matrimonio, a efectos del derecho a la vida familiar[47]. Por tanto, el TEDH ha interpretado este derecho de manera amplia incluyendo en el mismo diferentes tipos de familias (aunque no estén reconocidas en algunos Estados, como las parejas del mismo sexo o las parejas de hecho), puede afirmarse que existe claramente una corriente a favor de la defensa del derecho a la vida familiar (y, por tanto, a la reagrupación) que lo hace crecer cada día y en base a las nuevas situaciones que se van dando. Además, el derecho a la vida familiar debe interpretarse en consonancia con otros, como el derecho a la igualdad, y con principios fundamentales como el de legalidad[48].

Consideramos que estas limitaciones obedecen a la necesidad de poner de acuerdo a los EE.MM. en la creación de una Directiva que no resultó fácil de sacar adelante[49] y también a la utilización de un instrumento que, en realidad, está regulando el ejercicio de un derecho fundamental como mecanismo de extranjería, pero esta concepción reduccionista, aunque legítima en su objetivo de armonizar, puede suponer una contradicción con la doctrina del TEDH; no parece sensato que, mientras el contenido del derecho a la vida familiar se amplía, el derecho instrumental que configura la reagrupación familiar actúe como un lastre[50].

47. Sobre esta realidad de las parejas de hecho también se ha pronunciado la doctrina, *vid*. Mercé SALES JARDÍ, «La protección de la vida familiar de las personas desplazadas, de las demandantes de asilo, de las refugiadas y de las apátridas en el derecho europeo», *Revista de Derecho Político UNED*, n.º 95, 2016, p. 206 y también Marina VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, «Una lectura crítica…», p. 745.
48. Bárbara MACCARIO, «O reagrupamento familiar de refugiados na união europeia e a definição de família aplicada na Diretiva 2003/86/CE». Universidad de Coimbra, 2020, p. 45.
49. Sara SÁNCHEZ, «El valor de la Directiva 2003/86/CE…», pp. 140 y ss.
50. Bárbara MACCARIO, «O reagrupamento familiar…». pp. 85 y ss.

La propia Directiva permite que el núcleo familiar sea ampliado, permitiendo a los estados flexibilidad para determinar qué familiares son elegibles, siempre con respeto al ordenamiento comunitario y a sus normativas nacionales, esta elección suele ser reduccionista y sin atender a los nuevos modelos de familia[51]. No se trata de reconocer formas de familia que supongan una afrenta a los valores de las sociedades de los Estados de acogida (por ejemplo, el matrimonio poligámico supone un claro desafío al derecho a la igualdad[52]) sino de reconocer legalmente que existen situaciones en las que la familia no está conformada, al modo tradicional, por unos padres y unos hijos, sino que puede resultar de la configuración de los restos de otras familias que se han recompuesto[53], o puede simplemente ser una convivencia continuada en el tiempo con un hermano, un primo o un tío generando un vínculo sentimental cuya ruptura puede generar graves consecuencias psicológicas[54]. Hay que resaltar el hecho de que el TEDH no ha querido establecer una definición de familia facilitando así una interpretación dinámica del concepto[55], también la doctrina se ha pronunciado en este sentido[56].

3. LOS MATRIMONIOS FORZOSOS, MENAS Y REAGRUPACIÓN FAMILIAR

Para ilustrar este problema, acudimos a la STJUE, en el asunto C—230/21, X contra *Belgische Staat*[57], en este caso, una menor (en la sentencia

51. Bárbara MACCARIO, *Ibídem.* pp. 48 y ss.
52. Manuel MEDINA ORTEGA, «Los menores no acompañados…», p. 372, con respecto al respeto al orden público de los Estados refiere que «*el orden público carece de una clara delimitación de objetivos concretos y medios para su consecución. El resultado es la falta de un marco comunitario para su regulación, que no puede ser sustituido por normas nacionales dictadas como respuesta a situaciones conflictivas concretas. En estas condiciones, la jurisprudencia comunitaria no puede desarrollar un marco normativo coherente*».
53. Señala Richard AGUILAR DÍAZ, «Las familias transnacionales…», p. 20, que la propia LOEx reconoce los derechos de las familias recompuestas en su art. 17.1.b).
54. Anne WIJFFELMAN, «Child marriage and family…», en *Netherlands Quarterly of Human Rights,* vol. 35(2), 2017, p.114, recoge que: «Una vida familiar de facto abarca situaciones en las que el solicitante muestra un grado de dependencia personal con parientes que equivale a lazos familiares de facto».
55. Araceli MARTÍN VILLEGAS, «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos...», p. 21.
56. *Vid*. Sana MUSTASAARI, «The married child…», p. 267, expresa que el art. 8 y la reagrupación, no están relacionados solamente porque haya un documento que registre la existencia de una familia, sino que además debe existir esa convivencia o relación familiar de facto.
57. ECLI:EU:C:2022:887.

se la denomina «la hija de X») contrajo matrimonio en Líbano, cuando tenía 15 años de edad, más tarde, la menor viajó hasta Bélgica para reunirse con su marido, sin embargo, dado que la normativa de extranjería belga prohíbe la reagrupación de los cónyuges menores de 21 años (con el objetivo de evitar matrimonios forzosos) las autoridades belgas consideraron a la hija de X como una menor no acompañada, confiriéndole el estatus de refugiada un mes más tarde e indicándole que las autoridades belgas no reconocían el matrimonio celebrado en Líbano, por tratarse de un matrimonio infantil y, por tanto, contrario al orden público belga.

Después de esto, X (la madre de la menor casada ya referida) presentó ante la embajada de Bélgica en el Líbano, una solicitud de autorización de residencia con fines de reagrupación familiar, para sí misma, y para sus dos hijos menores Y y Z (los hermanos de la menor); solicitud que fue denegada por parte de las autoridades belgas al considerar que, dado que la menor estaba casada, ya había salido de la unidad familiar y, por lo tanto, no era posible reagrupar a la madre y a los hermanos de ésta, por no ser sujetos reagrupables de acuerdo con la Directiva del 2003.

A los argumentos ya esgrimidos, el gobierno belga también añadió que el Reglamento Dublín III[58] exige que el menor no esté casado y que la familia ya existiera en el país de origen para que el Estado miembro de su residencia sea el responsable de tramitar el expediente de solicitud de protección internacional[59].

58. Reglamento n.º 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida. *DOUE* n.º L 180/31, de 29 de junio de 2013.

59. En este sentido, sí es cierto que esta normativa reconoce efectos jurídicos en la UE a los matrimonios donde uno de los cónyuges es un menor que solicita el refugio en algún Estado Miembro, a los efectos de determinar qué Estado tiene competencia para conocer sobre dicha solicitud de refugio. En este sentido, el art. 8 del reglamento recoge que: «Cuando el solicitante sea un menor casado cuyo cónyuge no esté presente legalmente en el territorio de los Estados miembros, el Estado miembro responsable será aquel en el que estén presentes legalmente el padre, la madre u otro adulto responsable del menor, ya sea conforme a la ley o a la práctica de dicho Estado miembro, o un hermano» y el art. 2. G) al darnos una definición legal del concepto «miembros de la familia» establece que: «siempre que la familia ya existiera en el país de origen, los siguientes miembros de la familia del solicitante que estén presentes en el territorio de los Estados miembros: cuando el beneficiario de protección internacional es un menor no casado, el padre, la madre u otro adulto responsable de él según el Derecho o la práctica del Estado miembro en el que esté presente el beneficiario». Así mismo, el

X recurrió la decisión del gobierno belga y argumentó en su recurso que, dado que no se había reconocido el matrimonio de su hija en Bélgica, este no debería tener efectos en ningún sentido. El recurso se sustancia ante el tribunal nacional, que elevó una cuestión prejudicial al TJUE. En la cuestión prejudicial se formulan dos preguntas. De una parte, se pregunta si un refugiado menor de edad no acompañado debe no estar casado para poder ser considerado «menor no acompañado» según el art. 2 letra f) de la Directiva 2003/86 y poder así beneficiarse del derecho a la reagrupación familiar con su ascendiente —art.10.3.a) de la Directiva—. Adicionalmente se pregunta si, en caso de respuesta afirmativa a lo anterior, ¿puede ser considerado «menor no acompañado», en el sentido de los artículos 2, letra f), y 10, apartado 3, de la Directiva [2003/86], un refugiado menor de edad cuyo matrimonio contraído en el extranjero no se reconoce por razones de orden público?[60].

En su Fundamento jurídico 49, el TJUE expone que «procede responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 10, apartado 3, letra a), de la Directiva 2003/86/CE, en relación con el artículo 2, letra f), debe interpretarse en el sentido de que un refugiado menor no acompañado que reside en un Estado miembro no debe no estar casado para adquirir la condición de reagrupante a efectos de la reagrupación familiar con sus ascendientes en línea directa y en primer grado».

El TJUE reconoce (FJ 43) que existe jurisprudencia anterior donde se recoge que el art. 10.3 a) tiene por finalidad específica garantizar una mayor protección a los menores de edad no acompañados refugiados. El interés superior del menor se constituye aquí como criterio de ponderación determinante, de esta forma, una interpretación restrictiva que excluyera a los menores de edad no acompañados casados los privaría de esa protección a pesar de que el matrimonio no atenúa, sino que posiblemente incrementa la vulnerabilidad del menor[61].

---

art. 9 recoge que: «Si se hubiera autorizado a algún miembro de la familia del solicitante a residir como beneficiario de protección internacional en un Estado miembro, independientemente del hecho de que la familia se hubiera constituido previamente en el país de origen, ese Estado miembro será responsable del examen de la solicitud de protección internacional, siempre que los interesados hubieran manifestado por escrito que así lo desean». En definitiva, esta norma otorga reconocimiento legal a matrimonios de menores celebrados en el extranjero en relación con el objeto de la norma.

60. El tribunal no da respuesta a esta segunda cuestión porque «Habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión prejudicial, no procede responder a la segunda» (FJ 50).

61. Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, en «Matrimonio infantil y derecho de reunificación familiar. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 noviembre 2022, as. C-230/21: Bel-

Quizá el problema radique aquí en que las autoridades no se ocuparon correctamente de la menor una vez que se le concedió el refugio de manera que esta mantuvo su vinculación con su marido, hasta el punto de quedar embarazada del mismo, pero, al no ser reconocido ese matrimonio, la vía de la reagrupación de sus ascendientes y hermanos menores quedaba abierta[62]. El estado belga intentó evitar esto, pero, con ello, provocó una situación claudicante en la menor casada y vulneró su derecho a la vida familiar.

De esta sentencia se desprenden varias cuestiones de interés, en primer lugar, el hecho de invocar el Reglamento Dublín III por parte del gobierno belga no tiene aquí sentido, y ello por dos motivos principales. Primero, porque el caso que nos ocupa se encuentra fuera del ámbito de aplicación del propio Reglamento que sólo regula qué Estado se encarga de la resolución de la solicitud de refugio que realiza un MENA, la menor casada ya era una refugiada cuando se produce la solicitud de visado por parte de X, la madre de la misma, por lo que resulta inaplicable. Segundo, la Directiva no establece, en ningún caso, que, para ejercitar el derecho a la reagrupación, sea necesario que el menor no esté casado, así lo recoge también el TJUE.

Por otro lado, se plantea la cuestión de por qué se argumenta que la menor está casada a fin de denegar la solicitud de reagrupación familiar de su madre cuando ese matrimonio no ha sido reconocido por las autoridades en Bélgica ¿qué sentido tiene darle validez en unos casos, pero no en otros?

Como señala la doctrina, no reconocer el matrimonio de la menor para luego denegar la reagrupación de sus familiares precisamente por causa del matrimonio, amén de una vulneración flagrante del principio de legalidad supone poner a la menor en una situación claudicante[63]. De este modo, el no reconocimiento del matrimonio por parte de las autoridades ya puso en una situación de vulnerabilidad la menor, que debió ser cubierta mediante su protección como refugiada, si además se le deniega

---

gische Staat (Réfugiée mineure mariée)», en *La Ley Unión Europea,* n.º 110, enero de 2023, p. 130.

62. Ya que, si el matrimonio hubiera sido reconocido, la situación, entendemos, hubiera sido la misma: habría mantenido la convivencia marital con su marido y hubiera quedado también embarazada, pero no podría ser ya considerada menor extranjera no acompañada y, por ende, no podría optar al derecho de la agrupación en las condiciones que para los menores refugiados establece la directiva del 2003.

63. Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, en «Matrimonio infantil…», p. 130.

el derecho a la reagrupación familiar, esa obligación positiva que tienen los Estados de proteger la vida familiar no se estaría observando, por un lado, al no reconocer el matrimonio, por otro lado, porque no permite ejercer su derecho a la reagrupación, siendo el resultado que la menor se ve sola y privada de su vida familiar en un sentido y en otro. Entendemos que, una vez que el matrimonio no se ha reconocido, no se debe de reconocer a ningún efecto.

De hecho, como ya hemos tenido oportunidad de comentar, la CDN recoge que todos los niños deben ser tratados de manera igualitaria, y sus derechos deben de ser respetados, independientemente de si son menores no acompañados, acompañados, extranjeros, nacionales… El hecho de que el Estado belga diferencie, en cuanto a la capacidad para ejercer el derecho a la reagrupación familiar, entre menores casados y no casados supone una clara discriminación de los primeros frente a los segundos, reiterando de nuevo, que son precisamente los menores atrapados en matrimonios forzosos, por la situación vulnerable en la que quedan al no reconocerse su matrimonio[64], los que necesitan especialmente acceder a la reagrupación familiar[65], es más, el hecho de no favorecer la reagrupación familiar de estos menores, supondría también una violación de la CDN en cuanto al mandato que contiene en el art.10 que insta a favorecer que los menores se reúnan con su familia.

Los matrimonios forzosos de menores suponen una vulneración de los Derechos Humanos[66], la doctrina ha señalado la existencia de manifestaciones de diferentes organismos internacionales en las que animan a los EE.MM. a que se abstengan de reconocer los matrimonios forzosos e infantiles contraídos en el extranjero, pero que también recogen la posi-

64. Según María Jesús ELVIRA BENAYAS, «Matrimonios forzosos», en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 10, 2010, p. 710 recoge que: «*la negativa a contraer matrimonio en sus Estados de origen mediante coacciones se ha considerado como una forma de violencia de género y, por ello, es una causa que motiva el reconocimiento de la condición de refugiada y, por ende, la posibilidad de solicitar asilo*».

65. Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, «Matrimonio infantil…», p. 130 recoge: «*la falta de reconocimiento del matrimonio produce un efecto perjudicial para el cónyuge más vulnerable, pues le priva de toda la protección y derechos económicos derivados del matrimonio. […] Por consiguiente, la denegación del reconocimiento del matrimonio acabaría incrementando la vulnerabilidad y dependencia del cónyuge niño*».

66. Anne WIJFFELMAN, «Child marriage and family…», p. 109, también Isabel LÁZARO GONZÁLEZ, «El matrimonio infantil en España. Una visión desde el derecho internacional privado para esta forma de violencia contra las niñas», en Lorena SALES PALLARÉS y M.ª Ángeles ZURILLA CARIÑANA (coords.), *Vida familiar e infancia en una sociedad globalizada con perspectiva de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, p. 413.

bilidad de excepcionar esta política cuando el reconocimiento sea en el mejor interés de las víctimas con respecto a los efectos del matrimonio, en particular con el fin de asegurar derechos que no podrían reclamar de otra manera[67].

Esta incertidumbre también se aprecia en la propia normativa comunitaria que resulta, en algunos casos, incongruente, de modo que, mientras la Directiva permite no reconocer matrimonios cuando uno de los contrayentes es menor de la edad indicada por cada uno de los EE.MM. (art. 4.5) sin embargo, en el art. 4.1 en el marco de los familiares reagrupables, al reconocer como tal a los hijos menores del reagrupante, expresa que «Los hijos menores citados en el presente artículo deberán tener una edad inferior a la de la mayoría legal del Estado miembro en cuestión y no estar casados», de tal manera que si estos hijos no obtienen el estatus de refugiados en la UE no pueden entrar de ningún otro modo mediante el ejercicio de la reagrupación por parte de sus cónyuges o sus ascendientes, ¿dónde queda aquí el interés superior del menor?

También el Reglamento Dublín III reconoce estos matrimonios y les imputa consecuencias jurídicas (como que los ascendientes dejen de ser considerados parte del núcleo familiar[68]). Entendemos que la apertura de estas excepciones puede suponer un grave peligro, la política de no reconocimiento tiene un claro efecto disuasorio que busca evitar que estos se produzcan dado que el cónyuge residente en Europa no va a poder reagrupar al cónyuge menor ya que el matrimonio no tendrá ningún efecto en Europa, pero debemos ser conscientes de que estas excepciones basadas en el interés del menor pueden también suponer la pérdida de la efectividad de esta política y promover, aún de manera indirecta, la celebración de estos matrimonios. El interés superior del menor en estos casos quedaría garantizado mediante su protección como refugiados, lógicamente, como ya hemos comentado, sería fundamental que el matrimonio no se reconozca a ningún efecto.

Pero esto no significa que todos los matrimonios con menores sean, *de facto*, matrimonios forzosos. Es cierto que puede darse la situación, como parece ser el caso de la sentencia analizada, de que existan matrimonios en los que uno de los cónyuges es menor de edad y que no hayan sido forzados

67. Cf. Sana MUSTASAARI, «The married child…», p. 281. Anne WIJFFELMAN, «Child marriage…», p. 110.

68. Cf. Sana MUSTASAARI, «The married child…», p. 286, la autora nos recuerda que «*el artículo 16, párrafo 2, de la CEDAW impone a los Estados miembros la obligación de no dar efecto legal a los matrimonios infantiles*».

a contraerlo (la doctrina se ha referido a ellos como matrimonios precoces[69]), en estos casos, la posibilidad de que sean reconocidos no depende del interés superior del menor, ni se hace en base a una mejora de las condiciones del cónyuge menor, sino que el hipotético reconocimiento en estos casos estaría basado en la demostración de la existencia de consentimiento verdadero por ambos cónyuges y siempre que se respeten los requisitos de capacidad recogidos por la ley nacional de los cónyuges y, especialmente, el orden público español[70]. La situación puede ser muy diferente cuando, siendo uno de los cónyuges menor de edad, la diferencia entre ellos es, por ejemplo, de 4 años (como en la STJUE analizada) que cuando la diferencia es de varias décadas[71]. Las probabilidades de que pueda existir un consentimiento válido son mayores en el primer caso (respetando siempre los requisitos de capacidad[72]).

Desde nuestro punto de vista, el orden público debe ser garantizado ante la amenaza que pueden suponer los matrimonios forzosos y el artículo 4.5 de la Directiva puede servir como un elemento que permita localizar aparentemente casos de matrimonios forzosos[73]. Pero esta garantía del orden público puede no estar reñida con el objetivo de garantizar el derecho a la vida familiar, ni con la existencia de casos que requieren un análisis pormenorizado, especialmente debe tenerse en cuenta la existencia de una vida familiar *de facto*.

Ante el supuesto de los matrimonios precoces, que supondría una excepción a la prohibición general de reconocimiento de matrimonios en los que uno de los cónyuges es un menor de edad, debemos ser muy cuidadosos, ya que es difícil dar una solución unívoca que no pase por la ponderación de estos tres elementos (derecho a la vida familiar, el interés

69. Isabel LÁZARO GONZÁLEZ, «El matrimonio infantil en España…», p. 420.
70. Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Matrimonio y parejas de hecho», en Celia M. CAAMIÑA DOMINGUEZ, Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, Alfonso Luis CALVO CARAVACA, Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO y Esperanza CASTELLANOS RUIZ, *Tratado de Derecho internacional privado,* Tomo I, 2.ª ed., 2022, pp. 1447 y ss.
71. Isabel LÁZARO GONZÁLEZ, *Ibídem.*, p. 425 recoge que «los y las adolescentes pueden querer contraer matrimonio como una forma de ganar autonomía o incluso prestigio social en su comunidad».
72. Isabel LÁZARO GONZÁLEZ, *Ibídem*., p. 438.
73. Si bien es un elemento discutido doctrinalmente por no quedar claro si es efectivo y proporcionado. *Vid,* Esther GÓMEZ CAMPELO, «*La reagrupación familiar en el Derecho español tras la implementación de la normativa comunitaria*» en Unión Europea Aranzadi, n.º12, 2020, p. 74.

del menor[74] y el orden público) y la concurrencia de los elementos de capacidad y consentimiento. Sería necesario llevar a cabo una ponderación caso por caso.

No existe desigualdad en esta solución puesto que, aunque cada supuesto obtenga resultados diferentes, estos resultados son fruto de una ponderación entre los derechos de los menores y los bienes jurídicos que la sociedad busca proteger lo que obliga a prescindir de esa previsibilidad de la norma positiva. Todo ello ha de valorarse en conjunto con la capacidad y medios que los Estados tengan para llevar a cabo esta ponderación. En cualquier caso, tal y como indica la doctrina, el orden público debe ser aquí interpretado de una manera estricta con la finalidad de que no sea utilizado por los Estados como un mecanismo para impedir la reagrupación familiar[75]. En definitiva, en estos supuestos de matrimonios con un cónyuge menor en los que es evidente que existe consentimiento por parte del contrayente menor, se hace difícil esgrimir el orden público, especialmente cuando los menores tienen una edad en la que, en el país de destino, se permite que los ciudadanos contraigan matrimonio (16 años en España), y no sería necesario recurrir al interés superior del menor para garantizar la vida familiar y la continuidad de estos matrimonios, así como su reconocimiento en los EE.MM.

IV. CONCLUSIONES

Es indudable que el derecho de la reagrupación familiar es instrumento necesario y, podríamos considerarlo, *conditio sine qua non*, para garantizar el derecho a la vida familiar. Especialmente en el caso de los MENA que han adquirido el estatus de refugiado en alguno de los EE.MM., donde el derecho a la reagrupación familiar invierte su propia lógica, en estos casos son los reagrupantes los que se encuentran en situación vulnerable y de dependencia, y necesitan que sus progenitores se reúnan con ellos para continuar con su vida en familia, para cubrir sus necesidades físicas y psicológicas, para integrarse en la nueva sociedad desde la familia, institución relevante y social por antonomasia[76]. En este sentido, debemos tener presente que el

74. Teniendo en cuenta lo que dice Mercé SALES JARDÍ, «La protección de la vida familiar…», p. 195: «*el interés del menor debe prevalecer en todas las decisiones que le conciernen*».
75. No se trata de reconocer matrimonios forzosos, pues como indica Isabel LÁZARO GONZÁLEZ, «El matrimonio infantil en España…». p. 413, es una violación flagrante los derechos humanos sino de plantearse la posibilidad de que el hecho de que uno de los cónyuges sea menor no necesariamente implica matrimonio forzoso.
76. *Vid.* Pilar JIMÉNEZ BLANCO, «Fecha de referencia…».

art. 8 CEDH debe interpretarse en conjunto con el CDN cuyo art. 9 reconoce el derecho de estos a reagrupar a su familia, más aún cuando estos son menores no acompañados que gozan de refugio.

El respeto al principio de no devolución (*non refoulement*) de los refugiados, implica necesariamente asegurar su acceso al derecho a la reagrupación familiar como instrumento para garantizar el derecho a la vida familiar, aquel que no pueden ejercitar en sus países de origen por causas ajenas a su voluntad[77], el hecho de limitar el derecho a la reagrupación familiar de estos extranjeros, en base a cuestiones interpretativas, puede suponer una flagrante vulneración del derecho a la vida familiar, se les condena a la soledad y al abandono, dejándolos en una situación vulnerable. El derecho a la reagrupación familiar también supone contribuir a la estabilidad y a la integración de estas personas. El correcto ejercicio del derecho a la reagrupación familiar en estos casos supone la obligación de una actitud de cierta flexibilidad por parte de los EE.MM. que otorgan la protección, especialmente para entender que estas personas se encuentran en una situación específica que las diferencias sustancialmente de los perceptores de protección internacional adultos, de los migrantes, regulares e irregulares y, en definitiva, de los adultos. Y que su condición de menores debe imponerse, a la hora de tomar decisiones, sobre todas las demás.

De esta manera, el interés superior del menor se configura como un elemento fundamental que va a limitar, en todo caso, la discrecionalidad de los Estados a la hora de interpretar la normativa, por lo que a nosotros afecta, la Directiva 2003/86/CE. Esta concurrencia del principio del interés superior del menor obliga, necesariamente, a descubrir cómo el modelo tradicional de familia, conceptualizado por los Estados europeos de una manera más o menos armonizada, parece resultar insuficiente para garantizar las mejores decisiones en base al ejercicio de los derechos de estos menores y la importancia que tiene para su vida presente y futura. En definitiva, se hace necesario ampliar conceptos como el de familia a las nuevas realidades existentes, no solo en el caso de los menores no acompañados que ya se encuentran en los EE.MM., sino también de aquellos que están por llegar, de aquellos que han vivido guerras, desarrollado su vida en campos de refugiados… esta flexibilidad resulta absolutamente necesaria para que

77. Lo que sí debe ser destacado es que el TEDH somete la existencia de la vulneración del derecho a la vida familiar y, con él, de la reagrupación familiar. A que, en el país de origen, no exista la posibilidad de desarrollar esa vida familiar En el país de origen, por el motivo que sea (normalmente por persecución política de uno o todos los miembros de la familia, guerras, *etc*.).

el derecho a la agrupación familiar pueda ejercer correctamente su papel instrumental subordinado al derecho a la vida familiar.

El mayor obstáculo que encontramos en estos casos es la necesidad de garantizar y preservar los bienes jurídicos y los valores de las sociedades de acogida, dado que, en muchas ocasiones, no es sencillo encajar las realidades familiares de estos MENA con los valores y tradiciones de la sociedad que los acoge. Se hace por tanto necesario un ejercicio de ponderación desde una mirada neoconstitucionalista que implica entender los derechos como algo vivo e interconectado que se relaciona y que debe interpretarse en conjunto, no siendo suficiente el enfoque positivista de los mismos. Con respecto a esto, son problemáticos los matrimonios poligámicos y, especialmente, los matrimonios forzosos contra los que los EE.MM. intentan luchar a través de su no reconocimiento; a pesar de lo correcto de esta decisión[78], pues intenta desincentivar estos matrimonios, garantizar los derechos de las niñas y de los niños, y el derecho a la igualdad, valores fundamentales en nuestra sociedad, hay que atender, de nuevo, al interés superior del menor, y tener muy en cuenta en qué situación quedaría el cónyuge menor de edad tras el no reconocimiento, por eso, una política generalista de no reconocimiento de estos matrimonios también puede suponer, en algunos casos un daño moral para los contrayentes en supuestos en los que sí puede existir un consentimiento válido.

Sin embargo, el papel de los Estados de acogida no acaba en el mero hecho de proteger a estos migrantes, sino también de colaborar en el desarrollo de los países de origen, buscando la ayuda eficaz e intentando crear mecanismos que impidan que esta ayuda se diluya por múltiples aspectos, sean estos ideológicos, corrupción, políticas… Tal como indicaba el papa Francisco[79]. Junto a ello, se ha propuesto también la necesidad de armonizar los sistemas normativos de los EE.MM. para dar una respuesta más uniforme siendo conveniente plantearse la posibilidad de dotar a la UE de competencia en materia de menores[80], constituyendo el mayor reto para los

78. Si bien podríamos considerar la existencia de discriminación en el establecimiento de límites de edad para reconocer un matrimonio.

79. Papa Francisco, Carta Encíclica *Fratelli tutti* (3 de octubre de 2020).

80. José Manuel VELASCO RETAMOSA, «La protección de menores extranjeros en la Unión Europea situación actual y desafíos de futuro», en José Manuel VELASCO RETAMOSA (dir.), *Menores extranjeros: problemas actuales y retos jurídicos,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 101. También la Recomendación General 3 de la Resolución del Parlamento Europeo de 12 septiembre de 2013 sobre la situación de los menores no acompañados en la UE hace referencia a esta falta de armonización y lo que ello implica para los derechos de los MENA. También Comunicación de la Comisión al

EE.MM el de la integración y participación en las comunidades de acogida, su transición a la edad adulta o su futuro acceso al empleo, destacando el papel de la familia en este fin como elemento integrador.

Lo que sí parece quedar claro es que la regulación actual es insuficiente en el caso de la UE, no otorga criterios suficientes de decisión y, en ocasiones presenta desconexión entre algunas de sus normas, e incluso puede generar desigualdades injustificadas, todo ello puede llevar a la vulneración de derechos fundamentales con especial énfasis en el derecho a la vida familiar.

Parlamento Europeo y al Consejo: Plan de acción sobre los menores no acompañados (2010-2014), COM (2010)213 final, de 6 de mayo de 2010, pp. 3 y 6.

El sistema de apoyos a la capacidad de las personas con discapacidad psíquica a la luz del respeto de la vida personal y familiar

Disability support system in light of respect for personal and family life

M.ª del Carmen González Carrasco
Catedrática de Derecho civil
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. EL NUEVO PARADIGMA DE LA CAPACIDAD DE OBRAR Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA EN LA LEY 8/2021. 1. *El contexto internacional y la finalidad de la Ley 8/2021*. 2. *Los rasgos fundamentales de la actuación en apoyo de las personas con discapacidad en la Ley 8/2021*. II. LA NORMALIZACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO Y LA NECESIDAD DE SU ACREDITACIÓN. III. EL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL PRESTADO POR LA PERSONA CON DISCAPACIDAD SIN EL APOYO REQUERIDO. 1. *Contratación sin apoyos pese a la existencia de medidas de apoyo*. A. Acción ejercitada por la propia persona con discapacidad. B. Acción de nulidad ejercitada por el titular de la función de apoyo omitida. 2. *Contratación por el sujeto necesitado de apoyos que carece de ellos*. 3. *Actos y contratos sometidos a autorización judicial que se celebran careciendo de ella*. IV. CONSENTIMIENTOS Y APOYOS EN EL ÁMBITO SANITARIO: ¿AUTONOMÍA O BENEFICENCIA? V. DISPOSICIONES BANCARIAS Y PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: LUCES Y SOMBRAS DE LA LEY 8/2021 EN ORDEN A LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO A LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR.

RESUMEN

La Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, instaura en nuestro Ordenamiento interno el nuevo marco jurídico de la capacidad de obrar de las personas con discapacidad. Conforme a lo dispuesto en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Convenio de Nueva York), la Ley elimina la posibilidad de modificar judicialmente la capacidad y opta por un sistema que prioriza los apoyos voluntarios frente a la provisión judicial de curatelas. Además, normaliza los apoyos informales ejercidos por el entorno cercano —normalmente familiar— de la persona con discapacidad y fomenta su autonomía en la toma de decisiones, proclamando el carácter excepcional de los apoyos representativos y eliminando la patria potestad rehabilitada y prorrogada. Una vez transcurrido el período transitorio previsto para la adecuación de los regímenes de protección sustitutoria constituidos conforme a la normativa anterior, el presente trabajo analiza sectorialmente el funcionamiento práctico del nuevo paradigma, y lo evalúa en función del respeto al derecho fundamental a la vida privada y familiar consagrado en los arts. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

PALABRAS CLAVE: Discapacidad psíquica. Sistema de apoyos a la discapacidad. Derecho a la vida familiar. Guarda de hecho. Autonomía. Protección patrimonial. Responsabilidad.

ABSTRACT

Law 8/2021, of June 2, which reforms civil and procedural legislation to support people with disabilities in the exercise of their legal capacity, establishes in our internal legal system the new legal framework for the capacity to act of people with disabilitiesIn accordance with the provisions of the New York Convention, the Law eliminates the possibility of judicially modifying capacity and opts for a system that prioritizes voluntary support over the judicial provision of guardianship. In addition, it normalizes informal support provided by the close environment — normally family — of the person with a disability and encourages their autonomy in decision-making, proclaiming the exceptional nature of representative support and eliminating rehabilitated and extended parental authority. Once the

transitional period provided for the adaptation of the alternative protection regimes established in accordance with the previous regulations has elapsed, this work analyses the practical functioning of the new paradigm by sector, and evaluates it based on respect for the fundamental right to private and family life enshrined in articles 7 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) and 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR).

KEYWORDS: Mental disability. Disability support system. Right to family life. *De facto* guardianship. Autonomy. Property protection. Responsibility.

I. EL NUEVO PARADIGMA DE LA CAPACIDAD DE OBRAR Y AUTONOMÍA DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA EN LA LEY 8/2021

1. EL CONTEXTO INTERNACIONAL Y LA FINALIDAD DE LA LEY 8/2021

La Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, e incorporada a nuestro ordenamiento jurídico interno desde su ratificación por España el 23 de noviembre de 2007 (en adelante, Convenio de Nueva York[1]), proclama en su art. 12.2 que *las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, con pleno respeto a su dignidad humana y fomentando su autodeterminación personal, en línea con lo dispuesto en el art. 8 CEDH.

Tanto la Unión Europea como sus Estados miembros forman parte en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad[2]. En marzo de 2021, la Comisión Europea adoptó una

1. Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i «El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica» — PID2020-113061GB-I00, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033. Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96 de 21 abril 2008).

2. El Tratado de Lisboa, en vigor desde el 1 de diciembre de 2009, permite que la UE se adhiera al CEDH y en 2013 se ultimó un preacuerdo de adhesión. En 2020 se retomaron

nueva Estrategia sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para el período 2021-2030 (en adelante, «*la Estrategia*»). La Estrategia tiene como objetivo avanzar en la aplicación de todos los ámbitos del Convenio de Nueva York, tanto a escala de la Unión Europea como de los Estados miembros.

En la dirección autonomista impulsada por el Convenio de Nueva York y en lo que aquí interesa, *la Estrategia* destaca el compromiso para «desarrollar la vida independiente y reforzar los servicios basados en la comunidad». Y así, manifiesta que «*Las personas con discapacidad, jóvenes y mayores, tienen el mismo derecho a vivir de forma independiente y a formar parte de la comunidad, con las mismas opciones que los demás en cuanto a su lugar de residencia y con quién y cómo vivir… La independencia requiere de un panorama diferenciado de servicios de calidad, accesibles, basados en la comunidad y en la familia, centrados en la persona y asequibles, que incluyan asistencia personal y médica y la intervención de trabajadores sociales, con el fin de facilitar las actividades cotidianas y ofrecer alternativas a las personas con discapacidad y a sus familias*»[3].

A pesar de las sucesivas reformas legislativas de adaptación al Convenio de Nueva York[4] en nuestro país, la protección de la persona con discapacidad

---

las negociaciones para la adhesión, bajo la sombra del Dictamen negativo 2/2013 del TJUE, que considera que la adhesión contraría el Derecho de la Unión.

3. Por su parte, la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2022, sobre la igualdad de derechos para las personas con discapacidad (2022/2026(INI) — DOUE (2023/C 177/03) de 17.5.— ha vuelto a pedir a la Comisión y a los Estados miembros que aún no han procedido a la incorporación de los principios del Convenio de Nueva York a sus Ordenamientos Jurídicos que adopten medidas urgentes para derogar las restricciones a la capacidad jurídica que constituyen impedimentos a los derechos de las personas con discapacidad consagrados en los Tratados, incluida la adopción de medidas para cambiar la toma de decisiones sustitutiva por una toma de decisiones asistida en toda la Unión, de modo que se respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona; y pide a los Estados miembros que apliquen programas específicos que permitan una transición de la privación de capacidad jurídica de las personas con discapacidades psicosociales a sistemas de toma de decisiones de manera asistida.

4. Otras modificaciones normativas habían ido avanzando en el reconocimiento de la plena capacidad a las personas con discapacidad física, psíquica y sensorial, y en especial, en el respeto a la vida familiar en el sentido del art. 23 del Convenio de Nueva York, que prohíbe las consecuencias discriminatorias de la discapacidad en materia familiar, en concreto, en lo relativo al derecho a contraer el matrimonio, la decisión de tener hijos y, estrechamente relacionada con ésta, la esterilización forzosa. Así, la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la nueva legislación de jurisdicción voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones), y la Ley Orgánica 2/2020, de 16 de diciembre, de modificación del Código Penal para la

psíquica imperante en el nuestro Código Civil hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021 se basaba en la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, sobre la limitación judicial de la capacidad de obrar de la persona con discapacidad a través de la modificación judicial de su capacidad, y sobre la preferencia de un sistema de apoyo tutelar decidido judicialmente y sustitutorio de la voluntad de la persona con discapacidad.

Dicho régimen de limitación de la capacidad de obrar de las personas afectadas por distintos tipos de discapacidad psíquica[5] podía resumirse en los siguientes principios:

a) La persona con discapacidad podía verse privada o limitada en su capacidad de obrar en virtud de una sentencia judicial si dicha circunstancia le impedía «gobernarse por sí misma».

b) Las causas de incapacitación estaban contempladas en el art. 200 CC como expresión de dicha imposibilidad.

c) Tras una primera etapa en la que la incapacitación era absoluta , la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del CC en materia de tutela, estableció que dicha resolución judicial debía diseñar una modificación de la capacidad de obrar del sujeto a la medida de sus necesidades de protección, estableciendo los actos para los que

---

erradicación de la esterilización forzada o no consentida de personas con discapacidad incapacitadas judicialmente.

5. En efecto, es a la discapacidad psíquica a la que se refiere el sistema de apoyos definido en la Ley. El Código Civil define en su disposición adicional 4.ª qué se entiende por persona con discapacidad:
«La referencia a la discapacidad que se realiza en los arts. 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica».
Como afirma Fernando GOMÁ LANZÓN, («Nueve cuestiones prácticas notariales sobre la Ley 8/2021 de personas con discapacidad», *NotariosyRegistradores.org* 06/09/2023) en la práctica totalidad de los casos, la única discapacidad relevante desde el punto de vista del apoyo necesario para la conformación de la voluntad es la de tipo psíquico, no físico, aunque la ley se refiera en muchas ocasiones de forma ambigua a ambos tipos.

la persona era considerada incapaz de obrar o tenía restringida su capacidad.

d) La tutela (antes de la citada reforma de 1983, controlada por el círculo familiar y después de ella, por el Juez con intervención del Ministerio Fiscal) era el instrumento de protección y representación del sujeto incapacitado o con la capacidad judicialmente modificada, y se venía utilizando de forma prioritaria frente a la curatela (régimen de complemento de capacidad), que sólo procedía en situaciones que requerían la mera asistencia del incapaz en su actuación.

e) Frente a las situaciones de incapacitación o capacidad judicialmente modificada, existía la figura del incapaz natural, cuyos actos se regulaban en algunas normas concretas del Código Civil y cuya situación estaba llamada a ser solucionada mediante una declaración judicial de incapacitación o modificación judicial de la capacidad a través de la cual, se nombrase tutor —o curador— para la persona discapacitada, o bien se formalizase en una de estas dos figuras la previa existencia de un guardador de hecho (cada vez más numerosos y legitimados en la legislación administrativa asistencial) cuya existencia se consideraba sin embargo una situación anómala que debía erradicarse a través de la provisión de una de las anteriores medidas representativas de carácter judicial.

f) Las personas incapacitadas cuyos progenitores venían ejerciendo la patria potestad quedaban sometidas a la prórroga de esta (patria potestad prorrogada) y, si eran incapacitadas después de la mayoría de edad quedaban sometidas de nuevo a la patria potestad en su modalidad «rehabilitada».

2. LOS RASGOS FUNDAMENTALES DE LA ACTUACIÓN EN APOYO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA LEY 8/2021

La Ley 8/2021 constituye el paso decisivo en la adecuación de nuestro ordenamiento civil y procesal a la Convención de Nueva York, pues, a diferencia de lo establecido hasta su entrada en vigor en el Código Civil y en el resto de leyes procesales y sustantivas que viene a modificar, el nuevo régimen de capacidad de las personas mayores de edad regulado en el Título XI CC ya no parte de la incapacitación de la persona con discapacidad, ni de la modificación de su capacidad, «*que resulta inherente a la condición de persona*

humana y, por ello, no puede modificarse». Ya no se habla de incapacitados ni personas con capacidad judicialmente modificada, sino «personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica» (art. 7.19.º Ley 8/2021). La idea central del nuevo sistema es la de apoyo a la persona que lo precise, partiendo de la idea central de que las personas con discapacidad no son sólo titulares de derechos fundamentales —lo cual ya se reconocía en el sistema tutelar derogado—, sino también titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones y, como regla general, legitimados para realizar en nombre propio los actos necesarios para llevarlas a cabo.

Este era el objetivo que cumplir por la legislación interna y lo que las Observaciones Generales adoptadas por el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas venían señalando a partir de 2014 como un incumplimiento de España en relación con el Convenio de Nueva York, a pesar de las reformas legales y jurisprudenciales que ya se habían incorporado a nuestro Ordenamiento[6]. La Observación General n.º 1 de abril de 2014 clarificó y dio pautas precisas para el cambio de la normativa española desde un paradigma de sustitución (tutela) a uno de apoyos en el ejercicio de la capacidad.

Tras la reforma operada por la Ley 8/2021, el Código Civil ha eliminado toda referencia al incapaz natural y la guarda de hecho ha pasado de constituir una situación irregular y provisional a ser una figura de apoyo informal estable e incluso supletoria del desarrollo ineficaz de otros apoyos formales previamente constituidos (art. 263[7]); mientras que la tutela, como régimen de representación legal y por lo tanto sustitutoria de la voluntad del representado, queda relegada al ámbito de la minoría de edad, asumiendo la

6. A partir de la STS núm. 282/2009 de 29 abril (RJ 2009\2901) , interpretativa del impacto en nuestro sistema jurídico de la Convención de Nueva York, diversos pronunciamientos judiciales vinieron a demostrar que los criterios aplicados tras la Ley 13/1983 estaban siendo revisados en favor de un criterio de flexibilidad tendente a la constitución de curatelas con funciones de mera asistencia, y al diseño de «trajes a medida» de la discapacidad que no correspondían ni con la curatela ni con la tutela, tal y como las mismas estaban configuradas en el Código civil. Así, en la última década, el Tribunal Supremo había comenzado a aplicar expresamente los principios de la Convención de Nueva York, propugnando una interpretación de nuestro ordenamiento jurídico civil conforme a la misma, y accediendo a la constitución de curatelas de asistencia a supuestos de trastornos psíquicos y deterioros cognitivos en los que en la instancia se había nombrado tutor a la persona con capacidad judicialmente modificada. Ejemplo de ello es la STS 27 de noviembre de 2014 (RJ 2014, 6032). Sobre ello, Sofía SALAS MURILLO, «Repensar la curatela» *Derecho Privado y Constitución* núm. 27, enero-diciembre 2013, pp. 11-48.

7. Cf. con art. 237 CC, regulador de la guarda de hecho de menores de edad.

curatela —como regla, no representativa (249 III CC)— el papel protagonista dentro de las medidas de apoyo formal de la persona con discapacidad. Con la Ley 8/2021 se eliminan la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, sustituyéndose por la provisión adelantada de apoyos en los dos años anteriores a la mayoría de edad, con participación del menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias, y con preferencia de los voluntariamente constituidos por la persona mayor de dieciséis años (art. 254 CC).

La Disp. transitoria Primera de la Ley 8/2021 deroga todas las prohibiciones de derechos contenidas en las resoluciones de incapacitación anteriores a su entrada en vigor, tales como testar —para lo que bastará el juicio de capacidad notarial— procrear, ejercer las potestades inherentes a las relaciones paterno-filiales, contraer matrimonio, en la línea de lo dispuesto en la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones. Además, la Ley 8/2021 ha sustituido el deber del tutor de actuar «en beneficio» del incapaz recogido en el derogado art. 216 CC, por el deber del curador de proceder atendiendo a «la voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad (art. 249 II CC), a la que considera capaz siquiera sea necesitada de apoyos en sus distintas modalidades.

Es más que evidente es que el cambio a este modelo autonomista y de apoyo informal ha generado nuevos problemas que afectan, no sólo a las propias personas con discapacidad, sino también a sus familiares y a los profesionales que se relacionan con ellos en la prestación de servicios de diverso tipo en el sector sanitario, bancario, notarial y contractual. En concreto, las cuestiones más controvertidas y de mayor alcance práctico siguientes:

a) las que suscita la pretendida «institucionalización» y «prevalencia» de la guarda de hecho ejercida normalmente por familiares de la persona con discapacidad (art. 255 CC);

b) la relacionadas con la validez de los actos realizados por la persona con discapacidad sin intervención de su figura de apoyo (arts. 1301 y 1302 CC);

c) los parámetros que deben regir la actuación de los familiares de apoyo en orden a la expresión de una voluntad libre y autónoma por parte de la persona con discapacidad y a su, en especial, en el ámbito sanitario y en el bancario.

d) las que conciernen a los límites de la actual primacía de la autonomía de la persona con discapacidad sobre el principio de beneficencia que venía inspirando la regulación de la derogada modificación judicial de la capacidad en el Código civil (249 CC);

e) el enquistamiento de la situación de «muerte civil» de la persona con discapacidad en virtud del rígido régimen transitorio previsto en la Ley 8/2021 (Disp. transitoria Primera), que, si bien deroga tajantemente las prohibiciones de derechos contenidas en las resoluciones dictadas bajo la normativa anterior, sigue manteniendo bajo tutela, patria potestad prorrogada o rehabilitada a todas las personas incapacitadas, hasta que dichas medidas sean judicialmente revisadas de oficio (en un plazo inicialmente previsto de tres años que la Disp. Final Quinta de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa ha ampliado a seis en total desde la entrada en vigor de Ley 8/2021)) o a instancia de parte[8].

Para finalizar, responderemos a la cuestión de si el respeto a la vida privada y familiar de las personas con discapacidad intelectual queda más y mejor garantizado a través del sistema de apoyos a la capacidad jurídica introducido por la ley 8/2021 que de acuerdo con el régimen sustitutorio de la voluntad del sujeto que caracterizaba a la situaciones de modificación judicial de la capacidad regidas por el Código civil en su versión anterior a dicha reforma.

II. LA NORMALIZACIÓN DE LA GUARDA DE HECHO Y LA NECESIDAD DE SU ACREDITACIÓN

A diferencia de lo que ocurría bajo la vigencia del derogado art. 303 I CC, la nueva guarda de hecho de la persona mayor de edad con necesidad de apoyo ha dejado de ser una situación transitoria precisada de inminente judicialización para pasar a ser enumerada entre las medidas de apoyo posibles, que continuará ejerciéndose con normalidad en la medida en que no se hagan necesarias medidas de apoyo formal específicas, e incluso cuando, existiendo estas, no se estén llevando a cabo de forma eficiente (art. 263, 267 I Cc).

8. C. GUILARTE MARTÍN-CALERO: «El ineficiente y discriminatorio régimen transitorio previsto en la Ley 8/2021, de 2 de junio». Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 124, enero-abril 2024, pp. 297-308. La autora constata que esta rigidez contrasta con la flexibilidad como característica que la Exposición de Motivos alaba del régimen transitorio de la Ley y entiende que supone una vulneración de lo dispuesto en el art. 8 CEDH.

Congruentemente con el carácter informal y de hecho de la guarda de hecho como apoyo, la ley no establece una forma específica de acreditación de su realidad, ni tampoco configura un título formal habilitante para su ejercicio, ya que las atribuciones del guardador derivan directamente de la ley. El problema es la acreditación ante terceros de una guarda de hecho, en la medida en que se precise su concurso para acceder a un servicio o bien. El funcionamiento práctico de este apoyo «informal» se ha rendido a la evidencia y ha convertido la guarda de hecho —cuyo único título de legitimación es la propia ley— en guarda «de derecho» a través de cuatro formas posibles para salvar la gran contradicción de la Ley, consistente en que el guardador de hecho es, de facto, continuamente requerido para exhibir un título de legitimación para actuar en un acto determinado en apoyo de la persona con discapacidad y acreditar así la condición de guardador de hecho ante la Administración Pública y ante terceros.

– La primera forma de acreditación sería acudir al trámite formal de otorgamiento judicial de un poder de representación puntual al guardador de hecho regulado en los arts. 52 y ss. LJV, solo necesario en los actos en los que haya que representar a la persona con discapacidad por no poder esta conformar o expresar una voluntad autónoma. No obstante, «no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad[9], siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar» (art. 264.III CC).

– También ha sido frecuente acudir a la fiscalía provincial especializada en personas con discapacidad y apoyos a fin de obtener unas diligencias informativas o preprocesales del expediente de jurisdicción voluntaria (art. 757 LEC) encaminado a la provisión de apoyos con la

9. En la Consulta INSS 30 noviembre 2021, se planteó la legitimación de los familiares encargados de la guarda de hecho de personas mayores y/o con discapacidad para solicitar y percibir prestaciones del sistema de la Seguridad Social, Según la respuesta del INSS «*el guardador de hecho puede solicitar la prestación económica de Seguridad Social en favor de la persona con discapacidad, sin requerirse para ello autorización judicial, ingresándose la pensión en la cuenta bancaria de la persona con discapacidad*», *añadiendo que «La condición de guardador de hecho puede acreditarse mediante libro de familia (que acredite, en su caso, la relación de parentesco que mantienen el guardador y la persona con discapacidad), certificado de empadronamiento o documentación que acredite convivencia, así como aquellos documentos de los que se desprenda claramente dicha condición».*

única finalidad de que el guardador de hecho aparezca en el Decreto de Fiscalía como compareciente en virtud de la guarda de hecho.

– Según la Circular Informativa 1/2023, de 27 de mayo, del Consejo General del Notariado, sobre la actuación notarial en las medidas de apoyo voluntario y para la declaración de notoriedad de la guarda de hecho, «*el acta de notoriedad no es, pues, un título de legitimación, la actuación del guardador se legitima por su ejercicio, demostrada la preexistencia de la guarda de hecho. En efecto, el acta constata la existencia de la guarda de hecho en un momento dado (tenencia), pero su subsistencia en el tiempo (posesión) es una presunción legal que se activa cada vez que se ejercita*». Por ello, el —o los— requirentes (dependiendo de que la persona con discapacidad pueda o no formar y expresar su voluntad, extremo que quedará expresado en el acta) deberán aseverar bajo su responsabilidad la certeza del hecho cuya notoriedad se pretende establecer, es decir: la existencia de la guarda de hecho; que el guardador viene prestando su apoyo de forma adecuada; que no existen medidas de apoyo de naturaleza voluntaria o judicial que se estén aplicando eficazmente; y que no concurre entre la persona apoyada y el guardador relación contractual que le obligue a la prestación de servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga u otros apoyos (art. 250 CC).

– En el ámbito sanitario, sociosanitario, bancario y asistencial, se ha adoptado el sistema de las declaraciones responsables, salvo que no exista vínculo familiar que justifique la guarda o cuando son varios los familiares que acompañan a la persona con discapacidad. La reforma legal del art. 264 CC recoge aquellas actuaciones de los guardadores de hecho que las Comunidades Autónomas habían ido sancionando en su normativa y *praxis* a través de declaraciones responsables: admitir la solicitud de las prestaciones económicas por parte de un guardador de hecho en nombre de la persona con discapacidad. La declaración responsable que presenta la persona guardadora para obtener estas prestaciones económicas (objeto de crítica en la Circular 1/2023 del Consejo General del Notariado), no exime a la Administración interlocutora de desarrollar su actividad de comprobación, control e inspección según el art. 69.3 Ley 39/2015, de 1 de octubre (LPAC).

Las declaraciones responsables son el instrumento previsto para el guardador familiar de hecho en el ámbito bancario según el Acuerdo de Marco

y el Protocolo de colaboración entre la Fiscalía General del Estado y los representantes de las entidades bancarias, al que después se aludirá.

En definitiva, la realidad diaria de la guarda de hecho solo puede cumplir función de apoyo eficaz frente a terceros y dotar de seguridad jurídica a la posición de la propia persona con discapacidad y a la de los terceros que se relacionan con ella cuando se convierte en «guarda de derecho». Y esta conversión es una grave equivocación si va acompañada de una interpretación por la que la existencia de una guarda de hecho impediría la constitución de medidas de apoyo formal —curatela— en virtud de la pretendida prevalencia de la guarda de hecho derivada del confuso art. 255 CC. Porque en tal caso, estaríamos ante una curatela desprovistas de las garantías del control judicial.

III. EL CONSENTIMIENTO CONTRACTUAL PRESTADO POR LA PERSONA CON DISCAPACIDAD SIN EL APOYO REQUERIDO

Aclarar el régimen de ineficacia de los contratos celebrados por las personas con discapacidad sin el apoyo requerido para el ejercicio de su capacidad es crucial para comprobar el *verdadero alcance* de la reforma y su fidelidad a los principios de la Convención de Nueva York, pues solo un régimen que proporcione la necesaria seguridad jurídica a todas las partes implicadas será capaz de cumplir con el objetivo de permitir que las personas con discapacidad se desenvuelvan en el mercado de bienes y servicios en condiciones de igualdad (art. 249 CC).

La regulación se contiene principalmente en los arts. 1301 y 1302 CC, que hace depender la validez del contrato y la protección del tercer contratante de la «previsión» (art. 1301 CC, «provisión» en el art. 1302 CC) o inexistencia de medidas de apoyo «precisas»; y dentro del primer caso, la solución también varía —sin justificación alguna—, dependiendo de si la acción de nulidad es ejercitada por la propia persona con discapacidad o por el titular de la función de apoyo cuya asistencia o representación fue omitida.

1. CONTRATACIÓN SIN APOYOS PESE A LA EXISTENCIA DE MEDIDAS DE APOYO

La Ley 8/2021 ha consagrado el derecho de la persona con discapacidad a «equivocarse» en el ámbito contractual, y contratar con terceros prescin-

diendo de las medidas de apoyo previstas y «precisas». Pero ello no comporta siempre y en todo caso la validez del contrato, y esta consecuencia se ha hecho recaer sobre el tercero que contrata con ella, dependiendo de las siguientes circunstancias:

A. Acción ejercitada por la propia persona con discapacidad

En el caso de que su capacidad cognitiva y volitiva sea suficiente para desligarse del contrato por sí mismo, haciendo uso de la acción de nulidad en el plazo de cuatro años desde su celebración, la norma hace recaer sobre el patrimonio de los terceros que se relacionan con ella el coste de su autonomía personal, con independencia de su buena fe. Es el caso de la STS (1.ª) núm. 387/2023, de 21 de marzo (RJ 2023/1780), que declara la nulidad de los contratos celebrados por una persona con discapacidad sin consentimiento de su curador, de forma que puede ejercitar esa acción *con restitución de lo que hubiere entregado*[10].

El *quid* de la cuestión estriba en saber qué ha de entenderse por «medida de apoyo prevista» —es decir, si la guarda de hecho se considera tal o si por el contrario, la norma solo se refiere a las voluntarias o judiciales formalmente constituidas— y qué ha de entenderse por medida de apoyo que sea «precisa», esto es, si se trata simplemente del apoyo formal preestablecido, sin otra consideración[11], o si el carácter «preciso» del apoyo ha de analizarse «*ad hoc*», esto es, en atención a la importancia del acto en relación con la competencia decisoria real de la persona con discapacidad en el momento de contratar.

En cuanto a lo primero, hay comenzar reconociendo que la guarda de hecho figura como una medida de apoyo más en el elenco de medidas recogido en el art. 250.1 CC, el cual utiliza el término precisar, lo que nos conduce a que la guarda de hecho podría ser el apoyo «preciso» del cual

10. Obsérvese que ese efecto restitutorio de la nulidad en caso de buena fe del tercero queda hoy restringido al menor de edad *ex art*.1304: «Cuando la nulidad proceda de la minoría de edad, el contratante menor no estará obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida. Esta regla será aplicable cuando la nulidad proceda de haber prescindido de las medidas de apoyo establecidas cuando fueran precisas, *siempre que el contratante con derecho a la restitución fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta».*

11. Como afirma ÁLVAREZ LATA, N. «Comentarios a la Ley 8/2021por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad», Thomson Reuters Aranzadi, 2021, p. 1006.

se ha prescindido. Una interpretación formalista del apoyo omitido desconocería la generalización de la guarda de hecho como medida de apoyo familiar y amistosa de las personas con discapacidad y daría al traste con la intención del legislador de normalizar la situación de guarda creada en el caso de inexistencia de otras medidas formalmente constituidas que estén funcionando eficazmente (arts. 255 y 263 CC). Sin embargo, es cierto que la imprecisión de la norma y la gravedad de sus efectos (solo la persona con discapacidad puede anular el contrato[12], pero no así el tercer contratante, aunque sea de buena fe) aconsejan que solo las figuras de apoyo formalmente constituidas sean consideradas las «previstas» a los efectos de la norma[13].

La segunda cuestión la plantea el significado del término «precisas». La imposibilidad de probar que la persona con discapacidad no precisaba de la medida de apoyo en el momento de otorgar su voluntad nos reconduciría al antiguo sistema de la incapacitación judicial, radicalmente rechazado por la Convención y la propia Ley 8/2021[14]. Por el contrario, entender la necesidad de apoyo como una presunción que admitiría prueba en contrario, serviría para encontrar un equilibrio adecuado entre la buena fe del tercero y la protección de la persona con discapacidad, pues lo contrario generaría una incertidumbre y un riesgo de oportunismo que acabaría expulsando de hecho a las personas con discapacidad del ámbito de la contratación, provocando una situación de discriminación propiciada por el propio legislador.

Por lo tanto, la existencia de apoyos, sean estos formales o informales, no debería impedir a la parte que ha contratado de buena fe probar que, para un concreto acto el apoyo previsto no era necesario, o que el institucional prestado por el notario en el momento de la contratación fue suficiente a esos efectos. Y tampoco debería impedir a este contratante de buena fe repetir contra el titular de la función de apoyo formal en el caso de que la desatención de la persona apoyada haya provocado la contratación al margen de su intervención. En conclusión, cabe prueba en contrario a la necesidad de apoyo «*ad hoc*», carga cuya prueba recae sobre el tercero sujeto a los efec-

12. Fernando GOMÁ LANZÓN. «Nueve cuestiones…» *cit.*
13. Ángel F. CARRASCO PERERA (2021). «Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad». Disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Brujula_para_navegar_la_nueva_contrataci%C3%B3n_con_personas_con_discapacidad.pdf.
14. Así, Rodrigo TENA ARREGUI. «El régimen de ineficacia de los actos celebrados sin apoyo por las personas con discapacidad». El Notario del S. XXI, Núm. 101. Disponible en: https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-101/opinion/opinion/11189-el-regimen-de-ineficacia-de-los-contratos-celebrados-sin-apoyo-por-las-personas-con-discapacidad

tos de la acción de anulabilidad, y sin merma de la posibilidad de acción de repetición contra el titular de la función de apoyo en el caso de que la contratación por parte de la persona con discapacidad fuera propiciada por la desatención en la función de apoyo ejercida, conforme a los criterios de representatividad y convivencia del art.1903 CC. Solo una interpretación de este tipo puede evitar la expulsión de las personas con discapacidad del ámbito de la contratación, en un sistema en el que, además, la existencia de medidas de apoyo está sujeta a un régimen de publicidad restringida (arts. 83.1.b) y 84 LRC).

B. Acción de nulidad ejercitada por el titular de la función de apoyo omitida

En el caso de que la persona con discapacidad no tenga autonomía decisoria suficiente para ejercitar en su propio nombre la acción de nulidad, o teniéndola, no quiera ejercitarla, y esta sea ejercitada en su nombre por el apoyo del cual se prescindió, prima la buena fe del tercero que desconocía la existencia del apoyo, siempre y cuando, además de tal desconocimiento, no se hubiera aprovechado de la situación de discapacidad para obtener una ventaja injusta. En este caso, debería quedar salvaguardada la posibilidad de una acción de responsabilidad contra el titular de la función de apoyo, por el daño provocado en el patrimonio de la persona con discapacidad, en caso de desatención.

Obsérvese que la distinción que la norma realiza en función de si la acción la ejercita la persona con discapacidad o el titular de la función de apoyo es absurda. Si la persona con discapacidad psíquica demanda por sí la nulidad «con el apoyo que precise», puede desligarse del contrato con independencia de la buena fe del tercero con quien contrata. Por lo tanto[15], será siempre de mejor condición la persona con guardador de hecho (en cuyo caso siempre puede solicitar la nulidad en su propio nombre con tal apoyo sin que se tenga en cuenta la buena fe del tercero) que la persona con discapacidad con curador representativo, que tendrá que demandar a través de éste. En efecto, en el primer caso, el guardador «apoyará» la

15. Como afirma Ángel F. CARRASCO PERERA: «Contratación con discapacitados, con y sin apoyos» en *Revista CESCO de Derecho del Consumo* n.º 42/2022, ISSN 2254-2582 (doi.org/10.18239/RCDC_2022.42.3134), disponible en (https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Brujula_para_navegar_la_nueva_contrataci%C3%B3n_con_personas_con_discapacidad.pdf y «Brújula para navegar la nueva contratación con personas con discapacidad», disponible en: http://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Brujula_para_navegar_la_nueva_contrataci%C3%B3n_con_personas_con_discapacidad.pdf

demanda de nulidad, pero en el segundo caso el curador deberá figurar como demandante. Pero no tiene sentido que por una u otra cosa cambien los resultados en cuanto a la posición del tercero.

Por otra parte, ¿qué incentivos tiene el titular del apoyo omitido para demandar dicha nulidad si, además del coste de demandar en nombre de la persona con discapacidad (autorización para demandar en sede de jurisdicción voluntaria ex art. 287.7.º CC a través del trámite señalado en el art. 61 LJV), solo obtendrá la nulidad probando un conocimiento del tercero sobre la existencia de la medida de apoyo omitida que ningún registro publicita? La solución es fruto de una pésima técnica legislativa, y es posible que en virtud de esta contradicción, se acabe imponiendo una solución según la cual, todo tercero de buena fe quede protegido ante la acción de nulidad dirigida contra él en razón de la discapacidad psíquica de la contraparte, máxime cuando no existe publicidad registral de la situación de apoyo a disposición de los particulares; y seguramente también, se acabará imponiendo una solución según la cual, toda persona con discapacidad pueda invocar la nulidad general por ausencia de verdadero consentimiento ex art. 1261 CC, con independencia de la existencia o no de un apoyo formalmente previsto.

2. CONTRATACIÓN POR EL SUJETO NECESITADO DE APOYOS QUE CARECE DE ELLOS

Cosa distinta es el caso de contratación por parte de las personas con discapacidad psíquica que carecen de toda medida de apoyo, sea formal o informal, esto es, los olvidados «incapaces de hecho». Estas personas siguen existiendo, y no tienen apoyos con los que expresar sus voluntades, deseos o preferencias; ni siquiera tienen un guardador que anule, con la autorización previa para interponer la demanda en su nombre, el contrato celebrado, acaso, con un tercero plenamente consciente de su incapacidad. Una vez derogado el art. 1263.2.º y concordantes CC, sin referencia alguna ya a las personas con capacidad judicialmente modificada, y desterrada mucho antes (por LO 1/1996) la referencia a los *locos o dementes* (*sic*) como incapaces para otorgar válido consentimiento, la cuestión sobre la eficacia de los contratos celebrados por personas con discapacidad psíquica no puede responderse desde ninguna norma del sistema.

La persona con discapacidad carente de apoyos carga con el derecho a equivocarse, esta vez de forma irreversible y sin la limitación de responsabilidad por la restitución de las contraprestaciones circunscrita al beneficio obtenido ex art. 1304 CC o 1765 CC. Pues, en efecto, en la redacción dada

al 1304 CC por la Ley 8/2021, sólo el menor goza en principio de semejante privilegio de forma general, ya que la persona con discapacidad estará protegida en el único supuesto en que no se hubieran prestado los apoyos previstos y su contratante «*fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta*».

Afortunadamente, y por segunda vez desde la entrada en vigor de la ley, el sentido común se impone en la aplicación de las normas. La STS (1.ª) núm. 634/2022 de 3 octubre (RJ \2022\4431) ha venido a reconocer, si bien en un caso en el que, debido a que el contratante discapacitado ya había fallecido, era de aplicación al caso la legislación vigente en el momento de la contratación, que «*el régimen de ineficacia de los contratos celebrados por personas con discapacidad se fundaba en su protección, sin que hubiera razones para tratar de manera diferente y en su perjuicio a quien nadie hubiera tomado la iniciativa de incapacitar, ni tampoco, como sería el caso, a los actos o contratos otorgados antes de la limitación judicial de la capacidad*…» y que «*respecto de la contraparte cabe observar que sería paradójico que pudiera invalidar el contrato y obtener la restitución (incluso, como pretende al invocar la nulidad radical, fuera de los límites del artículo 1304 CC, dirigidos a proteger a la persona con discapacidad) cuando no está invocando malicia alguna del demandado, de quien dice que adolecía de una falta de capacidad absoluta que habría sido incluso conocida por la demandante con antelación a la celebración del contrato*».

Con este *obiter dicta*, es posible augurar dos soluciones jurisprudenciales a los problemas hasta ahora expuestos: que la solución al problema que plantean las personas discapacitadas psíquicamente desprovistas de apoyos seguirá el criterio legalmente establecido para las personas que contratan omitiendo los apoyos previstos, siendo estos precisos (y *a fortiori*, tanto más será aplicable a la guarda de hecho, tal y como hemos argumentado); y que el régimen de la restitución restringida se aplicará a todas las situaciones de discapacidad psíquica en las que el acto precisara de apoyos, existieran estos o no, pero solo en la medida en que quepa apreciar dolo en la contraparte contractual (conforme al art. 1.304 CC en la redacción introducida por Ley 8/2021).

3. ACTOS Y CONTRATOS SOMETIDOS A AUTORIZACIÓN JUDICIAL QUE SE CELEBRAN CARECIENDO DE ELLA

El art. 287 CC enumera una serie de actos para los cuales el curador con facultades representativas requiere de autorización judicial. Rectamente

interpretado, el artículo debería decir que la figura de apoyo, aunque se trate de un curador con facultades representativas, requiere autorización judicial para los actos allí expresados. Como el propio art. 264.II indica, también está obligado el guardador de hecho a solicitar dicha autorización para los actos enumerados en dicho artículo, y si ello es así, también lo estará, con más razón, el curador sin facultades representativas y todo titular de la función de apoyo a la toma de decisiones nombrado en escritura de apoyos, en poder preventivo con subsistencia en caso de discapacidad.

La posición del Tribunal Supremo ha sido dar por bueno el hecho consumado de la disposición, entendiendo posible y suficiente la aprobación judicial posterior[16]. Esta solución es la que parece haber adoptado el art. 61 LJV, que se refiere al expediente de «autorización o *aprobación* judicial» para la realización de actos de disposición, gravamen u otros que se refieran a los bienes y derechos de menores y personas con discapacidad con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica (expediente al que también se refiere al art. 5.2 de la Ley Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, reguladora del patrimonio protegido de las personas con discapacidad).

No obstante, hay que recordar que, aunque el guardador de hecho requiera autorización judicial para llevar a cabo —de forma excepcional— actuaciones representativas en nombre de la persona con discapacidad, y especialmente para todos los actos enumerados en el art. 287 reproducido (art. 264.I CC), están excluidas de la necesidad de autorización la solicitud de una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o la realización de actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar (art. 264.III CC).

Para finalizar este epígrafe, y a modo de introducción al siguiente, ha de recordarse que según el apartado primero del art. 287 CC, de la exigencia de autorización judicial para los actos de transcendencia personal o familiar queda expresamente «*a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales*». Esta exclusión anuncia ya la especial consideración de los actos de consentimiento relativos a la salud de la persona con discapacidad y el

16. Las STS 2/2018 de 10 de enero de 2018 (RJ\2018\156) declaró la validez de la permuta porque la «*anulabilidad y la posibilidad de confirmación es compatible también con el control judicial posterior al otorgamiento del acto, lo que excluiría la ulterior acción de impugnación*».

criterio para solventar algunos interrogantes que deja abiertos la inalterada redacción del art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.*

IV. CONSENTIMIENTOS Y APOYOS EN EL ÁMBITO SANITARIO: ¿AUTONOMÍA O BENEFICENCIA?

El art. 216 CC anterior a la entrada en vigor de la Ley 8/2021 recordaba que todas las funciones tutelares recogidas en el capítulo I del Título X entonces vigente debían ser ejercidas «en beneficio» del tutelado, expresión que no se encuentra en las pautas de actuación de la curatela en el nuevo Título XI CC, ya solo en minoría de edad.

La Ley 8/2021 ha sustituido el deber del tutor de actuar «en beneficio» del incapaz por el deber del curador, y en general de toda figura de apoyo, de proceder atendiendo a «la voluntad, deseos y preferencias» de la persona con discapacidad (art. 249 CC). La autoridad judicial que acuerda el régimen de apoyos debe establecer las medidas necesarias para garantizar este respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona que precisa el apoyo (art. 270 CC).

La pregunta fundamental[17] es si la primacía del principio de autonomía frente al de beneficencia se extiende también al ámbito de la salud de la persona con discapacidad. Ha de entenderse que no es así[18]. En primer lugar, la parte de la consideración especial de la actuación en el ámbito sanitario, reflejada en varias decisiones legislativas.

En primer lugar, la Ley 8/2021 no ha modificado la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, ni siquiera

17. Pregunta a la que se respondo más ampliamente en otro lugar (M.ª del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO. «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», *Revista Derecho Privado y Constitución*, n.º 39, 2021, pp. 213-247).

18. Entiéndase ello sin perjuicio del deber de promoción de la autonomía de las personas con discapacidad que corresponde a las entidades residenciales y de apoyos a la toma decisiones. La Resolución de 28.7.2022, de la Secretaría de Estado de Derechos Sociales, por la que se publica el Acuerdo del Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, sobre criterios comunes de acreditación y calidad de los centros y servicios del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, en su artículo Decimonoveno, regulador del plan de personal de atención y apoyos al proyecto de vida de la persona con discapacidad.

nominalmente. Su art. 9 sigue haciendo referencia a un paciente que «no es capaz», y refiriéndose a las situaciones de incapacitación, así como a la representación legal «del incapaz» en contraste con la preferencia del nuevo sistema de apoyos por los no representativos. Únicamente, ya en fase de tramitación de la Ley 8/2021 ante el Senado, se introdujo una mención al consentimiento informado y a los internamientos forzosos, al único efecto de excluir estos dos supuestos y en general, los sometidos a una normativa propia, del régimen general de autorización judicial previa necesaria para la representación del discapacitado en el ámbito de sus derechos de carácter personal y familiar, limitándose el nuevo art. 287 CC a someterlos a su regulación especial. La norma se limita a aclarar que la normativa reguladora del consentimiento informado es una legislación especial sujeta a reglas propias, sin resolver el problema de la inseguridad jurídica de los profesionales sanitarios ante los profundos cambios exigidos por el nuevo paradigma de apoyos a la capacidad de las personas con discapacidad.

Además, el ámbito sanitario requiere una especial agilidad en la toma de decisiones y la salvaguarda de la seguridad jurídica de los profesionales que han de realizar la actuación sanitaria, y ambos resultados son imposibles de garantizar con una regulación como la que incorpora a nuestro Ordenamiento la Ley 8/2021. No es aplicable en este ámbito sanitario el nuevo art. 264 CC[19], según el cual, cuando excepcionalmente se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, éste habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria. El consentimiento informado por representación previsto en la Ley 41/2002 —así como en otras normas sanitarias específicas— tiene como protagonistas a los allegados y familiares en defecto del expresado por el «representante legal de la persona con la capacidad judicialmente modificada» al que aún hoy sigue refiriéndose la norma.

Sin perjuicio de que la Ley 41/2002 requiera de un ajuste terminológico que adapte la referencia a la incapacidad y a la representación legal al nuevo sistema de apoyos regulado en la Ley 8/2021, en el ámbito del rechazo a tratamientos o denegación de consentimientos informados debe seguir vigente el apartado 6 del art. 9 de la ley 41/2002 en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5 —menores y personas necesitadas de apoyos en el ejercicio de su capacidad —actualmente todavía consideradas «incapaces

19. En contra, entendiendo que el guardador de hecho necesita autorización judicial para otorgar el consentimiento informado, Josefina ALVENTOSA DEL RÍO, *La curatela tras la Ley 8/2021.* Tirant Lo Blanch, Valencia 2022, nota 390, p. 357.

o personas con la capacidad judicialmente modificada»—, ordenando la puesta en conocimiento de la autoridad judicial de aquellas decisiones de los titulares de los apoyos de estas personas contrarias al interés superior de su salud y su vida, para que adopte la resolución correspondiente, y legitimando a los facultativos para adoptar las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente en casos de urgencia, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad. Esto es, se debería mantener en lo sustancial el apartado 6 del art. 9 en sus actuales términos,

> « (…) *6. En los casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos en los apartados 3 a 5 (esto es, también cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación , o el paciente necesite de apoyos a su capacidad)— la decisión deberá adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad».*

Ello, sin perjuicio de la intervención del paciente con discapacidad en el proceso de toma de decisiones, puesto que el art. 5 de la Ley 41/2002, que regula el derecho a la información asistencial, garantizaba ya este derecho a ser informado con apoyos incluso antes de la entrada en vigor de la Ley 8/2021. Y, por supuesto, sin perjuicio del deber de otorgar el consentimiento por representación con respeto a la dignidad del paciente y fomentando su autonomía, según establecía, ya con anterioridad a la ley 8/2021, el apartado 7 del art. 9 de la Ley 41/2002.

En definitiva, en el ámbito sanitario, todo indica que, llegado el caso, la decisión judicial se decantará por el beneficio de la persona con discapacidad intelectual antes que por sus preferencias; pues, como afirma la STS (1.ª,del Pleno) 589/2021 de 8 Sep. 2021, (RJ 2021\4002), —la primera dictada tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 y en aplicación de sus principios por exigencia de su Disposición Transitoria 1.ª—, «*sería una «crueldad social» no intervenir sustituyendo la voluntad en contra manifestada por la persona afectada por un trastorno mental (en el caso, síndrome de Diógenes), que es, precisamente, el que no le permite a la persona ser consciente del proceso de degradación personal que sufre*».

Esta misma conclusión cabe derivar de las SSTC 38/2023, de 20 de abril, (RTC\2023\38) , y 74/2023, de 19 de junio (RTC\2023\74), que rechazan sendos recursos de amparo contra la decisión judicial de vacunar contra la covid a personas con discapacidad contra la voluntad de sus representantes legales. Según el TC, «la decisión judicial no desbordó los límites de cobertura del precepto habilitante al establecerse como premisa de la ponderación la protección de la salud de la interesada» ponderándose adecuadamente que la falta de vacunación da lugar, por razones sanitarias, a una situación que repercutiría negativamente en su indemnidad física y psíquica de los interesados.

Por lo tanto, la necesaria adecuación de la Ley 41/2002 al nuevo paradigma de la «capacidad universal con apoyos» no debería ir más allá de adecuar las referencias a la incapacidad, a la modificación judicial de la capacidad y al representante legal al régimen de apoyos establecido en la ley 8/2021, puesto que, en este ámbito, las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho ya estaban contempladas en la norma.

V. DISPOSICIONES BANCARIAS Y PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El objetivo del Acuerdo de Protocolo adoptado entre la Fiscalía General del Estado y las asociaciones bancarias (la Asociación Española de Banca (AEB), la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) y la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito (UNACC) en representación del sector, en el que el Banco de España ha actuado como anfitrión y observador, ha sido ha sido abordar el funcionamiento de la figura de apoyo de la guarda de hecho en el ámbito bancario, para conjugar el reconocimiento legal del guardador de hecho con la seguridad jurídica que requiere este ámbito de actuación, evitando así una «judicialización de la desjudicialización» que ha supuesto la necesidad de acudir a la autorización judicial del art. 264.III CC a pesar del reconocimiento de la guarda de hecho como figura de apoyo[20].

Los aspectos relevantes se resumen en lo siguiente[21]:

20. José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE: «Principios inspiradores de la reforma en materia de discapacidad, interpretados por la reciente jurisprudencia», *La discapacidad. Una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio,* dirigida por el autor. Tirant Lo Blanch, Valencia 2022, p. 71.
21. *Vid.* «Documento interpretativo al protocolo marco entre FGE y asociaciones bancarias». Disponible en: https://www.fiscal.es/documents/20142/b6eff98b-564e-d7fe-f16d-1539e38d7d4b

a) Se pide a las entidades que, con independencia de las medidas de apoyo formales o informales ya existentes en relación con el titular de las cuentas con discapacidad, comuniquen a Fiscalía movimientos anómalos en cuentas, abusos económicos proponiendo salvaguardas e incluso solicitando la promoción de medidas de apoyo más intensas para las personas con discapacidad (art. 42. Bis. a.3 LJV). Para ello, se describen indicadores de riesgo de abuso a título ejemplificativo.

b) Se prevé la petición de información por el Ministerio Fiscal sobre movimientos anteriores de cuentas y personas legitimadas para disponer en el seno de las diligencias preprocesales de provisión de apoyos (art. 42.bis a 3 LJV y 757.2 LJV), en virtud de lo dispuesto en el art. 4.5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

c) Se recuerda que no podrán ejercer como guardadores ni acceder a cuentas los que ejerzan una guarda basada en su relación residencial o de cuidado profesional.

d) El Acuerdo regula dos instrumentos para acreditar la existencia del guardador de hecho y posibilitar su acceso a las cuentas de la persona objeto de su apoyo, la *declaración responsable* y el *acta de notoriedad*.

La declaración responsable del titular del apoyo se considera idónea en el caso de que la persona pueda expresar su voluntad de que el guardador próximo al núcleo familiar la ejerza. El acceso a las cuentas por dicho apoyo lo será a la información necesaria para el cumplimiento de los objetivos de la guarda de hecho y constituirá una actuación de representación necesaria para la asistencia ordinaria prevista en el art. 264 párrafo 3.º, *exenta de autorización judicial*, y amparada en el art. 8 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. El acta de notoriedad será, sin embargo, el instrumento adecuado cuando la persona con discapacidad no pueda expresar una voluntad consciente y autónomamente formada sobre el objeto de la actuación del guardador y/o cuando este no pertenezca al ámbito familiar del titular de las cuentas.

El Acuerdo citado también proporciona el criterio interpretativo del párrafo tercero del art. 264 CC en atención a disposiciones finalistas y no finalistas. Se ha considerado que bajo el concepto de «escasa relevancia económica» recogido en ese artículo pueden comprenderse cualesquiera

cargos habituales *en cuenta o contra factura* que se deriven de la atención de necesidades *básicas* de cuidado personal, habitación, alimentación, vestido o salud; gastos relativos a la conservación *ordinaria* de su patrimonio, en la parte necesaria para asegurar su disponibilidad para sus necesidades de cuidado; pago de suministros y prestaciones de servicios vitales; u otros gastos que, sin ser esenciales para su cuidado, sean acordes con sus deseos y preferencias y se hubieran *consolidado* en su trayectoria anterior, siempre que sean *acordes* a sus medios y posibilidades.

En cuanto a las disposiciones de efectivo no domiciliadas, se establecen límites cuantitativos de referencia. A tal efecto, se han considerado útiles las que resultan de los índices estadísticos oficiales relativos a gasto medio por persona y/o hogar que periódicamente publica el INE (al vencimiento del primer semestre del año siguiente). Cuando se superen los límites de la actuación de «escasa relevancia económica», así interpretada, cualquier actuación representativa del guardador quedaría sujeta a la previa autorización judicial ex art. 264.1 CC y, en particular, así sería necesario en todos los concretos supuestos a los que, por remisión de este, se refieren los restantes números del art. 287 del mismo texto legal.

Lo que no aclara el documento es si la entidad bancaria está obligada a un especial deber de vigilancia y comunicación al Ministerio Fiscal en relación con los movimientos de cuentas bancarias de personas con discapacidad. La cuestión que se plantea en la STS 1263/2024, de 7 octubre (JUR\2024\375295), es si la entidad financiera depositaria de la cuenta cuya titularidad pertenecía a una persona con discapacidad debía responder frente a ella por las disposiciones de sumas destinadas a satisfacer créditos que la propia entidad ostentaba contra una sociedad de la que el padre, que ejercía la patria potestad prorrogada del hijo discapacitado, era socio y administrador.

En la demanda interpuesta contra la entidad bancaria se solicitaba la declaración de responsabilidad de la entidad bancaria por incumplimiento de sus obligaciones como depositaria de las cuentas corrientes, argumentando que el banco conocía perfectamente que el origen de los fondos del depósito que custodiaba era la indemnización percibida por su hijo como consecuencia de su incapacidad. La Audiencia Provincial en la instancia rechazó la demanda señalando a los padres como únicos legitimados pasivos de la reclamación del hijo por indebida administración y disposición de sus bienes.

El Tribunal Supremo anula las órdenes de transferencia por falta de poder de disposición de los padres sobre el dinero de su hijo para efectuar pagos

con el fin de saldar deudas ajenas a sus necesidades. Según el Tribunal Supremo, lo que deslegitima los actos de disposición de los padres es el destino de las sumas dispuestas, pero la responsabilidad de la entidad financiera no es subsidiaria, sino directa, pues tenía conocimiento de que el dinero empleado para saldar los créditos que tenía frente a la entidad pertenecía a la persona con discapacidad por haberlo obtenido como indemnización por el accidente que originó su discapacidad.

Cabe pensar que la solución habría sido otra si la entidad no hubiera sido la beneficiaria de la transferencia cuya nulidad se obtuvo, pero resulta en todo caso contrario a la voluntad de evitar del legislador conflictos de intereses e influencias indebidas permitir que el propio apoyo desleal pueda solicitarla frente al tercero[22].

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: LUCES Y SOMBRAS DE LA LEY 8/2021 EN ORDEN A LA EFECTIVIDAD DEL DERECHO A LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR

Desde el plano puramente teórico, no cabe duda de que los principios de la reforma operada en el ámbito de la capacidad de obrar en virtud de la Ley 8/2021 se inscriben en la línea de un mayor respeto a la vida familiar y a la autonomía de la persona con discapacidad ex art. 8 CEDH.

A) En primer lugar, porque establecen un criterio de subsidiariedad de la intervención judicial en las situaciones de discapacidad. La constitución de medidas de apoyo por parte del juez sólo procede en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate. «*Sólo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, puede la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias*». Esto es, si la guarda de hecho que viniera ejerciéndose es suficiente para las habilidades de autoadministración que ejerce la persona apoyada de forma efectiva por su guardador familiar, no procedería el establecimiento de otras medidas, según lo dispuesto en el art. 255, *in fine*, CC y en la Sentencia 66/2023 de 23 de enero (RJ\2023\2350).

22. Ángel CARRASCO PERERA: «De si el banco está sujeto a un deber especial de cuidado sobre la gestión por guardadores legales de fondos depositados a nombre de discapacitados (STS núm. 1263/2024, de 7 octubre)». Análisis bancario. Gómez Acebo-Pombo. Disponible en: https://ga-p.com/wp-content/uploads/2024/11/Pago_deuda_discapacitado.pdf

B) En segundo lugar, porque en el ejercicio de los apoyos ha de primar el respeto de los deseos y preferencias de la persona, de su dignidad, el desarrollo de su personalidad y de sus derechos fundamentales, en condiciones de igualdad, fomentar que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. (art. 270 CC).

C) Además, el respeto a los derechos fundamentales de la persona con discapacidad, incluida su intimidad y la protección de sus datos personales, hace que la necesaria inscripción de las resoluciones judiciales y los documentos notariales sobre cargos y medidas de apoyo a las personas con discapacidad en el Registro Civil (art. 300 CC), se haya sometido al régimen de publicidad restringida previsto en la LOPD (art. 4.10.º LRC).

D) Por otra parte, la reforma obedece a los principios de proporcionalidad, excepcionalidad de las medidas representativas y adaptación a las circunstancias de la persona. Como regla, la persona con discapacidad puede actuar válidamente en su propio nombre, con el apoyo, información y consejo del sujeto que ejerza el apoyo de que se trate, quien deberá realizar un esfuerzo para que aquélla pueda expresar adecuadamente su voluntad. Si este apoyo asistencial no fuera suficiente, por carecer la persona de facultades cognitivas y volitivas suficientes, procedería el otorgamiento judicial puntual de un poder de representación al guardador de hecho, o la constitución de un apoyo de carácter representativo estable (curatela representativa). En principio, la curatela no lleva de suyo facultades representativas de la persona con discapacidad, salvo que el Juez, en resolución motivada, aprecie la necesidad de determinar los actos precisos en los que es necesaria la representación de aquélla (art. 269 CC). En el ejercicio de esa función representativa, deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no haber requerido ser representada.

Sin embargo, no podemos concluir sino con una valoración crítica de algunas interpretaciones del nuevo paradigma de los apoyos a la capacidad aplicado a la vida real de las personas con discapacidad, por las razones que siguen:

Primera. Irrealismo en relación con el funcionamiento práctico de la guarda de hecho.

El bienintencionado reconocimiento del guardador de hecho se ha introducido en la Ley 8/2021 con contornos tan imprecisos que, en la práctica, esta figura de apoyo solo puede realizar su función de forma adecuada frente a terceros transformándose en un guardador «de derecho», mediante la acreditación suficiente de su condición mediante un acta de notoriedad de la situación de guarda, mediante declaraciones responsables que no responden al problema de la pluralidad de declarantes, o mediante diligencias preprocesales abiertas, precisamente, en el contexto de un procedimiento de provisión de apoyos a la capacidad. En un contexto en el que la persona con discapacidad está requerida de sustituciones decisorias reiteradas, el pretendido carácter prevalente de la guarda de hecho sobre la curatela (art. 255 CC), convirtiendo a aquella en un sustituto de una medida formal más intensa acaso necesaria, no es respetuoso con la autodeterminación personal reconocida en el art. 8 CEDH. Como afirma acertadamente GUILARTE MARTÍN —CALERO[23], «*no debemos caer en el error de pensar que la guarda de hecho es mejor porque no judicializa la vida de las personas, porque respecta los apoyos informales que vienen funcionando naturalmente en el entorno familiar que por definición es respetuoso y protector de la persona con discapacidad*». Como recuerda la misma autora, la intervención judicial es ante todo una garantía de la salvaguarda de los intereses de la persona con discapacidad ante los abusos que también podrían darse en la guarda de hecho, o para evitar que el apoyo informal se preste de forma paternalista y sin aplicar los principios informadores del sistema. Por ello, como afirman las SSTS (1.ª) núm. 1443 (RJ\2023\5929) y 1444 (RJ\2023\5967) de 2023, ambas de 20 de octubre, en las que se acuerda la adopción de una curatela representativa a instancia de los guardadores de hecho existentes, al considerarse lo mejor para los intereses de las personas con discapacidad, «*es necesario atender a las circunstancias concretas, para advertir si está justificada la constitución de la curatela en vez de la guarda de hecho*» y con ello, «*se excluye una aplicación automática y rígida tan perniciosa como lo fue en el pasado la aplicación de la incapacitación a toda persona que padeciera una enfermedad o deficiencia, de carácter psíquico o físico, que le impidiera gobernarse por sí mismo, al margen de si, de acuerdo con su concreta situación, era necesario hacerlo*».

Esto es: la guarda de hecho-cuidado puede ser adecuada, pero una guarda de hecho-apoyo puede ser insuficiente. Y lo será cuando el propio curador

23. «El cuestionable carácter prevalente de las medidas de apoyo informal» *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* Núm. 25, Mayo-Agosto 2024 &3155, p. 101.

manifieste la insuficiencia de su condición para atender a las necesidades de representación continua de la persona necesitada de apoyo, o cuando se detecte la necesidad de una representación continuada. Ello no solo vulnera el art. 8 CEDH, sino que por el contrario, lo refuerza al permitir la autodeterminación personal familiar en el diseño de los apoyos requeridos por la persona con discapacidad. A este fin, la STS (1.ª) núm. 206/2022, de 14 de marzo de 2022 (RJ\2022\1163), determina que los diferentes procesos para determinar las medidas de apoyo se deben llevar a cabo previa entrevista de la persona con discapacidad, así como dar audiencia al cónyuge no separado de hecho o legalmente o a quien se encuentre en situación de hecho asimilable, así como a los parientes más próximos.

Segunda. Inseguridad jurídica en el ámbito contractual.

La solución a la contratación llevada a cabo por la persona con discapacidad sin los apoyos previstos que son precisos, o careciendo de ellos conforme a la nueva redacción de los arts. 1.301 y 1.302 CC es contraria a la seguridad jurídica de los terceros que contratan con él y expulsa de hecho a la persona con discapacidad del mercado, impidiendo su acceso a la contratación en condiciones de igualdad; máxime en un sistema registral que confina las inscripciones de las resoluciones de provisión de apoyos al régimen de publicidad restringida ex art. 83.1.b) LRC y 42 LH.

En relación con este último artículo[24], se ha planteado la posibilidad de anotar la demanda si hay oposición previa de la persona con discapacidad en el ámbito de la jurisdicción voluntaria, pues es razonable pensar que el mejor interés de la persona con discapacidad aconseja extender esta publicidad al ámbito registral[25].

Tercera. Desprotección de la persona con discapacidad situaciones de conflicto de intereses e influencias indebidas.

El respeto a la intimidad familiar no obsta a la necesidad de salvaguardar el valor superior de la evitación del conflicto de intereses y de influencias indebidas en el ejercicio de los apoyos a la persona con discapacidad. Para

24. El artículo se refiere a la anotación registral de resoluciones judiciales que afecten a la ausencia, al fallecimiento o a la libre disposición de los bienes de una persona, y las que se refieren al art. 755 LEC, excluyendo de dicha publicidad las resoluciones sobre medidas de apoyo, que se practicarán únicamente en el Libro sobre administración y disposición de bienes inmuebles y eso únicamente a solicitud del interesado.

25. Ana FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA: El ejercicio de la capacidad jurídica. Comentario de la Ley 8/2021, de 2 de junio, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 346-347.

cumplir con este principio, los arts. 250 y 251 CC establecen limitaciones y prohibiciones. Con independencia de las mismas, la autoridad judicial debe acordar, en la resolución que constituya la curatela o en otra posterior, las medidas de control que estime oportunas para evitar los abusos, los conflictos de intereses y la influencia indebida y el notario debe informar al otorgante de instrumentos notariales de apoyos voluntarios sobre la posibilidad de imponerlas (art. 270 CC).

Sin embargo, estas medidas son difíciles de articular en el caso de que el apoyo se ejerza a través de la guarda de hecho, lo que se hace especialmente patente en la regulación de las disposiciones bancarias sobre cuentas de la persona con discapacidad. El Acuerdo en el ámbito bancario al que hemos hecho referencia en el apartado anterior, parece entender que el deber de comunicación de las entidades bancarias queda limitado al supuesto de disposiciones por parte de guardadores extraños al círculo familiar, donaciones a terceros ajenos a la familia y disposiciones que superen los gastos adecuados a las necesidades de la persona con discapacidad y al promedio publicado por el INE. La realidad demuestra que el verdadero peligro de las disposiciones indebidas en este ámbito proviene en la mayor parte de los casos del círculo familiar, y que el margen de disposición adoptado no garantiza en absoluto que el círculo familiar no acabe convirtiendo la pensión o la indemnización del familiar con discapacidad en una fuente adicional desviada de su finalidad. Nos remitimos al caso de la STS (1.ª) 7 de octubre de 2024, comentada en el epígrafe anterior, para demostrar la insuficiencia de los criterios adoptados por este bienintencionado pero ineficaz acuerdo institucional.

Cuarta. Es asimismo irrealista el pretendido abandono del criterio preferente de la protección de la persona con discapacidad del derogado art. 216 CC.

El binomio autonomía/beneficencia ha de resolverse en favor de la segunda cuando la propia patología conlleva voluntades, deseos o preferencias dañosas para la persona con discapacidad.

Frente a quienes entendieron que el proceso de revisión de los apoyos constituidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 8/2021 estaba encaminado principalmente a «liberar» a las personas con discapacidad de las tutelas constituidas en torno a su persona, las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo han optado por la protección de la persona con discapacitada a costa de la necesaria limitación de su autonomía personal en los casos en los que ello se ha considerado necesario. Esta tendencia puede constatarse en la jurisprudencia posterior a la entrada en vigor de la Ley

8/2021que se ha comentado en epígrafes anteriores. En ella se ha acordado la adopción de medidas en contra de sus deseos y preferencias cuando ello se ha considerado necesario para salvaguardar los intereses de la persona con discapacidad psíquica, además de confirmarse la constitución *ex novo* de curatelas representativas donde anteriormente solo existían medidas de tipo asistencial, y de adoptar medidas de control del gasto próximas a la derogada prodigalidad.

Ello ha de entenderse sin perjuicio de que hayan de constatarse causas suficientemente justificadas para prescindir de la voluntad de la persona expresada notarialmente, ya que el respeto a esta es el criterio preferente [STS (1.ª) núm. 706/2021, de 19 de octubre, (RJ\2021\4847)] y asimismo sin perjuicio de que no proceda la provisión de apoyo formal cuando la persona con discapacidad solo precise cuidados de carácter asistencial [STS (1.ª) núm.66/2023, de 23 de enero, (RJ\2023\2350)], ya que, como afirma la STS (1.ª) núm. 964/2022, de 21 de diciembre (RJ\2023\356), un problema de salud o de habilidades sociales no es una discapacidad que afecte a la toma de decisiones con efectos jurídicos en los asuntos personales y patrimoniales de una persona, que es lo que justifica una medida de apoyo, siendo en otro caso, improcedente.

Quinta. El régimen transitorio de la Ley 8/2021 conculca el art. 8 del CEDH.

Para finalizar, comparto la opinión[26] de que el arrastre impuesto por el Régimen Transitorio de la Ley 8/2201 a las situaciones de incapacitación hasta el momento de su (postergada) revisión de oficio o a instancia de parte o del Ministerio Fiscal[27] no es respetuosa con el art. 8 del CEDH, en cuanto que perpetúa la «muerte civil» tantas veces criticada por la doctrina jurisprudencial del «traje a medida» de la discapacidad[28]. Y ello aun cuando se prohíban desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021 las meras prohibiciones de derechos, y aun cuando, conforme a lo dispuesto en la Disposición Transitoria Segunda, los tutores nombrados bajo la normativa anterior se rijan por las normas de la curatela representativa tras la entrada en vigor de la nueva ley. Pues mantener hasta seis años una representación

26. Cristina GUILARTE MARTÍN CALERO, «El ineficiente…» *cit.*, p. 301.
27. Conforme a la Disp. Transitoria quinta, cuya reciente reforma amplía de los tres años inicialmente previstos a los seis el plazo para la realizada de oficio o a petición del Ministerio Fiscal (modificada por la Disposición final 5 de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa).
28. Un profundo análisis de esta jurisprudencia, representada por la importante STS 27 de noviembre de 2014 (2014, 6032RJ) en Sofía DE SALAS MURILLO: «Repensar la curatela» *Derecho Privado y Constitución.* Núm. 27, enero-diciembre 2013, pp. 11-48.

que la persona con discapacidad acaso no necesita restringe el derecho de autodeterminación personal. Sin embargo, la RDGSJFP 20146/2023, de 26 de julio (JUR\2023\362559), ha resuelto, conforme a la Disp. Transitoria Segunda de la Ley 8/2021, pero de forma contraria al derecho a la autodeterminación personal (art. 8 CEDH[29] y 3 del Convenio de Nueva York), que el juicio de capacidad notarial no puede bastar para considerar suficiente el propio apoyo institucional notarial con mera asistencia del antiguo tutor, por vulnerar la competencia exclusiva y excluyente del poder judicial para tal revisión, al haberle sido reservada de forma imperativa por la Disp. Transitoria Segunda de la Ley 8/2021.

29. Y a la jurisprudencia del TEDH sobre la materia, entre otras, STEDH M.K. vs Luxemburgo de 18.5.2021.

Aproximación crítica a la propuesta europea sobre protección de adultos

A critical approach to the European proposal for a regulation on the protection of adults

Ana Fernández-Tresguerres García
Notaria de Madrid
Académica de Número de la Real de Jurisprudencia y Legislación de España

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LÍNEAS GENERALES DEL FUTURO REGLAMENTO. 1. *La propia denominación del futuro Reglamento*. 2. *Su relación con el Convenio de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad*. 3. *El vínculo del Reglamento con el Convenio de la Haya de 2000*. 4. *Relación con otros instrumentos*. 5. *Ámbito de aplicación*. 6. *Ley aplicable*. 7. *El discutible régimen de Autoridades*. 8. *Elección de foro y competencia no exclusiva*. 9. *Reconocimiento de medidas*. 10. *Denegación del reconocimiento*. 11. *Colocación*. 12. *Poderes de representación*. 13. *En especial la referencia a Estados plurilegislativos*. III. DOCUMENTOS PÚBLICOS. IV. CERTIFICADO EUROPEO DE REPRESENTACIÓN. V. CREACIÓN E INTERCONEXIÓN DE REGISTROS DE PROTECCIÓN. VI. ACTOS DELEGADOS Y DIGITALIZACIÓN. VII. ALGUNAS CONCLUSIONES.

RESUMEN

La propuesta de Reglamento sobre protección de adultos se integrará en el Derecho europeo en el nuevo ámbito del Derecho de la persona, que completa el Derecho de Familia y Sucesiones. Supone un indudable beneficio para la libre circulación de personas en el territorio de la Unión Europea, tanto respecto de las medidas adoptadas por la

autoridad competente nacional (hoy Tribunal, comprensivo de autoridades judiciales y autoridades) junto a las Autoridades centrales, como en relación con las medidas voluntarias que la persona adulta adopte en previsión de una futura discapacidad. A la complejidad de la ley aplicable, establecimiento de autoridades, reconocimiento de las medidas y tratamiento de los documentos públicos, generalmente notariales, se unen dos problemas de fondo. El primero la geometría variable que crea la remisión en ocasiones en bloque, al Convenio de La Haya de 2000, sobre protección internacional de adultos y el segundo el cambio de paradigma que representa para el ejercicio de la capacidad jurídica, el Convenio de Nueva York de 2006, relativo a los derechos de las personas con discapacidad, que impiden la protección o la colocación del adulto con discapacidad. Se crea un certificado europeo de representación y se interconexionan los registros electrónicos nacionales sobre esta materia[1].

PALABRAS CLAVE: Derecho de la persona europeo. Convenio de La Haya de 2000. Convenio de Nueva York de 2006. Certificado europeo de representación. Interconexión de Registros.

ABSTRACT

The proposal of Regulation on the protection of adults will be integrated into European Law in the new area of Personal Law, which complements Family and Inheritance Law. It represents an undoubted benefit for the free movement of people in the territory of the European Union, both with respect to the measures adopted by the national competent authority (actually, Court, comprising judicial authorities and authorities) together with the Central Authorities, and in relation to the voluntary measures that the adult adopts in anticipation of a future disability. Two underlying problems are added to the complexity of the applicable law, establishment of authorities, recognition of measures and treatment of public documents, generally notarial. The first, the variable geometry that creates the referral on occasions in block, to the 2000 Hague Convention on the international protection of adults and the second, the paradigm shift that the 2006 New York Convention represents for the exercise of legal capacity relating to the rights of people with discapacity, which prevent the protection or placement of the adult with disabilities. A European

1. En corrección de pruebas se plantea la supresión del capítulo VIII.

certificate of representation is created and national electronic records on this matter are interconnected.[2]

KEYWORDS: European Personal Law. Hague Convention 2000. New York agreement 2006. European certificate of representation.

I. INTRODUCCIÓN

La anterior legislatura inició una nueva línea europea de trabajo fundada en la libre circulación de personas (trabajadores inicialmente) en el territorio de la Unión, más allá del Derecho de familia y del de sucesiones.

Así se aborda el Derecho de la persona, para lo que el TJUE ya había allanado el camino en sede de reconocimiento de la identidad (apellidos)[3] y reconocimiento a efectos limitados del matrimonio entre personas del mismo sexo[4], así como la filiación[5].

Respondiendo a estas nuevas orientaciones, la Comisión ha lanzado dos propuestas ambas en negociación. La primera es la propuesta de Reglamento relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo.

La propuesta se presentó el 7 de diciembre de 2022, y tiene como objetivo facilitar el reconocimiento de la filiación establecida en un Estado miembro (en algunos casos terceros Estados), introduciendo el instrumento del certificado de filiación europeo que pretende garantizar la circulación de la filiación en Europa. La negociación está estancada en el tratamiento de la maternidad subrogada. Para España máxime tras la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª-Pleno) de 4 de diciembre de 2024, que aplica el orden

2. In proofreading, the deletion of Chapter VIII is proposed.
3. Desde la sentencia (As. C-353/06 de 14 de octubre de 2008, *Grunkin y D.R Paul)* relativa al no reconocimiento del apellido adquirido en el Estado de nacimiento y residencia, en base a la normativa nacional en materia de determinación del apellido.
4. Sentencia de 6 de junio de 2018, *Coman y Hamilton* —Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros— (Asunto C-673/16, de 5 de junio de 2018). Aunque los Estados miembros tienen libertad para autorizar o no el matrimonio homosexual, no pueden obstaculizar la libertad de residencia de un ciudadano de la Unión denegando a su cónyuge del mismo sexo, nacional de un Estado no miembro de la Unión, la concesión un derecho de residencia derivado en su territorio.
5. Relu Adrian Coman y otros c. Inspectoratul General pentru Imigrări y otros Sentencias *Pancharevo* (as. C-490/20, de 14 de diciembre de 2021) y *Rzecznik (*as. C-2/21, de 24 de junio de 2022.

público a los contratos de gestación subrogada, rechazando reconocer una sentencia de Estados Unidos.

La segunda propuesta a la que se refiere este trabajo, relativa a un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las medidas y la cooperación en materia de protección de adultos, fue el 2 de junio de 2023, junto con una propuesta de adhesión de los Estados miembros que aún no lo han hecho al Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000, sobre protección internacional de adultos[6].

El Convenio de 2000, no es aceptado unánimemente por los Estados miembros y presenta —aunque sorprendentemente solo España, Malta y Croacia, se manifiesten en este sentido— evidentes problemas de coordinación con el Convenio de Nueva York de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, que constituye la norma internacional de referencia en la materia y del que forman parte la propia Unión Europea y todos los Estados miembros.

La dificultad de abordar la propuesta de Decisión, tras una valoración inicial en las primeras reuniones de trabajo en el Consejo hizo que la negociación europea se centrara exclusivamente en la propuesta de Reglamento.

Hoy, dos años y medio después del inicio de su negociación, en los que no había sido presentado al Consejo JAI un informe de progreso sobre la futura norma —lo que da medida de la dificultad de avanzar en la materia— la Presidencia polaca logro —junio 2025— un acuerdo parcial, con una declaración contraria de España, en el JAI de junio de 2025,[7] en el texto aprobado por el Comité de representantes permanentes/Consejo[8]

El objeto y finalidad del Reglamento, a decir de su considerando 1 y genéricamente entendido, —pues el art. 1 matiza el ámbito de aplicación mediante la descripción de materias—, es regular en supuestos transfronterizos, la protección de adultos que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de proteger sus intereses.

6. Forman parte del Convenio en diciembre de 2024, 16 Estados. 13 de ellos Estados miembros: Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Letonia, Malta, Portugal y R. Checa. Han firmado, pero no ratificado: Italia; Luxemburgo; Países Bajos y Rumanía. Además, son Estados participantes Mónaco, Reino Unido y Suiza.
7. Luxemburgo, 11 y 12 de junio 2025.
8. https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9260-2025-INIT/es/pdf

En particular, el Reglamento establece reglas en materia de competencia jurisdiccional, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de medidas, aceptación de documentos públicos y cooperación entre (*Courts*), —nuevo concepto— que abarca Tribunales y autoridades competentes y las Autoridades Centrales.

La propuesta presenta —a día de hoy, siendo probable la supresión del capítulo VIII (interconexión de Registros) una estructura de XII Capítulos, — dejando aparte los considerandos que sufrirán variaciones y que, a diciembre de 2024, son 69—. Añade X formularios, con la finalidad de facilitar en los Estados miembros la circulación de las medidas y documentos representativos, así como el certificado e representación europeo que se crea[9].

El texto de esta propuesta fue revisado por el doc. 11617/24, de 27 de junio de 2024 que modifica la redacción de los Capítulos I a V, incluidos sus considerandos y añade dos nuevos arts. 57 a y 59 a en el Capítulo XII, relativos a las lenguas y a los Estados plurilegislativos. El documento responde al trabajo de la Presidencia saliente belga y entrante, húngara, que dará paso a la polaca, el 1 de enero de 2025, iniciando un nuevo trio de Presidencias, con la danesa y chipriota.

En pruebas de esta publicación, son redactados de nuevo los Capítulos VI a XII y sus considerandos relevantes, por la presidencia entrante polaca junto a la saliente húngara. (DOC— 16995/24, de 18 de diciembre de 2024).

Se hará una mínima mención de las materias afectadas, en cuanto aún no han sido objeto de valoración por el grupo de trabajo.

II. LÍNEAS GENERALES DEL FUTURO REGLAMENTO

Seguidamente se realizan unas observaciones, por materias, sobre los elementos esenciales del futuro Reglamento.

1. LA PROPIA DENOMINACIÓN DEL FUTURO REGLAMENTO

La denominación en la propuesta era *protección internacional de adultos*. Tras la modificación del texto de 2024 pasa a denominarse *Protección de adul-*

9. Capítulo I, ámbito de aplicación y definiciones; Capítulo II, Competencia; Capítulo III, Ley aplicable; Capítulo IV, Reconocimiento y ejecución de las medidas; Capítulo V, Documentos públicos; Capítulo VI, Cooperación; Capítulo VII, Certificado de representación europeo; Capítulo VIII, creación e interconexión de Registros de protección; Capítulo IX, Comunicación digital; Capítulo X, Protección de datos; Capítulo XI, Actos delegados; Capítulo XII, Disposiciones generales y finales.

tos, separándose del texto del Convenio e introduciendo una duda sobre su ámbito de aplicación, en cuanto la Unión Europea carece de competencias para establecer medidas exclusivamente internas en los Estados miembros. La normativa debe aplicarse siempre a las relaciones jurídicas que posean un elemento transfronterizo, en ocasiones universal. Así lo establece con claridad el considerando 1 del Reglamento— al referirse a su carácter transfronterizo —in cross-border cases— .

El título del Reglamento debería referirse al *apoyo a las personas adultas con discapacidad*, en situaciones transfronterizas.

2. SU RELACIÓN CON EL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 2006 SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

El Reglamento como el Convenio, es proteccionista con el adulto (mayor de 18 años) con discapacidad, por lo que no es acorde, pese a la insistencia en este sentido, a la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006.

Recordemos que España adaptó el art. 12 de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 por ley 8/2021, de 2 de junio, en la que se suprimió el procedimiento judicial de incapacitación y las medidas de apoyo no temporales, salvo las voluntarias como los poderes preventivos.

Las medidas procesales de apoyo se adoptan generalmente por el órgano judicial en expediente de jurisdicción voluntaria, salvo las voluntarias, generalmente ante Notario (poderes preventivos o instrucciones concretas).

El Presidente del Comité de derechos de las personas con discapacidad de la Naciones Unidas envió una carta en agosto de 2023 al Comité de Derecho Civil del Consejo de la Unión Europea observando que la propuesta del Reglamento no se ajusta al Convenio de 2006, especialmente el art. 21, relativo a la *colocación del adulto*, la referencia a figuras representativas y la inexistencia de consulta efectiva a las asociaciones de personas con discapacidad. Conminó a que la Unión Europea que es parte del Convenio, adopte nomas que implementen el Convenio.

3. EL VÍNCULO DEL REGLAMENTO CON EL CONVENIO DE LA HAYA DE 2000

La propuesta de Reglamento remite en gran parte de su articulado al Convenio de la Haya del 2000.

Esta remisión es perturbadora porque deslocaliza la normativa, asumiendo la Unión Europea normas que no son coherentes con el *acquis*, como ocurre en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, materia que no se aborda con la claridad debida.

Se considera un perjuicio para el funcionamiento del Reglamento, el vínculo indisoluble con el Convenio de la Haya de 2000 que establece. No ofrece ventajas y fuera de los Estados europeos, donde se ejerce una considerable presión para formar parte del Convenio, es muy escasa la participación de terceros Estados, precisando una actualización en atención a la falta de coordinación en su filosofía con la Convención de Nueva York de 2006, —como ha puesto de manifiesto la propia Comisión de las Naciones Unidas en el escrito señalado— por lo que se debería evitar la remisión *mutandis mutandi* al Convenio. En algún caso como el Capítulo III en bloque.

A causa de esta remisión no se ofrecen medidas adecuadas en el régimen de las autoridades, especialmente judiciales, ni en sede ley aplicable en materias relevantes para España como es su relación con el Derecho interregional. La reforma del texto por Doc. 11617/24 es insuficiente, manteniéndose la errónea sistemática, tomada del Convenio de La Haya de 2000, —y en general de los Convenios de la Conferencia— de situar las soluciones normativas a los Estados plurilegislativos en el Capítulo XII y no en el III, relativo a la ley aplicable.

La remisión en bloque —además de no ser cierta por las múltiples excepciones, crecientes según se avanza en la negociación— crea en la propuesta un problema de aplicación e interpretación de la norma europea, que debe realizar el TJUE y una geometría variable inadmisible con otros Estados no participantes en el Convenio en cuanto se aplicará en defecto de Convenio la ley nacional así como con los Estados miembros no participantes Dinamarca y de momento, al menos Irlanda (aunque ha ratificado el Convenio de la Haya de 2000, el 6 de junio de 2024).

Este tema es muy evidente en materia de jurisdicción pues el Convenio en general remite a la ley nacional.

También, se produce una evidente separación entre los dos instrumentos en sede de digitalización. La digitalización prevista para la Justicia Civil por el Reglamento (UE) 2023/2844 es una línea distintiva del Derecho europeo, por más que en Comisiones especiales de la Conferencia se busque un acercamiento de sistemas, como ocurre en relación a los Convenios de La Haya de 1965 y 1970. Por lo tanto, ambos instrumentos se separarán inexorablemente.

4. RELACIÓN CON OTROS INSTRUMENTOS

Falta una mención sobre la relación del Reglamento con otros instrumentos europeos, habitual en los instrumentos de la Justicia Civil. Debería aludirse al menos al Reglamento (UE) 2020/1784, *Notificaciones;* y al Reglamento (CE) 4/2009, alimentos. Este Reglamento, además, en su art. 69 hace referencia los Convenios, a los Acuerdos y convenios bilaterales o multilaterales, de los que sea parte uno o más Estados miembros.

En relación a la apostilla, el art. 57 establece que no se exigirá legalización ni formalidad análoga alguna en el contexto del presente Reglamento.

Si bien la supresión de legalización y apostilla es connatural a la norma europea y prevista en el ámbito del Convenio, para los Estados miembros participantes, la universalidad del Reglamento, no clarificada suficientemente, no debe excusar para terceros Estados de la legalización o apostilla, en los términos del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1960, como se deduce del art. 58.

Un ejemplo es el Reglamento (EU) 2019/1111 (Bruselas II Ter), que detalla concretas relaciones con Convenios como el citado de apostilla.

El art. 58 en la línea de anteriores Reglamentos, —y en el ámbito del Art. 218 TFUE— establece que el presente Reglamento no afectará a la aplicación de los Convenios internacionales de los que sea parte uno o más Estados miembros, en el momento de la adopción del Reglamento, sobre materias reguladas en él.

Se puntualiza que, en lo que respecta a las relaciones entre los Estados miembros, primará el Reglamento sobre los Convenios celebrados exclusivamente entre dos o más Estados miembros, en la media en que dichos Convenios versen sobre las materias reguladas por el presente Reglamento.

El art. 59 se refiere a la relación del Reglamento con el Convenio de La Haya de 2000, en relación a los *Estados miembros o terceros en los que no se aplique el Reglamento*, creando una nueva y confusa geometría variable ya puesta de manifiesto[10].

10. En relación al art. 7 del Convenio., competencia no exclusiva en relación al no ejercicio de la elegida por el adulto (aplicación del art. 5 y 6 del Convenio); transferencia de competencia prevista en el art. 8 del Convenio; aplicación del Capítulo V del Convenio, con respecto a las autoridades competentes y las autoridades centrales.

5. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El art. 1 se refiere al Objeto del Reglamento, desarrollando los concretos ámbitos de aplicación del mismo.

El precepto establece:

> *«El presente Reglamento se aplicará, en materia civil en situaciones transfronterizas, a la protección de los adultos que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no estén en condiciones de velar por sus intereses.*
>
> *El presente Reglamento se aplicará también a las medidas relativas a un adulto que no hubiera alcanzado la edad de dieciocho años cuando se adoptaron dichas medidas».*

No puede aceptarse que el Reglamento se integre con el articulo 1 del Convenio trascrito en el art. 2 de la propuesta, que se refiere a los adultos que por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no estan en condiciones de velar por sus intereses.

Como se ha señalado, la terminología no se adecua al Convenio de Nueva York en cuanto es proteccionista. Resulta además de dificil integración en el Derecho europeo. La expresión «*medidas de protección*» debe ser sustituida más correctamnte por «*medidas de apoyo*».

Por ello se propuso por la delegación española la siguiente redacción:

> *El presente Reglamento se aplicará, en materia civil y mercantil en situaciones transfronterizas, a las personas adultas que precisen medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica.*

En los considerandos deben desarrollarse las condiciones de ejercicio de las medidas de apoyo aludiendo al respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales.

Inspirándose en el art. 12 del Convenio de Nueva York, tal como recoge nuestra ley 8/2021 las medidas de apoyo deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, así como a los principios que deben respetar las personas que presten apoyo, ya sea por decisión administrativa, o judicial, o en base a poderes preventivos.

Estas personas deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad, si es el caso, pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán

que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

El ejercicio de las medidas de apoyo tiene que ajustarse a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atender a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

Pero además las medidas que se adoptan para la persona y bienes del adulto pueden estar basadas en una *discapacidad meramente física* que precise asimismo de la adopción de medidas.

En España, y es línea roja de negociación, los adultos en ningún caso estarán sujetos a tutela (reservada a menores) debiendo adaptarse el párrafo a). No es posible un procedimiento de incapacidad, ni medidas permanentes, más allá de las voluntarias (poderes preventivos*).*

> *Los apartados f) y g) deberán respetar las normas del foro. Muy especialmente deberán ser excluidas las normas relativas a los Registros públicos.*

Es un ejemplo, el art. 1. 2 ap. g y h del Reglamento (UE) n.º 650/2012, *Sucesiones*, que excluye: k) la naturaleza de los derechos reales, y l) 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 los *Trust*, no cabe olvidar que algunos Estados miembros son parte del Convenio de La Haya de 1985 sobre reconocimiento de *trust* y la aceptación en los Estados miembros de los *constructive Trust*[11].

Respecto de las Sucesiones, las medidas de apoyo o limitaciones de administración o disposición, pueden tener origen testamentario, por lo que debería aclarase en un considerando, siendo insuficiente el tratamiento que le da el doc. 11617/24.

6. LEY APLICABLE

La remisión *ad nutum* que se realiza en el art. 8 de la propuesta al Capítulo III del Convenio de La Haya de 2000 en materia de ley aplicable, —que el Capítulo III remite en dos lineas— no es aceptable, máxime en esta materia, una de las más delicadas y complejas del Reglamento.

11. En España a través de la normativa de prevención del blanqueo de capitales (especialmente R.D 304/2014, de 5 de mayo).

El art. 1 divide en sus apartados b) y c) distintas leyes aplicables sin agotar la totalidad de los aspectos que deben ser analizados para determinar la ley aplicable ordenadamente[12].

Al tiempo que el art. 2. 4 realiza una delimitación negativa del ámbito de aplicación y el art. 3 establece un elenco de definiciones, no exhaustivo.

No puede ser considerada un antecedente de la técnica empleada el Reglamento (CE) 4/2009, en su remisión al Protocolo de alimentos del Convenio de La Haya de 2007-para los Estados miembros participantes— o la participación en el Convenio de 1996 de los Estados miembros en relación al Reglamento Bruselas II bis (CE) n.º 2001/2003— hoy Bruselas II ter (UE) 2019/1111, por su distinto contexto y alcance.

Especialmente porque la propuesta parte del Convenio, que *convierte en norma europea*,en tecnica contraria a los dos Reglamentos citados en que los Convenios coadyudan la aplicación a terceros Estados de la norma europea. Por lo tanto el Capítulo III debería ser desarrollado con el detalle requerido.

El Convenio de La Haya de 2000 dedica tambien el mismo Capítulo, III, a la ley aplicable, integrado por los arts. 13 a 19.

El nuevo considerando 23 (Doc. 11617/24), demuestra la complejidad de la solución prevista, en cuanto ya no es *mutatis mutandi* la remisión, sino que la referencia del Capítulo III del Convenio de La Haya de 2000 a su propio Capítulo II (Jurisdicción) se hará ahora a las normas del Reglamento, creando, nuevamente, una geometría variable de dificil interpretación.

---

12. Art. 2. El presente Reglamento establece las normas que:
a) determinan el Estado miembro cuyas autoridades son competentes para tomar medidas de protección de la persona o de los bienes del adulto;
b) determinan la ley aplicable por estas autoridades en el ejercicio de su competencia;
c) determinan la ley aplicable a la representación del adulto;
d) aseguran el reconocimiento y la ejecución de dichas medidas en todos los Estados miembros;
e) aseguran la aceptación de los documentos públicos en todos los Estados miembros;
f) establecen entre las autoridades competentes y las autoridades centrales de los Estados miembros la cooperación necesaria para conseguir los objetivos del presente Reglamento;
g) digitalizan las comunicaciones entre las autoridades competentes y las autoridades centrales y establecen los medios digitales de comunicación entre las personas físicas y jurídicas y las autoridades competentes;
h) crean el certificado de representación europeo;
i) establecen el sistema de interconexión de los registros de protección de los Estados miembros.

Entrando en el detalle de las disposiciones relativas a la ley aplicable en el Convenio, al que se remite la propuesta cabe hacer un comentario general.

El art. 18 del Convenio establece que las disposiciones del mismo serán aplicables incluso si la ley designada por ellas fuera la de un Estado no contratante.

Debe ser el Reglamento quien establezca el carácter universal de la norma europea, en aplicación del principio de universalidad habitual en los instrumentos sobre la ley aplicable, —como en el R. (UE) 650/2012, *Sucesiones*, para evitar la referencia a tres normativas distintas: Reglamento, Convenio y terceros Estados no participantes en el Convenio, que supone una complicada aplicación.

Mutatis mutandi la referencia se debe hacer a los *Estados miembros*, dejando para la aplicación del Convenio los *Estados contratantes*.

Adicionalmente, la aplicación a terceros Estados genera graves problemas de seguridad y prueba del Derecho no siendo posible aplicar un principio de confianza mutua.

El art. 13 del Convenio se refiere a toda competencia atribuida a las autoridades judiciales y administrativas que aplicarán su ley. Si es rehusado el reconocimiento de la medida, ha de entenderse que la ley que se aplica es la del Estado de recepción.

La referencia a los vinculos estrechos, debe ser excepcional en cuanto genera inseguridad y en los instrumentos europeos es vista con cautela (como el Reglamento de Sucesiones).

El punto de conexión correcto es la residencia habitual del adulto.

Puede por ello ser aceptado el contenido del art. 15 del Convenio de La Haya de 2000, a excepción de la referencia a la anterior residencia habitual, pues implicaria una prueba adicional del Derecho aplicable y una falta de vinculación con las autoridades de dicho Estado (en el R. de sucesiones por esta causa se excluyó toda referencia a una residencia anterior).

Sobre los bienes del adulto, debe ser matizada su ley aplicable especifica, por ejemplo para bienes inmuebles la *lex rei sitae*.

En las medidas sobre bienes inmuebles, deben tener en cuenta la exclusión indicada de las medidas registrales, y en general, se ligan a normas de

aplicación necesaria,— normas del foro— como es interpretado el Convenio de 1996, sobre protección de niños[13].

En todo caso, como ya se ha indicado, debe excluirse como en *Sucesiones* (Reglamento (UE) n.º 650/2012) *y Parejas* (Reglamentos (UE) 2016/1103 y 2016/1104) el ámbito de los Registros Publicos que no son competencia de la Unión Europea.

Se propone como texto el incluido en el art. 1.2 k y l del Reglamento (UE) n.º 650/2012, *Sucesiones.*

La existencia de *otros bienes muebles o inmateriales* —que ignora el Convenio y por tanto el Reglamento— tiene sus propias normas regulatorias que pueden ser alteradas, sin razón, por el Reglamento (*rectius* Convenio).

No se contemplaba hasta la propuesta reformada de 2024 una *professio iuris* en materia de ley aplicable, parcialmente incluida ahora, para los poderes de representación aunque no evita la falta de consistencia de la elección de foro, que se basa en la inexistencia de un acuerdo de sumisión[14].

Ahora el considerando 23, en referencia a los arts. 15 y 16 del Convenio prevé *professio iuris limitada y prioritaria* a la regla general, como se ha indicado , exclusivamente para los poderes de representación: podrá ser elegida la ley de la residencia habitual del adulto en el momento del otorgamiento de poderes.

Nuevamente crea confusión, maxime al ser posible fraccionar la ley aplicable en función de sus elementos patrimoniales.

En España, el Registro Civil —de competencia estatal— , publica las medidas de apoyo a personas adultas en situación de discapacidad y las medidas de representación. La eficacia de esa publicidad dificulta la creación de Registros *ad hoc*, materia sobre la que la delegación española ha formulado una reserva de estudio y que muy problablemente no salga adelante, como se ha indicado.

Finalmente, debe aclarase *la relación con los Registros concursales* que establecen publicidad para las personas inhabilitadas (en la linea de la Direc-

13. Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños

14. Extremo que falta en el Reglamento de Sucesiones, que permite elegir por el testador la ley aplicable pero no el Tribunal, a salvo el traslado de competencia por razón de la professio en caso de inhibición o acuerdo de las partes tras su fallecimiento.

tiva (UE) 2019/1151, sobre digitalización del Derecho de sociedades) que modifica la Directiva 2016/1131, en cuanto se refiere a la interconexión de personas inhabilitadas para ser administradores. Un considerando debe aclarar este tema.

7. EL DISCUTIBLE RÉGIMEN DE AUTORIDADES

El Capítulo II, modificado, se refiere a Jurisdicción (competencia jurisdiccional).

La modificación por Doc. 11617/ 24 incrementa la confusión en su referencia a «*Court and compentent authorities of Member States*». La inclusión del término *Court (tribunal, en los R. (UE) Sucesiones y Parejas*) es de difícil entendimiento en cuanto mayoritariamente las medidas de apoyo son, o deberían ser decididas por un órgano jurisdiccional. La reforma del texto se refiere a quien puede ordenar una medida de protección (apoyo), Tribunal o autoridad (Court) realizando asimismo una referencia a la Autoridad Central, coordinadora.

Como veremos enseguida, la falta de determinación de quien establece las medidas de apoyo es un hándicap para el procedimiento de reconocimiento y ejecución.

Respecto de las medidas de origen judicial en general, existe una confusión entre la jurisdicción voluntaria, propia de la atribución judicial de medidas de apoyo y la jurisdicción contenciosa. Esta confusión se agrava, ahora, con la introducción del citado término *Court* concepto hasta ahora autónomo europeo, confuso en el Reglamento (y que una vez mas separa a éste del Convenio pese a la declaración generica del art. 4).

El considerando 17, establece ahora : «El concepto Tribunal en este Reglamento, debe ser interpretado, en línea con la terminología de «autoridad» utilizada en los Capítulos II y III del Convenio de La Haya de 2000, sobre la protección de adultos como una autoridad judicial o administrativa que adopta medidas dirigidas a la protección de la persona o patrimono de un adulto».

Por su parte, explica la propuesta reformada, que dado que el considerando 16 habla de definiciones de adulto, representante y tribunal, es más lógico hablar primero del «tribunal», antes de abordar la noción de poderes de representación y poderes de representación confirmados. Por tanto, el nuevo considerando sobre las competencias se trasladó a continuación del relativo a los órganos jurisdiccionales.

Con esta interpretación el termino «Court» se separa de sus antecedentes por lo que deberia ser aclarado que es un Tribunal, en cuanto en los Reglamentos *Sucesiones* y *Parejas* tiene un sentido definido.

El Derecho europeo no establece *ad nutum* una equivalencia entre la autoridad administrativa y judicial, en cuanto la primera se incluye en el ámbito de la cooperación mientras la segunda esta bien definicida (incluso siendo un Tribunal en el sentido del art. 3.2 del Reglamento *Sucesiones*) en los instrumentos procesales europeos.

Por otra parte, el Convenio no alude, ni puede hacerlo a los conceptos de *reconocimiento y ejecución procesales,* en cuanto en el contexto de la Conferencia de La Haya estas materias son limitadamente tratadas como pone de relieve el Convenio Sentencias de 2009 y antes el de elección de foro de 2005[15].

Ambos, además, excluyen las materias relativas a capacidad y Derecho de familia.

Un ejemplo de coordinación entre un instrumento convencional y europeo se encuentra en el Convenio de La Haya de 2007[16] (alimentos) y el Reglamento (CE) 4/2009, sobre la misma materia. En este binomio se parte de una competencia judicial separada de la administrativa, ligada a la cooperación entre autoridades centrales.

La propuesta de Reglamento sería mucho más clara, si separara ambas competencias,-administrativa y judicial— y distintas a las dos, los actos auténticos, especialmente notariales, como se hace en el contexto de los Reglamentos europeos sobre la ley aplicable, que inciden en el Derecho de Familia. No queda claro el alcance de la aceptación de los acto auténticos (documentos públicos, *rectius,* notariales).

Dentro de las medidas de apoyo judiciales deben distinguirse las medidas judicializadas contenciosas de aquellas en las que la autoridad judicial actua como una autoridad de salvaguardia del adulto.

Esta distinción no existe en el texto, por lo que nada se indica de los foros judiciales contenciosos ni de las singularidades del proceso.

---

15. *Convenio de 2 de julio de 2019 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial* (Convención sobre Sentencias de 2019) y *Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro* (Convenio sobre Elección de Foro de 2005).
16. Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia

Debería realizarse una transcripción de las normas relevantes del Reglamento de alimentos (CE) n.º 4/2009[17] o del Reglamento (EU) 2009/1111[18], último aprobado en materia de Familia[19].

Debe establecerse un recurso a un órgano jurisdicional en caso de litigiosidad de la medida. Concretamente podría basarse en los arts. 9 a 14 del Reglamento (CE) 4/2009, incluidas las medidas provisionales y cautelares.

Por otra parte, la remisión al Capítulo II implica un régimen detallado sobre *desordenes y refugiados*. Más adecuado sería seguir el esquema tradicional sobre foros de necesidad (art. 7 Reglamento (CE) 4/2009).

8. ELECCIÓN DE FORO Y COMPETENCIA NO EXCLUSIVA

Se refiere a ello el art. 6 de la propuesta. La elección de foro por la persona adulta que precise apoyos debe ser tratada con cautela.

No existe una referencia a la elección de foro en caso de litigiosidad (como hace el art. 4 del Reglamento de alimentos). El art. 11 del Reglamento (UE) 2019/1111 *mutatis mutandis* puede aplicarse a los adultos, pues supone una buena fórmula de cierre.

La remisión a los arts. 5, 6 (1) y 8 del Convenio de La Haya de 2000, crea una gran confusión en cuanto mezcla sistemas jurisdiccionales no europeos sin que pueda haber un reconocimiento posterior de sus resoluciones o medidas reservadas a los Estados miembros puesto que sería necesaria una actividad de juicio de equivalencia o adaptación.

La ausencia de concreción sobre el término *Court*, nuevamente impide saber quién debe utilizar el formulario IV (para notificar directamente o a través de la autoridad central).

17. Reglamento (CE) n o 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
18. Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)
19. Por ello se propone el siguiente texto:
1. Las autoridades, de la residencia habitual del adulto, notificadas a la Comisión por cada Estado miembro de acuerdo con el art. XXXX del presente Reglamento, tanto judiciales como administrativas, serán competentes para adoptar las medidas de apoyo a la persona o los bienes del adulto.
2. En caso de traslado de la residencia habitual del adulto a otro Estado miembro, serán competentes, para su seguimiento, modificación o extinción posterior, las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual.

Asimismo, se echa en falta, como se ha indicado, una referencia al Reglamento (UE) 2020/1784, *Notificaciones* siendo la propuesta una materia que debe adaptarse a la digitalización de la Justicia (Reglamento (UE) 2023/1844).

Se analizó en Presidencia belga, como documento de trabajo, la adaptación de la propuesta al Reglamento (UE) 2023/2844, sobre la digitalización de la cooperación judicial civil.

El Capítulo IX de la propuesta, ahora sobre comunicaciones electrónicas es modificado por el Doc. 16995/24, JUSTCIV 127 de 18 de diciembre de 2024.

Por su parte, en el art. 7, referente a la competencia no exclusiva, nuevamente debe suprimirse la remisión al Convenio de La Haya de 2000. No se preve un sistema de notificaciones entre autoridades, ahora Tribunales— en cuanto la referencia no es solo a los Estados miembros, —Convenio de La Haya de 1965— por lo que puede generar conflictividad.

Siendo personas adultas, el ejercicio de su capacidad jurídica se regula en los Derechos nacionales, en cumplimiento del Convenio de Nueva York (art. 12).

Interfiere en el Reglamento (UE) n.º 650/2012, porque establece una norma imperativa en procesos sucesorios (nuevamente existe confusión con el concepto Court) mezclando el traslado de competencia a un Tribunal mejor situado (arts. 6 y 7 del Reglamento de Sucesiones), olvidando los procedimientos no contenciosos, como los notariales.

Tambien interfiere en las competencias de los Estados miembros, en cuanto se refiere a medidas «de protección» sobre bienes, que puede interferir en las normas de aplicación necesaria como la autorización judicial expresa hasta ahora del órgano jurisdiccional competente en el lugar de situación del inmueble.

9. RECONOCIMIENTO DE MEDIDAS

El texto modificado evita establecer un procedimiento europeo para el reconocimiento, que podría inspirarse en el Reglamento (UE) 2019/1111, remitiendo, como el Convenio de La Haya de 2000 a la ley del Estado miembro requerido.

Supone un claro retroceso en el Derecho europeo, en el que todos los Reglamentos de Justicia civil, incluidos los relativos a Familia y sucesiones establecen normas uniformes aunque distintas entre sí.

El texto se refiere ahora, como sabemos a Tribunal (Court) no autoridad, judicial o administrativa, lo que parece —en este Capítulo, pues las reglas no son uniformes— que refuerza la consideración de Court como órgano jurisdiccional o administrativo, concepto que ya se ha señalado debería ser aclarado e incluido en el elenco de definiciones del art. 3 como se ha indicado, habida cuenta del carácter autónomo que presenta la figura en relación a otros Reglamentos.

Por otra parte, mejora el refuerzo del carácter automático del reconocimiento acomodándose al Reglamento Bruselas II ter, con lo que crea una geometría variable en cada Estado miembro al aplicar 27 leyes procesales distintas, todas susceptibles de reconocimiento automático.

10. DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO

La nueva versión presenta en su art. 10, un aspecto favorable en relación al derecho de audiencia, pero no expresa el cauce donde se produce al suprimir la mención al ámbito judicial o administrativo.

La referencia del art. 9 a «Court» allí con el carácter de órgano jurisdiccional parece que se inclina por idéntico cauce. Pero debe aclararse en qué procedimiento debe ser oído —expresar su opinión— el adulto.

La referencia a terceros Estados (en relación a signatarios del Convenio de La Haya de 2000, y conforme a este a terceros no signatarios) crea nuevamente una situación incompatible con el principio de confianza mutua comunitaria, máxime cuando difieren los motivos previstos en el art. 22 del Convenio, tanto en cuanto a las autoridades competentes, como en jurisdicción; como en el alcance de la audiencia y sus excepciones, no existiendo cita del mismo, lo que es lógico pues difieren las soluciones de uno y otro resintiéndose el *acquis* comunitario.

11. COLOCACIÓN

Uno de los temas mas conflictivos de la propuesta es la relativa a la mal denominada *colocacion.*

La ausencia de descripcion del concepto, hace que pueda comprender realidades distintas voluntarias o forzosas: internmiento o sistencia domiciliaria por ejemplo.

El art. 21 se refiere a *la colocación del adulto* en un centro o institución en el que pueda prestarse protección en otro Estado miembro, que requiere la

aprobación previa de la Autoridad Central, para lo que se prevé un concreto formulario (Anexo VI). No se aplica si el adulto es colocado con una persona fisica y se prevén convenios entre autoridades centrales o competentes de los Estados miembros, en el apartado 4.º del precepto, posibilidad extraña entre los Estados de la Unión Europea entre los que carece de sentido que se realice convenio alguno.

La *colocación*, procede del Convenio y no puede ser admitida como tal. La aplicación de normas imperativas del foro puede dificultar el reconocimiento y ejecución de medidas. La denominada *colocación* es un término que puede implicar realidades distintas, que van desde la guarda de hecho a un internamiento no consentido.

Puede sustituirse por *Asistencia*, estableciendo un régimen al respecto y en ningún caso puede suponer un internamiento en Entidad pública o privada sin autorización judicial.

En España la jurisprudencia constitucional es clara al respecto[20].

Vulnera además la Convención de Nueva York de 2006 en cuanto las medidas de *colocación* en una Institución violan los principios de igualdad y el derecho a vivir de manera independiente de la persona con discapacidad

12. PODERES DE REPRESENTACIÓN

La referencia a los poderes de representación plantea varios problemas.

Primero, la propia mención a *la representación* (por razon de la discapacidad, que choca con el Convenio de Nuerva York). Más adecuado sería hablar de medidas de apoyo voluntarias. Conforme al art. 12 de la Convención de Nueva York, no es posible con facilidad la representación de una persona adulta con discapacidad. La representación es la última medida a adoptar y debe ser autorizada judicialmente y de manera temporal.

Debe sustituirse la expresión, por medidas de apoyo no representativas o puntualmente representativas con autorización judicial.

Los poderes preventivos deben ser analizados con especial cuidado, especialmente en orden a su publicidad que debe ser obligatoria (en España

20. Desde la sentencia 141/2012, de 2 de julio, seguida de varias más (21 de enero, 15 de febrero y 7 de abril de 2015) así como la Circular 2/2017, de 6 de julio de la Fiscalía General del Estado.

en el Registro Civil concretamente en el Registro Civil del lugar de nacimiento de la persona que otorga un poder preventivo).

La aceptación de medidas no judiciales, como los documentos publicos, debe estar sujeta a cautelas, especialmente sobre su eficacia en el país miembro de origen y en el de recepción. Concretamente para los documenos notariales debe acudirse a la aceptación prevista en el art. 16 de la propuesta, ahora modificada y por lo tanto se refiere solo a los documentos que proceden de un Estado miembro.

Los ultimos apartados del precepto, logicamente, no tienen paralelo en el texto del Convenio, antiguo en sus planteamientos.

Segundo, la ley aplicable a poderes (medidas de apoyo) no se incluyen en Roma I pero sí una norma relevante que no se contempla, *la teoria del interes nacional*,— tradicional en las legislaciones nacionales de influencia francesa, como la española— y que afecta las medidas del Reglamento en materia de ley aplicable.

El art. 13 del Reglamento (CE) n.º 583/2008, bajo la rúbrica «Incapacidad», establece: «*En los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país solo podrán invocar su incapacidad resultante de la ley de otro país si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de negligencia por su parte*».

Sin perjuicio de que el Reglamento Roma I debería modificar su terminología, sin duda es una norma que choca con el certificado internacional que se introduce en la propuesta.

Los poderes no pueden denominarse, por tanto, *poderes de representación*, pues la representación obedece a la medida de apoyo. Más correctamente deberían denominarse poderes preventivos (*Preventive powers*).

No se entiende la referencia al *acuerdo* en la existencia, alcance, modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto.

El acuerdo, por ejemplo, *en el ámbito de las empresas familiares*, está fuera de la filosofía de la Convención de Nueva York que parte de los deseos de la persona con discapacidad, sin que sea posible valorar tal acuerdo.

Respecto del Estado en que se encuentren situados los bienes (2.c) art. 15) se insiste en que el diseño del Convenio, como una muestra más de su antigüedad está pensando solo en bienes inmuebles «*lugar de situación*».

La norma preferente en materia de poderes es la del lugar en que ejercitará la representación[21], pero habida cuenta del carácter de medida voluntaria de apoyo que presentan los poderes preventivos, sería adecuada la relación que realiza el precepto.

Debe concretarse qué se entiende por designación por escrito, realizando una remisión a la ley aplicable no solo en relación a la reedición de los poderes sino también a la forma y publicidad exigida.

Respecto de la anterior residencia habitual ya se ha hecho anteriormente un comentario. La nacionalidad sigue siendo un vínculo fuerte, siempre que se refiera a la de un Estado miembro, a fin de evitar la prueba del derecho de terceros Estados.

El art. 16 se refiere a la revocación o modificación de los poderes preventivos. Solo debería ser posible por la autoridad judicial, con audiencia del adulto y el art. 17 debe coordinarse con el art. 16 de Roma I, que es preferente en el Derecho europeo.

En conclusión, las soluciones devienen confusas y contrarias a la seguridad jurídica.

Por su parte, como se ha indicado anteriormente ahora el considerando 23, en referencia a los arts. 15 y 16 del Convenio, prevé *professio iuris limitada y prioritaria* a la regla general: la ley de residencia habitual del adulto en el momento del otorgamiento del poder.

Nuevamente crean confusión, máxime al ser posible fraccionar la ley aplicable en función de sus elementos patrimoniales.

13. EN ESPECIAL LA REFERENCIA A ESTADOS PLURILEGISLATIVOS

Por su parte, las disposiciones sobre los Estados plurilegislativos,— tema especialmente relevante para España— no se situan en el Convenio en el Capítulo relativo a la ley aplicable sino en el Capítulo VI dedicado a Disposiciones Generales. El Reglamento siguiendo esta sistemática propia de los últimos Convenios de La Haya, difiere de la utilizada en los Reglamentos europeos. Lo hace en su Capítulo XII.

Por ello, en coherencia con nuestra propia legislación debe ser modificado el orden sistematico e incluir esta materia en el Capítulo III del Reglmento,

21. Se aplica el art. 10.11 del Código Civil español, en cuanto no están en el ámbito de aplicación del R. (CE) n.º 583/2008

en coherencia con los Reglamentos europeos de la Justicia civil que afectan a la ley aplicable, como *Sucesiones* (Reglamento (UE) n.º 650/2012) y *Parejas* (Reglamentos (UE) 2016/1103 y 1104).

Pese al doc. 16995/24, que remite sin más al Convenio de La Haya de 2000, sigue siendo un tema abierto, como demuestra el mas reciente Doc. 16995/24, de 18 de diciembre.

III. DOCUMENTOS PÚBLICOS

En general, los intrumentos públicos regulados en el Capítulo V han sufrido en la nueva versión de presidencia saliente, belga y entrante, húngara, Doc. 11617/24 un retroceso en su valoración y eficacia, obviando que son un elemento clave en el desarrollo de la autonomía de la voluntad de la futura persona con discapacidad, y en algunos casos en los que es posible establecer la voluntad y preferencias del adulto con discapacidad, durante ésta, especialmente los documentos notariales, conocidos en la mayor parte de los Estados miembros y de los Estados signatarios, no comunitarios, del Convenio de La Haya de 2000.

Respecto del art. 16, la expresión *where it is presented* limita el alcance del documento publico, ya que estos pueden ofrecer efecto por sí mismo sin necesisdad de presentación ¿ante quién? Es llamativo que el nuevo considerando 18 no se refiera ni mencione especificamente al notario, como hace el Reglamento de Sucesiones.

En las medidas de apoyo a la persona con discapacidad el notario como se ha señalado, en muchos Estados miembros y en Estados signatarios del Convenio, no comunitarios trasciende a su función documentadora siendo en sí mismo autoridad.

El considerando se refiere a *protección*, debe sustituirse por *medida de apoyo.*

Los poderes preventivos presentan designación de representante (por definición).

Y al menos en España las medidas *sobre salud o eutanasia* presentan una normativa especial, regulada por cada Comunidad Autónoma, no siendo más que en los pricipios generales o marco de competencia.

Los poderes confirmados, deberán adecurase a los sistemas de los Estados miembros. En España no cabe la confirmación de los poderes. No pre-

cisan de ratificación por autoridad alguna, bastando su inscripción en el Registro Civil.

Tampoco establece el Código Civil la necesidad de que sean aceptados por los representantes, si bien debería ser establecida habida cuenta de la responsabilidad en que incurre el apoderado.

Las medidas de apoyo, formales, son autorizadas por autoridad judicial o por notario. La medida de apoyo informal de la guardia de hecho sobre la que pudiera ser solictada su conversión en una medida de apoyo formal.

Como se ha indicado, los poderes deben ser obligatoriamente inscritos en España, y a la mayor celeridad en el Registro Civil. El objetivo de estos poderes es desjudicializar y agilizar las medidas de apoyo, por lo que carece de sentido exigir una confirmación judicial poco operativa, por proceder de notario.

Por lo que también interfiere en las competencias de los Estados miembros, en cuanto se refiere a medidas «de protección» sobre bienes, que puede interferir en las normas de aplicación necesaria como la autorización judicial expresa hasta ahora del órgano jurisdiccional competente en el lugar de situación del inmueble.

El nuevo considerando 22 bis[22], debería trasladarse al texto y decir claramente como ocurre en el art. 4 de los *Reglamentos Parejas* (UE) 2016/1103 y 1104, en su contexto, que la competencia del órgano jurisdiccional que entiende de la sucesión es unica.

El art. 16 se refiere a la revocación o modificación de los poderes preventivos. Solo debería ser posible por la autoridad judicial, con audiencia del adulto y el art. 17 debe coordinarse con el art. 16 de Roma I, que es preferente en el Derecho europeo.

En conclusión, las soluciones devienen confusas y contrarias a la seguridad jurídica.

22. Si la validez de un acto jurídico realizado o que vaya a realizarse en nombre de un adulto en un procedimiento sucesorio ante un tribunal de un Estado miembro requiere permiso o aprobación de un tribunal, un tribunal de ese Estado miembro debe poder decidir si permitir o aprobar dicho acto jurídico incluso si no es competente en virtud del presente Reglamento. El término «acto jurídico» debería incluir, por ejemplo, la aceptación o el rechazo de una herencia o un acuerdo entre las partes sobre el reparto o la distribución de la herencia.

IV. CERTIFICADO EUROPEO DE REPRESENTACIÓN

El Capítulo VI de la propuesta, arts. 34 a 44 se dedica a la creación de un certificado de representación europeo.

Esta materia sufre cambios importantes en el nuevo documento de 28 de diciembre, por lo que está sujeta a revisión.

Inspirado en el certificado sucesorio europeo, pero siempre en formato digital, constituye un tema central de la norma proyectada en cuanto supone una fuerte presunción de la existencia y alcance de una medida representativa adoptada por Tribunal o autoridad o de un poder voluntario de representación.

El Capítulo se refiere a su creación, propósitos, solicitud, emisión y autoridades competentes para ello, contenido y efecto así como su rectificación, modificación o anulación.

Esencialmente acredita que la persona o personas establecidas en el certificado apoyan o representan al adulto.

La mala fe del tercero con el que actúa el representante, conociendo la inexactitud del certificado supone una pérdida de la eficacia del mismo, por lo que al igual que el certificado sucesorio europeo, no es un documento abstracto de eficacia objetiva, ni modifica las normas internas en este caso de representación del adulto.

Con la creación del certificado se modifica la técnica de los anexos de Reglamentos anteriores (excepto el Reglamento (CE) 4/2009 que opta por extractos) prefiriendo el certificado, que se actualizará en su contenido utilizando el procedimiento de los actos delegados (Capítulo XI).

Como en el formulario II del Reglamento (UE) 650/2012 se detallará el valor probatorio que el documento público tenga en el Estado miembro de origen.

Respecto de los poderes preventivos el Doc. 11617/24, modifica el texto, pero el anexo II mantiene la referencia a los efectos probatorios del documento público en el país de origen. En el mismo anexo de la propuesta debe quedar claro que la certificación no tiene por qué expedirse necesariamente junto con el documento público, sino que, de hecho, también puede expedirse en un momento posterior.

El formulario también debe incluir información de la autoridad competente y si debe presentarse el instrumento público y de qué forma, por ejemplo, si se requiere el original o una copia.

Requiere aun trabajo técnico su articulación. La presidencia danesa del segundo semestre de 2025, considera este tema prioritario para intentar alcanzar un acuerdo en el JAI de junio de 2025.

V. CREACIÓN E INTERCONEXIÓN DE REGISTROS DE PROTECCIÓN

España mantiene una reserva de estudio sobre la interconexión de registros *ad hoc* de protección, pues en España es el Registro civil estatal competente.

Además de adaptar la terminología (no pueden denominarse registros de protección, sino relativos a publicidad de medidas de apoyo) los registros previstos suponen una duplicidad con registros nacionales, siendo gran parte de las delegaciones muy críticas con su creación.

Concretamente, en España, el Registro Civil de competencia estatal, se funda en el principio de titulación pública: ya sean resoluciones judiciales contenciosas o de jurisdicción voluntaria y escrituras públicas notariales constitutivas de poderes preventivos o instrucciones.

No hay en España medidas de apoyo privadas por lo que su confirmación es inexistente.

La interoperabilidad nacional supone una injerencia en las competencias nacionales de los Estados miembros, así como alguna de la información solicitada. El nombre del titular de la medida de apoyo y el alcance de las medidas debe ser obligatoriamente publicado.

El acceso a estos datos, *según interés legítimo*, debe ser concretado al menos en un considerando, sin que se haya valorado el coste para los Estados miembros. Respecto de los costes conlleva la participación de autoridades con un régimen de retribución propio (como los notarios). Más adecuado es suprimir las referencias al sufragio de costes en cuanto es competencia estatal y no corresponde su regulación a la norma europea.

Es de esperar su supresión.

VI. ACTOS DELEGADOS Y DIGITALIZACIÓN

Se adaptará al Reglamento (UE) 2023/2844 y sus actos delegados por lo que es prematura su redacción definitiva.

Será necesaria una ulterior revisión de la normativa que esté en aplicación en el momento de la entrada en vigor y efectiva aplicación del Reglamento, hoy Reglamento (UE) 2016/679 y Reglamento (UE) 2018/1725, especialmente en lo que respecta al tratamiento de datos personales por el punto de acceso electrónico europeo.

Es preferible no circunscribir los actos delegados (incluidos en el art. 56) a los anexos I a IX con objeto de actualizarlos o introducir en ellos modificaciones técnicas, pues puede ser precisa su ampliación o reducción.

Los principios establecidos en el Acuerdo interinstitucional, de 13 de abril de 2016, sobre la mejora de la legislación establecen los criterios y procedimiento de los actos delegados.

Se complementan con el art. 64, que prevé el procedimiento de Comité.

En esta materia es de aplicación a día de hoy, el Reglamento (UE) n.º 182/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por el que se establecen las normas y los principios generales relativos a las modalidades de control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución por la Comisión. Y con la información que los Estados miembros deben proporcionar y la Comisión publicar (arts. 67 y 69 de la propuesta).

La importancia creciente de e-Justice, ademas de la red judicial europea, como forma de prueba del Derecho para las autoridades judiciales y extrajudiciales hace especialmente relevante este artículo, que debería ofrecer más certeza, suprimiendo la expresión «indicativa» y reforzando su actualización y la función de la Comisión en el control de la información ofrecida la vista de la doctrina del TJUE.

Deberá adaptarse a la redacción final de la propuesta que tendrá en cuenta la digitalización de los procedimientos conforme al Reglamento (UE) 2023 /2844.

El precepto proyectado deberá adecuarse a la redacción final de los artículos que cita, especialmente en relación a los Tribunales o autoridades competentes en los preceptos citados, de la misma forma se adaptarán los plazos a los actos delegados.

La efectiva aplicación del Reglamento, escalonada, habrá de ajustarse a los actos delegados y al contenido de los actos delegados y de ejecución del propio Reglamento *Adultos* y del Reglamento (UE) 2023/ 2844.

El apartado 65 2.º crea inseguridad juridica —*condiciones equivalentes*— y debe ser suprimido, se adaptara al Reglmento de Digitalización además de a los actos delgados de la propia propuesta de Reglamento.

VII. ALGUNAS CONCLUSIONES

El nuevo Derecho europeo sobre la persona: capacidad y filiación, supone un avance indudable en la integración europea, creando principios comunes más allá de las reglas específicas.

Sin embargo, esta propuesta presenta el lastre de su mimetismo con el Convenio de la Haya de 2000, que sin perjuicio de su relación con la norma europea, debería seguir un camino separado, pues supone un retroceso respecto del *acquis* procesal y crea una geometría variable entre los Estados miembros, los Estados participantes en el Convenio y terceros Estados.

Ademas, de todos los aspectos analizados, la futura digitalización de la Justicia en los parametros del Reglamento (UE) 2023/2844[23] presenta un desafío que obligará a una cuidadosa redacción de la norma afectada.

En conclusión, queda aún mucho trabajo técnico por realizar en el Comité de Derecho Civil y ahora simplemente se ha hecho una aproximación a las cuestiones más relevantes y discutidas en la negociación del futuro Reglamento que ha tomado ritmo en el año 2025, treinta meses después de la aprobación del Propuesta por el Colegio de Comisarios.

23. Reglamento (UE) 2023/2844 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre la digitalización de la cooperación judicial y del acceso a la justicia en asuntos transfronterizos civiles, mercantiles y penales, y por el que se modifican determinados actos jurídicos en el ámbito de la cooperación judicial

PARTE III
DERECHO AL RESPETO A LA VIDA FAMILIAR Y OTROS DERECHOS: IDENTIDAD, VIDA PRIVADA

Article 8 of the European Convention on Human Rights and the Child's Right to Identity

Katarina Trimmings
Professor of Law
University of Aberdeen

CHAPTER CONTENTS: I. INTRODUCTION. II. FAMILY NAME AND NATIONALITY. 1. *Family name*. 2. *Nationality*. III. ESTABLISHMENT OF BIOLOGICAL PARENTAGE. 1. *Paternal affiliation*. 2. *Maternal affiliation: «anonymous births»*. 3. *Analysis*. IV. LEGAL RECOGNITION OF PARENTAL STATUS ESTABLISHED ABROAD THROUGH CROSS-BORDER SURROGACY. V. INTERNATIONAL PARENTAL CHILD ABDUCTION. 1. *Identity issues in child abduction cases*. A. Alteration and/or falsification of the child's identity by the abducting parent during the abduction. B. Court order not to return the child to the State of his/her habitual residence. C. Court order to return the child to the State of his/her habitual residence. 2. *Preservation and restoration of a child's identity in parental child abduction cases*. VI. CONCLUSION.

ABSTRACT

This chapter explores how Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR) safeguards a child's right to identity, focusing on aspects such as family name, nationality, and parentage. It discusses the European Court of Human Rights' (ECtHR) interpretation of identity-related issues, including cases on name registration, citizenship, and parental recognition. The paper also addresses legal challenges in cross-border surrogacy and international parental child abduction as relevant to the child's right to identity, emphasizing the need for balanced legal frameworks. Recommendations include

strengthening judicial cooperation and adopting identity-focused policies, ensuring children's best interests remain central in family law disputes, including those with a cross-border element.

KEYWORDS: Child's Identity. Article 8 ECHR. Parental Child Abduction. Legal Parentage. Cross-border Surrogacy.

I. INTRODUCTION

A child's identity is central to their development and well-being within the family. It shapes their sense of belonging, self-worth, and emotional security. In the context of family life, identity is formed through relationships, cultural heritage, and shared values, providing a foundation for personal growth and social integration. Understanding and nurturing a child's identity helps build resilient, confident individuals equipped to navigate the complexities of life.[1]

Arts. 7 and 8 of the United Nations Convention on the Rights of the Child («UNCRC»)[2] provide identity protections for every child: the right to a name, nationality and family relations.[3] Family relations include connections that encompass biological parents, gamete donors, siblings, grandparents and others, and in this context refer to the right of each child to know his or her origins.[4] A child's right to identity is closely linked to their right to access information about their origins.[5]

1. On child's identity and its importance see, for example, Ya'ir RONEN, *Re-Understanding the Child's Right to Identity: On Belonging, Responsiveness and Hope* (Brill, 2016).
2. United Nations Convention on the Rights of the Child (1989) E/CN.4/RES/1990/74 («UNCRC»).
3. See, for example, UN Committee on the Rights of the Child, «General Comment No. 14 (2013) on the Right of the Child to Have his or her Best Interests Taken as a Primary Consideration (art. 3, para. 1)», 29 May 2013, CRC/C/GC/14, paras 55-57; Ineta ZIEMELE, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 7: The Right to Birth Registration, Name and Nationality, and the Right to Know and Be Cared for by Parents* (Brill 2007); and Jaap DOEK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Articles 8-9: The Right to Preservation of Identity and The Right Not to Be Separated from His or Her Parents* (Brill 2006).
4. See Child Identity Protection (CHIP), «What Are Family Relations?», available at https://www.child-identity.org/what-are-identity-rights/, last accessed on 14 December 2024.
5. This encompasses *inter alia* adopted children, donor-conceived children, and children born through surrogacy. For a detailed analysis of the child's right to know his/her origins see Samantha BESSON, «Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches under the Convention on the Rights of the Child and the

While the European Convention on Human Rights («ECHR») does not contain a specific provision dedicated solely to children, its key articles, in particular the right to respect for private and family life (Art. 8) and the prohibition of discrimination (Art. 14), provide robust protection. The European Court of Human Rights («ECtHR» or «Court») has interpreted these provisions broadly, recognizing children as vulnerable individuals entitled to special protection and reinforcing their rights within the broader human rights framework. The Court has consistently held that the right to identity, which includes the right to know one's biological parentage, is an integral part of the notion of private life protected by Art. 8.

This chapter explores the relationship between Art. 8 of the ECHR and the following aspects of a child's right to identity: 1) the child's right to a family name and nationality; 2) the child's right to identity as relevant to the establishment of biological parentage; 3.) the child's right to identity in the context of the legal recognition of parental *status* established abroad through cross-border surrogacy; 4) the child's right to family relations in cases of international parental child abduction.[6] The chapter is organized into five sections, each addressing one of the aspects listed above, and concludes with a brief summary.

European Convention on Human Rights» (2007) 21 *International Journal of Law, Policy and the Family* 137. See also Jane FORTIN, «Children's Right to Know Their Origins — Too Far, Too Fast?» (2009) 21 *Child and Family Law Quarterly* 336; Claire FENTON-GLYNN, *Children's Rights in Intercountry Adoption* (Cambridge University Press 2014), pp. 185-210; and Claire FENTON-GLYNN, «Information on Origins: Right or Obligation?» (2016) 46 *Family Law* 946; Michael FREEMAN, 'The New Birth Right' (1996) 4(3) *International Journal of Children's Rights* 273; and Donna LYONS, Domestic Implementation of the Donor-Conceived Child's Right to Identity in the Light of the Requirements of the UN Convention on the Rights of the Child' (2018) 32 *International Journal of Law, Policy and the Family* 1.

6. For a broader analysis of the child's right to identity from the perspectives of both the UNCRC and the ECHR, see, for example, Rachel TAYLOR, *Fortin's Children's Rights and the Developing Law* (5th ed., Cambridge University Press 2024), chapter 5; Ziba VAGHRI, Jean ZERMATTEN, Gerison LANSDOWN, and Roberta RUGGIERO (eds.), *Monitoring State Compliance with the UN Convention on the Rights of the Child: An Analysis of Attributes* (Springer 2022), chapter 7; Christina BAGLIETTO *et al*, «Preserving "Family Relations": An Essential Feature of the Child's Right to Identity» (Geneva, Switzerland: Child Identity Protection 2022), available at https://www.child-identity.org/wp-content/uploads/2022/06/CHIP-Preserving-Family-Relations-EN.pdf, last accessed on 14 December 2024.

II. FAMILY NAME AND NATIONALITY

Among the least controversial facets of a child's identity from the Art. 8 perspective are the child's right to a family name and nationality.[7] The ECtHR has consistently recognized that these elements are integral to personal identity and fall within the scope of private and family life protected under Art. 8 of the ECHR.

1. FAMILY NAME

The right to a name is a fundamental aspect of a child's identity and personal development. It establishes an individual's legal existence and facilitates recognition within family and society. The ECtHR has affirmed that a person's name as «a means of identifying individuals within their families and the community», falls within the scope of the right to respect for private and family life protected under Art. 8 of the ECHR.[8]

Specifically, in relation to a child's family name, the ECtHR considered whether a legal provision requiring legitimate children to be given the husband's family name at birth registration violated Arts. 14 and 8 of the ECHR.[9] It found that while the traditional practice of passing the father's surname to children born to a married couple was not necessarily incompatible with the Convention, the fact that it could not be derogated from when registering a new child's birth was unduly rigid and discriminatory towards women.[10]

---

7. For an analysis of the child's right to a name and nationality under the UNCR, see, for example, Ziba VAGHRI, Jean ZERMATTEN, Gerison LANSDOWN, and Roberta RUGGIERO (eds.), *Monitoring State Compliance with the UN Convention on the Rights of the Child: An Analysis of Attributes* (Springer 2022), chapter 6; and Wouter VANDENHOLE, Gamze Erdem TÜRKELLI, and Sara LEMBRECHTS, *Children's Rights: A Commentary on the Convention on the Rights of the Child and its Protocols* (Elgar 2019), pp. 100-108.
8. *Guillot v. France*, App no 22500/93 (ECHR, 24 October 1993).
9. *Cusan and Fazzo v Italy*, App no 77/07 (ECHR, 7 January 2014). The applicants (a married couple) sought to register their child under the mother's surname. This was, however, refused as under the domestic (Italian) legislation, «legitimate children» were given the father's surname at birth, without the option of derogation, even where the spouses agreed to use the mother's surname. The Court rightly held that the inability for a married couple to give their child the wife's surname amounted to a violation of the prohibition against discrimination (arising from the parents' sex) (Art. 14), taken together with the right to respect for private and family life (Art. 8).
10. The decision follows the approach adopted previously in *Burghartz v. Switzerland* (16213/90) 22.02.1994. The Court's consideration of the rigidity of the rule in relation to gender equality aligns with a progressive understanding of human rights under the ECHR and deserves commendation.

Building on the ECtHR's approach to the right to a name as a fundamental aspect of identity, it is indisputable that all children should have the right to acquire a family name at birth, regardless of the circumstances of their birth or the relationship between their parents. While States should have the freedom to regulate the conditions for determining the family name, the law must not lead to discrimination against children or one of the parents.

2. NATIONALITY

The right to a nationality is another fundamental aspect of a child's identity, serving as a legal bond between the child and a state. It provides the child with a sense of belonging and access to essential rights such as education, healthcare, and legal protection. The ECtHR has recognised that citizenship is an important aspect of a person's social identity, and therefore falls within the ambit of private life under Art. 8.[11] The matter came before the Court in 2011, in the context of denial of citizenship to a child born out of wedlock, in the case of *Genovese v. Malta*.[12] The child was born to unmarried parents — a British mother and a Maltese father. Following a judicial establishment of the father's paternity, the mother applied for her son to be granted Maltese citizenship. Her application was rejected on the basis that Maltese citizenship could not be granted to an illegitimate child whose mother was not Maltese. The child was in an analogous situation to other children with a father of Maltese nationality and a mother of foreign nationality; the only distinguishing factor, which had rendered him ineligible to acquire citizenship, was the fact that he had been born out of wedlock. The Court held that there was nothing to justify such difference in treatment on the ground of birth, and it was precisely this type of distinction that Art. 14 was intended to protect against. Accordingly, the Court found that the child's Convention rights had been breached.[13]

Given this sensible decision and the importance of nationality as a key aspect of a child's identity, it is recommended that States adopt a general principle allowing children to acquire nationality from either their mother or father, regardless of the parents' marital *status*. More

11. *Genovese v. Malta*, App no 53124/09 (ECHR, 11 October 2011). For a detailed analysis of this decision, see, for example, Olivier VONK and Gerard DE GROOT, «Nationality, Statelessness and ECHR's Article 8: Comments on Genovese v. Malta» (2012) 14 *European Journal of Migration and Law* 317.
12. *Genovese v. Malta*, App no 53124/09 (ECHR, 11 October 2011).
13. Before reaching its decision, the Court recalled inter alia the 1975 European Convention on the Legal Status of Children Born out of Wedlock. *Ibid*, para 44.

broadly, children should not only have the right to acquire nationality by descent (jus sanguinis) but should also benefit from supplementary safeguards. For instance, children born on a state's territory should acquire its nationality if they would otherwise be stateless, and stateless children should have the opportunity to apply for nationality after lawful and habitual residence.[14]

III. ESTABLISHMENT OF BIOLOGICAL PARENTAGE

The establishment of a child's parental *status* is a crucial aspect of their right to identity, as it provides a legal and social foundation for the child's sense of belonging and recognition. Parental *status* determines not only the child's relationship to their parents but also shapes their access to essential rights, such as inheritance, nationality, and social services. It is closely tied to the child's ability to form an identity, as the acknowledgment of parentage affirms their place within a family and society. Parentage consists of two aspects — paternity and maternity — which will be analysed separately in this section.

1. PATERNAL AFFILIATION

The ECtHR has played a pivotal role in shaping legal standards regarding the establishment of paternity within the framework of the right to respect for private and family life under Art. 8 of the ECHR. The Court has consistently emphasized that knowing one's origins and establishing legal ties with a biological father are essential components of personal identity. In its seminal case on this matter, *Mikulić v. Croatia*,[15] the Court highlighted the applicant's right to uncover the truth about a vital aspect of their identity — a right protected by Art. 8 — however, at the same time acknowledged the need to protect third persons from compelling them to make themselves available for medical tests, including DNA tests, that they did not wish to undertake. Accordingly, the Court ruled that it was not mandatory for States to compel putative fathers to undertake DNA tests as long as the legal system provides alternative avenues enabling an independent authority

14. See Recommendation of the Committee of Ministers to member states on the nationality of children, CM/Rec(2009)13, available at https://search.coe.int/cm?i=09000016805c-ff3b, last accessed 13 December 2024.
15. *Mikulić v. Croatia*, App no 53176/99 (ECHR, 7 February 2002). For an analysis of this case see, for example, Ledina MANDIJA, «Challenging Paternity under Case Law of the European Court of Human Rights» [2020] *International Survey of Family Law* 99.

to speedily[16] determine the paternity claim.[17] Importantly, more recent cases concerning access to information on biological origins in the context of paternity proceedings, although decided within the framework of the seminal ruling in *Mikulić,* seem to indicate a subtle shift towards a greater emphasis on the applicant child's right to identity over the rights of the putative father. The cases concerned the putative father's refusal to cooperate in paternity proceeding and the ensuing actions of domestic authorities as they inferred/refused to infer the paternity from this conduct. In *Canonne v France*,[18] the Court held that by taking into account the applicant's refusal to submit to the genetic testing and by giving priority to his daughter's right to respect for private life, which encompassed the right to identity, over that of the applicant, the domestic courts had not exceeded the wide margin of appreciation available to them.[19] In *A.M.M. v Romania*,[20] which concerned a child born outside of marriage and with a number of disabilities, the Court ruled that in declining to draw any inference from the putative father's refusal to undergo a paternity *test*, the domestic courts had not struck a fair balance between the right of the child to have his interests safeguarded in the paternity proceedings and the right of his putative father not to cooperate in the proceedings.[21] The Court noted that States must ensure that procedures exist that enable children with disabilities to access information about their paternity.[22]

16. The requirement of «speedy» determination of paternity through alternative means where necessary was later highlighted in *Jevremovic v Serbia*, App no 3150/05 (ECHR, 17 July 2007), and *Ebru and Tayfun Engin Çolak v Turkey*, App no 60176/00 (ECHR, 30 May 2006) (proceedings lasting 8 and 9 years respectively amounted to violations of Arts. 8 and 6(1) respectively).
17. As no such procedure was available to the applicant in the present case, there was a violation of Art. 8. The Court revisited this issue in 2006 in the case of *Jäggi v Switzerland*, App no 58757/00 (ECHR, 13 July 2006). In this case, national authorities refused permission to authorise a DNA test on a deceased person where the request was made by a putative son of the deceased who sought to establish his paternity. The Court held that the applicant's interest in ascertaining the identity of his biological father prevailed over that of the remaining family of the deceased which opposed the taking of DNA samples. Accordingly, the Court found that the applicant's Art. 8 rights had been violated by the conduct of the national authorities.
18. *Canonne v France*, App no 22037/13 (ECHR, 2 June 2015).
19. See also ECtHR, «A Judicial Declaration of Paternity Based, Among Other Factors, on a Refusal to Undergo Genetic Testing Was Not Contrary to the Convention», Press Release, 25.06.2015.
20. *A.M.M. v Romania*, App no 2151/10 (ECHR, 14 February 2012).
21. Accordingly, these shortcomings of proceedings to establish paternity of a child with disabilities amounted to a violation of the child's Art. 8 rights.
22. *A.M.M. v Romania* App no 2151/10 (ECHR, 14 February 2012), paras 58-65.

The child's right to know his/her identity featured also in a case that concerned a time limit to institute paternity proceedings. Although a time limit for instituting paternity proceedings is not necessarily incompatible with the best interests of the child as it is justified by the need to ensure legal certainty, in *Çapın v. Turkey*,[23] the Court held that a fair balance needed to be struck between the interests of a child who has the right to know his or her identity and the putative father's interest in being protected from allegations concerning circumstances that date back many years.[24]

The trend towards placing greater emphasis on the applicant child's right to identity over the rights of the alleged father is to be welcome. Although the child's right to have access to information concerning their origins may not be an absolute right, State authorities should have discretion to override the biological father's right to anonymity in certa*in situ*ations.

2. MATERNAL AFFILIATION: «ANONYMOUS BIRTHS»

The issue of a child's identity, particularly their access to information about their origins, has also arisen in relation to maternal affiliation, especially in the context of 'anonymous births.' This practice is permitted for example in France, where it is lawful for mothers to give birth anonymously, and unless the mother changes her mind, her identity cannot be revealed.[25]

In *Odièvre v France*,[26] the Court ruled that this practice did not violate Art. 8 as the State had struck a fair balance between the competing rights and interests at stake, in particular by making it possible for the applicant to access non-identifying information (which would enable her to trace some of her roots), and by permitting the mother to change her mind and release identifying information at a later stage. More recently, in *Godeli v. Italy*,[27] the Court confirmed that where national law did not attempt to strike any balance between the competing rights and interests, the practice of

23. *Çapın v. Turkey*, App no 44690/09 (ECHR, 15 October 2019).
24. *Ibid*, para 87. On the facts of the given case, the Court concluded that although the time limits provided for by the national legislation were not absolute, their application by the courts lacked a balancing of the rights and interests at stake, and violated the applicant's right to respect for his private life under Art. 8.
25. Code de l'action sociale et des familles, Art. L 222-6.
26. *Odièvre v France*, App no 42326/98, 13 February 2003. For an analysis of this decision see Eva Steiner, «*Odièvre v France* — Desperately Seeking Mother — Anonymous Births in the European Court of Human Rights» (2003) 15 *Child and Family Law Quarterly* 425.
27. *Godeli v. Italy*, App no 33783/09 (ECHR, 25 September 2012).

anonymous births violated the Convention. In particular, Italy was found to be in violation of Art. 8 rights, as a child abandoned at birth was unable to gain access to non-identifying information, nor could the mother's identity be disclosed at a later stage, even with her consent.[28] The Court found that such restrictions gave blind preference to the birth mother's rights and prevented any balancing of interests.

Although the Court's approach in *Godeli* is «a (small) step in the right direction»[29], the Court continues to endorse a practice that instead of promoting children's rights to know their parents' identity, denies the child the right to information concerning a key aspect of their identity, without the possibility of an autonomous balancing process. Indeed, unless the mother changes her mind at a later stage and decides to reveal her identity to the child, her Art. 8 rights automatically trump the child's right to know one's biological parentage, which is an integral part of the notion of private life under Art. 8 of the Convention.

3. ANALYSIS

Over the past three decades, the ECtHR has been a strenuous advocate of the right to identity as a subset of private life protected by Art. 8, in particular in the context of the establishment of paternity and, to a lesser extent, in the context of maternal affiliation (anonymous births). This trend seems to be even more pronounced in recent case-law.

In light of this, it is essential that States address children's right to access information about their origins in their domestic legislation, including in the context of establishing legal parentage. Ideally, this right should be established as a general rule.[30] However, realistically, some States may seek to impose certain limitations on this right, such as the caveat that it is not absolute, as a balance must be struck between the child's right to know their origins and the right, among others, of a biological parent to remain anonymous. Nevertheless, competent authorities should be empowered to override any legal right to anonymity and disclose at least relevant non-identifying information, taking into account the circumstances and the

28. *Ibid*, paras 57-58.
29. Claire FENTON-GLYNN, *Children and the European Court of Human Rights* (Oxford University Press 2021), p. 61.
30. Draft Explanatory Memorandum to the Draft Recommendation on the Rights and Legal Status of Children and Parental Responsibilities, CDCJ (2011) 15, Appendix III, para 20.

respective rights of the child and the individuals involved.[31] A balanced approach — one that strengthens the child's protection — would be to establish an absolute right for a child to know their origins, subject only to the child's best interests.[32] This formulation appears to align most closely with Arts. 7(1) and 8 of the UNCRC.

IV. LEGAL RECOGNITION OF PARENTAL *STATUS* ESTABLISHED ABROAD THROUGH CROSS-BORDER SURROGACY

Cross-border surrogacy involves the practice of commissioning a surrogate mother in one country to carry and give birth to a child for intended parents who reside in a different country. This complex and often controversial arrangement raises a number of legal, ethical, and human rights issues, particularly regarding the recognition of parental rights and the child's legal *status*. The ECtHR has addressed these issues in several landmark cases, focusing on the intersection of the recognition of parental *status* and the child's right to identity.[33]

31. *Ibid*, para 21.

32. «Subject to their best interests, children shall have the right to obtain information about their biological/genetic origins.» Nigel LOWE, «A Study into the Rights and Legal Status of Children Being Brought Up in Various Forms of Marital or Non-Marital Partnerships and Cohabitation», (CJ-FA (2008) 5), p. 44, available at https://rm.coe.int/16807004bf, last accessed 13 December 2024. The Report notes that the proposed formulation is in line with Arts. 7(1) and 8 of UNCRC. *Ibid*.

33. For a detailed overview of the case-law see, for example, Katarina TRIMMINGS, «Surrogacy Arrangements and the Best Interests of the Child: The Case Law of the European Court of Human Rights» in E. BERGAMINI & C. RAGNI, *Fundamental Rights and Best Interests of the Child in Transnational Families* (Intersentia 2019), pp. 187-207; Grégor PUPPINCK and Claire HOUGUE, «ECHR: Towards the Liberalisation of Surrogacy: Regarding the Mennesson v France and Labassee v France Cases», available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2500075, last accessed 02 December 2024 (originally published in French in *Revue Lamy de Droit Civil*, 2014, p. 78); Michael WELLS-GRECO and Henry DAWSON, «Inter-Country Surrogacy and Public Policy: Lessons from the European Court of Human Rights» (2014/2015) 16 *Yearbook of Private International Law* 315, pp. 330-33; Claire FENTON-GLYNN, «International Surrogacy before the European Court of Human Rights» (2017) 13 *Journal of Private International Law* 546, pp. 552-54; Mary WELSTEAD, «Parented at Last: Mennesson v France (65192/11); Labassee v France (6594/11)» [2014] International Family Law 270; and Alina TRYFONIDOU, «Surrogacy in the ECtHR and the European Institutions», in Katarina TRIMMINGS *et al* (eds.), *Research Handbook on Surrogacy and the Law* (Elgar 2024), pp. 151-169. For an explanation of the French approach to surrogacy, including cross-border surrogacy, see Marion MEILHAC-PERRI, «National Regulation and Cross-Border Surrogacy in France» (2014/2015) 16 *Yearbook of Private International Law*, 275; and Louis PERREAU-SAUSSINE and Nicolas SAUVAGE, «National Report

Early ECtHR case law on legal parenthood in cross-border surrogacy arrangements focused on recognizing the biologically related intended father as the child's legal parent. The leading case is *Mennesson v. France*,[34] which concerned the refusal of French authorities to recognize a biologically related intended father as the legal father of his twin daughters born through a cross-border surrogacy arrangement in the United States. The ECtHR found a violation of Art. 8 of the Convention concerning the children's right to respect for their private life.[35] The Court expressed the view that a person' s identity is intrinsically linked with biological parentage,[36] and that the right to establish one's identity is in turn connected with the right to respect for private life under Art. 8.[37] The Court then identified nationality and the right to inheritance as the relevant elements of identity. Although the children's biological father was French, they were unable to obtain French nationality.[38] In addition, the children's inheritance rights were «less favourable» as they could only inherit from the intended parents as legatees.[39] The Court therefore concluded that the refusal to recognise in France the legal parent-child relationship that had been established in the United States «undermined

on Surrogacy: France», in Katarina TRIMMINGS and Paul BEAUMONT (eds.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level* (Hart Publishing 2013), chapter 7.

34. *Mennesson v France*, App no 65192/11 (ECHR, 26 June 2014). The case was decided jointly with *Labassee v France*, App no 65941/11 (ECHR, 26 June 2014). In *Mennesson*, the judgment was made in the form of a pre-birth order by the Supreme Court of California on 14.07.2000 (para 9). In *Labassee*, two judgments were made on 31.10.2001 (i.e. four days after the child's birth) by the Court of the State of Minnesota. In the first judgment, the Court abolished the parental status of the surrogate mother, and in the second judgment the Court, having noted that the intending father was the biological father of the child, granted legal parentage and custody of the child to the intending father and allowed him to return to France with the child. The Court also ruled that no access to the child was to be granted to the surrogate mother, who had renounced all her rights to the child (para 9).
35. There was no violation of Art. 8 of the Convention regarding the intended parents' right to family life, as the family was able to live together in a situation broadly comparable to other families and was not at risk of separation. For a criticism of such «negative formulation of the right to respect for family life» see FENTON-GLYNN (n 29), p. 253, who argues that the approach creates «a clear distinction between „conventional" forms of reproduction and new family forms.»
36. *Mennesson v France*, App no 65192/11 (ECHR, 26 June 2014), para 100. In the words of the Chamber, «biological parentage» is «a component of identity». *Ibid*.
37. *Ibid*, para 99.
38. *Ibid*, para 97.
39. *Ibid*, para 98. This meant that the inheritance tax would be calculated as if the child was a third party.

the children's identity within French society»,[40] which created a situation irreconcilable with the children's best interests.[41]

The «*Mennesson* approach» has been applied in subsequent cases[42] and effectively means that when a legal parent-child relationship between a child and a biologically related intended father has been lawfully acquired in good faith under a foreign legal system, the child's right «to establish details of their identity»[43]—as part of private life under Art. 8—requires recognition of this parental *status* in the intended parents' state of residence.[44] Thus, once the surrogacy has been completed abroad and the child has been legally entrusted to the intended parents, recognition of the parent-child relationship with the biologically related intended father cannot be denied in the recognizing state. The fact that such a parental *status* could not have been established under the recognizing state's legal system or due to public policy considerations is insufficient grounds for refusal.[45] In essence, Art. 8 serves to correct the effects of the forum's private international law rules on recognition whenever these rules unjustifiably restrict the child's right to respect for their private life, which includes the right to know their identity.[46]

40. *Ibid*, para 96.
41. *Ibid*, para 99.
42. For example, *Laborie v. France*, App no 44024/13 (ECHR, 19 January 2017), judgment of the Fifth Section of the European Court of Human Rights sitting as a Chamber (Ukraine); and the joint cases of *Foulon and Bouvet v. France*, App nos 9063/14 and 10410/14 (ECHR, 21 July 2016), judgment of the Fifth Section of the European Court of Human Rights sitting as a Chamber (India). Like *Menesson*, these cases concerned the recognition of legal parenthood of a biologically related intended father (although in *Foulon and Bouvet* the applicants were single homosexual men rather than married heterosexual men). In all three cases, the Court held that there had been no violation of Art. 8 of the Convention as regards the applicants' right to respect for their family life but there had been a violation of Art. 8 as regards the right to respect for private life of the children concerned.
43. *Mennesson v France*, App no 65192/11 (ECHR, 26 June 2014), para 96.
44. See Pietro FRANZINA, «Some Remarks on the Relevance of Art. 8 of the ECHR to the Recognition of Family Status Judicially Created Abroad» (2011) 5 *Diritti Umani e Diritto Internazionale* 609; and Andrea MULLIGAN, «Identity Rights and Sensitive Ethical Questions: The European Court of Human Rights and the Regulation of Surrogacy Arrangements» (2018) 26 *Medical Law Review* 449.
45. Patrick KINSCH, «Recognition in the Forum of a Status Acquired Abroad — Private International Law Rules and European Human Rights Law», in Katharina BOELE-WOELKI *et al.* (eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law — Liber Amicorum Kurt Siehr* (Eleven International Publishing 2010), p. 272.
46. Horatia MUIR WATT, «Concurrence d'Ordres Juridiques et Conflits de Lois de Droit Privé», in M. LAGARDE, *Vers de Nouveaux Équilibres Entre Ordres Juridiques: Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon* (Dalloz 2008), p. 617.

The ECtHR observed that recognizing the legal parent-child relationship does not have to be automatic. Instead, an alternative mechanism, such as the ability to establish the legal parent-child relationship under domestic law through a declaration of paternity or adoption, would be considered sufficient.[47] This reasoning was later applied by the ECtHR in developing its approach to the parental *status* of the intended mother. In its 2019 Advisory Opinion, the Court held that the right to respect for private life under Art. 8 required domestic law to provide a mechanism for recognizing a legal parent-child relationship between a child born abroad through a gestational surrogacy arrangement and the intended mother named as the «legal mother» in a lawfully established foreign birth certificate.[48] The absence of recognition in domestic law of the relationship between the child and the intended mother would be detrimental to the child, creating legal uncertainty about their identity within society.[49] However, the Court stressed that regarding the recognition of the intended mother's legal *status*—whether she is genetically related to the child or not—it is sufficient for her to be allowed to pursue step-parent adoption, as adoption produces similar legal effects to the registration of foreign birth details.[50] In other words, there is no obligation

47. *Mennesson v France*, App no 65192/11 (ECHR, 26 June 2014), para. 100. On this point see also *Laborie v. France*, App no 44024/13 (ECHR, 19 January 2017), para. 31, and *Foulon and Bouvet v. France*, App nos 9063/14 and 10410/14 (ECHR, 21 July 2016), para. 56, where the ECtHR noted that since its decisions in *Mennesson* and *Labassee* the French domestic law had evolved in that on 03.07.2015 there was a «reversal of jurisprudence» of the Court of Cassation, which resulted in alternative avenues of establishing the legal parent-child relationship being made available to biological fathers in cross-border surrogacy cases (by means of the recognition of paternity under Art. 316 of the Civil Code or the de facto enjoyment of civil status under Art. 317 of the Civil Code, *Foulon and Bouvet* paras. 53 and 56). The utility of these remedies for cases decided prior to July 2015 was, however, uncertain. For a critique of the application of such alternative solutions in surrogacy cases see, for example, Stefanie SUCKER, «To Recognise or Not to Recognise? That Is the Question!» (2015) 17 *European Journal of Law Reform* 257, pp. 260-65.

48. Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother (10.04.2019) («Advisory Opinion»), para 46.

a49. *Ibid*, para 40. The Court then stated several elements of identity that may potentially be affected: 1.) the child may be refused the access to the intended mother's nationality; 2.) the child may not be permitted to remain the intended mother's country of residence; 3.) the child may not be able to inherit from the intended mother's estate; 4.) the child's continued relationship with the intended mother may be placed at risk should the intended parents separate or the intended father die; 5.) there is no legal protection available to the child should the intended mother refuse to care for the child. Ibid.

50. *Ibid*.

to recognize the legal parent-child relationship between the child and the intending mother from the outset. The requirement is that the mechanism to establish the missing legal parent-child relationship is sufficiently swift and effective.[51]

The Court's emphasis on the child's identity as a central concept in its approach to legal parenthood in cross-border surrogacy cases is not entirely convincing. As mentioned earlier in this chapter, the child's right to preserve his/her identity is regulated by Art. 8 the UNCRC, which protects children's right to preserve their identity, including their nationality, name and family relations, without unlawful interference. Additionally, States are obligated to assist children in reclaiming any aspect of their identity that has been unlawfully taken from them.[52] «Family relations», as an aspect of identity rights, is a multifaceted concept that ultimately relates to the child's right to know their origins. It encompasses all elements of the child's family history—genetic, gestational, social, and legal—since each of these factors has a lasting impact on the child and future generations.[53] The UN Special Rapporteur on Sale and Sexual Exploitation of Children has clarified that this applies also in surrogacy arrangements:

> «*Although surrogacy changes the constitutive elements of identity, by breaking the link between genetic, gestational and social parenthood, the fundamental rights of the child remain the same. From the child's perspective, genetics, gestation and the exercise of parental responsibility are all a part of the constitutive elements of identity.*»[54]

In contrast, the ECtHR has taken a narrow view of «identity» placing implicit emphasis on intended parenthood (particularly regarding legal motherhood) while largely disregarding the significance of the gestational

51. *Ibid*. On this point see also *D v. France*, App no 11288/18 (ECHR, 16 July 2020).
52. Art. 8 of the UNCRC provides: 1.) States Parties undertake to respect the right of the child to preserve his or her identity, including nationality, name and family relations as recognized by law without unlawful interference. 2.) Where a child is illegally deprived of some or all of the elements of his or her identity, States Parties shall provide appropriate assistance and protection, with a view to speedily re-establishing his or her identity.
53. Mia DAMBACH and Nigel CANTWELL, «Child's Right to Identity in Surrogacy» in Katarina Trimmings *et al* (eds.), *Research Handbook on Surrogacy and the Law* (Elgar 2024), pp. 108-129.
54. UN Human Rights Council, *Report of the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography — Note by the Secretariat* A/HRC/34/55 (2016). See also DAMBACH and CANTWELL (n 53). More generally, see Ingrid BOONE and Machteld VONK, *The Right to Identity and Access to Information on Genetic Origin and Parentage* (Intersentia 2024).

element of the child's right to identity.[55] The Court's approach, driven by an unconvincing imperative to recognize the genetic/intended parentage of the applicants, reflects an incomplete human rights analysis that undermines the UNCRC and leaves national authorities with «an ill-defined, contradictory set of principles» for addressing all other dimensions of parentage arising from international commercial surrogacy.[56] The potential implications of this flawed interpretation of the child's right to identity for children's broader identity rights are concerning. This concern is heightened by the fact that the ECtHR, as an international court of the Council of Europe interpreting the ECHR, lacks competence to interpret the UNCRC. Yet, its incidental analyses of crucial children's rights concepts are binding on a significant number of Contracting Parties to the UNCRC.

V. INTERNATIONAL PARENTAL CHILD ABDUCTION

The key international instrument providing for a regulation of international parental child abduction is the 1980 Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction («the 1980 Convention»). Under the 1980 Convention, where a child is wrongfully removed or retained,[57] and less than 12 months have elapsed before the commencement of return proceedings, then the child is to be returned immediately to the country of his/her habitual residence.[58] Even if more than 12 months have elapsed, the child should still be returned, unless it is demonstrated that the child is now settled in its new environment.[59] The expectation is that a return order should be made unless one of the limited exceptions that are available to the taking parent to raise under Arts. 13 and 20 of the Convention is established.[60] The key rationale behind the 1980 Convention is that the

55. On this point see Nola CAMMU and Machteld VONK, «The Significance of Genetics in Surrogacy» in Katarina TRIMMINGS *et al* (eds.), *Research Handbook on Surrogacy and the Law* (Elgar 2024), pp. 8-23.
56. Máire Ní SHÚILLEABHÁIN, «Surrogacy, System Shopping, and Art. 8 of the European Convention on Human Rights» (2019) 33 *International Journal of Law, Policy and the Family* 104, pp. 115-116.
57. «Wrongful removal» means a removal of a child from the State of his/her habitual residence in breach of the custody rights of the left-behind parent; and a «wrongful retention» means a retention outside of the State of his/her habitual residence beyond a period of time that had been authorised by the left-behind parent. See Rhona SCHUZ, *The Hague Child Abduction Convention: A Critical Analysis* (Hart 2014), pp. 141-146.
58. Art. 12(1).
59. Art. 12(2).
60. Arts. 13 and 20. Pursuant to Art. 13, a return may be refused on the following grounds: 1.) the person with custody rights either consented to or subsequently acquiesced in

return of the child to the State of habitual residence promotes the child's best interests by supporting continuity in their life and affirming the child's right to maintain contact with both parents.[61]

What elements of identity are at stake *in situ*ations involving parental child abduction, and which provisions of the UNCRC come into play here? In these situations, the preservation of a child's right to identity, including nationality, name and family relations, guaranteed by Art. 8(1) of the UNCRC, is at stake. In particular, the family relations aspect of identity is at risk of being lost *in situ*ations where the child is taken across borders and loses contact with the left-behind parent and extended family. This also has implications for «the right [of the child] to know and be cared for by his or her parents», as guaranteed by Art. 7(1) of the UNCRC. Moreover, States have specific obligations under Art. 9(3) of the UNCRC to ensure that a child separated from one parent maintains personal relations and direct contact with both parents on a regular basis, unless this is contrary to the child's best interests.

The ECtHR has upheld the principle of returning abducted children to their habitual residence under the 1980 Convention.[62] Although the Court has not explicitly defined «child's identity» in the context of international parental child abduction, its case law consistently evaluates the consequences of wrongful removal and retention on the child's sense of identity, including disruptions to the child's daily life, relationships, sense of belonging to a particular social and cultural environment, and the child's right to maintain stable and meaningful relationships with both parents. Significantly, in

---

the child's removal or retention; 2.) returning the child would expose him/her to a grave risk of physical or psychological harm or otherwise place them in an intolerable situation; and 3.) the child is of sufficient age and maturity and objects to being returned to the State of habitual residence. See Schuz (n 57) pp. 245-369.

61. For more information see Hague Conference on Private International Law, «Transfrontier Contact Concerning Children — General Principles and Guide to Good Practice» (2008), available at https://assets.hcch.net/docs/aabaa1c1-4fb5-4c24-92bd-75a8b161e29a.pdf, last accessed on 10 November 2024. Additionally, it is believed that the return of the child to the State of his/her habitual residence will further the child's best interests by ensuring that any determination of custody and/or access is made by the most appropriate jurisdiction having regard to the likely availability of relevant evidence. See Elisa PÉREZ-VERA, «Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention» (1981), available at https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf, last accessed on 1 December 2024, paras 16-19.

62. For a detailed analysis of the ECtHR case-law on international parental child abduction see Thalia KRUGER and Sara LEMBRECHTS, «Case Law of the European Court of Human Rights on International Child Abduction» in Marilyn FREEMAN, *Research Handbook on International Child Abduction* (Elgar 2023), pp. 149-162.

the seminal case of *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*,[63] the Court set a precedent by integrating human rights considerations into international child abduction cases, influencing both ECtHR and national case law.[64] It emphasized the importance of considering the best interests of the child, taking into account the child's identity, psychological well-being, and the impact of abduction on their stability and attachment.

1. IDENTITY ISSUES IN CHILD ABDUCTION CASES

Back in the 1990s, social science scholars started addressing identity-related concerns for children wrongfully removed or retained by their parents[65]. These scholars focused on a possible concealment of the child by the abducting parent, recognising that such actions of the abducting parent were likely to affect the relationship between the child and the left behind parent.[66] The term «parental alienation» was coined to describe the potential negative impact on the child victim.[67]

The preservation of a child's identity in child abduction cases is, however, a far more complex issue. While concealment of the child by the abducting

63. *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, App no 41615/07 (ECHR, 6 July 2010). See Linda SILBERMAN and Martin LIPTON, «A Brief Comment on *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (2010), European Court of Human Rights» (2011) XVIII *Judges' Newsletter for International Child Protection* 18; Alice MARGARIA, «Re-reading *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*: Bringing the Religious Dimension into View» (2022) 23 *German Law Journal* 1029; and *Re E* [2011] UKSC 27, paras 19-26. See also Helen STALFORD, Kathryn HOLLINGSWORTH, and Stephen GILMORE (eds.), *Rewriting Children's Rights Judgments: From Academic Vision to New Practice* (Bloomsbury 2017), pp. 519-528, which discusses the *Neulinger* decision in the context of a subsequent ECtHR judgment in *Povse v Austria*, App no 3890/11 (ECHR, 18 June 2013); and Paul BEAUMONT, Katarina TRIMMINGS, Lara WALKER, and Jayne HOLLIDAY, «Child Abduction: Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights» (2015) 64 *International & Comparative Law Quarterly* 39, which discusses the *Neulinger* decision *inter alia* in the context of a subsequent ECtHR judgment in *X v Latvia*, App no 27853/09 (ECHR, 26 November 2013).

64. However, it also drew criticism for potentially undermining the Hague Convention's return mechanism by encouraging prolonged litigation based on human rights claims. See comments by Lady Hale and Lord Wilson in *Re E* [2011] UKSC 27, para 25.

65. For a human rights perspective on children rights in international parental child abduction see Michael FREEMAN, *The Human Rights of Children: Selected Essays on Children's Rights* (Brill 2023), pp. 259-273.

66. Stanley CLAWAR and Brynne RIVLIN, *Children Held Hostage: Identifying Brainwashed Children, Presenting a Case, and Crafting Solutions* (2nd ed., American Bar Association 2013).

67. The term «parental alienation» was coined by Dr Richard Gardner in 1985. See Richard GARDNER, «The Parental Alienation Syndrome: Past, Present, and Future», available at https://richardagardner.com/ar22, last accessed on 5 December 2024.

parent, potentially involving alteration or falsification of the child's identity, is a clear instance where identity — related concerns arise, such issues may also surface at a later stage — after return proceedings under the 1980 Convention have concluded. This can happen both when the child is returned to their State of habitual residence and when the court declines to order the child's return. These three scenarios will now be examined separately.

A. Alteration and/or falsification of the child's identity by the abducting parent during the abduction

Parental child abduction cases often involve the abducting parent changing the child's identity, including their name, and going into hiding. Research has shown that abducting parents sometimes alter their children's names, identities, and appearances. As a result, children may have to lie at school about their inability to provide proper records or present falsified documents. In effect, the abducting parent sentences both themselves and the child to a life of fugitives. Unsurprisingly, such children often experience an identity crisis.

If the abducting parent and the child are apprehended, the abducting parent is likely to oppose a return application under Art. 12(1), arguing that the child has become settled in their new environment. This is especially true if a significant amount of time has passed since the abduction. When assessing whether the child has truly settled, the judge may consider factors such as the child's interactions with family members, attendance at school, development of friendships, and integration into a social group. These aspects are crucial to the child's (new) identity, as the formation of new family and social connections would be disrupted if the child were returned to their State of habitual residence. A return order in such circumstances would likely uproot the child once more, repeating the harmful effects of the initial abduction.

B. Court order not to return the child to the State of his/her habitual residence

Where an exception to the return order has been established and the return application is rejected, there is a risk that the child will lose contact with the left-behind parent, as well as with their extended family and cultural ties, which goes against Arts. 7(1), 8(1), and 9(3) of the UNCRC. Even if a contact order is made in favour of the left-behind parent during subsequent proceedings, there is no guarantee that the abducting parent will comply

with the arrangements. Contact orders, particularly in cross-border cases, are often very difficult to enforce.

C. Court order to return the child to the State of his/her habitual residence

Parental child abduction can pose significant challenges to preserving a child's identity, even when the child is returned to their State of habitual residence. In an effort to restore the *status* quo ante, there is a risk that the child will lose contact with the taking parent, as well as with their extended family and cultural heritage, which again contradicts Arts. 7(1), 8(1), and 9(3) of the UNCRC. Consider the following scenario (based on a real case, with some details altered): an Australian mother flees Italy with her one-year-old daughter, but the Australian courts order her return to Italy. Meanwhile, the father secures a provisional custody order in Italy, granting him sole custody of the child. Upon their return to Italy, the child is immediately removed from the mother's care by the police and placed in the father's custody. In subsequent custody and contact proceedings, the provisional arrangements are confirmed, and the mother is granted only supervised access to the child for three hours per month. The mother does not speak Italian, and the father and his extended family have no intention of teaching the child English, effectively aiming to erase that part of her identity. Coupled with the limited contact with her mother, this situation makes it extremely difficult—if not impossible—for the child to preserve her full identity.

Another possible scenario is when the taking parent is either unable or unwilling to return with the child to the State of habitual residence. This may occur due to immigration issues or the existence of pending criminal proceedings for child abduction in the State of habitual residence. If the abduction was motivated by domestic abuse, the taking parent may be unable to return due to concerns for their safety. In both cases, the child's right to preserve their identity will be at risk.

2. PRESERVATION AND RESTORATION OF A CHILD'S IDENTITY IN PARENTAL CHILD ABDUCTION CASES

The following steps may assist in preserving and restoring a child's identity in cases of parental child abduction:[68]

68. These recommendations build on those outlined in Child Identity Protection's «Policy Brief 3: Protecting the Child's Right to Identity in Parental Child Abduction Cases»

1. The primary way to preserve a child's identity is to prevent parental child abduction, which is a key objective of the 1980 Convention. Alternative approaches, such as international family relocation, should be encouraged.[69] In this process, mutually agreed solutions and alternative dispute resolution methods, such as mediation, should be utilized.[70]

2. Despite the summary nature of return proceedings, courts should consider identity issues when determining whether the child should be returned. This includes taking the child's views into account, in line with the «child's objections exception to return» under Art. 13(2) of the 1980 Convention.[71] Art. 12 of the UNCRC also supports the notion that, in line with their evolving capacities, older children should have the ability to decide which family relations they wish to preserve in cases of parental child abduction.

3. Whether the child is returned or not, every effort should be made to facilitate contact with the other parent and extended family members, including through the use of technology. Where the court has ordered the child's return and the taking parent is either unable to return with the child or able to return but risks having the child removed from their physical care and placed with the left-behind parent (as occurred in the example mentioned), generous and effective contact arrangements should be established pending substantive custody proceedings in the child's State of habitual residence, and indeed after the conclusion of such proceedings if the child is entrusted to the sole custody of the left-behind parent. Joint custody should be preferred over sole custody.

Where a sole custody order in favour of the left-behind parent is nevertheless made, that parent should be educated about the importance of the child's identity rights. This includes, at a minimum, not interfering with the taking parent's contact rights. Where relevant, this could involve allowing the taking parent to take the child to visit extended family regularly and encouraging remote contact through modern technology. Ideally, the

---

(2022), available at https://www.child-identity.org/wp-content/uploads/2022/05/CHIP-Policy-Brief-ChildAbduction-EN.pdf, last accessed 11 December 2024.

69. On the inter-relationship between parental child abduction and relocation see Rhona SCHUZ, «The Hague Child Abduction Convention and Re-relocation Disputes» (2021) 35 *International Journal of Law, Policy and the Family*.

70. See Ischtar KHALAF-NEWSOME, «Cross-Border Family Mediation in Parental Child Abduction Cases» in Marilyn FREEMAN, *Research Handbook on International Child Abduction* (Elgar 2023), pp. 367-385.

71. See, for example, FREEMAN (n 65), pp. 264-266.

left-behind parent should actively promote the child's right to identity by, for example, facilitating the acquisition of language skills that enable the child to communicate with the taking parent and their extended family.

In high-conflict situations such as those involving parental child abductions, parents may deliberately obstruct contact without realizing the harm this causes to the child. Sometimes, they simply need to be reminded of the importance of contact for the child's identity, helping them see the issue from a different perspective. It is not about them or their ex-partner but about the child. Given the inherent difficulties in enforcing contact orders, the value of mediated solutions should be emphasized.

4. Parental child abduction should be removed from the realm of criminal law to facilitate the voluntary return of taking parents and their children to the State of habitual residence. Additionally, the act of abduction should not be automatically treated as a factor against the taking parent in subsequent custody and contact proceedings. Given that, in most cases, the taking parent serves as the child's primary or joint-primary caregiver, severing or limiting the child's relationship with this parent is unlikely to align with the child's best interests.

5. Strengthening collaboration between Central Authorities and judicial bodies, including the International Hague Network of Judges, should be prioritized. This could involve specialized training on safeguarding children's identity rights in parental child abduction cases and addressing cultural biases that may result in discriminatory rulings.

VI. CONCLUSION

The child's right to identity, enshrined in Art. 8 of the ECHR and supported by related provisions in the UNCRC, plays a crucial role in legal contexts involving family relations, nationality, and parental *status*. The ECtHR has progressively expanded its interpretation of this right, addressing issues such as name and nationality, paternity and maternity, and the recognition of parent-child relationships established through cross-border surrogacy. However, challenges remain, particularly in balancing competing rights, addressing identity issues in international child abduction cases, and ensuring consistent application of legal principles. Strengthening legal frameworks, promoting judicial cooperation, and raising awareness about identity rights can enhance the protection and restoration of a child's identity in complex cross-border family disputes.

Le nom de famille et les droits fondamentaux. La portabilité du nom en question

Family surnames and fundamental rights. Surname portability in question

Nicolas Nord
Maître de conférences
Université de Strasbourg
Secrétaire général de la Commission Internationale de l'Etat Civil

SOMMAIRE: I. INTRODUCTION. II. LA GENÈSE : LA PORTABILITÉ DU NOM DE FAMILLE GRÂCE AUX DROITS FONDAMENTAUX DANS LA JURISPRUDENCE DES COURS EUROPÉENNES. 1. *La jurisprudence de la Cour de justice*. 2. *La jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme*. III. LA CONFIRMATION : LA PORTABILITÉ DU NOM DE FAMILLE PAR UNE ADAPTATION DES RÈGLES NATIONALES AUX DROITS FONDAMENTAUX. 1. *L'adaptation des règles de conflit de lois*. 2. *L'introduction de règles de reconnaissance*. IV. L'ALTERNATIVE : LA PORTABILITÉ DU NOM DE FAMILLE ET LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX PAR LA COOPÉRATION INTERNATIONALE. 1. *La Convention CIEC (n.º14) et l'indication des noms de famille*. 2. *La Convention CIEC (n.º 31) et la reconnaissance des noms*. V. CONCLUSION.

RESUME

Le nom de famille présente une double nature. Il permet d'identifier les membres d'une société, ce qui est essentiel pour les autorités publiques. Il constitue également un droit subjectif pour la personne concernée. La jurisprudence européenne est intervenue à de multiples reprises pour tenter d'assurer un équilibre entre les intérêts publics et les droits fondamentaux des individus. Le droit au respect de la vie privée et de la

vie familiale est particulièrement mis en avant à cette fin. De nombreux Etats européens ont adapté leurs règles de droit international privé en la matière aux solutions consacrées par les juges. Le recours à la coopération internationale paraît pourtant plus satisfaisant.

MOTS-CLES : Nom de famille. Portabilité. Jurisprudence européenne. Adaptation des règles nationales de droit international privé. Coopération internationale.

ABSTRACT

The family name has a dual nature. It makes it possible to identify the members of a society, which is essential for the public authorities. It also constitutes a subjective right for the person concerned. European case law has intervened on numerous occasions to try to find a balance between public interests and the fundamental rights of individuals. The right to respect for private and family life is particularly highlighted in this context. Many European countries have adapted their rules of private international law in this area to the solutions established by the courts. However, recourse to international cooperation seems more satisfactory.

KEYWORDS: Family name. Portability. European case law. Adaptation of national rules of private international law. International cooperation.

I. INTRODUCTION

1. Le nom de famille fait partie intégrante de l'état civil d'une personne. A ce titre, il présente une double facette. D'une part, il est essentiel pour l'organisation d'une société puisqu'il s'agit d'une institution de police civile qui permet l'identification d'une personne par l'Etat et de manière plus générale par les autorités publiques. Un nom est un moyen simple et sûr d'identification.

2. D'autre part, le nom est également un droit subjectif. Pour un individu, il signifie plus qu'un simple numéro par lequel il est identifié dans un registre public. Le nom attribué à une personne a un effet direct sur elle. Au-delà des considérations d'identification dans la société, le nom a une fonction psychologique complexe[1]. Un nom peut également aider une per-

1. Jacques MASSIP / Frits HONDIUS / Chantal NAST / Frédérique GRANET, *Commission Internationale de l'État Civil (CIEC) — International Commission on Civil Status (ICCS)*, Kluwer Law International, La Haye-Londres-Boston, 2018, p. 23.

sonne à forger son identité. A contrario, lorsque le nom d'une personne est déformé ou ignoré, cela peut avoir un impact négatif et être ressenti comme une expérience humiliante.

3. La double nature du nom de famille se retrouve dans tous les systèmes juridiques. Au-delà de ce point commun, chaque ordre juridique consacre ses propres règles relatives à la détermination du nom de famille, inspirées de ses propres traditions, ce qui peut mener à des solutions fort différentes d'un pays à l'autre. Selon la Cour européenne des Droits de l'Homme, «ce domaine reflète la grande diversité des États membres du Conseil de l'Europe ; dans chacun de ces pays, l'usage des noms propres est influencé par une multitude de facteurs d'ordre historique, linguistique, religieux et culturel, de sorte qu'il est extrêmement difficile, voire impossible, de trouver un dénominateur commun»[2].

4. Tel est le cas également en droit international privé. Des divergences majeures existent entre les ordres juridiques. Chaque Etat va consacrer ses propres règles de conflit en matière de nom de famille et utiliser le rattachement qui correspond à ses intérêts. Ainsi, certains soumettront la question du nom de famille à la loi du domicile ou de la résidence habituelle alors que d'autres privilégieront la loi nationale de l'intéressé. Même lorsque ce dernier rattachement est utilisé, le sort des doubles-nationaux n'est pas forcément résolu de la même manière partout. Pour un couple composé de conjoints de nationalités différentes, plusieurs lois peuvent avoir vocation à intervenir et à régler différemment les conséquences du mariage ou du divorce sur le nom des époux ou ex-époux.

5. En raison de ces divergences, une personne peut être amenée à être identifiée de manière différente dans deux ou plusieurs Etats. Des difficultés importantes peuvent en découler. De manière très pratique, ne pas avoir le même nom dans différents pays peut entraîner des problèmes dans la vie quotidienne des personnes concernées : avec l'administration, les banques, les écoles, pour voyager à l'étranger, ...

6. La jurisprudence s'est emparée de cette question du nom de famille depuis une vingtaine d'années désormais. Certaines règles nationales ont ainsi été pointées du doigt, tant par la Cour de Justice que par la Cour européenne des Droits de l'Homme. Les divergences entre les règles consacrées par les Etats ne doivent pas nuire aux individus concernés et ne peuvent

2. CEDH 7 fév. 2023, Jacquinet et Embarek Ben Mohamed c. Belgique, req. n.º61860/15, § 52. *Vid.* aussi, 25 nov. 1994, Stjerna c. Finlande, n.º18131/91, § 39; 11 sept. 2007, Boulgakov c. Ukraine, n.º59894/00 § 43.

pas porter atteinte à leurs droits fondamentaux. Le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale est plus particulièrement en cause (II). Les droits nationaux doivent s'adapter à cette exigence. Les Etats en ont tiré certaines conséquences en introduisant de nouvelles règles destinées à permettre une forme de portabilité du nom par-delà les frontières afin de respecter les droits fondamentaux en la matière (III). Pourtant, même si l'intention est louable, agir ainsi de manière unilatérale n'est pas forcément la meilleure solution. Des conventions internationales existent et devraient être utilisées plus largement (IV).

II. LA GENÈSE : LA PORTABILITÉ DU NOM DE FAMILLE GRÂCE AUX DROITS FONDAMENTAUX DANS LA JURISPRUDENCE DES COURS EUROPÉENNES

7. La Cour de justice des Communautés européennes puis de l'Union européenne (1) et la Cour européenne des Droits de l'Homme (2) sont toutes deux intervenues à propos du nom de famille dans des situations internationales et ont ouvert une brèche dans ce qui était considéré pendant longtemps comme une compétence exclusive des Etats à propos de laquelle une souveraineté absolue se manifestait.

1. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE

8. Les règles régissant le nom d'une personne relèvent de la compétence des États membres. Cependant, dans l'exercice de cette compétence, ils sont tenus de respecter le droit de l'Union européenne. Une jurisprudence essentielle s'est ainsi développée à propos de la circulation des citoyens de l'Union et a contribué à une avancée significative des solutions relatives au nom de famille[3].

9. La Cour de justice est intervenue à plusieurs reprises à propos du nom de famille. Sans vocation à l'exhaustivité, trois décisions méritent tout particulièrement l'attention pour mettre en évidence la place des droits fondamentaux dans le raisonnement.

3. *Vid.* pour des développements substantiels, *vid.* Koen LENAERTS, «In the Name of EU Citizenship», *Liber Amicorum W. Pintens*, Intersentia, 2012, p. 831 et Ulrich SPELLENBERG, «Der EuGH und das Internationale Namensrecht», *ibidem*, p. 1349. *Vid.* LIPP, «Die "Anerkennung" des ausländischen Namens eines Bürgers der Europäischen Union—— Von "Konstantinidis" bis "Runevic-Vardyn/Wardyn"», *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis*, Athènes, 2014, Nomiki Bibliothiki, p. 539.

10. La première est le célèbre arrêt Garcia-Avello[4]. Dans cette affaire, un ressortissant espagnol, M. Garcia Avello et une ressortissante belge, Mme Weber, se sont mariés en 1986 en Belgique où ils résidaient. Deux enfants possédant la double-nationalité belge et espagnole, sont issus de cette union. Ils ont été enregistrés par l'état civil belge selon les règles belges d'attribution du nom. Ils reçurent donc le nom de leur père «Garcia Avello». Les parents demandèrent le changement du nom de leurs enfants pour «Garcia Weber» conformément à la loi espagnole. Les intéressés ont d'ailleurs été enregistrés sous ce nom de famille à la section consulaire de l'ambassade d'Espagne en Belgique.

11. Les autorités belges rejetèrent la requête des parents au motif que le droit belge était seul applicable et qu'en Belgique les enfants portent le nom de leur père. Saisi par ce dernier, le Conseil d'Etat belge demanda à la Cour de Justice si le choix par les autorités belges de faire primer la loi belge sur la loi espagnole en ce qui concerne l'attribution du nom d'enfants qui ont les deux nationalités était contraire au Traité. La Cour de Luxembourg a répondu par l'affirmative en construisant son raisonnement en deux temps. En premier lieu, elle affirme que l'affaire relève du champ d'application *rationae personae* du droit communautaire car les deux enfants possédant la nationalité de deux Etats membres de l'Union, ils étaient citoyens européens. Ils bénéficiaient donc de l'égalité de traitement avec les autres ressortissants des Etats Membres notamment pour ce qui est de la liberté de circuler et séjourner dans un autre Etat Membre. En second lieu, la Cour affirme que, même si les questions d'attribution du nom ne relèvent pas du champ d'application du droit communautaire, les Etats Membres sont néanmoins tenus de respecter ce dernier dans l'exercice de leur compétence. Ainsi, il ne leur est pas possible d'accorder une primauté à leur propre nationalité sur celle des autres Etats membres. Une telle solution constitue une discrimination. En l'espèce, les enfants possédant la double nationalité sont dans une situation différente des ressortissants belges ayant cette seule nationalité. En particulier, ils sont susceptibles de rencontrer des inconvénients dans leur vie future dans l'autre Etat Membre si celui-ci leur reconnait un nom différent.

12. Par conséquent, selon la Cour de justice, un double national qui possède la nationalité de deux Etats membres de l'Union européenne peut se

4. CJCE, 2 oct. 2003, aff. C-148/02, Garcia Avello c. Etat belge, ECLI:EU:C:2003:539. *Vid.* à propos de cet arrêt, Ángeles LARA AGUADO, «Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos (Caso García Avello y el avance irresistible de la autonomía de la voluntad)», *La ley* 2004 n.º 6107 p. 1-13; Rainer FRANK, «Die Entscheidung des EuGH in Sachen Garcia Avello und ihre Auswirkungen auf das internationale Namensrecht», *StAZ* 2005, 161.

prévaloir de la loi de l'un ou l'autre de ces Etats pour régir l'attribution de son nom. Dans cette affaire, les enfants pouvaient donc réclamer l'application de la loi espagnole devant les autorités belges. Ces dernières ne pouvaient les considérer comme des ressortissants belges en faisant abstraction de leur nationalité espagnole. La solution est fondée entièrement sur le seul droit communautaire, sans faire appel aux Droits de l'Homme pour justifier ou renforcer le raisonnement.

13. La deuxième décision est tout aussi célèbre. Il s'agit de l'arrêt Grunkin-Paul[5]. Dans cette affaire, la Cour de Luxembourg a décidé qu'un nom légalement acquis dans un Etat membre, le Danemark, lieu de naissance et de domicile de l'intéressé, devait être reconnu dans l'Etat membre de nationalité de l'intéressé, l'Allemagne en l'occurrence, où la règle de conflit de lois fondée sur le rattachement à la nationalité ne pouvait lui être opposée. La même logique est donc poursuivie afin de préserver la liberté de circulation du citoyen européen. A nouveau, c'est cette dernière qui va seule justifier la solution retenue.

14. La troisième décision est moins connue mais également importante car elle va opérer un basculement. Il s'agit de l'arrêt Runevic-Vardyn/Wardyn[6] qui va non seulement reprendre certains éléments issus des jurisprudences antérieures mais aussi et surtout introduire les droits fondamentaux dans le raisonnement, notamment l'art. 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. En l'espèce, un couple était en cause. L'épouse était lituanienne et le mari polonais. Ils souhaitaient que la graphie utilisée dans leurs actes d'état civil établis en polonais par les autorités polonaises (certificat de naissance et certificat de mariage) soit reconnue en Lituanie et que les actes lituaniens soient modifiés en conséquence. Les langues polonaise et lituanienne connaissent en effet des règles de graphie distinctes, même si elles utilisent toutes deux les caractères latins. La conséquence est que les noms sont orthographiés de manière différente dans les registres de l'état civil des deux pays. Ainsi, par exemple, dans le cas d'espèce, le nom de l'épouse figurant sur l'acte de naissance lituanien était «Malgožata Runevič» alors que sur l'acte polonais son nom était «Małgorzata Runiewicz». Les autorités lituaniennes refusent de procéder aux modifications demandées

5. CJCE 14 oct. 2008, aff. C-353/06, Stefan Grunkin et Dorothee Regina Paul, ECLI:EU:C:2008:559; *vid.* Ángeles LARA AGUADO, «El impulso de la ciudadanía de la Unión Europea al reconocimiento intracomunitario de actos de estado civil (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2008: Asunto C-353/06, Grunkin y Paul / Standesamt Niebüll)», *La ley* 2009 n.º 7104 p. 1-7.
6. CJUE 12 mai 2011, aff. C-391/09, ECLI:EU:C:2011:291.

car certains signes graphiques polonais sont inconnus de la langue lituanienne et qu'une transcription sur les registres d'état civil ne peut se faire que dans la langue nationale.

15. Selon la Cour de Luxembourg, une simple différence dans la manière d'orthographier les noms dans les deux pays ne constitue pas forcément un obstacle à la libre circulation du citoyen. En ce qui concerne l'acte de naissance de l'épouse, le droit de l'Union ne s'oppose pas au refus émis par les autorités lituaniennes. En revanche, pour ce qui est du nom de famille commun figurant sur l'acte de mariage, il appartient aux juridictions nationales de vérifier si le refus des autorités lituaniennes est de nature à engendrer pour les intéressés de sérieux inconvénients d'ordre administratif, professionnel et privé. A cette occasion la Cour énonce que «le nom de famille d'une personne est un élément constitutif de son identité et de sa vie privée, dont la protection est consacrée par l'art. 7 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que par l'art. 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales»[7] et que le droit de l'Union a déjà reconnu «l'importance d'assurer la protection de la vie familiale des citoyens de l'Union afin d'éliminer les obstacles à l'exercice des libertés fondamentales garanties par le traité»[8]. Si de sérieux inconvénients devaient être caractérisés, il s'agirait d'une restriction aux libertés reconnues à tout citoyen de l'Union et une atteinte à de tels droits fondamentaux. Cependant, même en cas d'atteinte, l'objectif de défense de la langue nationale poursuivi par le droit lituanien peut constituer un objectif légitime, susceptible de justifier des restrictions au droit de libre circulation et de séjour. En ce sens, la Cour met en avant la valeur constitutionnelle de la règle nationale et la volonté de préserver l'identité de la Nation lituanienne. Il appartient par conséquent au juge national d'effectuer une pesée des intérêts en présence et de vérifier que l'atteinte aux droits des personnes concernées n'est pas disproportionnée.

16. Contrairement aux deux précédents arrêts, le lien entre droit de l'Union européenne et protection de la vie privée et de la vie familiale est ainsi clairement établi par la Cour de justice à propos du nom de famille. Le fait de protéger la liberté de circulation du citoyen européen contribue également à défendre de tels droits fondamentaux.

17. Il est donc possible de déduire de ces différentes décisions que si la question du nom de famille relève de la compétence des Etats membres de

7. Point n.º 89.
8. Point n.º 90.

l'Union européenne, ceux-ci ne disposent pas d'un pouvoir discrétionnaire. La Cour de justice impose en effet des obligations positives aux Etats, destinées à faciliter la portabilité du nom. De telles solutions constituent une rupture importante en la matière et se fondent, au moins dans leurs derniers développements, sur les droits fondamentaux issus de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Toutefois, il convient de souligner un point essentiel. Dans ces différents cas, le cadre défini pat la Cour de justice reste strict. Un lien évident existe dans chaque affaire avec les pays concernés. Ce n'est pas toujours le cas des décisions de la Cour européenne des Droits de l'Homme qui adopte une méthode différente même si le résultat est convergent.

2. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

18. Les décisions de la Cour de Strasbourg relatives au nom de famille sont nombreuses. En se concentrant sur le droit international privé, trois d'entre elles sont importantes.

19. La première a été rendue dans l'affaire Mentzen alias Mencena contre Lettonie[9] qui n'est pas sans rappeler l'affaire Runevic-Vardyn/Wardyn précitée de la Cour de justice. En l'espèce, une femme de nationalité lettone se marie à un allemand en Allemagne. Un nouveau nom de famille lui est attribué dans l'acte de mariage, celui de son mari, Mentzen. Elle demande alors aux autorités lettones de remplacer son ancien passeport letton, portant son nom de jeune fille, par un autre passeport mentionnant son nouveau nom de famille. Dans sa demande, elle formula le souhait exprès de voir son nouveau patronyme retranscrit correctement, sans aucune modification. Cependant, le nouveau passeport comporte le nom de Mencena, conformément au droit letton qui impose que tous les noms et prénoms soient reproduits selon les règles d'orthographe de la langue littéraire lettonne.

20. Selon la Cour européenne, l'art. 8 de la Convention est applicable à une telle situation. La transcription phonétique et l'adaptation grammaticale du nom de famille de la requérante, opérées au détriment de l'orthographe d'origine, constituent une ingérence dans l'exercice de son droit au respect de sa vie privée et familiale. Toutefois, les juges de Strasbourg considèrent que cette ingérence est prévue par la loi, poursuit un

9. CEDH, 7 déc. 2004, n.º 71074/01.

but légitime, la protection renforcée de la langue lettone dont la situation est encore fragile dans la société lettone et qu'elle est nécessaire dans une société démocratique, c'est-à-dire proportionnée au but légitime poursuivi. La Cour considère en effet que, certes, la requérante est exposée à un certain nombre de problèmes et de désagréments d'ordre pratique en raison de la transcription opérée par les autorités lettones. Elle relève cependant que ces dernières ont essayé d'y remédier en prévoyant la possibilité d'indiquer dans le passeport la graphie d'origine du patronyme de son porteur. De plus, les juges de Strasbourg estiment que de tels désagréments n'ont pas atteint un degré suffisant de gravité pour constituer une ingérence disproportionnée dans la vie privée ou familiale. A cet égard, l'utilisation de la graphie Mencena ne l'a pas empêché d'exercer ses droits politiques, économiques et sociaux reconnus par la Constitution et la législation lettonnes. Elle a toujours été en mesure de quitter la Lettonie et d'y revenir. De même, elle ne s'est jamais vu refuser l'entrée et le séjour dans un Etat étranger du fait de la différence des deux graphies du nom en question. Quant aux explications à fournir aux autorités étrangères à propos de la discordance entre les deux noms, elles ne suffisent pas à rendre l'ingérence disproportionnée au sens de l'art. 8 § 2 de la Convention. Il n'existe donc pas de droit absolu à porter exactement le même nom dans deux Etats différents. Le droit au respect de la vie privée et familiale ne garantit pas une telle uniformité.

21. Le deuxième arrêt pertinent a été rendu dans l'affaire Henry Kismoun. En l'espèce, le requérant était à la fois français et algérien. Il avait été enregistré par les autorités françaises sous le nom de sa mère, Henry. Après avoir été abandonnée par cette dernière, alors qu'il avait trois ans, le requérant a été recueilli par son père en Algérie. L'état civil algérien décida de l'inscrire sous le nom de son père, Kismoun. C'est ainsi que sa famille et ses amis l'ont toujours appelé, c'est sous ce nom qu'il a été scolarisé en Algérie et qu'il y a effectué son service militaire. A l'âge de 21 ans, en cherchant à retrouver sa mère, le requérant a appris que son nom à l'état civil français était toujours celui enregistré au moment de sa naissance. Il a alors demandé à remplacer le nom enregistré en France par celui figurant sur les registres algériens de l'état civil. Ses tentatives sont demeurées infructueuses, les autorités françaises rejetant ses demandes. Il saisit alors la Cour européenne des Droits de l'Homme Selon lui, le refus de changement de nom porte atteinte à son droit au respect de sa vie privée et familiale garanti par l'art. 8 de la Convention. Il estime qu'il ne s'agit pas uniquement d'un désagrément mais d'une véritable atteinte à un processus de construction de l'identité dans sa relation à soi et aux autres.

22. A cet égard, la Cour de Strasbourg considère que les autorités françaises n'ont pas pris en compte la motivation spécifique du requérant. En effet, il lui a seulement été indiqué que l'utilisation du nom Kismoun, qui correspond selon lui à ses origines, ne suffisait pas à établir l'intérêt légitime requis par le droit français pour un changement de nom. Or, selon la Cour européenne, les juridictions nationales n'ont pas justifié en quoi la demande du requérant se heurtait à un impératif d'ordre public. Pour les juges européens, la justification avancée par les autorités françaises ne constitue pas une réponse suffisante à la demande du requérant, car elle ne donne aucun poids au but qu'il poursuivait, à savoir porter un nom unique dans les deux Etats en cause, conforme à son identité telle qu'elle s'était construite en Algérie, le nom Kismoun étant l'un des éléments majeurs de cette identité. La Cour rappelle ensuite que le nom d'une personne, en tant que principal moyen d'identification dans la société, relève du droit au respect de la vie privée et familiale. Elle souligne également l'intérêt supérieur de l'individu à être reconnu sous un seul nom et non sous deux identités différentes. Selon les juges de Strasbourg, le processus décisionnel français relatif à la demande de changement de nom n'a pas accordé aux intérêts du requérant la protection requise par l'art. 8 de la Convention qui a donc été violé par la France. L'aspect identitaire de la demande du requérant n'a pas été pris en compte. Son intérêt supérieur à obtenir un changement de nom n'a pas été mis en balance avec l'intérêt public en jeu.

23. Deux éléments remarquables doivent être mis en évidence à propos de cette décision. En premier lieu, la solution affirmée par la Cour est valable globalement, quel que soit l'autre pays en cause. Le fait que l'Algérie ne soit pas partie à la Convention européenne des Droits de l'Homme n'a pas eu d'impact en l'espèce. L'intérêt d'une personne à être identifié sous un seul et même nom doit être pris en compte par les autorités des Etats parties en toute hypothèse et pas uniquement dans les rapports impliquant un autre Etat contractant. En second lieu, la Cour européenne ne met pas en exergue les liens de l'intéressé avec les deux Etats concernés. Les différents éléments de rattachement avec la France et l'Algérie sont certes évoqués mais ils ne sont pas déterminants dans la solution retenue par la Cour. Il semble donc que la portabilité du nom constitue un principe essentiel qui s'applique sans avoir à tenir compte d'une quelconque forme de proximité avec les ordres juridiques en cause.

24. Une dernière décision mérite l'attention. La Cour européenne des Droits de l'Homme s'est prononcée le 7 février 2023 sur le refus des auto-

rités administratives belges d'opérer un changement de nom de famille[10]. Un père et son fils étaient les requérants. Le premier est belge et a pour nom Eric Jacquinet alors que le second est français et s'appelle Lorenzo Embarek Ben Mohamed. Ils résident tous deux en France. Les requérants ont agi devant les autorités administratives belges afin d'obtenir un changement de patronyme. Ils souhaitent que le nom de famille de la mère du premier requérant devienne le leur. En particulier, M. Jacquinet met en avant le fait qu'il n'avait pas réellement connu son propre père qui l'avait abandonné. Les autorités belges refusent de procéder aux changements de noms. Le premier requérant n'a pas suffisamment rapporté la preuve des motifs graves susceptibles de justifier le changement. Quant au second, il n'a pas prouvé sa nationalité belge. En effet, selon les règles belges, les autorités belges ne sont compétentes que «pour connaître de toute demande tendant à changer le nom ou les prénoms d'une personne si celle-ci est belge lors de l'introduction de la demande ou si celle-ci a introduit une demande sur la base des arts. 15 et 21 du Code de la nationalité belge»[11].

25. A la suite du refus des autorités belges, le père et son fils saisissent la Cour européenne et invoquent la violation de l'art. 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Selon les juges de Strasbourg, il n'y a pas eu violation de cette disposition car elle n'octroie pas un droit inconditionnel au changement de nom. Les États disposent d'une large marge d'appréciation en la matière. La raison est que les particularités nationales sont fortes concernant l'attribution, la reconnaissance et l'usage du nom. Les points de convergence sont faibles entre les systèmes internes des États. En la matière, la Cour n'a pas à se substituer aux autorités nationales pour déterminer la politique à adopter. Son rôle consiste à vérifier, comme dans l'affaire Henry Kismoun, que les autorités belges ont mis en balance de manière adéquate l'intérêt public du principe de la fixité du nom et l'intérêt individuel des requérants. La Cour reconnaît que la stabilité du nom de famille afin de garantir la sécurité juridique des rapports sociaux est un intérêt public. Dès lors, le changement de nom peut être soumis à des conditions strictes, ce qui était le cas en droit belge. Pour la Cour, dans le cas d'espèce, la décision des autorités belges de refuser le changement de nom était justifiée en raison de l'absence de motifs suffisamment sérieux. Le principe de fixité du nom pouvait donc l'emporter.

26. Trois observations peuvent être faites à la suite de cette décision. En premier lieu, le caractère international de la situation n'a pas eu d'impact

10. Jacquinet et Embarek Ben Mohamed c. Belgique, préc.
11. Art. 36 al. 2 CODIP.

sur la solution. En particulier, la règle réservant la compétence des autorités belges aux seuls nationaux n'a pas été étudiée par la Cour de Strasbourg. En deuxième lieu, le nom de famille ne peut être considéré comme étant à la disposition des personnes intéressées. Le motif invoqué pour obtenir un changement de nom doit présenter une gravité suffisante pour justifier une dérogation au principe d'intérêt public de fixité. L'appréciation des autorités nationales sur ce point fait l'objet d'un contrôle de la part de la Cour de Strasbourg. Les droits fondamentaux reconnus aux individus ne sont donc pas absolus et ne leur confèrent pas une marge de manœuvre totale. En troisième lieu, il n'existe aucun droit fondamental à l'uniformité du nom au sein d'une famille.

27. Le bilan de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme est par conséquent contrasté. Un équilibre est recherché. La préservation du droit au respect de la vie privée et familiale des personnes concernées est certes importante mais les juges reconnaissent tout de même l'importance du principe de fixité du nom. Bénéficier d'un nom identique dans différents Etats n'est pas encore un droit fondamental pleinement consacré. La Cour admet que des contrariétés peuvent résulter d'une discordance entre deux systèmes juridiques pour les personnes en cause mais qu'elles doivent, dans certaines circonstances, s'en accommoder. Toutefois, lorsqu'elle estime qu'il y a violation de l'art. 8, elle n'introduit pas de réelles limites, contrairement à la Cour de justice. Ces différentes jurisprudences ont eu un impact, au-delà des seules affaires en cause. Les législateurs de différents Etats en ont tiré des conséquences effectives.

III. LA CONFIRMATION : LA PORTABILITÉ DU NOM DE FAMILLE PAR UNE ADAPTATION DES RÈGLES NATIONALES AUX DROITS FONDAMENTAUX

28. Suite à ces différentes décisions, les Etats ont décidé d'adapter leurs règles de droit international privé, afin notamment d'éviter de nouvelles condamnations. Le phénomène de convergence est alors remarquable. Des conséquences ont été tirées tant de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg que de celles de la Cour de Strasbourg. Les règles de droit international privé ont évolué dans différents ordres juridiques, ce qui contribue à renforcer la portabilité du nom et par ricochet le respect du droit fondamental à la vie privée et familiale. La réaction des Etats en cause est intéressante à étudier à cet égard. Deux méthodes ont été utilisées. La première, classique, a consisté en une adaptation des règles de conflit de lois applicables au nom

de famille pour les rendre compatibles avec les jurisprudences des deux cours européennes (1). La seconde est plus originale puisqu'elle consiste à introduire des règles de reconnaissance afin de faciliter la circulation du nom de famille au niveau international (2).

1. L'ADAPTATION DES RÈGLES DE CONFLIT DE LOIS

29. Certaines décisions précitées ont mis en évidence la rigidité des règles de conflit qui ne reposent que sur un seul élément de rattachement. La situation des personnes titulaires de plusieurs nationalités a particulièrement attiré l'attention. C'est pourquoi une plus grande flexibilité était nécessaire.

30. La Belgique, directement en cause dans l'affaire Garcia-Avello, a ainsi modifié l'art. 37 du Code de droit international privé. Le principe, consacré dans son § 1, reste le même : «[l]a détermination du nom et des prénoms d'une personne est régie par le droit de l'Etat dont cette personne a la nationalité». Cependant, le § 2 dispose depuis une loi du 6 juillet 2017[12] que «[l]orsque la personne possède deux ou plusieurs nationalités, il est tenu compte de la nationalité choisie par elle parmi celles-ci». La volonté d'apporter une réponse à la jurisprudence Garcia-Avello est évidente, même si un délai substantiel a été nécessaire pour parvenir à ce résultat. La personne qui possède plusieurs nationalités dispose désormais d'un choix entre les différentes lois nationales. La solution vaut de manière générale et pas uniquement lorsque la nationalité belge est en cause.

31. En Allemagne, un basculement vient de se produire. Initialement, l'art. 10 § 1 EGBGB disposait que le nom d'une personne était régi par la loi de l'État de sa nationalité. Toutefois, depuis le 1er mai 2025, la loi applicable par principe est celle de l'Etat de la résidence habituelle de la personne concernée. La doctrine met en avant le fait qu'une telle solution est plus satisfaisante car elle devrait permettre aux membres d'une même famille, quelle que soit leur nationalité, de porter le même nom[13]. Une possibilité de choix en faveur de la loi nationale de l'intéressé est également prévue dans le futur §4 du même article afin d'éviter une solution purement mécanique. Cette réforme permet aussi de s'adapter à des situations telles que celles qui ont été mises en évidence par l'affaire Grunkin-Paul. Des Allemands établis

12. Loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice.
13. Anatol DUTTA, «Überlegungen zu einer Reform des (deutschen) internationalen Namensrechts», *IPRax* 2023, p. 227.

au Danemark seront à l'avenir soumis au droit danois par principe mais avec la possibilité, s'ils le souhaitent, de voir le droit allemand s'appliquer. Le progrès est donc considérable.

32. Le remède permettant de préserver les droits fondamentaux consiste dans les deux cas à introduire, notamment, un choix de loi en faveur des personnes concernées. Une telle approche s'inscrit dans une logique plus globale. Le choix de loi est désormais possible dans des domaines qui ont pendant longtemps été considérés comme indisponibles et donc à propos desquels la volonté des parties ne devait pas avoir de prise. Le Règlement (UE) n.º1259/2010 du Conseil mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps (Rome III) en est un exemple marquant. En vertu de son art. 5, les époux peuvent convenir de la loi applicable à leur divorce ou à leur séparation de corps. A cette fin, ils peuvent faire leur choix parmi les lois dont la liste figure au paragraphe 1er de cet article. La solution n'est donc pas propre au nom. De nombreux autres exemples peuvent être donnés, notamment en droit de l'Union européenne[14]. 33. Un tel assouplissement de la logique conflictuelle a pour mérite d'éviter l'application mécanique d'une règle de conflit, susceptible d'engendrer des difficultés importantes pour les personnes intéressées, comme le démontre la jurisprudence relative au nom. Les individus concernés sont aussi responsabilisés puisqu'il leur appartient de choisir la loi qui est la plus adaptée à leur situation particulière. Surtout, une uniformité du nom par-delà les frontières peut également en résulter, ce qui semble être la finalité ultime des législateurs en la matière. Cette préoccupation se traduit également par l'adoption de règles de reconnaissance, qui viennent rompre avec la logique conflictuelle classique.

2. L'INTRODUCTION DE RÈGLES DE RECONNAISSANCE

34. La jurisprudence de la Cour de justice et de la Cour européenne des Droits de l'Homme a provoqué une forme de rupture méthodologique. Elle a en effet contribué à l'apparition de nombreuses règles de reconnais-

14. *Vid.* ainsi, par ex., art. 22 du Règlement (UE) n .º 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen; art. 22 du Règlement (UE) 2016/1103 du Conseil du 24 juin 2016 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la compétence, de la loi applicable, de la reconnaissance et de l'exécution des décisions en matière de régimes matrimoniaux.

sance en matière de nom. L'objectif des législateurs de différents Etats est de s'adapter de manière la plus parfaite possible aux exigences déterminées par les juges européens. Les droits fondamentaux des personnes concernées, en particulier le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale sont donc au premier plan.

35. En France, deux articles du Code civil, créés par la loi n.º 2016-1547 du 18 novembre 2016, ont tiré certaines conséquences des décisions européennes.

36. Le premier est l'art. 61-3-1 alinéa 2 dispose que «[t]oute personne qui justifie d'un nom inscrit sur le registre de l'état civil d'un autre Etat peut demander à l'officier de l'état civil dépositaire de son acte de naissance établi en France son changement de nom en vue de porter le nom acquis dans cet autre Etat. Lorsque la personne est mineure, la déclaration est effectuée conjointement par les deux parents exerçant l'autorité parentale ou par le parent exerçant seul l'autorité parentale, avec son consentement personnel si elle a plus de treize ans». Une procédure simple est mise en place pour faciliter la reconnaissance d'un acte étranger. Le changement de nom est autorisé en France par l'officier de l'état civil sur simple justification d'un nom inscrit dans un registre étranger. Une procédure judiciaire n'est pas nécessaire. Une rupture avec les règles de conflit de lois classique est caractérisée. La méthode de la reconnaissance est ainsi consacrée[15]. Le libéralisme introduit par ce texte est remarquable, démontrant que l'intérêt des personnes concernées et la protection de leurs droits fondamentaux sont essentiels. Ainsi, aucun lien n'est exigé avec le pays étranger en question que ce soit la nationalité ou la résidence habituelle. Un exemple peut être donné en ce sens, afin de démontrer la flexibilité de la norme. Au moment du mariage entre deux époux de nationalité différente, l'un d'eux fait un choix en faveur du nom de l'autre, ce qui est autorisé par la loi nationale de ce dernier. Dans un tel cas, l'époux qui effectue un tel choix n'entretient pas nécessairement de lien personnel avec le pays de son conjoint. Pourtant, le changement ainsi opéré pourra produire ses effets en France. De plus, l'autre

15. Sur cette méthode: Antonia DURÁN AYAGO, *Derechos humanos y método de reconocimiento de situacions jurídicas: hacia la libre circulacion de personas y familias. Perspectiva internacional y europea*, Aranzadi, 2023; Paul LAGARDE, «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», *RabelsZ* 2004, p. 225; Camille REITZER, *Contribution à l'étude de la méthode de la reconnaissance: l'exemple de la circulation du statut de couple*, Paris II, 2019; Amélie PANET, *Le statut personnel à l'épreuve de la citoyenneté européenne: contribution à l'étude de la méthode de reconnaissance mutuelle*, Lyon III, 2014; Silvia PFEIFF, *La portabilité du statut personnel dans l'espace européen*, Bruylant, 2017.

Etat en cause n'a pas besoin d'être membre de l'Union européenne ou partie à la Convention européenne des Droits de l'Homme, dans la lignée de la jurisprudence Kismoun précédemment étudiée. Les droits fondamentaux des individus sont par conséquent essentiels. La balance entre intérêt public et intérêt privé penche clairement en faveur de ces derniers, avec pour objectif de favoriser les droits fondamentaux des personnes concernées.

37. Cette idée est confirmée par le second texte, l'art. 311-24-1 du Code civil selon lequel «[e]n cas de naissance à l'étranger d'un enfant dont au moins l'un des parents est français, la transcription de l'acte de naissance de l'enfant doit retenir le nom de l'enfant tel qu'il résulte de l'acte de naissance étranger. Toutefois, au moment de la demande de transcription, les parents peuvent opter pour l'application de la loi française pour la détermination du nom de leur enfant, dans les conditions prévues à la présente section». Le nom donné à l'étranger s'impose donc aux autorités françaises, quel que soit le pays étranger en cause. Il existe ainsi un principe de reconnaissance du nom attribué à l'étranger[16]. Toutefois, le texte lui-même offre une alternative et une forme d'autonomie apparaît à nouveau. La loi française est proposée aux parents, sous la seule condition de nationalité de l'un au moins des parents.

38. Une telle règle de reconnaissance a également été introduite en droit allemand. Il s'agit de l'art. 48 EGBGB intitulé «Choix d'un nom acquis dans un autre État membre de l'Union européenne». Il dispose que «[l]orsque le nom d'une personne est régi par le droit allemand, celle-ci peut, par déclaration à l'office de l'état civil, choisir le nom qu'elle a acquis au cours de sa résidence habituelle dans un autre État membre de l'Union européenne et qui y a été inscrit dans un registre d'état civil, à moins que ce choix ne soit manifestement incompatible avec les principes essentiels du droit allemand. Le choix du nom a un effet rétroactif à la date de l'inscription dans le registre d'état civil de l'autre État membre, à moins que la personne ne déclare expressément que le choix du nom ne doit avoir d'effet que pour l'avenir».

39. Il s'agit bien entendu d'une réaction à la suite de l'arrêt Grunkin-Paul afin d'adapter le droit allemand à ces situations. Toutefois, cette disposition apparaît également trop restrictive pour cette raison. Elle ne permet la mise en conformité du droit allemand avec le droit de l'Union européenne que

16. Circulaire du 26 juillet 2017 de présentation de diverses dispositions en matière de droit des personnes et de la famille de la loi n.º2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, NOR: JUSC1720438C, BOMJ n.º2017-08 du 31 août 2017, p. 1, spéc. p. 19.

dans de telles hypothèses. La doctrine allemande a immédiatement émis des réserves[17].

40. La jurisprudence européenne n'a pas tardé à mettre en évidence les limites de cet article. L'arrêt Freitag de la Cour de justice a servi de révélateur[18]. En l'espèce, le demandeur est né en Roumanie en 1986. Son nom de naissance est celui de son père, Pavel. Ses parents divorcent et sa mère se remarie avec M. Freitag, un Allemand qui adopte l'enfant. Ce dernier change alors de nom pour prendre celui de Freitag. Il acquiert également la nationalité allemande sans perdre pour autant sa nationalité roumaine et fixe sa résidence habituelle en Allemagne. Quelques années plus tard, devenu adulte, il souhaite retrouver son nom de naissance. Une décision roumaine l'y autorise. Il souhaite ensuite faire modifier son nom sur les registres d'état civil en Allemagne, pays dans lequel il réside toujours. Les autorités allemandes constatent que l'art. 48 EGBGB n'est pas applicable et nourrissent des doutes sur la solution à retenir. Elles saisissent alors la Cour de justice. Selon les juges de Luxembourg, le refus de reconnaître le nom Pavel en Allemagne constitue une entrave à la liberté de circulation d'un citoyen de l'Union européenne. Tel est le cas même si la personne concernée a obtenu le nom en cause dans un Etat qui n'est pas celui de sa résidence habituelle. En l'espèce, l'intéressé a obtenu un changement de nom en Roumanie sans s'y être installé. Pour autant, les liens avec la Roumanie ne sont pas inexistants puisque l'intéressé a la double-nationalité germano-roumaine. La compétence des autorités roumaines n'apparaît donc pas fantaisiste. L'art. 48 EGBGB est ainsi trop restrictif puisqu'il ne prévoit la reconnaissance en Allemagne que dans le cas où le nom de famille a été obtenu par l'intéressé dans l'État de sa résidence habituelle. Selon la Cour de justice, la nationalité constitue également un lien suffisant justifiant la reconnaissance du nom légalement reconnu dans un autre Etat membre.

41. Le droit international privé belge s'inscrit dans la même logique. L'art. 39 § 1er du Code de droit international privé dispose depuis une loi du 6 juillet 2017, entrée en vigueur le 1er janvier 2018, qu'«[u]ne décision judiciaire ou administrative étrangère ou un acte dressé par une autorité étrangère, concernant la détermination ou le changement de nom ou de

17. Peter MANKOWSKI, «Art. 48, EGBGB — Viele Fragen und einige Antworten», *StAZ* 2014. 97; F. WALL, «Anwendungsproblem des Article 48, EGBGB», *StAZ* 2013. 237; R. FREITAG, «Die Namenwahl nach Art. 48, EGBGB», *StAZ* 2013. 69.

18. CJUE 8 juin 2017, C-541/15, ECLI:EU:C:2017:432. A propos de cet arrêt, *vid.* Fabienne JAULT-SESEKE, Etienne PATAUT, «Le citoyen européen et son nom. Europa als Rechts— und Lebensraum», *Liber Amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag*, Gieseking Verlag, 2018, pp. 371-384.

prénoms d'une personne, est reconnu si, outre le respect des conditions visées à l'art. 25 dans le cas d'une décision judiciaire et aux arts. 18 et 21 dans les autres cas :

1.º) la détermination ou le changement de nom ou de prénoms est conforme au droit, choisi par cette personne, d'un Etat dont elle a la nationalité au moment de la décision ou de l'acte; ou

2.º) dans le cas où la décision a été rendue ou l'acte a été dressé dans l'Etat sur le territoire duquel la personne a sa résidence habituelle, la décision ou l'acte est conforme au droit, choisi par cette personne, d'un Etat dont elle a la nationalité ou sur le territoire duquel elle réside au moment de la décision ou de l'acte».

La règle vient donc compléter l'art. 37 du même code qui introduit la possibilité d'un choix de loi. L'objectif est de prévoir un régime spécial pour les actes étrangers relatifs au nom de famille, tenant compte de la possibilité de choix introduite en la matière et donc de faciliter leur reconnaissance en Belgique.

42. De telles normes ont également été adoptées dans d'autres Etats que ceux directement en cause dans les arrêts de la Cour de justice et de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Il en va ainsi en Suisse puisque l'art. 39 de la Loi fédérale sur le droit international privé dispose qu'«[u] n changement de nom intervenu à l'étranger est reconnu en Suisse s'il est valable dans l'État du domicile ou dans l'État national du requérant». L'Espagne a suivi la même voie avec l'art. 56 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil.

43. Ainsi, de nombreux Etats agissent de manière unilatérale en adoptant des solutions qui leur sont propres. Les règles de reconnaissance ne sont pas partout identiques. Pourtant, la volonté de protéger le droit au respect de la vie privée et familiale est omniprésente. De telles normes constituent un progrès réel pour les personnes concernées et contribuent à l'effectivité des droits fondamentaux.

44. Cependant, des limites apparaissent rapidement dès lors que le seul aspect théorique est dépassé. L'effectivité des droits en cause est discutable en pratique. Ainsi, par exemple, ces règles obligent les personnes en cause à justifier de leur nom dans le système étranger sans prévoir à cette fin de facilité particulière, notamment à l'égard de la traduction de l'acte en cause. Il peut s'agir d'une charge substantielle pour les intéressés, en terme de

temps et d'argent. Il serait par conséquent plus pertinent de recourir à la coopération internationale pour faciliter la circulation du nom et protéger efficacement les droits fondamentaux et ce d'autant plus que les instruments adaptés existent déjà.

IV. L'ALTERNATIVE : LA PORTABILITÉ DU NOM DE FAMILLE ET LE RESPECT DES DROITS FONDAMENTAUX PAR LA COOPÉRATION INTERNATIONALE

45. La Commission Internationale de l'Etat Civil est l'organisation internationale qui a le plus travaillé sur le sujet du nom de famille. Plusieurs conventions ont été adoptées sous ses auspices sur ce thème[19]. L'une d'entre elles, la Convention (n.º19) sur la loi applicable aux noms et prénoms, signée à Munich le 5 septembre 1980, introduit une règle de conflit de lois uniforme selon laquelle «[l]es noms et prénoms d'une personne sont déterminés par la loi de l'État dont elle est ressortissante»[20]. Toutefois, ce texte est désormais ancien et peu adapté. En particulier, il ne prévoit rien pour la double-nationalité. De plus, privilégier une telle méthode est quelque peu illusoire car les Etats qui utilisent traditionnellement le critère du domicile ou de la résidence habituelle en la matière ne sont pas forcément prêts à y renoncer au profit du rattachement à la nationalité retenu par ce texte.

46. D'autres conventions en la matière peuvent en revanche être considérées comme susceptibles de contribuer à la protection efficace des droits fondamentaux des personnes concernées. Il s'agit principalement de celles qui cherchent à assurer la reconnaissance du nom au sein des Etats parties. L'idée apparue très tôt au sein de la Commission Internationale de l'Etat Civil est d'assurer la portabilité des noms en instaurant des règles visant à reconnaître dans les Etats contractants le nom attribué dans l'un d'entre eux. Deux conventions peuvent être citées comme exemple. La première porte sur la manière dont les noms doivent être indiqués dans les registres de l'état civil (1) alors que la seconde porte spécifiquement sur la reconnaissance des noms (2).

---

19. Pour une vue d'ensemble, *vid.* Nicolas NORD, «The ICCS's contribution to the portability of names», *Yearbook of Private International Law*, Vol. 25 (2023/2024), pp. 229-239; Paul LAGARDE, «L'oeuvre de la Commission Internationale de l'Etat Civil en matière de nom des personnes», *Festschrift für Erik Jayme*, vol. 2, H.-P. MANSEL *et al*. (eds.): München, Sellier, 2004, pp. 1291-1305.
20. Art. 1er § 1er.

1. LA CONVENTION CIEC (N.º 14) ET L'INDICATION DES NOMS DE FAMILLE

47. La Convention (n.º14) relative à l'indication des noms et prénoms dans les registres de l'état civil, signée à Berne le 13 septembre 1973 est en cause. Un objectif ciblé est poursuivi dans ce texte. L'accord vise à assurer dans tous les Etats contractants l'indication uniforme des noms et prénoms des personnes physiques dans les registres de l'état civil, quel que soit le lieu où se trouve la personne. L'objectif est donc de faire en sorte qu'une personne soit connue exactement de la même manière dans les différents Etats avec lesquels elle est en contact. Il est évident qu'une telle concordance facilite son identification et donc sa vie quotidienne en accord avec le droit consacré par l'art. 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

48. Pour comprendre les mécanismes mis en place, il est important de préciser que la Convention laisse intactes les règles matérielles et les règles de conflit de lois relatives à la détermination des noms et prénoms[21]. Son application intervient à un moment postérieur à celui où la détermination est faite.

49. La méthode suivie est apparemment simple. Les arts. 2 et 3 sont essentiels. Lorsqu'un acte de l'état civil doit être dressé par une autorité d'un Etat contractant, les noms et prénoms à y inscrire doivent être la reproduction exacte de ceux qui figurent dans les actes ou documents étrangers émanant des autorités d'un autre Etat contractant présentés à cet effet. L'orthographe du nom et du prénom telle qu'elle apparaît dans un Etat contractant est ainsi reconnue dans les autres.

50. Si les documents présentés sont écrits dans les mêmes caractères que ceux de la langue dans laquelle l'acte doit être établi une transcription littérale doit être utilisée. Tel est le cas, par exemple, pour des documents écrits en caractères latins produits dans un pays qui utilise ces mêmes caractères. Selon l'art. 2 § 2, il en va de même pour «[l]es signes diacritiques que comportent ces noms et prénoms […], même si ces signes n'existent pas dans la langue en laquelle l'acte doit être dressé».

51. Si les documents présentés sont rédigés en caractères autres que ceux de la langue dans laquelle l'acte doit être établi une autre méthode est

21. Art. 1§2; pour des exemples, voir le Rapport explicatif, https://www.ciec1.org/convention-14-rapport-explicatif-en, commentaires sous l'art. 1, et Jacques MASSIP / Frits HONDIUS / Chantal NAST / Frédérique GRANET, *op. cit*., §48, p. 28.

nécessaire. Il faut alors recourir à la translittération. Ainsi, chaque caractère est reproduit par son équivalent dans l'autre langue[22]. Il en va ainsi, par exemple, en présence de caractères cyrilliques, arabes, hébreux, etc. alors que le pays où l'acte doit être établi utilise des caractères latins. À cette fin, conformément à la dernière phrase de l'art. 3, s'il existe des normes recommandées par l'Organisation internationale de normalisation (ISO), elles doivent être appliquées. Ces dernières sont aujourd'hui nombreuses[23].

52. La convention est actuellement en vigueur dans sept États : Autriche, Allemagne, Grèce, Italie, Luxembourg, Pays-Bas et Turquie. Toutefois, malgré le perfectionnement des méthodes utilisées, notamment le lien avec les normes élaborées par une autre organisation internationale, elle a soulevé quelques difficultés de mise en œuvre. Ainsi, des personnes d'origine allemande, vivant en Russie, qui avaient reçu de nouveaux noms écrits en caractères cyrilliques dans ce pays, se sont vu attribuer un nom différent de celui porté par leurs ancêtres lors de leur retour en Allemagne et ce conformément aux normes ISO[24]. Elles ont également été mises en évidence dans l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 30 mars 1993, Christos Konstantinidis contre Stadt Altensteig[25]. Dans cette affaire, les mécanismes prévus par la Convention ont été utilisés par les autorités allemandes à l'occasion de l'inscription dans le registre des mariages du nom d'un ressortissant grec. En l'espèce, la translittération s'imposait afin de passer des caractères cyrilliques employés en Grèce aux caractères latins utilisés en Allemagne. Or, selon l'intéressé, la translittération de son nom, tel qu'il figurait dans son acte de naissance grec, entraînait une déformation de sa prononciation. La Cour de Luxembourg a jugé que la solution adoptée en Allemagne, bien que conforme aux règles conventionnelles, violait le droit d'établissement dans ce pays, tel que prévu par le droit de l'Union, de ce ressortissant grec qui est obligé d'utiliser, dans l'exercice de sa profession, une orthographe de son nom dérivée de la translittération qui en modifie la prononciation. En effet, une telle déformation «l'expose au risque d'une confusion de personnes auprès de sa clientèle potentielle»[26].

22. Rapport explicatif, commentaires sous l'art. 3.
23. Par exemple, la norme ISO 9:1995/Amd 1:2024, Translittération des caractères cyrilliques en caractères latins, publiée en janvier 2024; la norme ISO 233:1984, Translittération des caractères arabes en caractères latins, publiée en 1984 et révisée en 2017; la norme ISO 259:1984, Translittération des caractères hébreux en caractères latins, publiée en 1984 et révisée en 2022.
24. Exemple donné par Jacques MASSIP / Frits HONDIUS / Chantal NAST / Frédérique GRANET, *op. cit.*, §48, p. 28-29.
25. CJCE, 30 mars 1993, C-168/91, ECLI:EU:C:1993:115.
26. §16 de l'arrêt.

53. L'instrument permet dans la plupart des cas de satisfaire l'objectif poursuivi. Il s'agit d'un outil qui contribue à l'efficacité du droit au respect de la vie privée et de la vie familiale. Il existe certes quelques difficultés mais elles ne remettent pas en cause le bon fonctionnement des mécanismes de la Convention dans l'écrasante majorité des cas. Elles démontrent simplement que la perfection n'est pas encore atteinte. C'est d'ailleurs pourquoi une autre convention a été adoptée par la suite, utilisant à nouveau la reconnaissance du nom donné à l'étranger.

2. LA CONVENTION CIEC (N.º 31) ET LA RECONNAISSANCE DES NOMS

54. La Convention (n.º 31) sur la reconnaissance des noms, signée à Antalya le 16 septembre 2005, vise à finaliser le travail de la Commission Internationale de l'Etat Civil en matière de noms[27]. Elle cherche notamment à régler les questions laissées en suspens par les instruments précédents. En particulier, la Convention de Munich précitée n'apporte aucune solution aux cas, de plus en plus fréquents, de pluralité de nationalités, lorsque les différentes lois nationales d'une personne consacrent des solutions divergentes en matière de nom[28]. Plus généralement, avec la Convention n.º 31 sur la reconnaissance des noms, la Commission a voulu réduire le nombre de situations dans lesquelles une même personne peut se voir attribuer des noms divergents par les différentes lois auxquelles elle appartient. La logique ainsi poursuivi s'inscrit parfaitement dans la défense des droits fondamentaux protégés par l'art. 8 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.

55. Les situations particulièrement problématiques dans la pratique sont ciblées : effets sur le nom du mariage et de sa dissolution ou de son annulation, notamment lorsque les époux sont de nationalités différentes, effets sur le nom de la conclusion ou de la dissolution d'un partenariat enregistré, nom donné à un enfant ayant plusieurs nationalités et changement de nom d'une personne ayant également plusieurs nationalités.

56. Des règles destinées à permettre la reconnaissance du nom attribué dans un Etat partie dans les autres Etats contractants sont prévues. La condition essentielle est que la personne concernée soit suffisamment

27. A propos de cette convention, *vid.* Paul LAGARDE, «La convention de la CIEC sur la reconnaissance des noms», *AJ Fam.* Dalloz, 2009, pp. 213-215.

28. Rapport explicatif, Remarques générales, https://www.ciec1.org/convention-31-rapport-explicatif-en.

proche de l'Etat d'origine où le nom a été déterminé. Ces liens sont définis par la Convention.

57. L'exemple de l'art. 4 peut être donné. Selon le § 1 de cette disposition, «[l]e nom attribué dans l'État contractant du lieu de sa naissance à un enfant possédant deux ou plusieurs nationalités est reconnu dans les autres États contractants si cet État est l'un de ceux dont cet enfant a la nationalité». Il doit donc y avoir une convergence de liens : l'Etat d'attribution du nom est également l'Etat sur le territoire duquel l'enfant est né et dont il a la nationalité[29]. Ce nom de famille peut être obtenu conformément à la loi de l'Etat de l'autre nationalité de l'enfant, dans la lignée de la jurisprudence Garcia-Avello[30]. Si l'Etat d'attribution du nom doit être un Etat contractant, il n'est pas exigé que l'Etat de l'autre nationalité soit également partie à la Convention. Il convient également de souligner qu'il n'y a aucune exigence concernant la résidence habituelle de l'enfant[31].

58. Selon le §2 du même art. 4, «[t]outefois, par dérogation au paragraphe précédent, le nom attribué à la demande des parents dans un autre État contractant dont l'enfant a la nationalité est reconnu dans les autres États contractants». Il s'agit à nouveau d'une solution au problème mis en évidence par la Cour de justice dans l'arrêt Garcia-Avello mais elle est cette fois multilatérale. En reprenant les circonstances de fait de cette affaire, le nom attribué aux enfants par les autorités espagnoles aurait dû être reconnu en Belgique sur le fondement de cette règle conventionnelle. De plus, la deuxième phrase de cet alinéa dispose que «[a]vis de cette attribution est adressé à l'officier de l'état civil du lieu de naissance de l'enfant, pour inscription dans les registres officiels pertinents». La tâche des intéressés mais aussi des officiers de l'état civil s'en trouve simplifiée puisque l'avis en cause doit être établi conformément à un modèle codé figurant à l'annexe 1 de la Convention, ce qui permet de le comprendre aisément dans tous les Etats parties, sans avoir à recourir à une quelconque traduction.

59. La portabilité du nom est alors garantie et une solution au conflit de nationalité est trouvée. Le risque de divergence de noms pour une même personne est d'autant plus écarté que l'obligation de reconnaître le nom est assortie de deux obligations corrélatives: ne pas attribuer un nom de famille

29. Selon l'art. 6§2, l'attribution du nom de famille devant les autorités consulaires compétentes d'un Etat contractant est réputée avoir eu lieu dans cet Etat.
30. CJCE, 2 octobre 2003, Garcia Avello c. État belge, préc.
31. Pour une perspective critique, voir Andreas BUCHER, «La dimension sociale du droit international privé», *Recueil des cours*, Vol. 341, 2010, p. 370, note 710.

différent et ne pas reconnaître d'autres noms de famille qui auraient été attribués par la loi d'un autre Etat[32].

60. La Convention prévoit également l'obligation d'inscrire le nom reconnu dans les registres officiels des Etats contractants et précise que cette inscription doit être faite sans qu'il soit besoin d'aucune procédure[33]. La reconnaissance ne peut être refusée que si elle est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat contractant dans lequel elle est invoquée[34].

61. Avec la mise en place d'un tel régime juridique, les droits fondamentaux des personnes intéressées sont protégés de manière efficace puisqu'une véritable continuité entre les ordres juridiques est prévue. L'ambition de traiter des questions qui n'avaient pas été abordées auparavant est donc louable et les moyens adéquats ont été prévus. Mais il s'agit probablement aussi du plus grand problème de ce texte. Son ambition est trop élevée. Pour l'instant, l'accord n'a été signé que par le Portugal et n'est pas encore entré en vigueur. Pourtant, la Convention aurait permis de disposer d'un régime juridique clair et prévisible pour les situations les plus complexes. Bien qu'elle soit susceptible d'apporter des solutions concrètes dans un grand nombre de situations internationales entraînant de graves difficultés pour les personnes concernées, les Etats ne l'ont pas adoptée par la suite.

V. CONCLUSION

62. Il n'existe donc pas de droit fondamental absolu à bénéficier du même nom dans deux Etats différents. Les Etats conservent une marge d'appréciation importante et des considérations d'intérêt public peuvent justifier une adaptation du nom d'une personne par rapport à celui qu'elle porte à l'étranger. Pour autant, les arrêts de la Cour de justice et de la Cour européenne des Droits de l'Homme ont permis d'effectuer des progrès significatifs en imposant, malgré tout, des obligations positives aux Etats. Ces derniers en ont tiré certaines conséquences dans leur droit national. Ils laissent donc à la jurisprudence européenne le soin de régler les litiges au cas par cas puis adaptent leurs règles à ces différentes décisions de justice.

63. La voie de l'adaptation ponctuelle et unilatérale présente les défauts de l'hétérogénéité, de nombreuses situations étant réglementées de manière diverse selon les Etats. Elle entraîne également une imprévisibilité latente,

32. Sur ce point, *vid.* rapport explicatif, préc., Généralités.
33. Art. 8.
34. Art. 7.

les règles nationales actuelles n'étant qu'éparses et souvent calquées sur les exigences jurisprudentielles qui sont susceptibles d'évoluer et d'intervenir dans des domaines jusque-là inexplorés. Un constat s'impose également : quelle que soit la voie choisie, des cas dans lesquels des personnes porteront des noms de famille différents selon les États avec lesquels elles ont des liens significatifs subsisteront. C'est pourquoi, par souci de réalisme et tout en continuant à rechercher les moyens d'assurer la portabilité des noms, il était également nécessaire de chercher à atténuer les difficultés rencontrées par les personnes qui sont confrontées quotidiennement à cette divergence.

64. Pour cette raison, la Commission Internationale de l'Etat Civil a adopté la Convention (n.º21) sur la délivrance d'un certificat de différence de noms, signée à La Haye le 8 septembre 1982[35]. L'objectif du texte n'est pas d'assurer la portabilité des noms mais de créer un outil pour lutter contre les effets néfastes de la divergence des noms au niveau international. Un formulaire multilingue a été conçu et figure en annexe de la Convention. Son objectif est énoncé à l'art. 1er de la Convention. Selon le §1, ce certificat est «destiné à faciliter la preuve de leur identité aux personnes qui, par suite de différences existant entre les législations de certains États, notamment en matière de mariage, de filiation ou d'adoption, ne sont pas désignées par le même nom de famille». Une personne en possession d'un tel formulaire pourra ainsi prouver son identité dans les différents Etats contractants en l'accompagnant d'un document d'identité portant l'un des noms qui y figurent. Il lui sera alors possible de faire valoir ses différents droits malgré la diversité des noms de famille, sans avoir à fournir d'autres informations à ce sujet, ce qui lui facilitera grandement la tâche. Si le certificat n'aborde pas le problème de fond des conséquences de l'application de lois différentes au nom d'une même personne, il est néanmoins de nature à faciliter la vie quotidienne de nombreux citoyens. Il s'agit par conséquent d'une méthode alternative permettant également de protéger les droits fondamentaux des personnes concernées. Bien entendu, cette solution constitue un simple palliatif. En effet, elle ne prend pas en compte l'aspect identitaire et psychologique du nom de famille mais cherche à trouver un remède à une situation insatisfaisante.

65. Pour finir sur une note optimiste, il convient de constater que des efforts convergents sont déployés en la matière et que le sort des personnes concernées tend à s'améliorer en permanence. Dans ce domaine comme dans d'autres, il faut donc remettre cent fois son ouvrage sur le métier.

35. Neuf Etats ont signé la Convention, mais seuls quatre d'entre eux l'ont ratifiée par la suite: la France, l'Italie, les Pays-Bas et l'Espagne.

¿Una solución internacional para la gestación subrogada?: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Conferencia de La Haya

An international solution for surrogacy?: the role of the European Court of Human Rights and The Hague Conference

Pilar Jiménez Blanco
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad de Oviedo

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: ¿ES POSIBLE UN CONVENIO INTERNACIONAL NEUTRAL? II. EL PAPEL UNIFORMADOR DEL TEDH Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS NACIONALES. 1. *Derecho a la vida privada y vinculación biológica con uno de los comitentes*. A. Vinculación biológica con un comitente varón. B. Vinculación con la pareja del comitente biológico. C. Vinculación biológica con la comitente mujer. 2. *Derecho a la vida familiar*. III. EL ENFOQUE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA. 1. *El contexto de los trabajos preparatorios*. 2. *Las bases para un modelo convencional*. A. Un sistema basado en el reconocimiento. B. Garantías mínimas. IV. BALANCE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO.

RESUMEN

Desde hace más de una década, la Conferencia de La Haya viene trabajando en un proyecto de Convenio internacional sobre filiación que incluya la gestación por sustitución en el contexto de las relacio-

nes internacionales. A finales de 2022, se publicó el informe final del grupo de expertos en el que se vislumbran las dificultades técnicas, además de importantes reticencias por parte de los Estados. El mantenimiento de los actuales modelos estatales divergentes y el impacto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos refuerzan la necesidad de una solución convencional, pero en términos garantistas y de respeto con los derechos fundamentales de los niños y de las mujeres gestantes. Técnicamente, un convenio internacional de reconocimiento es posible, pero su efectividad real dependerá de la aceptación de unos estándares mínimos por los Estados participantes.

PALABRAS CLAVE: Gestación subrogada. Filiación. Vida privada y familiar. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Conferencia de La Haya.

ABSTRACT

For more than ten years, the Hague Conference has been working on a draft international convention on filiation that would include surrogacy in the context of international relations. At the end of 2022, the final report of the group of experts was published, which highlights technical difficulties, as well as significant reluctance on the part of States. The maintenance of the current divergent state models and the impact of the case law of the European Court of Human Rights reinforce the need for a conventional solution, but in terms of guarantees and respect for the fundamental rights of children and pregnant women. Technically, an international recognition convention is possible, but its real effectiveness will depend on the acceptance of minimum standards by the participating States.

KEYWORDS: Surrogacy. Parentage. Private and family life. European Court of Human Rights. Hague Conference.

I. PLANTEAMIENTO: ¿ES POSIBLE UN CONVENIO INTERNACIONAL NEUTRAL?

1. El interrogante sobre si es posible un Convenio internacional sobre gestación por sustitución «neutral» supone preguntarse si la mera celebración de un Convenio en la materia puede implicar una promoción y toma de posición favorable hacia estos contratos. El interrogante responde a un debate habitual entre quienes así lo creen, frente a quienes entienden que

alcanzar una solución convencional es imprescindible para regular de manera preventiva esta práctica, evitando filiaciones claudicantes y situaciones de abuso y explotación de las gestantes. Hay que pensar que toda solución convencional tendrá, finalmente, un componente *pro gestationis*, dado que su finalidad será establecer un sistema habilitante para dar eficacia a estos contratos.

2. Existen posiciones enfrentadas en la sociedad civil sobre esta cuestión. Hay movimientos asociativos, incluyendo algunos procedentes del feminismo, que han manifestado públicamente su rechazo al avance de los trabajos de la Conferencia de La Haya en este ámbito. En este contexto, se sitúan, entre otros, la Coalición Internacional para la Abolición de la de la Gestación por Sustitución (CIAMS)[1] o el Colectivo para el Respeto de la Persona («CoRP»)[2]. Sin embargo, también hay posicionamientos favorables a esta regulación, procedentes de otros sectores del feminismo o de entidades como la *American Bar Association*, que se ha mostrado partidaria de una regulación a nivel internacional[3].

Desde la perspectiva de Naciones Unidas, la denuncia sobre las prácticas contrarias al tráfico de niños y explotación de mujeres no implica una postura contraria a una solución convencional, sino que se reivindica la elaboración de un Convenio en términos garantistas[4]. Así consta en el *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños*, que reclama una regulación sobre la misma para evitar riesgos para los niños, de abandono en muchos casos, y para las gestantes, frente a situaciones de explotación. Y, en este contexto, se recomienda a los Estados una regulación como la establecida para la adopción, dirigida a reforzar la prohibición de la venta de niños; al establecimiento de requisitos para las gestantes y para los comitentes; a garantizar que todas las decisiones se tomen en el interés superior del niño; a controlar la actividad de los intermediarios; y a regular todos los aspectos financieros, contractuales y médicos en esta materia. Para evitar el tráfico comercial de niños, concluye el Informe con la necesidad de

1. El presente trabajo se adscribe al Proyecto PID2021-123452OB-I00, «Retos jurídicos para una sociedad inclusiva: obstáculos de género a la vida privada y familiar en casos de movilidad transfronteriza» (GENDERMOB), financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/FEDER,UE, en los términos del art. 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (*BOE* n.º 131, 2-VI-2011). Ver los argumentos para un Convenio «abolicionista» en http://abolition-ms.org.
2. https://www.alliancevita.org
3. https://www.americanbar.org/about_the_aba.html
4. Ver 37 sesión consejo NNUU https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-sale-of-children/surrogacy-and-sale-children

que no se reconozca la eficacia automática de los contratos de gestación por sustitución, obligando a la transferencia de la filiación antes del nacimiento del niño; solo después del parto podrá, en su caso, aprobarse ese traslado. Es decir, el objetivo es acercarse a un modelo próximo a la adopción.

Precisamente, en la valoración sobre la oportunidad de un Convenio internacional sobre gestación por sustitución, la Conferencia de La Haya consideró las dificultades provocadas por la divergencia normativa entre Estados y las dificultades consiguientes para el reconocimiento transfronterizo de la filiación[5]. Se plantean, entre otros, problemas de seguridad jurídica para la protección y preservación de la identidad de los niños, de control de la libertad del consentimiento de las gestantes y de la idoneidad de los comitentes. En este contexto, se ha entendido que la solución convencional es, en realidad, la única viable para solucionar esta problemática, porque permite condicionar *ex ante* el reconocimiento internacional del estatuto jurídico de la filiación[6].

3. El análisis crítico sobre la elaboración de un Convenio en la materia también debe realizase en términos de efectividad. Un Convenio abolicionista sencillamente no sería efectivo, porque los Estados conservan su competencia normativa y, por tanto, no se verían especialmente incentivados a su ratificación. Por tanto, los inconvenientes de la situación actual no desaparecerían. Un Convenio internacional regulador, con el establecimiento de unos mínimos, podría servir para integrar sistemas jurídicos diversos, tal y como ha ocurrido con el Convenio de La Haya de 1993, sobre adopción internacional (CH 1993). Precisamente, este Convenio se ha utilizado como referente de equilibrio entre Derechos estatales divergentes y, a la vez, conciliador con el respeto a los derechos fundamentales[7]. En todo caso, no cabe entender equiparables el CH 1993 con un futuro Convenio sobre gestación

5. Véase el análisis de Derecho comparado realizado en el «Study of Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements» (Prel. Doc. No 3 C of March 2014).
6. Claramente se mostraron desde el principio favorables a esta vía convencional Katarina Trimmings y Paul Beaumont, «General Report on Surrogacy», en Katarina Trimmings y Paul Beaumont, *International Surrogacy Agreements (Legal Regulation at the International Level)*, Oxford, Harts Publishing, 2013, pp. 439 y ss.
7. Hannah BAKER, «A Possible Future Instrument on International Surrogay Arrangements: Are There "Lessons" to be Learnt from the 1993 Hague Intercountry Adoption Convention?», en Katarina Trimmings y Paul Beaumont, *op. cit.*, pp. 411 y ss.; Carolyn Mcleod y Andrew BOTERREL, «A Hague Convention on Contract Pregnancy (or "Surrogacy"): avoiding ethical inconsistencies with the Convention on Adoption», *International Journal of Feminist Approaches to Bioethics*, 2014, Vol. 7, N.º 2, pp. 219 y ss.

por sustitución, dado que el primero trata de activar la protección frente a niños ya nacidos, cuyo derecho a la vida familiar debe ser protegido, mientras que el segundo no debería servir para promocionar un inexistente derecho a tener un hijo, sino para prevenir filiaciones claudicantes, tráfico de menores y explotación de gestantes.

Alcanzar un convenio internacional en la materia supone un reto que debe superar las reticencias de los Estados. De una parte, debe considerarse la falta de incentivos que tienen los Estados contrarios a la gestación para establecer un procedimiento habilitante de la eficacia de gestaciones realizadas en el extranjero y no permitidas en el propio país. De otra parte, desde la perspectiva de los Estados «paraísos gestacionales», el esfuerzo es lograr que admitan unos mínimos en su regulación para evitar filiaciones claudicantes vinculadas a la movilidad internacional.

4. En todo caso, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha venido estableciendo unos mínimos que, como tales, deberían respetarse en cualquier solución convencional que pretenda alcanzarse, todo ello, sin perjuicio del propio impacto armonizador que tal jurisprudencia está teniendo ya sobre los Derechos nacionales.

II. EL PAPEL UNIFORMADOR DEL TEDH Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS NACIONALES

5. La interpretación dada por el TEDH del derecho a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH ha tenido un impacto indudable hacia la eficacia de los contratos de gestación por sustitución transfronterizos en supuestos en los que ni el orden público —como criterio general— ni el fraude a la ley —como criterio particular— pueden impedir que el niño nacido al amparo de un contrato de gestación permanezca con los comitentes en el Estado de acogida. No son —ni pueden serlo— pronunciamientos directos sobre la validez de los contratos, pero sí garantizan en parte su eficacia respecto al establecimiento del vínculo de filiación con el comitente si existe vinculación biológica o, si se dan ciertas condiciones, el mantenimiento del niño en el núcleo familiar.

En este contexto, el TEDH confirma la distinción entre el orden público en abstracto y el orden público en el caso concreto: el primero no puede ser utilizado por los Estados de acogida para rechazar de modo sistemático la eficacia de filiaciones legalmente establecidas en el extranjero, sino que el reconocimiento de esa filiación puede suponer, en el caso concreto, «*una*

solución necesaria para defender, proteger y promover el interés superior del menor» (asunto *Valdís Fjölnisdóttir*, reiterando jurisprudencia anterior[8]). Indica el TEDH que solo en casos extremos —tales como compraventas de menores, explotación o engaños a la madre gestante— se puede recurrir al orden público internacional del Estado de destino para denegar el reconocimiento de la filiación fijada en el Estado de origen. Precisamente de esta jurisprudencia cabe derivar un mínimo común de supuestos en los que los Estados de acogida deben aceptar la filiación ya establecida en origen. A identificar tales supuestos se dedican las líneas que siguen.

1. DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y VINCULACIÓN BIOLÓGICA CON UNO DE LOS COMITENTES

6. La protección del derecho a la vida privada del menor determina una eficacia indirecta de los contratos de gestación desde la jurisprudencia de los asuntos *Labassee*[9] y *Menesson*[10]. Su impacto, y sus desarrollos posteriores, se manifiestan en tres situaciones: la obligada admisión del establecimiento de la filiación con el comitente biológico; la necesidad de establecer la filiación, de una manera rápida y efectiva, respecto de la pareja del comitente biológico; y la incógnita sobre el establecimiento de la filiación si la comitente biológica es mujer.

A. Vinculación biológica con un comitente varón

7. En este caso, el Estado de acogida debe permitir el establecimiento de la filiación biológica de ese progenitor. Lo controvertido del Derecho francés (base de los asuntos *Labassee* y *Menesson*) era que, aplicando radicalmente el principio *fraus omnia corrumpit*, rechazaba cualquier opción de determinación del vínculo de filiación incluso, como ocurría en los supuestos litigiosos, cuando uno de los comitentes tenía vinculación biológica con los menores. Algo similar ocurre en el Derecho italiano cuestionado en el asunto *C. c. Italie*[11]. Este aspecto lo diferencia del Derecho español, que permite que el padre biológico pueda reclamar la paternidad con base en el art. 10.3 Ley

8. STEDH de 18 de mayo de 2021, asunto *Valdís Fjölnisdóttir*, ECLI:CE:ECHR:2021:-0518JUD007155217.
9. STEDH, Sección 5.ª, de 26 de junio de 2014, ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006594111.
10. ECLI:CE:ECHR:2014:0626JUD006519211.
11. STEDH de 31 de agosto de 2023, ECLI:CE:ECHR:2023:0831JUD004719621. En dicho asunto también se consideró que el Derecho italiano había vulnerado el art. 8 CEDH en un caso en que, habiendo transcurrido cuatro años, no se había establecido la filiación biológica paterna y el niño seguía siendo apátrida.

14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA). Sobre esta base, el Auto del TS de 2 de febrero de 2015[12] confirmó su Sentencia de 6 de febrero de 2014, entendiéndola conforme con el criterio del TEDH. En consecuencia, la sanción frente al fraude no puede privar de la posibilidad de aplicar las reglas generales de establecimiento de la filiación biológica a favor del comitente con el que exista dicho vínculo. Bien es cierto que el establecimiento de esa filiación no conlleva una obligación de transcripción de la certificación registral extranjera, sino que el Estado de acogida puede establecer otras vías para ello (asunto *D. contra France*)[13]. La precisión metodológica es importante porque no entra dentro de la competencia del TEDH pronunciarse sobre las condiciones para la eficacia registral (no solo probatoria) de un acta de nacimiento extranjero; pero sí entra en el ámbito de su pronunciamiento la obligación para el Estado de acogida de aceptar esa filiación por la vía que el legislador nacional estime. Lo determinante es alcanzar la equivalencia de resultados sobre la filiación establecida en el Estado de origen. A partir de ahí, se produce una evolución en la práctica de Derecho comparado que flexibiliza su posición ante el «reconocimiento del estatuto jurídico adquirido en el extranjero». Claramente ha ocurrido en Francia, siendo el último exponente la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 14 de noviembre de 2024, que considera que el reconocimiento de la gestación subrogada extranjera no vulnera el orden público francés. La evolución también se ha hecho visible, aunque de manera desigual, en Alemania y en España.

8. En este contexto se muestra la Sentencia del BGH alemán, de 10 de diciembre de 2014 (asunto XII ZB 463/13), reconociendo la filiación cuando hay vínculo biológico: no es suficiente proponer una adopción posterior, de desarrollo incierto incluso en la intención de los comitentes, lo que iría en detrimento del interés superior del menor. Lo importante, según el BGH alemán, es una interpretación del sistema basado en una «equivalencia de resultados» con la decisión de filiación dictada en origen (sentencia de un tribunal de California). Si el resultado en el Estado de acogida es el mismo, se justifica un reconocimiento directo de la sentencia extranjera de filiación.

9. En el caso del Derecho español, el impacto de la jurisprudencia del TEDH ha supuesto superar la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010, abriendo la vía de la prueba de paternidad biológica con uno de los comitentes. Esta situación no ha estado exenta de polémica en la práctica registral

12. ECLI:ES:TS:2015:335A.
13. STEDH de 16 de julio de 2020, apdo. 58, ECLI:CE:ECHR:2020:0716JUD001128818. Planteamiento también reiterado en el asunto *C. c. Italie*.

española, en especial, con los niños nacidos en Ucrania[14]. El contexto fáctico ha sido el siguiente: conforme a una práctica más o menos conocida, las familias españolas que realizaban contratos de gestación por sustitución en aquel país conseguían obtener el pasaporte del niño como español siempre que al menos el padre intencional acreditara la vinculación biológica con el menor, con pruebas de ADN que se valoraban en el propio Consulado. Sin embargo, un cambio de criterio en la actuación del Consulado español en Kiev desencadenó un bloqueo a la salida de los niños de Ucrania y, en consecuencia, a las familias comitentes españolas. El cambio de criterio no cerraba la puerta a la identificación de la vinculación biológica con los recién nacidos, pero obligaba a que el procedimiento probatorio se efectuara en España y ello requería la obtención de una documentación de viaje de los niños. La presión mediática ejercida fue, probablemente, la causa que motivó la Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019, que pretendió establecer unas directrices de actuación para las inscripciones consulares atendiendo a la diversidad de situaciones posibles en origen. La citada Instrucción inexplicablemente no llegó a publicarse en el BOE, aunque prueba de su existencia fue la publicación, cuatro días más tarde, de una nueva Instrucción, fechada el 18 de febrero de 2019, derogatoria de aquella[15]. Las principales novedades de la Instrucción de 14 de febrero de 2019 se encontraban en las Directrices segunda y tercera que tenían, como denominador común, el tratamiento de la gestación cuando no existía sentencia en el Estado de origen. La previsión de esta vía alternativa deriva de la citada jurisprudencia en los asuntos *Labassee* y *Mennesson*. La Instrucción de 18 de febrero supuso una vuelta parcial al sistema anterior, «resucitando» la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010. Bajo estas premisas se entiende que la existencia de una resolución judicial dictada en origen es un sistema más garantista y, desde luego, lo es para acreditar el libre consentimiento de la mujer gestante. Sin embargo, el retroceso al sistema anterior no podía ser total, dado que debía asumir la proyección de la jurisprudencia del TEDH sobre la necesidad (la obligación) de habilitar alguna vía para establecer la filiación en caso de vinculación biológica con el padre intencional, y ello totalmente al margen de la inexistencia de una resolución judicial en origen. Así ya se ha constatado en la práctica de tribunales españoles: dicho ligamen biológico

14. *Vid.* Pilar JIMÉNEZ BLANCO, «La "crisis" de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (Comentario a las Instrucciones de la DGRN de 14 y 18 de febrero de 2019)», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 37, 2019, pp. 24 y ss.

15. Instrucción de 18 de febrero de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre actualización del régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, https://www.boe.es/eli/es/ins/2019/02/18/(1).

es suficiente para que se acepte su filiación en el Estado de destino (SAP Barcelona, Sección 12.ª, de 6 de abril de 2021 en relación con un niño nacido en Canadá[16]; Sentencia JPI de Tudela de 23 de julio de 2021, en relación con una gestación en California[17]).

Tomando como referencia la STS (Pleno) 1626/2024, de 4 de diciembre, la Instrucción, de 28 de abril de 2025, de la actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) ha eliminado la posibilidad de inscripción de la filiación con base en el reconocimiento de la sentencia extranjera y la supedita exclusivamente al establecimiento de la filiación biológica o filiación adoptiva posterior cuando se pruebe la existencia de un núcleo familiar con suficientes garantías. La acreditación del vínculo deberá practicarse en España.

> Al respecto, la Directriz Cuarta indica que: «*Los solicitantes podrán obtener de las autoridades locales, si procede, el pasaporte y permisos correspondientes para que los menores puedan viajar a España y, una vez aquí, la determinación de la filiación se efectuará a través de los medios ordinarios previstos en el ordenamiento español (…)*».

El hecho de que la acreditación de la filiación tenga que realizarse en territorio español puede retrasar el proceso y generar dificultades de toda índole para las familias intencionales. Primero, debe lograrse la documentación de viaje del menor con un pasaporte del Estado de origen, lo que puede no ser factible si dicho Estado no establece la nacionalidad de origen a su favor; las dificultades aún se podrían acrecentar más si no consigue documentarse al recién nacido, siquiera provisionalmente, con un título de viaje español, tal y como ya ha ocurrido en la práctica judicial española. Segundo, si la prueba biológica fracasara, el menor tendría que volver al Estado de origen, lo que genera un viaje de ida y vuelta que habría que tratar de evitar. En la práctica posterior a la Instrucción de 2019, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública ha estado suspendiendo la inscripción de la filiación en el consulado por inexistencia de una resolución judicial en origen, resultando incierta la vía de llegar a territorio español para poder realizar aquí las pruebas de filiación[18]. Desde el 1 de mayo de 2025, la existencia de resolución judicial en origen será irrelevante.

Al menos formalmente, se intenta cubrir el expediente en relación con el TEDH, dado que no se cierra la posibilidad de determinación de la filiación

16. ECLI:ES:APB:2021:4280.
17. ECLI: ES:JPII:2021:704.
18. Ver esta práctica, de 2021, en el *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, año LXXV, n.º 2246, diciembre 2021, pp. 16 y ss.

biológica respecto del padre intencional. El mayor inconveniente es para las familias comitentes, quienes deben conocer y asumir de antemano los riesgos y costes que el proceso puede acarrearles. En estas circunstancias, ni siquiera sería invocable la protección del derecho a la vida familiar del art. 8 CEDH para justificar el derecho a un visado respecto de un recién nacido (asunto *D. and Others v. Belgium*)[19].

10. En la práctica comparada se han ensayado diferentes mecanismos para paliar estas consecuencias perjudiciales para el interés del menor en el caso concreto. En algún caso, podría defenderse el establecimiento de un visado o autorización de residencia por razones humanitarias (asunto *Manji*). En Suiza, se ha recomendado la adopción como salida a esta situación; vía alternativa inadecuada, dado que utiliza esa institución, de resultado incierto, para un supuesto para el que no está ideada y, además, no evita una apatridia de duración indeterminada. En el Derecho francés, se ha habilitado la posibilidad de emitir un certificado de nacionalidad francesa a quien figure como hijo de un nacional francés en una certificación extranjera de estado civil, que reúna, conforme el art. 47 del *Code civil*, las condiciones para tener efecto probatorio en Francia. Como base para tal proceder, el Consejo de Estado francés ha invocado el derecho a la vida privada de los menores[20]. Ello supone una separación entre nacionalidad y la filiación que, en el fondo, también se estaría produciendo en la mencionada práctica española cuando se impugna la filiación.

B. Vinculación con la pareja del comitente biológico

11. Conforme a esta jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida privada, los Estados también deben contar con una vía «efectiva y rápida» para establecer la relación de filiación con la pareja del comitente biológico que figura como «madre legal» en el acta de nacimiento extranjera. Inicialmente, pareció derivarse que la adopción por la pareja sería el procedimiento general para constituir el vínculo de filiación con la pareja del comitente biológico; sin embargo, las interpretaciones posteriores han matizado esta conclusión inicial. El Dictamen del TEDH, Gran Sala, de 10 de abril de 2019 (P16-2018-001) deja a los Derechos nacionales los medios para establecer la

19. STEDH de 8 de julio de 2014, asunto *D. and Others v. Belgium*, ECLI:CE:ECHR:2014:-0708DEC002917613.

20. Ver en Véronique Boillet y Hajime Akiyama, «Statelessness and International Surrogacy from the International and European Legal Perspectives», *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäischees Recht*, 2017, vol. 27, núm. 4, págs. 513 y ss., esp. pp. 525 y ss.

filiación, aunque con el condicionante de esa efectividad y rapidez en aras a la protección de interés del menor. Por tanto, encajaría dentro del art. 8 CEDH un rechazo a la eficacia automática de la certificación extranjera de maternidad y la imposición de un procedimiento de adopción (asuntos *C. y E. c. Francia*)[21]. Cabe entender que ello no es excluyente de otros cauces, como pudiera ser la filiación por posesión de estado.

12. En la práctica española, la posibilidad de adopción del menor por la pareja se había recomendado por el TS en la Sentencia de 6 de febrero de 2014[22]. Y esta es la vía habitual para fijar la filiación por parte de los cónyuges de los progenitores biológicos, hasta tal punto que el rechazo judicial a esa adopción invocando el art. 10 LTRHA ha sido considerado, en la STC 28/2024, de 27 de febrero, una vulneración de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE[23].

No obstante, esta vía abre otros problemas en relación con el asentimiento a la adopción por parte del padre intencional, siguiendo el procedimiento general.

> En el Auto 87/2018 de la AP de Asturias, Sección 4.ª, de 24 de julio de 2018[24], se rechazó la adopción por la pareja por oposición a la misma por parte del padre biológico; por su parte, el Auto 565/2018 de la AP de Barcelona, Sección n.º 18, de 16 de octubre de 2018[25], rechazó la adopción por la necesidad de contar con el asentimiento de la madre gestante.

En la práctica, también se han admitido otras vías como la transcripción directa del acta registral o sentencia extranjera (californiana) en la que consta dicha filiación (SAP de Barcelona, Sección 12.ª, de 6 de abril de 2021) o la posibilidad de establecimiento de la filiación través de la posesión de estado (SAP de Palma de Mallorca, de 27 de abril de 2021, en relación con una gestación por sustitución en Rusia[26]).

13. La práctica francesa ha ido más allá de lo exigido por el TEDH, pasando de la posible adopción del niño por la pareja hasta el reconocimiento registral automático de la certificación de nacimiento extranjera en Francia. En este contexto, la Sentencia *Cour de Cassation* de 4 de octubre de

21. STEDH de 19 de noviembre de 2019, asuntos *C. y E. c. Francia*, ECLI:CE:ECHR:2019:-1119DEC000146218. Planteamiento también reiterado en el asunto *C. c. Italie*.
22. ECLI:ES:TS:2014:247.
23. ECLI:ES:TC:2024:28.
24. ECLI: ECLI:ES:APO:2018:987.ª.
25. ECLI: ECLI:ES:APB:2018:6494.ª.
26. ECLI:ES:APIB:2021:660.

2019[27] partía de la adopción como sistema habitual para establecer dicha filiación; aunque también preveía, como excepción, la posibilidad de establecer directamente el vínculo de filiación a través de la posesión de estado o por la transcripción de la certificación de nacimiento extranjera. Precisamente esta última vía fue la utilizada en el caso concreto, por entenderla más acorde con el respeto al derecho a la vida privada del niño, dadas las dilaciones que provocaría un procedimiento de adopción de un niño que ya llevaba conviviendo quince años con los comitentes. Y este «reconocimiento automático» de la certificación registral, inicialmente concebida como excepcional, es la que se ha consolidado en las Sentencias de la *Cour de Cassation* de 18 de diciembre de 2019[28], que la acaba convirtiendo en la regla general para establecer la filiación respecto de la pareja del comitente biológico. La fundamentación metodológica que se utiliza es la de la eficacia «probatoria» de la certificación de nacimiento extranjera en el sentido del art. 47 del *Code civil* francés.

> El art. 47 del *Code civil* establece: «*Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité.*»

Como se observa, esta conclusión no solo va más allá de lo exigido por el TEDH, sino que desvirtúa la regulación del art. 47 *Code Civil* francés, pensado para la eficacia probatoria del documento público extranjero, pero no para la eficacia registral sustantiva del acto de estado civil contenido en el mismo, esto es, la filiación. Llevado al Derecho español, la inscripción registral de la certificación extranjera no se conforma con la comprobación de la regularidad documental del art. 323 LEC, sino con el control de validez de fondo de la filiación incorporada en el mismo. Para ello, conforme al art. 98 LRC, resulta inexcusable comprobar dicha validez conforme a las reglas de Derecho aplicable a la filiación —en nuestro caso, el art. 9.4 CC— y al orden público.

C. Vinculación biológica con la comitente mujer

14. Queda por resolver la incógnita del establecimiento del vínculo respecto de la madre intencional vinculada genéticamente con el recién nacido. Subsiste una cuestión de perspectiva de género oculta. La filia-

27. ECLI:FR:CCASS:2019:AP00648.
28. ECLI:FR:CCASS:2019:C101111.

ción biológica de la comitente mujer también reclama respuesta y además una respuesta coherente con el planteamiento sostenido para el comitente varón. Si el derecho a la vida privada del menor obliga a establecer un mecanismo para establecer la filiación por vinculación biológica, ello no puede ser solo predicable respecto del padre intencional. Lo curioso es que —a pesar de haberse preguntado directamente por ello— el citado Dictamen del TEDH de 2019 eludió una respuesta expresa sobre este punto. Aunque en los casos concretos de *Mennesson* y *Labassee* el material genético se aportó exclusivamente por el padre intencional, cabría entender que el criterio fijado por el TEDH debería extenderse a todos los casos en los que exista un vínculo genético del niño con los comitentes, al margen de que estos sean hombres o mujeres.

15. No queda claro, desde mi punto de la vista, que de la Sentencia del TEDH en el caso *D. c. Francia* se derive otro resultado, a pesar de lo que se dice en el pronunciamiento. En dicho asunto, se equipara el régimen jurídico de la pareja (sin vinculación genética con el niño) del comitente biológico con la mujer intencional que sí tiene ese vínculo genético, utilizando el fundamento del mencionado Dictamen consultivo de 10 de abril de 2019 (apdo. 64 de la Sentencia). Ello supone que el legislador nacional debe habilitar una vía «rápida y efectiva» para establecer la filiación materna, pero no derivada directamente del examen biológico. Al hilo del caso concreto, puede admitirse tal solución considerando, de una parte, que los tribunales franceses no conocieron en su momento el dato de esta vinculación biológica con la mujer comitente y, de otra parte, que la filiación biológica paterna ya había sido establecida. Por lo tanto, era sencillo recurrir a la adopción —de manera rápida y efectiva— por la pareja. Sin embargo, ¿qué ocurriría si el único vínculo biológico fuera con la comitente mujer? ¿Sería razonable que tuviera que recurrir a un procedimiento de adopción en ese caso, cuyos requisitos (por edad u otras circunstancias) podría no cumplir? O ¿se crea una vía de adopción *ad hoc* para este caso?

En consecuencia, cabe entender que la equiparación no debe ser entre las comitentes mujeres —la pareja del comitente biológico con la comitente vinculada genéticamente con el niño— sino que la equiparación debe ser entre los comitentes biológicos, sean hombres o mujeres.

16. En el Derecho español, la actual Instrucción DGSJFP de 28 de abril de 2025 se refiere a la determinación de la filiación biológica de "alguno" de los progenitores de intención, lo que, en su literalidad, permitiría alcanzar el mismo resultado para los comitentes varones o mujeres. Puede enten-

derse que no es un resultado deseado ni buscado en la Instrucción, pero su redacción no deja lugar a dudas. Puede objetarse que subsiste el obstáculo, de rango legal, del establecimiento de la filiación materna a través del parto fijado en el art. 10.2 de la LTRHA, lo que obligaría, en todo caso, a la inscripción de la gestante como madre en el Registro civil. Ello no impediría que se hiciera constar asimismo la filiación de la "madre intencional" con la que existe vínculo biológico en la medida en que la doble maternidad está permitida en nuestro sistema[29]. En consecuencia, se justificaría la doble inscripción materna con la gestante y la madre intencional vínculada biológicamente con recién nacido.

2. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR

17. El segundo grupo de casos derivados del art. 8 CEDH —los basados en la protección de la vida familiar— permitiría dotar de eficacia a los contratos cuando el menor mantiene y consolida, durante un período de tiempo, una relación con los padres intencionales no vinculados genéticamente con el niño. El art. 8 CEDH protege el derecho de una familia «ya constituida», no el derecho a constituir una nueva familia.

Acreditada una relación familiar *de facto*, no cabría aplicar una normativa nacional que implicara la separación del menor de quienes vienen asumiendo el cuidado del menor, al margen del título jurídico existente entre ellos. Este fundamento se examinó en el asunto *Paradiso* y *Campanelli*[30], aunque descartándose finalmente en el caso concreto por la rápida separación de éste respecto de los padres intencionales (apenas seis meses), que evitó que se entendiera consolidada una verdadera relación familiar *de facto* en ese caso. En consecuencia, este criterio no puede invocarse para justificar la permanencia con los comitentes de niños recién nacidos.

18. La eficacia (indirecta y mediata) de los contratos de gestación por sustitución al amparo de la vida familiar no solo no cubre la relación de los comitentes con un recién nacido, sino que tampoco obliga a que el Estado de acogida prevea el establecimiento de un vínculo de filiación entre niño y los comitentes; es suficiente, a estos efectos, poder mantener la relación familiar de hecho (entiéndase con convivencia y permanencia del niño con los comitentes) que se ha venido consolidando durante los años transcurridos desde el nacimiento del niño. Así se indica expresamente en la STEDH

29. *Vid.* el art. 7.3 LTRHA y apartados 4 y 6 del art. 44 LRC.

30. STEDH de 24 de enero de 2017, caso *Paradiso y Campanelli*, ECLI:CE:ECHR:2017:-0124JUD002535812.

en el asunto *Vladís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia*; pero ya se derivaba también de la jurisprudencia anterior en los asuntos *Labassee y Mennesson*, en relación con la interpretación del derecho a la vida familiar[31].

> Dos islandesas se habían registrado en California como madres legales de un niño nacido por gestación por sustitución. En el caso concreto, no existía vínculo biológico del niño con las comitentes, pero habían vivido durante todo el tiempo juntos (unos 4 años), bajo la guarda legal de las comitentes. Dado que las autoridades islandesas en ningún momento las separaron, no puede entenderse que haya existido una injerencia en su vida familiar. Sin embargo, se admite como injerencia legítima y fundamentada el hecho de que el Derecho islandés no reconozca el vínculo de filiación basado en el contrato de gestación por sustitución. Es relevante que se haya mantenido el ejercicio efectivo de la vida familiar (al margen del no reconocimiento formal de la filiación) y se subraya la posibilidad de los comitentes de adoptar al niño conforme al Derecho islandés.

19. En este contexto, sería conforme con los criterios del TEDH la práctica española que habilita la posesión de estado para consolidar una relación *de facto* mantenida durante el tiempo. Precisamente la protección de la vida familiar subyace en el planteamiento de la STS de 31 de marzo de 2022[32] que, después de realizar consideraciones generales sobre el orden público internacional en relación con los contratos de gestación, deja abierta la vía a la adopción por parte de la comitente (que no tiene vínculo biológico con el niño) que ha venido ejerciendo la tutela del menor durante años (la demanda de filiación se había presentado a comienzos de 2018 y con una convivencia previa adicional de dos años más). Lo singular es que el TS abre la vía de la adopción sin necesidad de propuesta previa (amparándose en el art. 176.2.3.º CC), valorando la idoneidad (material, afectiva) de la comitente por la conducta desarrollada durante los años que ha estado con el menor e intentando salvar el obstáculo de la diferencia de edad de los 45 años. Nuevamente, cabe alertar de los riesgos de extender este planteamiento a otros supuestos: se crea jurisprudencialmente un procedimiento de adopción «adaptado» a los supuestos de gestación por sustitución.

---

31. No puede invocarse el derecho a la vida familiar para exigir el reconocimiento legal de la gestación por sustitución en el Estado de acogida si este otorga efectos y protección a la relación constituida entre el menor y los «padres intencionales» aunque sea por una vía distinta y alternativa a la filiación pero que garantice la responsabilidad parental de aquellos (STEDH de 26 de septiembre de 2014, n.º 65192/11: *Mennesson*), 71 y 74 y n.º 65941/11: *Labassee*): cf. Roberto BARATTA, «Derechos fundamentales y Derecho internacional privado de familia», *AEDIPr.*, t. XVI, 2016, pp. 103 y ss., esp. p. 112, nota 29.
32. STS (Pleno) de 31 de marzo de 2022, ECLI:ES:TS:2022:1153.

III. EL ENFOQUE DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA

1. EL CONTEXTO DE LOS TRABAJOS PREPARATORIOS

20. La filiación se ha mostrado, hasta la fecha, como un ámbito especialmente complejo para alcanzar una regulación convencional en Derecho internacional privado. Ninguno de los instrumentos generales vigentes incluye el establecimiento del vínculo de la filiación: ni el Convenio de La Haya de 1996[33]; ni los Reglamentos (UE) Bruselas II bis y II ter, sobre responsabilidad parental[34]. El único antecedente directo en la materia es el Convenio de La Haya de 1993, sobre adopción internacional, que establece un sistema de cooperación y reconocimiento de adopciones que generen vínculo de filiación. Por ello, no es casual, que precisamente este Convenio sea un referente para un nuevo instrumento de DIPr en materia de filiación en situaciones transfronterizas. Más allá, solo se cuenta con algunos Convenios de la Comisión Internacional sobre el Estado Civil (CIEC), sobre competencia de autoridades para el reconocimiento voluntario de los hijos por naturaleza[35]; y con los Convenios bilaterales sobre reconocimiento de resoluciones judiciales, que incluyen las resoluciones judiciales sobre filiación dentro de ámbito de aplicación material.

21. Hace más de una década, la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado elaboró un Informe Preliminar sobre los problemas derivados de los contratos de maternidad por sustitución de carácter internacional[36]. El Informe mostraba, ya entonces, una tendencia creciente a recurrir

33. Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996, https://www.boe.es/eli/es/ai/1996/10/19/(1).

34. Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, http://data.europa.eu/eli/reg/2003/2201/oj; Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, http://data.europa.eu/eli/reg/2019/1111/oj

35. Convenio sobre la extensión de la competencia de los funcionarios cualificados para autorizar reconocimiento de hijos no matrimoniales, hecho en Roma el 14 de septiembre de 1961, https://www.boe.es/eli/es/ai/1961/09/14/(1); Convenio núm. 6 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC), relativo a la determinación de la filiación materna de hijos no matrimoniales, hecho en Bruselas el 12 de septiembre de 1962, BOE-A-1984-9033.

36. «A Premilinary Report on the issues arising from International Surrogacy Arrangements» (Prel. Doc. No 10). Toda la documentación sobre los trabajos que está desa-

a la gestación por sustitución en el marco de las relaciones transfronterizas y las dificultades que ello originaba. Los escenarios de Derecho comparado van desde los Estados que prohíben la gestación por sustitución a quienes lo admiten expresamente, pasando por países que simplemente toleran la práctica, pero sin regularla. A partir de ahí, se identifican las situaciones derivadas del establecimiento del vínculo en el Estado del nacimiento del niño y las correlativas dificultades para reconocer esa filiación a favor de los comitentes en el Estado de acogida. En este contexto, en 2014, se elaboró un documento que llevaba por rúbrica la «oportunidad» y la «posibilidad» de alcanzar un Convenio en materia de filiación[37]. Al año siguiente, se constituyó un Grupo de Expertos encargado de elaborar los trabajos para un futuro instrumento internacional que debían desarrollarse en dos vías: una general, sobre el reconocimiento de filiaciones establecidas en el extranjero, y otra circunscrita al ámbito de la filiación derivada de contratos de gestación por sustitución.

En ese mismo momento, en el seno del Comité de Derechos del Niño de NNUU, se planteaban las preocupaciones sobre la situación de los niños en el Estado del nacimiento, en particular en relación con India, con la explotación de mujeres vulnerables y el tráfico encubierto de niños y de adopciones ilegales; pero también se ponían de manifiesto los problemas sobre la situación generada en el Estado de acogida, por el riesgo de apatridia de niños nacidos al amparo de esta cobertura contractual. También en ese período, el TEDH había dictado las importantes Sentencias en los asuntos *Labassee* y *Mennesson*, que tanto impacto han tenido, como hemos visto, en la evolución posterior de los Derechos nacionales.

22. De los trabajos desarrollados hasta la fecha por la Conferencia de La Haya, se desprende la diversidad metodológica de los Estados para abordar el reconocimiento de filiaciones constituidas en el extranjero. Pero, más importante aún es la diversidad en la concepción de la filiación, estrechamente vinculada a valores y tradiciones identitarias nacionales en materia de familia. Es significativa la invocación de estas razones en la Sentencia del Tribunal de Justicia UE dictada en el asunto *Pancharevo*[38]. La evolución del

---

rrollando la Conferencia de La Haya en esta materia se encuentran disponibles en https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy. Vid. una descripción de los mismos en Antonia DURÁN AYAGO, «Los trabajos en el seno de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado sobre gestación por sustitución», Revista General de Derecho Constitucional, 2020, n.º 31.

37. «The desirability and feasibility of further work on the Parentage / Surrogacy Project» (Prel. Doc. No 3 B of March 2014).

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

Derecho de familia, especialmente sensible en relación con los hijos, marca una tendencia hacia la prohibición de discriminación de los niños al margen de su nacimiento, importante en relación con los hijos no matrimoniales y adoptivos, y que ahora también se extiende a hijos nacidos en el seno de matrimonios o parejas del mismo sexo. Esta misma evolución evidencia las dificultades jurídicas cuando en la filiación aparecen las técnicas de reproducción asistida, los contratos de gestación por sustitución y, otras figuras, como la posesión de estado. En definitiva, la filiación ha pasado de ser una cuestión biológica a ser una cuestión legal. A ello debe unirse la correlación, muy frecuente, entre filiación y nacionalidad en los Derechos que parten del *ius sanguinis*, lo que justifica aún más la configuración específica de cada Estado sobre el establecimiento del vínculo. Si el contexto general para alcanzar una regulación internacional sobre filiación es complicado, más aún lo es en relación con la gestación por sustitución, por las evidentes implicaciones éticas y el impacto directo sobre los derechos fundamentales del niño y de las mujeres gestantes.

Desde su constitución, el Grupo de Expertos se ha reunido oficialmente en once ocasiones, muestra de la ardua tarea que implica unificar reglas en este sector. El Consejo General sobre Asuntos Generales y Políticos de la Conferencia de La Haya ha ido prolongando el mandato del Grupo. La última reunión se celebró en abril de 2022 y, en noviembre, se presentó el Informe final[39]. Ya en marzo de este año 2023, el citado Consejo General ordenó la creación de un Grupo de Trabajo de Derecho internacional privado relativo a la filiación legal, incluyendo la resultante de los contratos de gestación por sustitución. Dicho Grupo de Trabajo se ha reunido, hasta el momento, en cuatro ocasiones sin haber logrado avances significativos.

23. El posicionamiento del TEDH, y su impacto en los Derechos nacionales, ha reforzado la oportunidad y la necesidad de un Convenio internacional en la materia. Se ha marcado el resultado al que deben llegar los Estados de acogida, pero depende de estos los «medios» para alcanzarlo. El objetivo debería centrarse en encontrar una vía común para adecuar el caso concreto a los principios generales de orden público.

En el citado Informe de 2014, la Conferencia de La Haya no solo se planteaba la «oportunidad» de un Convenio que incluyera la gestación por sustitución, sino que también se valoraba la «posibilidad» de su realización.

39. Groupe d'experts Filiation / Gestation pour autrui: *Rapport final «Faisabilité d'un ou de plusieurs instruments de droit international privé sur la filiation»,* Doc. prél. No 1 de novembre 2022, disponible en www.hcch.net.

Que el Convenio tenga que orientarse hacia reglas de Derecho internacional privado, excluyendo disposiciones de Derecho uniforme, parece indudable. Pero la valoración sobre la viabilidad de un Convenio en la materia requiere determinar qué tipo de regulación se quiere hacer, con la duda de si debía de ser un Convenio internacional vinculante o un instrumento de *soft law*, con un carácter más orientativo sobre la actuación de las autoridades estatales. Ya desde el momento inicial, se planteaban, además de problemas de fondo, importantes cuestiones metodológicas, dadas las divergencias técnicas entre los Estados en materia de filiación y el «reconocimiento» de las filiaciones establecidas en otros Estados condicionadas por su tipología: matrimonial, no matrimonial, con la presencia de técnicas de reproducción asistida y, finalmente, mediando contratos de gestación por sustitución.

Como se verá seguidamente, son pocos los puntos comunes alcanzados, aunque cabe vislumbrar e identificar aspectos que constituirían garantías mínimas para la eficacia transfronteriza de las gestaciones por sustitución que deberían incorporarse a un futuro Convenio internacional.

2. LAS BASES PARA UN MODELO CONVENCIONAL

A. Un sistema basado en el reconocimiento

24. Del Informe final del Grupo de Trabajo puede derivarse, al menos, un consenso sobre tres cuestiones. La primera sobre la necesidad de incluir el tratamiento de la gestación por sustitución en un protocolo independiente del convenio internacional de filiación que vaya a negociarse. Ciertamente, esta fragmentación trata de impedir que una solución convencional quede bloqueada por las dificultades derivadas de la gestación por sustitución, lo que es tanto como reconocer la desconfianza existente sobre el éxito de un acuerdo internacional sobre esta. La segunda cuestión consensuada es que la solución que, en su caso, se alcance sobre la gestación por sustitución se hará solo para el establecimiento de la filiación, pero sin regular los efectos colaterales de la misma sobre la nacionalidad, los derechos sucesorios, la responsabilidad parental o el derecho de alimentos. En tercer lugar, también hay acuerdo sobre la caracterización de internacionalidad de la relación, que parte de la residencia habitual de la gestante y de los comitentes en diferentes Estados, que implique un desplazamiento del niño[40]. Esta delimitación espacial es razonable si consideramos que los supuestos problemáticos son

40. P. 26. Se sigue en este punto una caracterización de la internacionalidad similar a la exigida por el CH 1993 sobre adopción internacional.

precisamente los derivados del turismo gestacional. El resto de los casos serán considerados como «internos» aunque pervivan elementos de internacionalidad como los derivados de la nacionalidad de los comitentes que residen en un Estado que reconozca este tipo de gestación.

25. Desde una perspectiva metodológica, la tendencia marcada por el Grupo de Expertos ha ido apuntando a la posibilidad de «reconocimiento» de la filiación constituida en un Estado, y no a la elaboración de reglas comunes de competencia internacional de autoridades ni de ley aplicable. Tal opción permite justificar mejor la «neutralidad» de un futuro Convenio: acordar reglas comunes de competencia y de ley aplicable implicaría una aceptación expresa de la gestación por sustitución que, sin embargo, queda más diluida cuando se trata de evitar, mediante el reconocimiento, una filiación claudicante ya establecida en otro Estado.

Pero dentro del sector del reconocimiento, es preciso determinar el título apto para el mismo —sea una resolución judicial y/o una certificación registral de nacimiento— y los consiguientes controles o condiciones que posibiliten su eficacia en el resto de los Estados. Tal decisión va a condicionar, necesariamente, el ámbito de aplicación del convenio: la opción por exigir decisión judicial en origen puede facilitar la viabilidad del Protocolo, pero el problema es que muchos Estados prevén la filiación de pleno derecho o mediante un acto unilateral en los que no interviene una autoridad[41]. Tales Estados tendrán pocos, o ningún, incentivo a reformar su normativa para incorporar un control judicial que, hasta la fecha, no venían utilizando.

En este contexto, se sitúa el problema de la admisión incondicional de las certificaciones de nacimiento extranjeras, cuya inscripción en el Registro del Estado de acogida va más allá de una mera eficacia probatoria, en contra de las, ya citadas, últimas decisiones de la *Cour de cassation* francesa. Como ya hemos indicado, la eficacia registral de una certificación de nacimiento extranjera requiere, con carácter general, una comprobación de validez de fondo de la filiación incorporada en el mismo, tal y como establece el art. 98 de la Ley de Registro Civil española. Sería difícil pensar, en el estado actual de cosas, en una solución convencional que partiera de un reconocimiento automático de certificaciones de nacimiento extranjeras. Esta eficacia constitutiva y registral de documentos públicos extranjeros no se ha alcanzado, a día de hoy, en ningún Convenio y sólo, puntualmente, en algún Reglamento (UE) de DIPr. como el art. 69 del Reglamento (UE) n.º 650/2012, a propósito de las certificaciones sucesorias europeas, o el art. 65 del Reglamento (UE) n.º

41. *Vid.* el *Rapport final…, op. cit.*, p. 29.

2019/1111, en el ámbito de acuerdos de responsabilidad parental y divorcio registrados en un Estado miembro.

26. Parece que el objetivo es ir hacia un sistema de resoluciones extranjeras de gestaciones por sustitución. La finalidad perseguida ha sido, desde el principio, clara: garantizar un estatuto jurídico para los niños cierto y seguro y el respeto de los derechos fundamentales de las personas implicadas. Para ello deben establecerse condiciones de reconocimiento específicas, diferentes a las habitualmente empleadas para las decisiones judiciales que impiden una revisión de fondo. Aplicado al Derecho español, el modelo debería ser más próximo al art. 26 de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional, que al art. 46 de la Ley 29/2015, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil.

Para el marco convencional, durante un tiempo se tomó como referente el CH 1993 sobre adopción internacional, que constituye un buen modelo en cuanto a estructura y a finalidad. La estructura se basa en un mecanismo preventivo de cooperación entre autoridades y de reconocimiento subsiguiente de las adopciones así constituidas. La finalidad es evitar adopciones claudicantes que puedan interferir en el mantenimiento de la identidad de los menores, una vez cumplidas las garantías preestablecidas. En este contexto, cabe preguntarse qué aportaciones del CH de 1993 pueden o deben incorporarse a un futuro Convenio sobre gestación por sustitución en cuanto a estándares mínimos que deberían cumplirse[42]. Sin embargo, la extrapolación de esa plantilla al ámbito de la gestación por sustitución conllevaría, necesariamente, una intervención en las legislaciones de los Estados que pretendieran ratificarlo. El modelo establecido por el CH 1993 es un modelo de control *ex ante* de que se constituya la adopción y solo cuando han sido certificadas como conformes al Convenio puede beneficiarse del sistema de reconocimiento allí establecido. El inconveniente es la necesidad de regulación expresa en Estados contrarios a la gestación interna/nacional y la necesidad de establecer un sistema de cooperación a través de autoridades públicas.

Todo ello hace que la balanza parece inclinarse hacia un Convenio que prevea un control *ex post*, ya sea estableciendo unas condiciones/garantías mínimas en el Protocolo para permitir el reconocimiento o fijando motivos de denegación del reconocimiento que los Estados pueden activar[43]. Los

42. Así se incluyó en la Nota preliminar de 2011, preparada por la Oficina Permanente (Doc. prél. No 11 de mars 2011), para. 43.

43. *Vid.* el Informe final del Grupo de Expertos, *op. cit.*, pp. 30-31.

expertos consideran este modelo más viable, dado que no requiere el establecimiento de un sistema de cooperación de autoridades públicas.

B. Garantías mínimas

27. La conciliación entre la filiación establecida a partir de contratos de gestación con el interés superior del niño y la protección de los derechos fundamentales de todas las partes implicadas implica no aceptar incondicionalmente los modelos estatales vigentes. La idea es imponer unas reglas mínimas de aceptación recíproca por los Estados miembros que pasarían por cumplir la prohibición de venta y tráfico de niños; la protección de la dignidad y del consentimiento de las gestantes; el control de la idoneidad de los comitentes; y un control de proximidad con el Estado de origen. El objetivo es adaptar reglas ya ensayadas en el citado CH 1993, pero adaptadas a las singularidades de los contratos de gestación. Siguiendo la estela del TEDH, se trataría de evitar los casos extremos —tales como compraventas de menores, explotación o engaños a la madre gestante— en los que se puede recurrir al orden público internacional del Estado de destino para denegar el reconocimiento de la filiación fijada en el Estado de origen[44].

28. En primer lugar, cualquier Convenio que se celebre en materia de filiación debe incluir la prohibición de venta o de tráfico de niños. El CH 1993 recuerda esta prohibición en su Preámbulo y también en art. 1.b), lo que impide, en el procedimiento de adopción, una remuneración para la familia biológica del niño. La transposición de esta regla al ámbito de la gestación por sustitución hace difícilmente compatible su admisión en su modalidad comercial y requeriría un control riguroso sobre la actividad desplegada por las agencias intermediarias. Aún sí, se han propuesto algunas alternativas para intentar conciliar el pago a la gestante con la prohibición de venta del niño: en este contexto, en el Informe de la Relatora de Naciones Unidas se abría un margen a la remuneración, pero sin renuncia anticipada a la maternidad por la gestante; algún sector doctrinal ha entendido, por su parte, que sería admisible el pago, pero sin estar directamente relacionada con el nacimiento efectivo del niño[45]. La propia jurisprudencia del TEDH ha admitido, implícitamente, la eficacia de gestaciones comerciales procedentes de California y de Ucrania. En todo caso, una admisión expresa en ese sentido se antoja poco compatible e incoherente con el CH 1993: si la prohibición es tajante para las adopciones sería difícilmente justificable para la gestación por sustitución.

44. Ver Informe final del Grupo de Expertos, *op. cit.*, pp. 34 y ss.
45. Carolyn Mcleod y Andrew BOTERREL, *loc. cit.*, pp. 226 y ss.

29. En segundo lugar, es esencial la garantía del consentimiento libre e informado de la gestante, especialmente importante para la protección de mujeres en situaciones de vulnerabilidad económica o social. Esta es otra de las cuestiones más sensibles —y cuestionadas— de la gestación por sustitución, sobre todo, cuando la renuncia a la maternidad se concibe de manera irrevocable y anticipada al nacimiento del niño. Desde una perspectiva estrictamente contractual, esta renuncia es coherente con la exigibilidad de las prestaciones y la seguridad jurídica de las partes; pero, desde la perspectiva de la gestante y del objeto de las obligaciones contraídas, puede entenderse como una limitación que afecta a su dignidad y libertad. El objetivo en este ámbito no es garantizar un equilibrio contractual; sino que la protección tiene que inclinarse a favor de la gestante, que es la parte que pone en juego su derecho a la libre disposición de su cuerpo. Esta valoración corresponde hacerla en el caso concreto, aunque se visibilicen y perciban perfiles sociales, en principio, más vulnerables que otros, en función de su estamento económico, social, cultural y educativo. El momento del consentimiento también es determinante. No es caprichoso el consentimiento en un momento posterior al nacimiento del niño; y en esta línea se regula la gestación por sustitución en países como el Reino Unido o Portugal, considerando que ello resulta más acorde con el ejercicio de la propia libertad personal de la gestante[46]. Quedaría también por determinar la conciliación entre la protección del anonimato de la gestante con el derecho del niño a conocer sus orígenes biológicos.

A este consentimiento de la gestante, añade el informe final de expertos la necesidad de contar también con el consentimiento de la pareja gestante cuando este fuera padre legal en el Estado de origen en el momento del nacimiento. La cautela, formalmente correcta, no es previsible que sea frecuente en la práctica porque esta filiación no suele estar generalmente establecida.

También deberá constar, lógicamente, el consentimiento de los comitentes a la gestación por esta vía y la aceptación —informada y libre— de la filiación resultante.

30. Asimismo podría considerarse el control de la idoneidad de los comitentes, siguiendo el paralelismo que marca el art. 5.a) CH 1993[47] para la adopción, y como requisito esencial para la protección del interés superior

46. En torno al consentimiento de la gestante, son relevantes las aportaciones del TC portugués en relación con la revocabilidad del consentimiento de la gestante hasta el momento de la inscripción registral del niño.

47. En este sentido, puede consultarse la Children's Act 38, de 2005, de Sudáfrica: «A court may not confirm asurrogatemotherhood arrangement unless the commissioningparent

del menor y coherente con la inexistencia de un derecho fundamental a ser padre o madre. En este caso, habría que añadir unos criterios de idoneidad mínimos de la gestante, en torno a su capacidad, edad mínima u otros condicionantes. Como presupuesto de reconocimiento, desactivaría una gran parte de las gestaciones donde ese control en origen de idoneidad de la gestante no se va a realizar.

31. A todo lo anterior, debería añadirse la exigencia de proximidad con el Estado de origen en relación con los comitentes y con las mujeres gestantes. Subyace aquí el control del fraude de ley que supone un desplazamiento con el objeto exclusivo de establecer una filiación en otro Estado con el que no existe ninguna vinculación (es decir, el aludido turismo gestacional). Legitimar tal posibilidad a través de un Convenio internacional resultaría incoherente con los Derechos de los Estados de acogida que mantengan regulaciones internas contrarias a este tipo de gestación. Las posibilidades de fraude podrían atajarse a través de un adecuado control de competencia de las autoridades de origen que suponga una «vinculación razonable» con ese Estado basado en una conexión con los comitentes, por ejemplo, su residencia habitual en dicho Estado[48].

Pero también es importante exigir una residencia previa de la gestante en el Estado de origen (del nacimiento del niño) para evitar la trata de mujeres trasladadas a dicho Estado con la finalidad de ser explotada para la gestación[49].

Si resulta difícil perfilar unas condiciones o garantías mínimas, más aún lo es determinar si deben incluirse directamente en el propio protocolo como condiciones de reconocimiento o, indirectamente, como motivos de denegación que puedan incluirse en los Derechos nacionales. La segunda opción es, ciertamente, más flexible y adaptada a la configuración de cada Estado,

---

or parents are in all respects suitable persons to accept the parenthood of the child that is to be conceived» (295 [b][ii]), *vid.* https://www.gov.za/documents/childrens-act

48. Véase en este sentido, Santiago Álvarez González, «Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *AEDIPr*, t. X, 2010, pp. 339 y ss., p. 364. Salvando las distancias, un control de competencia lo tenemos en el art. 26.1.1.º de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional, para el reconocimiento en España de las adopciones constituidas en el extranjero, y que establece que «que haya sido constituida por autoridad competente. Se considerará que la autoridad extranjera es competente si el supuesto presenta vínculos razonables con el Estado extranjero cuyas autoridades la han constituido. Se presumirá, en todo caso, que son competentes aplicando de forma recíproca las normas de competencia previstas en el art. 14 de esta Ley».

49. Tal y como indican Katarina Trimmings y Paul Beaumont, *op. cit.*, pp. 639 y ss.

pero por eso también introduciría una asimetría en las posibilidades de reconocimiento de una misma gestación en función de cada país.

32. Todo este sistema garantista requiere una intervención, control y cooperación por parte de las autoridades de Estado de origen y de Estado de acogida para comprobar las condiciones de consentimiento (incluyendo el propio contenido del clausulado del contrato[50]), la ausencia de remuneración, la acreditación de las agencias intermediarias y la idoneidad de los comitentes Si el Informe de expertos rechaza, por inviable, el control *a priori*, difícilmente pueden establecerse *a posteriori*. Estos controles deberían verificarse de manera preventiva, antes del nacimiento del niño.

Las resistencias a la ratificación de un Convenio de este tipo vendrían probablemente de los Estados «más liberales», que permiten una gestación comercial prácticamente incondicional. Sin embargo, en la elaboración de un Convenio lo más neutral y garantista, la aceptación de tales garantías debería entenderse irrenunciable. El problema sería la aparición de filiaciones claudicantes si esas garantías / condiciones no se cumplen[51]. En estos supuestos, deben entenderse salvaguardados los supuestos establecidos por el TEDH que obligan a reconocer la filiación, cuando exista vínculo biológico, o a garantizar algún tipo de relación jurídica —no necesariamente a través de la filiación— en otro caso. Recuérdese que incluso los controvertidos supuestos de gestación comercial serían reconocibles —desde la perspectiva del Tribunal Europeo— a menos que existiera una manifiesta explotación de la vulnerabilidad de la gestante en el caso concreto.

33. Finalmente, es relevante señalar que las perspectivas de ensayos convencionales se centran exclusivamente en el efecto sobre la filiación del contrato de gestación por sustitución. En la idea de un Convenio de mínimos, debe considerarse que no hay fundamento para obligar a los Estados de acogida para establecer un vínculo de filiación con un comitente con el que no existe vinculación genética, en la medida en que existan otras vías para mantener la «vida familiar». Esto presenta indudables ventajas en la medida en que puede mantenerse al menor con los comitentes, pero no bajo la forma de la filiación, lo que reduce las posibilidades de resistencia y de aplicación del orden público de los Estados de acogida.

---

50. El control también podría alcanzar el propio clausulado del contrato considerando las renuncias que pudieran afectar a la dignidad de la persona. En este sentido, elocuente la valoración dada por el TS, en su sentencia de 31 de marzo de 2022.
51. *Vid.* el *Rappor final…*, *op. cit.*, p. 36.

Es más, esa apertura permitiría conciliar el futuro Convenio internacional con la, citada, tendencia jurisprudencial del TEDH. No deja de resultar curioso que el informe final de los expertos no mencione esta jurisprudencia ni asuma estos criterios dentro de los mínimos posibles. Puede resultar que, al final, el Convenio tenga una visión mucho más limitada que las soluciones avanzadas, hasta la fecha, por el Tribunal Europeo.

IV. BALANCE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

34. Al margen de debates éticos, lo cierto es que la gestación por sustitución de carácter transfronterizo se ha consolidado en la práctica y se ha reforzado, parcialmente, con la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la vida privada del niño ya nacido y cuya filiación ha sido establecida en origen a favor de los comitentes. Esta jurisprudencia, en los supuestos de vinculación biológica con uno de los comitentes, obliga a los Estados a aceptar «un resultado» (la filiación u otro tipo de relación de responsabilidad parental), aunque les deja un margen para determinar los «medios», rápidos y efectivos, para alcanzarlo.

35. En el Derecho español, es conocida la inseguridad jurídica derivada de la falta de un soporte normativo cierto sobre la materia. Esto obliga, en el contexto actual de Derecho comparado, a forzar los instrumentos jurídicos de los Estados de acogida para dar eficacia a las filiaciones ya constituidas; en particular:

- Se está creando una adopción «adaptada» a la gestación por sustitución.
- Deben habilitarse vías específicas para permitir la entrada de niños en el Estado de acogida para posibilitar el ejercicio de las acciones de filiación.
- Se mantiene incierta la situación de niños que devienen apátridas si no se les reconoce la filiación.
- Se ha dado, en ocasiones, eficacia automática a las certificaciones registrales extranjeras de nacimiento sin controles adicionales.

36. En este contexto, la llamada a una solución convencional es oportuna y técnicamente posible. La conciliación entre la filiación establecida a partir de contratos de gestación con el interés superior del niño y la protección de los derechos fundamentales de todas las partes implicadas significa no

aceptar incondicionalmente los modelos estatales vigentes, sino tratar de adecuar la valoración del caso concreto con los principios generales de orden público, lo que requiere una actuación preventiva antes de la gestación.

El objetivo no es elevar a un Convenio la jurisprudencia del TEDH, dado que la solución dada a los casos planteados ha convalidado —implícitamente— situaciones de gestación comercial y de turismo procreativo, que no deberían incorporarse en una norma internacional.

El contenido de un Convenio no debe servir para promocionar la gestación por sustitución ante un inexistente derecho a ser padres, sino para establecer unas garantías mínimas de los derechos de niños y de mujeres gestantes, lo que requiere un modelo intervencionista y de control por autoridades de los Estados de origen y de acogida.

La oportunidad y la posibilidad de un Convenio pueden confirmarse. Resta por ver la efectividad del mismo ante las posibles reticencias a su ratificación por Estados no dispuestos a aceptar un cambio de modelo en sus propias legislaciones.

Vida familiar de hecho en la filiación por gestación subrogada

De facto family life in filiation by surrogate gestation

Isabel Eugenia Lázaro González
Profesora Propia Ordinaria de Derecho internacional privado
Universidad Pontificia Comillas — ICADE

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. III. EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR. IV. FACTORES QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA PARA VALORAR SI HAY VIDA FAMILIAR. V. CONCLUSIONES.

RESUMEN

La vida familiar de facto constituye en muchas decisiones judiciales sobre gestación subrogada un elemento clave de la respuesta del tribunal. En este texto se analiza cómo es entendida la vida familiar de hecho en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la jurisprudencia de los tribunales españoles.

PALABRAS CLAVE: Filiación. Gestación subrogada. Interés superior del niño. Vida familiar.

ABSTRACT

In many court decisions on surrogacy, de facto family life is a key element of the court's response. This text analyses how de facto family life is understood in the judgments of the European Court of Human Rights and in the jurisprudence of the Spanish Courts.

KEYWORDS: Filiation, Surrogacy. Best interests of the child. Family life.

I. INTRODUCCIÓN

Contrariamente a la concepción tradicional de la vida familiar, en el siglo XXI existen cada vez más constelaciones de maternidad diferentes, que van desde las madres genéticas (que aportan los óvulos fecundados), las madres biológicas o gestacionales, las madres adoptivas y las madres intencionales —afirma el juez Jelić en su opinión disidente en el caso A. M. contra Noruega, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2022[1].

Efectivamente la concepción de la familia está sufriendo una importante transformación cuyo examen completo no corresponde a estas páginas aunque mucho tengan que ver con ello. Lo cierto es que, entre los fenómenos a los que estamos asistiendo, la gestación subrogada comercial constituye un fenómeno creciente que está superando rápidamente en número a las adopciones internacionales. A su aumento y vinculado a estas gestaciones acompaña una honda preocupación en las instituciones internacionales de protección de los derechos humanos por la venta de niños a través de contratos de gestación por sustitución[2].

---

1. https://orcid.org/0000-0002-3282-9978. Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i «El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica» — PID2020-113061GB-I00, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033.
STEDH (Sección 5.ª), Caso A.M. contra Noruega, de 24 de marzo de 2022, Opinión disidente del juez Jelić, § 34. Añade que «El formalismo que muestra la legislación noruega es excesivo, ya que el rechazo total de un certificado de nacimiento extranjero válido conduce a una rigidez excesiva. (…) En ese sentido, parece demasiado simplista limitar la legislación noruega a reconocer únicamente a la madre biológica como madre legal de un niño en el momento del nacimiento. Una legislación más indulgente que sea capaz de evaluar las situaciones individuales de las madres y que determine la situación jurídica de una madre caso por caso estaría más en línea con los avances actuales en materia de derechos reproductivos».

2. Esta preocupación ha estado presente en los Informes de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños (A/HRC/34/55, de 22 de diciembre de 2016; A/HRC/37/60, de 15 de enero de 2018; A/74/162, de 15 de julio de 2019). También constituye una preocupación para el Comité de los Derechos del Niño. Así, por ejemplo, pide a India que garantice que el proyecto de ley sobre tecnología de reproducción asistida (reglamento), de 2013, o cualquier otra ley posterior contenga disposiciones que definan, regulen y vigilen los acuerdos de subrogación y tipifiquen como delito la venta de niños con fines de adopción ilegal, incluido el uso indebido de la maternidad subrogada (Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India, CRC/C/IND/CO/3-4, 7

Al pasar de este planteamiento y reflexión general a la respuesta que está ofreciendo el sistema español a los numerosos casos de gestación subrogada que quieren o necesitan reconocimiento jurídico, nos encontramos con una situación compleja. El legislador se ha ocupado de la gestación subrogada en el art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA)[3]. Con arreglo a su texto se considera nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. En cuanto a la filiación de los nacidos mediante gestación subrogada, respecto a la madre será determinada por el parto. No obstante, queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales. Esta escueta regulación no ha sido modificada desde la puesta en marcha de la ley pese a las distintas reformas que ha sufrido[4].

Como suele ocurrir cuando la Ley es parca ante comportamientos humanos que están afectados por el Derecho, los Tribunales se ven obligados a pronunciarse y de su jurisprudencia nace un cuerpo de respuesta jurídica que merece ser analizado. Concretamente en estas páginas se analiza el peso que en esa jurisprudencia está teniendo la existencia de vida familiar de hecho entre los padres de intención y en niño nacido a través de gestación

---

de julio de 2014, § 58), a México que vele por que el Estado de Tabasco revise su legislación en materia de gestación por sustitución e introduzca garantías a fin de impedir que se use para la venta de niños (Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México, CRC/C/MEX/CO/4-5, 3 de julio de 2015, § 70) y a los Estados Unidos de América que considere la posibilidad de dictar leyes sobre la venta de niños que pueda producirse en el contexto de la maternidad subrogada y quede fuera del ámbito de aplicación del derecho de familia (Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de los Estados Unidos de América presentados en virtud del art. 12, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, 12 de julio de 2017, § 25).

3. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, de 27 de mayo de 2006).

4. Ha sido modificada por la Ley 3/2007, de 15 de marzo (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007), la Ley 14/2007, de 3 de julio (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007), la Ley 26/2011, de 1 de agosto (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2011), la Ley 18/2015, de 9 de julio (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2015) y la Ley 19/2015, de 13 de julio (BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015), pero ninguna de estas reformas ha afectado al texto que se refiere a la gestación por sustitución. Es más, ya se establecía el mismo contenido en la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 1988).

subrogada y el vínculo que existe entre el respeto a la vida familiar de hecho y el interés superior del niño como eje vertebrador de cualquier decisión que afecta a la vida de los niños. En el marco de este análisis del papel que juega el respeto a la vida familiar del niño en el sentido del derecho que reconoce el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) tendremos ocasión de comprobar en qué medida se proyecta la jurisprudencia del Tribunal Europeo en las decisiones de los Tribunales españoles.

En la actualidad contamos en España con un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, cuatro sentencias del Tribunal Supremo —a las que acompañan varios autos— y una abundante jurisprudencia menor que dan respuesta a las cuestiones jurídicas de diferente índole y alcance que se plantean en torno a la gestación subrogada[5]. Por otra parte, en más de quince ocasiones se ha pronunciado el Tribunal de Estrasburgo sobre la gestación subrogada[6]. Aunque ha sido el derecho a la vida privada que también contempla el art. 8 del CEDH el eje fundamental de sus decisiones en lo que se refiere a los derechos del niño nacido por gestación subrogada —sobre todo en las primeras—, el respeto a la vida familiar ha formado parte del contenido que el Tribunal ha incorporado al interés superior del niño.

Del conjunto de esta jurisprudencia, podría pensarse que se ha encontrado por los padres de intención o padres comitentes la forma de burlar al sistema a través del reconocimiento de la paternidad biológica del varón o uno de los varones (siempre que lo haya en la situación) y de la adopción

5. Para la elaboración de este texto se han analizado desde la perspectiva de la vida familiar de hecho cerca de cuarenta decisiones judiciales de tribunales civiles españoles.

6. Se han analizado las siguientes SSTEDH: Caso Mennesson contra Francia, de 26 junio de 2014; Caso Labassee contra Francia, de 26 de septiembre de 2014; Decisión D. y otros contra Bélgica; Caso Foulon y Bouvet contra Francia, de 21 de octubre de 2016; Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, de 27 de enero de 2015, y Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, de 24 de enero de 2017; Caso Laborie contra Francia, de 19 de enero de 2017; Decisión C. contra Francia y E. contra Francia, de 19 de noviembre de 2019; Caso D. contra Francia, de 16 de octubre de 2020; Caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, de 18 de agosto de 2021; Caso Hájovský contra Eslovaquia, de 1 de octubre de 2021; Caso A.M. contra Noruega; Decisión H. contra Reino Unido, de 31 de mayo de 2022; Caso D. B. y otros contra Suiza, de 22 de noviembre de 2022; Caso K. K. y otros contra Dinamarca, de 6 de diciembre de 2022. Debe tenerse en cuenta también en esta actividad del Tribunal Europeo el Dictamen de la Gran Sala en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente solicitado por el Tribunal de Casación francés de 10 de abril de 2019. Junto a las sentencias y decisiones mencionadas que afrontan casos de gestación subrogada, en las páginas que siguen se hará referencia a otros pronunciamientos que complementan el alcance que para el TEDH tiene la vida familiar y el derecho a que sea respetada.

por la pareja de quien hizo aportación genética y es padre biológico[7]. No obstante, estas decisiones no aceptan las consecuencias de la gestación

7. Esta articulación de la respuesta respeta las líneas que señala el ya mencionado Dictamen. Como ejemplo de la jurisprudencia de los tribunales españoles pueden consultarse las siguientes decisiones judiciales: AAP de Soria (Sección 1.ª) 20/2018, de 21 de mayo de 2018 (Roj: AAP SO 150/2018 — ECLI:ES:APSO:2018:150A); SAP de Badajoz (Sección 3.ª) 144/2018, de 29 de octubre de 2018 (Roj: AAP BA 544/2018 — ECLI:ES:APBA:2018:544A); SAP de Granada (Sección 5.ª) 183/2018, de 16 de noviembre de 2018 (Roj: AAP GR 1341/2018 — ECLI:ES:APGR:2018:1341A); SAP de Murcia (Sección 4.ª) 91/2019, de 31 de enero de 2019 (Roj: SAP MU 181/2019 — ECLI:ES:APMU:2019:181); SAP de León (Sección 2.ª) 370/2020, de 21 de diciembre de 2020 (Roj: SAP LE 1708/2020 — ECLI:ES:APLE:2020:1708); SAP de Palma de Mallorca (Sección 4.ª) 207/2021, de 27 de abril de 2021 (Roj: SAP IB 660/2021 — ECLI:ES:APIB:2021:660); SAP de Barcelona (Sección 12.ª) 220/2021, de 6 de abril de 2021 (Roj: SAP B 4280/2021 — ECLI:ES:APB:2021:4280); SAP de Madrid (Sección 22.ª) 968/2021, de 11 de octubre de 2021 (Roj: SAP M 12237/2021 — ECLI:ES:APM:2021:12237). No es una respuesta exenta de dificultades —además de las que puedan derivar de la determinación del interés superior del niño— como el cumplimiento o incumplimiento de la exigencia de edad para la adopción, como se presenta en la STS (Sala de lo Civil. Pleno) 277/2022, de 31 de marzo de 2022 (Roj: STS 1153/2022 — ECLI:ES:TS:2022:1153) o lo señala el AAP de Santander (Sección 2.ª) 150/2024, de 16 de septiembre de 2024 (Roj: AAP S 846/2024 — ECLI:ES:APS:2024:846A). No obstante, los Tribunales no dan un valor absoluto a ciertas cuestiones si se enfrentan al interés superior del niño: «La cuestión de la diferencia de edad entre el menor y la madre comitente no se revela como un obstáculo excesivo, habida cuenta de que la diferencia máxima de 45 años entre adoptante y adoptado prevista en la normativa reguladora de la adopción no tiene un carácter absoluto (art. 176.2.3.º en relación al 237, ambos del Código Civil), tanto más cuando los hechos fijados por la Audiencia Provincial revelan la integración del menor en el núcleo familiar y los cuidados de que es objeto desde hace varios años» (STS 277/2024).

No se ha considerado, en general, adecuada la vía de la posesión de estado para establecer la filiación. *Vid.*, por ejemplo, STS 277/2022; SAP de Madrid (Sección 24.ª) 473/2023, de 27 de septiembre de 2023 (Roj: SAP M 14977/2023 — ECLI:ES:APM:2023:14977); AAP de Guadalajara (Sección 1.ª) 33/2024, de 15 de febrero de 2024 (Roj: AAP GU 211/2024 — ECLI:ES:APGU:2024:211A). Sin embargo, en la SAP de Navarra (Sección 3.ª) 187/2022, de 25 de marzo de 2022, se afirma que no perjudica a la niña que sus progenitores de hecho desde que nació pasen a serlo de derecho por la posesión de estado. Concluye la Audiencia: «En fin, debemos añadir, de una parte, que, prohibida la maternidad subrogada en España, no es convincente que sea visto como una manera de retorcer una realidad consecuencia de otra que no lo es, el empleo del instituto de la posesión de estado, tras de doce años de los comportamientos iniciales. Y de otra parte, que en el caso concreto, de quienes llevan divorciados once años, la constitución de una adopción de los dos demandantes de su hija única común, con dos "nidos" parentales, sería mayor malabarismo jurídico» (Roj: SAP NA 325/2022 — ECLI:ES:APNA:2022:325). En el mismo sentido la SAP de Madrid (Sección 22.ª) 947/2020, de 1 de diciembre de 2020 (Roj: SAP M 14547/2020 — ECLI:ES:APM:2020:14547), la SAP de

subrogada de forma automática ni acrítica. Bien lo expresa el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tudela en su sentencia de 23 de julio de 2021[8]: «No obstante, este tribunal es consciente de que la decisión que ha adoptado no es intrascendente en este aspecto, y que puede causar inconvenientes a los menores cuya filiación se discute. Pero considera que la protección de los menores no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución suscrito por los recurrentes, tal como fueron aceptadas por las autoridades de California con base en la legislación de dicho estado, que admite el contrato oneroso de gestación por sustitución y que la filiación quede determinada a favor de quienes realizan el encargo. La protección ha de otorgarse a dichos menores partiendo de las previsiones de las leyes y convenios aplicables en España, y de la jurisprudencia que los interpreta y aplica, tomando en consideración su situación actual». Y también la sentencia de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares de 27 de abril de 2021[9]: «Es necesario, por tanto, realizar una ponderación de la que resulte la solución que menos perjudique al menor, empleando para ello los criterios establecidos en el ordenamiento jurídico, y concluye el Tribunal Supremo afirmando que la protección del menor no se consigue mediante una aceptación acrítica del contrato de gestación por sustitución realizado en país extranjero, sino partiendo de las previsiones legales y convenios aplicables en España y jurisprudencia que los interpreta».

Llegados a este punto conviene enfrentar la situación de hecho y examinar las claves que ofrece la jurisprudencia para extraer criterios que permitan una respuesta que se ajuste al interés superior del niño. La situación de hecho que pone de manifiesto este conjunto de decisiones de los tribunales es la existencia de niños nacidos a través de gestaciones subrogadas conviviendo con los padres de intención tras haber sido trasladados desde los países donde se desarrolló la gestación (países en los que los contratos entre madres gestantes y padres comitentes tienen respaldo legal). ¿Cuál es el cauce adecuado para dar protección a los derechos de los niños así nacidos? ¿Cómo responder a su interés superior?

Palma de Mallorca 207/2021 y la SAP de Barcelona 220/2021. Al margen del reconocimiento de la paternidad biológica previsto en el art. 10 LTRHA— figuras jurídicas como el acogimiento familiar o la adopción permiten la formalización jurídica de la integración real de los menores en tal núcleo familiar (SAP de Navarra (Sección 3.ª) 406/2022, de 7 de junio de 2022, Roj: SAP NA 592/2022 — ECLI:ES:APNA:2022:592).

8. SJPII de Tudela (Sección 3.ª) 134/2021, de 23 de julio (Roj: SJPII 704/2021 — ECLI:ES:-JPII:2021:

9. SAP de Palma de Mallorca 207/2021, ya citada.

Empezaremos recordando el papel del interés superior del menor en el sistema para referirnos después a la vida familiar de hecho como contenido del interés superior del niño nacido a través de gestación subrogada y a los factores que la jurisprudencia pone en valor para apreciar la existencia de vida familiar *de facto*.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño incorpora en su art. 3.1 el interés superior del niño como eje vertebrador de cualquier decisión que afecte a la vida del niño[10]. Este mandato ha sido desarrollado en España a través de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, cuyo art. 2 asume la interpretación que del artículo de la Convención ha realizado la Observación General núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño[11].

Lo establecido en esta norma debe ser la base de cualquier decisión que afecte al niño nacido a través de una gestación subrogada y a él apelan algunas de las decisiones que hemos analizado. El interés del menor debe ser tenido en cuenta por los tribunales a la hora de abordar la solución que deba buscarse tanto por los padres comitentes como por las autoridades públi-

10. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 (BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 1990).
El art. 3.1 establece: «En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño».

11. Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996), con la redacción que al art. 2 incorpora la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE núm. 175, de 23 de julio de 2015) y la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021). Establece el art. 2 lo siguiente:
«1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor.
2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos

cas que intervengan, al problema de los nacidos en el extranjero mediante métodos de gestación subrogada, conforme a la legislación allí aplicable,

---

en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:
a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas.
b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor. En caso de acordarse una medida de protección, se priorizará el acogimiento familiar frente al residencial. Cuando el menor hubiera sido separado de su núcleo familiar, se valorarán las posibilidades y conveniencia de su retorno, teniendo en cuenta la evolución de la familia desde que se adoptó la medida protectora y primando siempre el interés y las necesidades del menor sobre las de la familia.
d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por éstas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad.
3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales:
a) La edad y madurez del menor.
b) La necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante.
c) El irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo.
d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro.
e) La preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales.
f) Aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.
Los anteriores elementos deberán ser valorados conjuntamente, conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad, de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara.
4. En caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes.
En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

que acaban entrando sin problema en España y siendo integrados en un determinado núcleo familiar durante un tiempo prolongado[12].

El interés del menor al que deben atender los tribunales es el interés de cada niño, con arreglo a sus circunstancias individuales (y no el interés de la infancia). La consecuencia de atender al interés superior del niño y no al interés superior de la infancia es que no se ajusta a Derecho una respuesta automática en la determinación interés superior del niño[13].

El interés del menor no es causa que permita al juez atribuir una filiación ha señalado el Tribunal Supremo[14]. Es el legislador quien, al establecer el

---

Las decisiones y medidas adoptadas en interés superior del menor deberán valorar en todo caso los derechos fundamentales de otras personas que pudieran verse afectados.
5. Toda resolución de cualquier orden jurisdiccional y toda medida en el interés superior de la persona menor de edad deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:
a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.
b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.
c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto de interés o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses. Se presumirá que existe un conflicto de interés cuando la opinión de la persona menor de edad sea contraria a la medida que se adopte sobre ella o suponga una restricción de sus derechos.
d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.
e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos».
El Comité de Derechos del Niño ha dedicado una de sus Observaciones Generales a aclarar el contenido del interés superior en la Convención. Se trata de la *Observación general Núm. 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*, aprobada por el Comité en su 62.º período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013) (CRC/C/GC/14).

12. *Vid.* en este sentido la SAP de Navarra 406/2022.
13. El interés superior del niño, que exige, como mínimo, que cada situación sea examinada a la vista de las circunstancias particulares del asunto.
14. STS (Sala de lo Civil. Sección 1.ª) 45/2022, de 27 de enero de 2022 (Roj: STS 243/2022 — ECLI:ES:TS:2022:243). Se repite en la STS (Sala de lo Civil. Sección 1.ª) 558/2022, de 11 de julio de 2022 (Roj: STS 3002/2022 — ECLI:ES:TS:2022:3002).

sistema de determinación de la filiación y de las acciones de impugnación y reclamación de la filiación, debe valorar en abstracto el interés superior del menor junto a los demás intereses presentes (la libertad de procreación, el derecho a conocer los propios orígenes, la certeza de las relaciones, la estabilidad del hijo).

Con arreglo al interés superior del niño debe protegerse el núcleo familiar en el que se encuentra integrado siempre que resulte adecuado para el niño y no suponga ningún peligro[15].

El Auto del Tribunal Supremo que resuelve el incidente de nulidad de actuaciones a la Sentencia 247/2014 aclara que para proteger el interés del menor, y dado que era probable que alguno de los recurrentes fuera padre biológico de los niños, y que estos estuvieran integrados en un núcleo familiar «de facto» con los recurrentes, se instó al Ministerio Fiscal a proteger a los menores y a procurar su integración en ese núcleo familiar, en el caso de que efectivamente existiera, puesto que los menores no pueden cargar con las consecuencias negativas derivadas de que los recurrentes hayan acudido al contrato de gestación por subrogación, considerado radicalmente nulo por el ordenamiento jurídico español, que también dispone que la filiación materna es la que resulta del parto y deja a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico. La sentencia de esta Sala no anula la inscripción de la filiación de los niños nacidos de una gestación por sustitución respecto de los comitentes para obligarles a dar un rodeo, «cumplir unas formalidades» y llegar al mismo sitio. La cuestión decisiva es que lo que determina la relación de filiación, esencial para establecer la identidad del menor, según las normas de orden público del ordenamiento español actualmente vigentes[16], es la filiación biológica (cuyo reconocimiento como determinante de la filiación tiene una especial importancia para el interés del menor, como elemento esencial de su iden-

15. SAP de Palma de Mallorca 207/2021: «Sin embargo, si como hemos expuesto, debemos atender a las circunstancias específicas de cada caso a fin de proteger el superior interés de la niña Rosario, y si dicho interés se concreta aquí en la protección del ámbito familiar en el que se encuentra actualmente integrada y desarrolla su vida y en la identificación jurídica de las personas responsables de la educación de la menor, quienes proveen sus necesidades de alimentación, habitación, instrucción, ocio, afecto, etc., garantizando su bienestar y proporcionándole un marco de convivencia estable en el que la niña pueda crecer y desenvolverse con toda normalidad, concluir en este supuesto que la filiación viene determinada por el parto y, por tanto, que la menor es hija de Doña Rosendo, no conlleva beneficio alguno para Rosario y lesionaría la L.O. 8/2.015, de 22 de julio».

16. Estas normas expresan que el legislador ha entendido considera que es lo más adecuado para proteger el interés del menor.

tidad, y así es destacado por las sentencias del Tribunal de Estrasburgo), y el establecimiento de lazos filiales como consecuencia de la existencia de un núcleo familiar *de facto* en el que estén integrados los menores, el progenitor biológico y su cónyuge, como por ejemplo los derivados de la adopción, en la que el interés del menor se controla y protege por el juez que la constituye (art. 176 del Código Civil)[17].

Si el niño tiene relaciones familiares *de facto* con quien pretende el reconocimiento de la relación paterno o materno filial, la respuesta que se dé por el sistema debe partir de la realidad de hecho y permitir el desarrollo y protección de esos vínculos pues así lo exige el interés superior del menor[18]. El Tribunal Europeo considera que el art. 8 del Convenio no impone a los Estados la obligación general de reconocer *ab initio* una relación paterno-filial entre el niño y la madre comitente. Lo que el interés superior del niño —que debe ser evaluado principalmente *in concreto* y no *in abstracto*— requiere es que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible como máximo cuando se haya convertido en una realidad práctica. En principio, no corresponde al Tribunal, sino sobre todo a las autoridades nacionales evaluar si, en las circunstancias concretas del caso, dicha relación se ha convertido en una realidad práctica. El interés superior del niño, entendido de esta manera, no puede interpretarse en el sentido de que el reconocimiento de la relación jurídica paterno-filial entre el niño y la madre comitente, necesario para garantizar el derecho del niño al respeto de su vida privada en el sentido del art. 8 del Convenio, implique la obligación de que los Estados registren los detalles del certificado de nacimiento extranjero en la medida en que designe a la madre comitente como madre legítima. Dependiendo de las circunstancias de cada caso, otros medios también pueden servir a esos intereses de manera adecuada, incluida la adopción, que, con respecto al reconocimiento de esa relación, produce efectos similares al del registro de los datos de los nacimientos en el extranjero[19].

El fundamento del valor que se da a la familia de hecho es el interés superior del niño. Así se observa en el Caso Paradiso y Campanelli contra Italia como respuesta del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a

17. ATS (Sala de lo Civil. Pleno) 335/2015, de 2 de febrero de 2015 (Roj: ATS 335/2015 — ECLI:ES:TS:2015:335A).
18. STS 277/2022.
19. Dictamen (Gran Sala) en relación con el reconocimiento en el Derecho interno de una relación jurídica paterno-filial entre un niño nacido mediante gestación subrogada en el extranjero y la madre comitente solicitado por el Tribunal de Casación francés de 10 de abril de 2019.

la apelación del Estado al orden público[20]. Según el Tribunal, la referencia al orden público no puede considerarse como carta blanca que justifique cualquier medida, porque la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño recae en el Estado independientemente de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otra manera. Es más, considera el Tribunal que sacar al niño del contexto familiar es una medida extrema a la que solo se debe recurrir como último recurso. Para que una medida de este tipo esté justificada debe cumplir el objetivo de proteger al niño que se enfrenta a un peligro inmediato.

Efectivamente para un progenitor y su hijo estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar. Las medidas que adopte el Estado que les impidan hacerlo constituyen una injerencia en el espacio protegido por el art. 8 del CEDH. Tal interferencia solo respeta el derecho protegido por el art. 8 (en su dimensión de obligación negativa) si ha sido establecida por la ley, persigue un fin legítimo y es necesaria en una sociedad democrática[21]. La ruptura de la familia constituye una intromisión muy grave que debe basarse en consideraciones que tengan su fundamento en el interés del niño y dotadas de suficiente peso y solidez[22]. El interés del niño exige que solo circunstancias completamente excepcionales puedan conducir a la ruptura del vínculo familiar[23].

El respeto a la vida familiar en su dimensión positiva exige tomar las medidas apropiadas para reunir a un padre con su hijo[24]. En la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga 1299/2023 ese Tribunal afirma que el interés del menor obliga a los Tribunales a decidir que el niño tiene derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que existan o no lazos biológicos[25].

20. STEDH (Sección 2.ª), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (2015), § 80.
21. STEDH (Sección 2.ª), Caso Pontes contra Portugal, de 24 de septiembre de 2012, § 74.
22. STEDH (Gran Sala), Caso Scozziari y Giunta contra Italia, de 13 de julio de 2000, § 148. En el caso el Tribunal concluye que, teniendo en cuenta las circunstancias, la intervención de las autoridades, mediante la suspensión de la patria potestad del primer demandante y la separación temporal de los niños de su madre se basaba en razones pertinentes y suficientes y estaba justificada por la protección de los intereses de los niños. Por lo tanto, no ha habido violación del art. 8 del Convenio a este respecto.
23. STEDH (Sección 2.ª), Caso Pontes contra Portugal, § 79.
24. SSTEDH (Sección 1.ª), Caso Eriksson contra Suecia, de 12 de julio de 2012, § 71; (Sección 2.ª), Caso Pontes contra Portugal, § 75.
25. SAP de Málaga (Sección 6.ª) 1299/2023, de 28 de septiembre de 2023 (Roj: SAP MA 4189/2023 — ECLI:ES:APMA:2023:4189). Añade esta sentencia que Un ejemplo de esta cuestión la encontramos en la sentencia de esta Sala de 31 julio 2009, que si bien dictada en un caso de acogimiento preadoptivo, contiene unos razonamien-

Es preciso alcanzar un justo equilibrio entre los intereses en conflicto (del niño, de los padres y del Estado) pero el interés del niño debe constituir la consideración determinante de la decisión que se tome, pudiendo prevalecer sobre el interés de los padres[26]. También deben tomarse en consideración los derechos de las mujeres explotadas que se encuentran al otro lado de la balanza, sobre todo teniendo en cuenta el predominio de la gestación subrogada comercial[27].

No obstante, aunque el interés superior del niño sea la consideración primordial, es necesario determinar (en función de las circunstancias de cada caso y de la gravedad de las medidas a adoptar) si los padres pudieron desempeñar un papel suficientemente importante en el proceso de toma de decisiones, considerado en su conjunto, para concederles la necesaria protección a sus intereses[28].

Un elemento relevante a tener en cuenta es el paso del tiempo. El paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables en la relación entre el niño y el padre o madre de intención que no vive con él. El Tribunal de Estrasburgo es consciente de que romper el contacto con un niño muy pequeño puede provocar un deterioro cada vez mayor de la relación con sus padres[29]. Llega

---

tos válidos para todos aquellos supuestos en los que deba prevalecer el interés del menor en la toma de decisión del juez. Así dice «Desde este punto de vista, se advierte la superior jerarquía que el legislador atribuye al deber de perseguir el interés del menor, pues la directriz sobre el interés del menor se formula con un sintagma de carácter absoluto ("se buscará siempre")[...].Debe concluirse que el derecho de los padres biológicos no es reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor desamparado y tampoco tiene carácter de derecho o interés preponderante, sino de fin subordinado al fin al que debe atenderse de forma preferente, que es el interés del menor. La adecuación al interés del menor es, así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección de los menores. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectivo e integración social del menor y hagan posible el retorno a la familia natural; pero este retorno no será aceptable cuando no resulte compatible con las medidas más favorables al interés del menor».

26. SSTEDH Caso Sahin contra Alemania, de 8 de julio de 2003, § 66; (Sección 2.ª), Caso Pontes contra Portugal, § 75. El interés de los padres de disfrutar de un contacto regular con un hijo es un factor en el equilibrio de los distintos intereses en juego (STEDH (Sección 2.ª), Caso Pontes contra Portugal, § 75).
27. Así lo advierte el juez Elósegui en su voto parcialmente disidente a la STEDH (Sección 3.ª), Caso D. B. y otros contra Suiza.
28. STEDH (Sección 2.ª), Caso Pontes contra Portugal, § 76.
29. STEDH (Sección 2.ª), Caso Pontes contra Portugal, § 80.

a afirmar que la idoneidad de una medida se juzga por la velocidad de su implementación. Los procedimientos sobre la patria potestad o la custodia requieren un tratamiento urgente, porque el paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables para las relaciones entre los hijos y la de los padres que no viven con ellos[30].

Sería necesario encontrar un equilibrio entre el derecho del niño a que se respete su vida familiar *de facto* y su derecho a conocer sus orígenes. Al valorar la decisión judicial que es objeto del recurso de amparo, la Sentencia del Tribunal Constitucional ya mencionada considera que «La resolución judicial enjuiciada se limitó a subrayar, en manifiesta contradicción con sus afirmaciones referidas al fraude en la determinación de la filiación paterna, que el interés superior del menor se veía preservado porque continuaría viviendo con la demandante de amparo y don D.J.R.G., su padre biológico. Esa afirmación atendía parcialmente a la realización de uno de los valores y derechos en liza, en tanto permitía al menor B.R.K., seguir disfrutando de facto de los vínculos familiares que le unían a la demandante de amparo, a don D.J.R.G., y al hijo menor de ambos. Sin embargo, esa afirmación no tenía en cuenta la inseguridad jurídica que rodeaba esos lazos y el impacto de la misma en la construcción de la identidad del menor B.R.K.»[31]. Forman parte del contenido de ese interés superior no solo la convivencia familiar de hecho sino la seguridad de los lazos familiares reconocida por el derecho, dos criterios que encajan bien en lo establecido por el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor[32].

30. SSTEDH (Sección 1.ª), Caso Ignaccolo-Zenide contra Rumanía, de 25 de enero de 2000, § 102; (Sección 3.ª), Caso Maire contra Portugal, de 26 de septiembre de 2003, § 74.
31. STC (Pleno) 28/2024, de 27 de febrero de 2024 (BOE núm. 82, Sec. TC, de 3 de abril de 2024).
32. Conforme establece el art. 2 de esta Ley, «2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto: (…) c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tenga lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia. Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor… 3. Estos criterios se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: (…) d) La necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro…».

III. EL DERECHO AL RESPETO DE LA VIDA FAMILIAR

El art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece:

> «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.
>
> 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

En los casos que han llegado al Tribunal de Estrasburgo sobre gestación subrogada, el Tribunal ha tendido a considerar que el derecho afectado en el caso de los niños y niñas era el derecho al respeto de la vida privada y no el respeto al derecho de la vida familiar. No obstante, la existencia de vida familiar *de facto* ha ocupado un relevante papel en la determinación del interés superior de los nacidos por gestación subrogada. Este mismo peso le ha venido dando la jurisprudencia de los tribunales españoles. Así el Tribunal Supremo en su sentencia de 2014 afirma que, si el núcleo familiar existe actualmente, si los menores tienen relaciones familiares *de facto* con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan, habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos[33]. Resulta también interesante la SAP de Málaga (Sección 6.ª) 1299/2023, de 28 de septiembre de 2023[34]: «el interés del menor obliga a los tribunales a decidir que el niño tiene derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que entre ellos existan o no lazos biológicos».

33. STS (Sala de lo Civil. Pleno) 247/2014, de 6 de febrero de 2014 (Roj: STS 247/2014 — ECLI:ES:TS:2014:247). En esta misma dirección insiste el Auto Aclaratorio TS 11063/2015: «En nuestra sentencia, no solo se acordaba instar al Ministerio Fiscal para que ejercitara las acciones pertinentes para determinar en la medida de lo posible la correcta filiación de los menores y para su protección en el núcleo familiar "de facto" que pudiera constituir con los solicitantes de la nulidad, sino que en el último inciso del apartado undécimo del fundamento de derecho cuarto se precisaba que "a fin de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 7.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, conforme al cual el niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre y a adquirir una nacionalidad, la denegación de reconocimiento de la certificación registral de California ha de afectar exclusivamente a la filiación en ella determinada, pero no al resto de su contenido"» (AATS (Sala de lo Civil. Sección 1.ª) 11063/2015, de 11 de marzo de 2015. Roj: AATS 11063/2015 — ECLI:ES:TS:2015:11063AA).

34. SAP de Málaga 1299/2023.

El TEDH aclara reiteradamente que el derecho al respeto a la vida familiar que garantiza el art. 8 presupone la existencia de una familia[35]. La existencia o ausencia de vida familiar es principalmente una cuestión de hecho que depende de la existencia de estrechos vínculos personales[36]. Entiende el Tribunal que lo que importa a los efectos de considerar la vida familiar es la realidad concreta de la relación entre las partes involucradas.

No obstante, esto no significa que cualquier vida familiar que esté previsto constituir quede completamente fuera del alcance del art. 8. Independientemente de lo que la palabra «familia» pueda designar, abarca la relación nacida de un matrimonio legal y no ficticio[37]. Estas uniones deben

35. SSTEDH (Pleno), Caso Marckx contra Bélgica, de 13 de junio de 1979, § 31; (Sección 1.ª), Caso Wagner y J. M. W. L. contra Luxemburgo, de 28 de septiembre de 2007, § 117; (Sección 5.ª), Caso Mennesson contra Francia, § 45.

36. SSTEDH (Pleno), Caso Marckx contra Bélgica, § 31; Caso Kroon y otros contra los Países Bajos, de 27 de octubre de 1994, § 30; (Gran Sala), Caso K. y T. contra Finlandia, de 12 de julio de 2001, § 150; (Sección 1.ª), Caso Mikulić contra Croacia, de 4 de septiembre de 2002, § 51; (Sección 2.ª), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (2015) § 67; (Sección 1.ª), Caso Nazarenko contra Rusia, de 16 de julio de 2015, § 56; (Gran Sala), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (2017) § 140; (Sección 5.ª), Caso Honner contra Francia, de 12 de febrero de 2021, §50; (Sección 3.ª), Caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, § 56; (Sección 5.ª), Caso C. E. y otros contra Francia, de 24 de marzo de 2022, §§ 49 y 52; (Sección 5.ª), Caso Callamand contra Francia, de 7 de julio de 2022, § 19; (Sección 1.ª), Caso A. y otros contra Italia, de 7 de diciembre de 2023, § 72. A pesar de que el Tribunal se ha manifestado en este sentido reiteradamente, los jueces Gaetano, Pinto de Alburquerque, Wojtyczek y Dedov en su voto concurrente a la Sentencia ;(Gran Sala), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (2017), plantean una reflexión interesante. Aunque están de acuerdo con el fallo, tienen serias reservas sobre el razonamiento de la sentencia en torno al art. 8, considerando las debilidades e inconsistencias del enfoque adoptado. Es necesaria una definición cuidadosa del alcance del derecho al respeto de la vida familiar. En la sentencia se dice que la existencia o ausencia de vida familiar es principalmente una cuestión de hecho que depende de la existencia de vínculos personales estrechos y constantes. Para los jueces que sostienen este voto particular les parece que la fórmula propuesta es demasiado vaga y demasiado amplia. Pueden existir vínculos personales estrechos y constantes fuera del ámbito de cualquier vida familiar. Reclaman una referencia a la naturaleza de los vínculos interpersonales que configuran la vida familiar. También consideran que, pese a la importancia que les concede la sentencia, los vínculos afectivos no pueden por sí solos crear vida familiar.

37. Así lo considera el TEDH en el caso del Sr. y la Sra. Abdulaziz, así como el del Sr. y la Sra. Balkandali, incluso si se trata de una vida familiar del tipo a que se refiere el Gobierno aún no está plenamente establecido. Además, si se trata de una pareja casada la expresión «vida familiar» normalmente implica convivencia. El art. 12 lo confirma, porque el derecho a fundar una familia difícilmente es concebible sin el derecho a vivir juntos. El Tribunal señala además que el señor y la señora Abdulaziz no sólo contrajeron matrimonio, sino que también cohabitaron durante algún tiem-

considerarse suficientes para merecer el respeto que el art. 8 puede exigir. No obstante, el simple deseo de fundar una familia no queda protegido[38], es más, el derecho al respeto a la vida familiar no tutela la mera voluntad de fundar una familia sino que presupone su existencia o al menos la relación potencial entre un niño nacido fuera del matrimonio y su padre biológico, la relación que nace de un matrimonio genuino aunque la vida familiar no esté plenamente establecida, la relación entre un padre legítimo y su hijo incluso si se demuestra después que no ha tenido base biológica o la relación que nace de una adopción legítima y genuina[39].

Por otra parte, si las personas viven juntas de una manera que no se distingue en modo alguno de la «vida familiar» en sentido habitual, entonces estamos ante una familia en el sentido del art. 8 del CEDH[40].

La noción de familia a que se refiere la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo no se limita solamente a las relaciones basadas en el matrimonio. Puede abarcar vínculos familiares *de facto* cuando las partes cohabiten fuera de cualquier vínculo matrimonial y la relación sea suficientemente consistente[41]. El Tribunal ha sostenido que la relación de una pareja del mismo sexo que convive en una unión de hecho estable está comprendida en el concepto de «vida familiar». Así lo ha considerado también en relación con las parejas del mismo sexo como resultado de la evolución que se ha producido en los Derechos europeos[42].

---

po antes de que al primero se le denegara el permiso para permanecer en el Reino Unido. Por su parte, los Balkandali habían convivido y tuvieron un hijo, aunque sólo se casaron después de la expiración del permiso de residencia por estudiante del Sr. Balkandali y la decisión de no prorrogarlo; su vida en común continuó cuando su solicitud de permiso de residencia como cónyuge fue rechazada. *Vid.* STEDH (Pleno), Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali contra Reino Unido, de 28 de mayo de 1985, § 62.

38. STEDH (Pleno), Caso Marckx contra Bélgica, § 31.
39. STEDH (Sección 3.ª), Caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, § 57.
40. STEDH (Sección 5.ª), Caso Mennesson contra Francia, § 92.
41. SSTEDH Caso Kroon y otros contra los Países Bajos, § 30; (Sección 2.ª), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (2015), § 67, y (Gran Sala), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (2017), § 140.
42. En la STEDH (Sección 1.ª), Caso Schalk y Kopf contra Austria, de 22 de noviembre de 2010, § 94, el Tribunal señala: «En vista de este desarrollo, el Tribunal considera que es artificial continuar considerando que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja homosexual no puede disfrutar de una «vida familiar» a los efectos del art. 8. En consecuencia, la relación entre los demandantes, una pareja homosexual que vive junta de manera estable, entra dentro de la noción de "vida familiar" del mismo modo que una pareja heterosexual que se encuentra en la misma situación».

Podríamos partir de la consideración de que cuando hay un vínculo biológico entre las personas, el Tribunal entiende que hay vida familiar, pero si no hay un vínculo biológico, puede haber también vida familiar. Cuando no existe un reconocimiento legal de la relación entre el niño y los adultos, el Tribunal analiza la existencia de vínculos familiares *de facto*.

El art. 8 no puede interpretarse en el sentido de que protege únicamente la vida familiar ya establecida. Debe extenderse, cuando las circunstancias así lo requieran, a la relación que podría desarrollarse entre un niño nacido fuera del matrimonio y su padre biológico[43]. Un niño resultante de una relación de pareja de hecho se integra automáticamente en esta unidad «familiar» desde su nacimiento y por el mismo hecho de haber nacido[44].

Son numerosos los casos en los que el Tribunal ha dado cobertura a la vida familiar de hecho. En la Decisión en el caso Nylund c. Finlandia, entiende como vida familiar la que podría haberse desarrollado entre un hijo y su padre biológico, una relación potencial que podría haberse desarrollado entre el padre biológico y su hijo habido fuera del matrimonio[45]. Algo semejante se observa en el caso Pini y Bertani y Manera y Atripaldi contra Rumanía respecto a la relación nacida de una adopción legal y no ficticia, aunque la vida familiar aún no se hubiera establecido plenamente, dada la ausencia de cohabitación o vínculos de facto suficientemente estrechos entre los demandantes y sus respectivas hijas adoptadas antes o después de las decisiones de adopción, hecho que no podía ser imputable a los adoptantes, que se limitaron a seguir el procedimiento establecido por el Estado demandado en este asunto[46]. También se atiende a la vida familiar de hecho en el caso Moretti contra Italia a propósito de un proceso de adopción[47]. Los demandantes, teniendo

43. STEDH (Sección 1.ª), Caso A. y otros contra Italia, § 73.
44. SSTEDH (Pleno), Caso Johnston y otros contra Irlanda, de 18 de diciembre de 1986, § 56; Caso Keegan contra Irlanda, de 26 de mayo de 1994, § 44; (Gran Sala), Caso Elsholz contra Alemania, de 13 de julio de 2000, § 43; (Sección 1.ª), Caso Schalk y Kopf contra Austria, § 91.
45. DTEDH (Sección 4.ª), Caso Nylund contra Finlandia, de 29 de junio de 1999. Aclara el Tribunal que «…el artículo 8 no puede interpretarse en el sentido de que protege únicamente una "vida familiar" ya establecida, sino que debe extenderse, cuando las circunstancias así lo requieran, a la relación que podría desarrollarse entre un hijo nacido fuera del matrimonio y su padre natural».
46. STEDH (Sección 2.ª), Caso Pini y Bertani y Manera y Atripaldi contra Rumanía, de 22 de septiembre de 2004, §§ 144-148.
47. STEDH (Sección 2.ª), Caso Moretti y Benedetti contra Italia, de 22 de noviembre de 2010, § 51. El Tribunal observa que las evaluaciones realizadas a la familia muestran que la menor estaba bien integrada en ella y que tenía un profundo apego a los acogedores y a sus hijos. Los acogedores también velaron por el desarrollo social del niño. A este

en cuenta el estrecho vínculo con el niño, habían decidido presentar una solicitud de adopción. Esta solicitud constituye para el Tribunal un indicador adicional —aunque no decisivo— de la fuerza del vínculo establecido entre los demandantes y el niño. El Tribunal no puede descartar la posibilidad de que, a pesar de la ausencia de cualquier relación familiar jurídica, el vínculo entre los demandantes y el niño se refiera a la vida familiar.

En el caso Nazarenko contra Rusia el Tribunal recuerda que en casos anteriores el vínculo entre una familia de acogida y un niño de acogida que ha convivido durante muchos meses constituye una «vida familiar» en el sentido del art. 8.1, a pesar de la ausencia de un vínculo biológico[48]. Consideró que entre la familia de acogida y el niño se había establecido un vínculo interpersonal estrecho, comparable al que existe entre padres e hijos, comportándose este último en todos los aspectos como sus padres. En Nazarenko la niña nació mientras el demandante ya estaba casado con su madre y él la declaró hija suya. Sin dudar de que era el padre de la niña, la crio y cuidó durante más de cinco años. Existía un estrecho vínculo emocional entre él y la niña. Dado que el demandante y la niña creyeron que eran padre e hija durante años, hasta que finalmente se descubrió que el demandante no era el padre biológico de la niña, y dados los estrechos vínculos interpersonales que se establecieron entre ellos, el Tribunal considera que la relación que los une ellos equivale a «vida familiar» en el sentido del art. 8.1.

También en el caso Paradiso y Campanelli contra Italia el Tribunal acepta que puede existir una familia de facto en la vida entre un adulto o adultos y un niño en ausencia de vínculo biológico o de vínculo legalmente reconocido, siempre que existan vínculos personales efectivos[49]. En el caso Wagner,

---

respecto, el Tribunal señala que a la edad de siete meses se acostumbró a la guardería y que en enero de 2005 siguió a los acogedores y a sus hijos en un viaje a Brasil. Estos elementos son suficientes para que el Tribunal diga que existía un estrecho vínculo interpersonal entre los solicitantes y el niño y que los solicitantes se comportaban en todos los aspectos como sus padres, de modo que existían vínculos familiares *de facto* entre ellos.

48. STEDH (Sección 1.ª), Caso Nazarenko contra Rusia, § 58. Resumen bien el alcance del derecho en esta situación los jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev en su voto disidente a la STEDH (Gran Sala), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (2017): Si bien los vínculos biológicos entre quienes actúan como padres y un niño pueden ser un indicio muy importante de la existencia de una vida familiar, la ausencia de tales vínculos no significa necesariamente que no los haya.

49. STEDH (Gran Sala), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (2017), § 148. Ya en la sentencia de 2015 el Tribunal consideró que debía tener en cuenta los vínculos familiares *de facto*. Los padres de intención pasaron las primeras etapas importantes de su joven vida con el niño: seis meses en Italia, a partir del tercer mes de vida del niño. Antes de este período, el padre de intención ya había pasado varias semanas con él en

el Tribunal reconoce que la mujer demandante se había comportado en todos los aspectos como madre de la menor durante más de diez años, por lo que existen vínculos familiares *de facto* entre ellas[50]. En la Sentencia en el Caso D. c. Bélgica, la convivencia del niño nacido por gestación subrogada con los padres de intención desde su nacimiento (viven juntos de una manera que no se distingue en modo alguno de la «vida familiar» en su sentido habitual) se considera suficiente para admitir que el asunto está bajo el derecho que protege el art. 8 del CEDH[51].

Aunque los vínculos familiares reconocidos tradicionalmente eran los existentes entre los padres y sus hijos nacidos naturalmente, en la actualidad se reconoce que puede existir otro vínculo familiar entre los adultos y el niño y el Estado debe actuar de manera que permita que ese vínculo se desarrolle y se le debe otorgar protección jurídica que permita, desde el nacimiento o tan pronto como sea posible, la integración del niño en su familia[52].

En la gestación subrogada puede ocurrir que no exista vínculo genético entre los padres de intención y el niño. En Paradiso y Campanelli contra Italia (2017) el Tribunal considera indiscutible que no existe ningún vínculo biológico sino un vínculo jurídico de filiación establecido por una legislación extranjera (el Derecho ruso no exige la existencia de un vínculo biológico entre padres e hijos). No obstante, el Tribunal acepta, en determinadas situaciones, la existencia de «una familia de facto». La vida entre un adulto o adultos y un niño en ausencia de vínculo biológico o de vínculo legalmente reconocido, siempre que existan vínculos personales efectivos[53].

En el caso A. M. contra Noruega[54], el juez O'Leary en su opinión concurrente, incorpora una reflexión que interesa en este punto. Dado que el

---

Rusia. Incluso si el período en sí es relativamente corto, el Tribunal considera que se comportaron con el niño como padres y concluye que existía una vida familiar *de facto* entre los demandantes y el niño. STEDH (Sección 2.ª), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (2015), § 69.

50. STEDH (Sección 1.ª), Caso Wagner y J. M. W. L. contra Luxemburgo, § 117. En el caso los tribunales luxemburgueses se negaban a conceder el exequátur de la sentencia peruana a causa de la ausencia en la legislación luxemburguesa de disposiciones que permitan a una persona soltera obtener la adopción plena de un niño. El TEDH reconoció la existencia de vida familiar a pesar de la falta de reconocimiento de la adopción constituida por una decisión judicial peruana.
51. DTEDH (Sección 2.ª), Caso D. y otros contra Bélgica, de 8 de julio de 2014, § 49.
52. STEDH (Gran Cámara), Caso X. Y. y Z. contra Reino Unido, de 22 de abril de 1997, § 43.
53. STEDH (Gran Sala), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (2017), § 148.
54. STEDH (Sección 5.ª), Caso A.M. contra Noruega, Opinión concurrente del juez O'Leary, § 20.

Tribunal ha sostenido de forma constante que los Estados deben dotarse de un «arsenal jurídico adecuado y suficiente» para garantizar el respeto de las obligaciones positivas a las que están sujetos en virtud del art. 8, aunque no estuviera prevista en el Derecho noruego la protección de la relación *de facto* entre el progenitor no biológico y el niño, en el caso de que el progenitor biológico decidiera ejercer un veto a la adopción, a pesar de haberse embarcado previamente en un proyecto de paternidad común, debe respetarse el derecho a mantener relaciones familiares y merece protección la relación cuando la ruptura se produzca después de un largo período que ha permitido la existencia de un vínculo entre el niño y el progenitor no biológico de manera que la interrupción del contacto afecta al interés superior del niño[55].

En la Sentencia del Tribunal en el caso D. B. contra Suiza se confirma la tendencia hacia la consideración de la existencia de vida familiar entre los padres de intención y el niño nacido por gestación subrogada si concurren determinadas circunstancias[56]. Cuando los padres de intención, como lo harían los padres biológicos, cuidan de un niño nacido mediante gestación subrogada desde el nacimiento y cuando todos viven juntos de una manera que no se distingue en modo alguno de la vida familiar en su acepción habitual, esto es suficiente para establecer que el art. 8 es aplicable en su dimensión de respeto a la vida familiar.

No obstante, el art. 8 del CEDH no obliga a reconocer jurídicamente todo vínculo de hecho. Se limita a imponer ciertos límites al Estado para que respete la familia de hecho. Se trata de garantizar un mínimo respeto a la familia *de facto*. El derecho a que se respete la vida familiar *de facto* supone que el desarrollo de hecho de esa convivencia familiar no se obstaculiza de manera que la haga muy difícil o incluso imposible. Pero contemplado el derecho desde el interés superior del niño, además de la posibilidad de que se desarrolle de hecho la convivencia, exige que esté estar garantizada para el niño la estabilidad. Es preciso plantearse en qué situación se encontrará el

55. El Tribunal Municipal de Oslo había señalado que la concesión de un derecho de visita a quien no se reconocía como madre requeriría una base jurídica formal, ya que una decisión en ese sentido interferiría con los derechos que pertenecen al niño y al padre de este. No existían disposiciones en el derecho interno que dieran una base jurídica para conceder derechos de visita a una persona en la posición de la demandante, madre de intención en una situación de ruptura de la pareja. No obstante, entiende este Tribunal que pueden existir situaciones en las que se podría establecer ese derecho porque sería necesario para proteger el interés superior de un niño, por ejemplo, cuando la ruptura se produjera después de tanto tiempo que el apego del niño indicara que era necesario un contacto continuo.

56. STEDH (Sección 3.ª), Caso D. B. y otros contra Suiza, § 44.

niño si se rompe la pareja o si falta uno de sus miembros y si está asegurada o no la relación con el padre de intención que no hizo aportación genética.

Del conjunto de esta jurisprudencia resulta claro que la familia que protege el Convenio Europeo responde a un concepto amplio que da cabida a relaciones de hecho más allá de las legalmente articuladas. Pero, ¿cualquier relación humana es relación familiar protegida según el art. 8? ¿Qué caracteriza a la familia? ¿Qué factores deben tenerse en cuenta para considerar que existe vida familiar? En torno a estas cuestiones gira el epígrafe siguiente.

IV. FACTORES QUE DEBEN TENERSE EN CUENTA PARA VALORAR SI HAY VIDA FAMILIAR

Efectivamente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos acepta la existencia de vida familiar *de facto* entre un adulto o dos adultos y un niño en ausencia de vínculos biológicos o de un vínculo jurídico reconocido, siempre que existan vínculos personales genuinos[57]. Para determinar si una relación se considera «vida familiar», puede resultar útil considerar una serie de factores, como si los miembros de la pareja han vivido juntos y durante cuánto tiempo, y si tuvieron hijos juntos, de forma natural o no, la prueba de su compromiso mutuo[58]. ¿Qué factores demuestran que una relación tiene suficiente constancia?

Aunque por regla general la convivencia puede constituir una condición de tal relación, excepcionalmente otros factores también pueden servir para demostrar que una relación tiene suficiente constancia para crear «vínculos familiares» *de facto*. Así se afirma en el caso Kroon y otros contra Países Bajos[59]. Un niño resultante de tal relación se integra automáticamente en una «unidad familiar» desde su nacimiento y por el mismo hecho. Por tanto, existe entre el hijo y el padre un vínculo que equivale a una vida familiar, independientemente de la contribución de este último al cuidado y la educación de su hijo.

Por otra parte, no basta la mera convivencia para constituir una filiación. En la STS 277/2022 se niega el recurso a la posesión de estado para determinar la filiación (remitiendo a la demandante a la adopción) porque no

57. STEDH (Sección 3.ª), Caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, § 59.
58. STEDH (Gran Cámara), Caso X. Y. y Z. contra Reino Unido, § 36.
59. STEDH Caso Kroon y otros contra los Países Bajos, § 30. En el mismo sentido se pronuncia en la STEDH (Sección primera), Caso Kopf y Liberda contra Austria, de 17 de abril de 2012, § 35.

existía vínculo entre el niño y la madre de intención a pesar de la convivencia. Tampoco en la Sentencia del mismo Tribunal 754/2023 la convivencia genera filiación respecto de niños nacidos por gestación subrogada cuando no se ha manifestado cuando se pudo voluntad de establecer la filiación respecto de los hijos del otro miembro de la pareja ahora rota[60]. Deben concurrir otros factores.

Entre los factores a tener en cuenta, el Tribunal de Estrasburgo incluye la naturaleza de la relación entre los padres naturales, así como el interés y el apego mostrado por el padre natural hacia el niño antes y después del nacimiento[61]. Para establecer la existencia de una relación que requiere la protección del art. 8 entre el padre biológico y su hijo natural, el Tribunal toma en cuenta factores tales como la naturaleza de la relación entre los padres naturales, así como el interés y el apego demostrado por el padre natural del niño antes y después del nacimiento[62].

En el voto parcialmente disidente de los jueces Raimondi y Spano en el caso Paradiso y Campanelli en 2015 analizan la calidad del vínculo entre los padres de intención y el niño, entendiendo que ese vínculo era muy tenue a causa del período brece en que tuvieron al niño. Consideran también que el Tribunal debe tener en cuenta las circunstancias en las que el niño fue puesto bajo custodia de los interesados al considerar si se desarrolló o no una vida familiar *de facto*. Estos jueces consideran que no se puede interpretar el art. 8 en el sentido de que establece que hay vida familiar entre un niño y personas desprovistas de todo vínculo biológico con él. Específicamente sobre el asunto que nos ocupa, partiendo de que el origen de la custodia es un acto ilegal contrario al orden público, sostienen que las consideraciones vinculadas a la posible ilegalidad en el origen del establecimiento de la vida familiar *de facto* deben tenerse en cuenta en el análisis de la proporcionalidad que es necesario en el contexto del art. 8. Si basta con crear ilegalmente un vínculo con el niño en el extranjero para que las autoridades nacionales estén obligadas a reconocer la existencia de una vida familiar, es evidente que la libertad de los Estados de no reconocer efectos jurídicos de la gestación subrogada, libertad reconocida por el Tribunal, queda reducida a nada[63]. No están de acuerdo los jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque,

60. La convivencia es semejante a la que se da en las familias reconstituidas en las que los miembros de la pareja aportan hijos de relaciones anteriores. No se crea por la mera convivencia una filiación respecto de quien no era padre biológico.
61. DTEDH (Sección 4.ª), Caso Nylund contra Finlandia.
62. STEDH (Sección 1.ª), Caso A. y otros contra Italia, § 73.
63. STEDH (Sección 2.ª), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (2015), voto conjunto parcialmente disidente de los jueces Raimondi y Spano, §§ 3 y 15.

Lemmens y Grozev en su voto disidente a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, de 24 de enero de 2017. Valoran el período de convivencia en relación con el momento vital de los niños (las primeras etapas de su vida) y fundamentalmente la calidad del vínculo al considerar que en el caso existía un verdadero proyecto de ser padres, proyecto basado en vínculos afectivos de calidad.

Aunque en un caso de adopción (caso Moretti y Benedetti contra Italia) el mismo Tribunal, para valorar la existencia de vida familiar en la relación entre los adoptantes y la niña, atiende a los siguientes elementos:

- Los padres habían vivido con la niña las primeras etapas importantes de su vida.
- La menor estaba bien integrada en la familia.
- La niña tenía un profundo apego a los padres y sus hijos.
- Los padres habían velado por el desarrollo social de la niña.

Sobre estas bases el Tribunal de Estrasburgo entiende que existía un estrecho vínculo interpersonal entre los padres y la niña que hacía que los padres se comportaran en todos los aspectos como tales[64].

En la sentencia de 2017 en el caso Paradiso y Campanelli el Tribunal considera que hay que examinar la calidad de los vínculos, el papel asumido por los demandantes frente al niño y la duración de la convivencia. Concluye que los demandantes asumieron el papel de padres del niño, habían formado con él fuertes vínculos afectivos en las primeras etapas de su vida cuya calidad se desprende del informe del equipo de trabajadores sociales solicitado por el tribunal italiano[65].

64. STEDH (Sección 2.ª), Caso Moretti y Benedetti contra Italia, §§ 49 y 50.
65. STEDH (Gran Sala), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (2017), § 151. En su voto particular concurrente, el juez Grimaldi insiste en esta valoración de la calidad del vínculo: En efecto, afirma el juez, la vida familiar de facto de los demandantes con el niño se basaba en un vínculo tenue, sobre todo si tenemos en cuenta el brevísimo período durante el cual habrían tenido la custodia. Consideramos que la Corte, en situaciones como la que enfrenta el presente caso, debe tener en cuenta las circunstancias en las que el niño fue puesto bajo custodia de los interesados al considerar si se desarrolló o no una vida familiar de facto., el art. 8.1 no puede interpretarse en el sentido de que establece una «vida familiar» entre un niño y personas desprovistas de todo vínculo biológico con él, ya que los hechos, razonablemente expuestos con claridad, sugieren que el origen de la custodia se base en un acto ilegal contrario al orden público. En cualquier caso, consideramos que las consideraciones vinculadas a una posible ile-

De estos factores se hace eco la STS 277/2022, a la que sigue la SAP de Málaga 1299/2023.

Al valorar la calidad del vínculo, los jueces Gaetano, Pinto de Alburquerque, Wojtyczek y Dedov en su voto concurrente a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, de 24 de enero de 2017, entienden que es imposible establecer la existencia de vida familiar sin examinar la forma en la que se establecieron los vínculos interpersonales desde el punto de vista tanto jurídico como moral. Los posibles efectos en el niño de su inevitable separación de las personas que lo habían venido cuidando deben atribuirse a los padres de intención y demandantes. No es posible utilizar las consecuencias dañinas de las propias acciones ilegales como escudo contra la injerencia del Estado. Se posicionan estos jueces en contra de la mayoría para la que el proyecto de ser padres constituye un argumento militante a favor de la protección con independencia de su carácter ilegal. Consideran incluso que la existencia de un proyecto de paternidad constituye una circunstancia agravante[66].

En el caso Kopf y Liberda contra Austria, tras una convivencia con un niño de dos años durante un período de aproximadamente cuarenta y seis meses de los acogedores, estos intentaron obtener la custodia del niño y adoptarlo. En sus diferentes decisiones, los tribunales austriacos reconocieron que los demandantes tenían una preocupación genuina por el bienestar del niño y que durante ese período había comenzado a desarrollarse un vínculo emocional entre él y los demandantes similar al que existe entre padres e hijos. Por lo tanto, el Tribunal considera, y esto no es objeto de controversia entre las partes, que tal relación entra dentro del concepto de vida familiar en el sentido del art. 8.1[67].

La duración de la relación con el niño es un factor clave para que el Tribunal reconozca la existencia de vida familiar. En el caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, el Tribunal tiene en cuenta la larga duración de la relación ininterrumpida entre los padres de intención y el niño, la calidad de los vínculos ya formados y los estrechos vínculos afectivos forjados con el niño durante las primeras etapas de su vida; la relación se vio claramente

---

galidad en el origen del establecimiento de la vida familiar de facto deben tenerse en cuenta en el análisis de proporcionalidad que es necesario en el contexto del art. 8.

66. STEDH Gran Sala), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (2017). Afirman que ninguna persona puede alegar a su favor su propia culpa, en razón a que sus actos y consecuencias caen bajo su responsabilidad. Se trata de impedir que el acto ilegal o inmoral pueda reportar utilidad a su autor.

67. STEDH (Sección 1.ª), Caso Kopf y Liberda contra Austria, § 37.

fortalecida por el paso del tiempo y se reforzó por el acogimiento legalmente establecido[68].

En el Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo 87/2018, de 24 de julio de 2018, para valorar el rol de madre a los efectos de la adopción por el cónyuge del padre biológico en un matrimonio en crisis, toma en consideración el tiempo de convivencia[69]: «la integración en ese núcleo familiar y el establecimiento de una relación de filiación de facto debería haber durado lo suficiente como para que pudiera hablarse de una consolidación y afianzamiento de los lazos afectivos propios de las relaciones maternofiliales, de suerte que el interés de los menores hiciera aconsejable que éstos se mantuvieran, aún después de la ruptura de la solicitante con el padre de los mismos. (…) en este caso la convivencia efectiva de los menores con la solicitante apenas duró seis meses desde su nacimiento, tiempo claramente insuficiente para que pueda considerarse efectivamente creados esos lazos familiares y una relación de facto en condiciones análogas a una propia relación de filiación, de manera que la continuidad de la misma debiera resultar más beneficiosa para los niños pese a que ya no podría desarrollarse en el marco de una unidad familiar de la que formaran parte ambos progenitores, biológico y adoptivo».

También el transcurso del tiempo puede tener consecuencias en la vida familiar cuando se impide la convivencia de hecho pues se resuelve el problema por la vía de los hechos consumados. Por eso las decisiones que afectan a los derechos garantizados por el art. 8 de la CEDH requieren diligencia y celeridad adicionales. El paso del tiempo puede tener consecuencias irremediables en la relación entre un niño y su progenitor del que vive separado[70].

No obstante ser la convivencia continuada en el tiempo un factor que el Tribunal de Estrasburgo ha tenido en cuenta para apreciar la existencia de vida familiar cuando no existe vínculo biológico o jurídico, también ha señalado que sería ciertamente inadecuado definir una duración mínima de la vida en común que pueda caracterizar la vida familiar de hecho, dado que la evaluación de cualquier situación debe tener en cuenta la calidad del vínculo y las circunstancias que concurren en cada caso[71]. En el caso D. y otros contra Bélgica, el Tribunal entendió que había vida familiar protegi-

68. STEDH (Sección 3.ª), Caso Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia, §§ 61 y 62.
69. AAP de Oviedo (Sección 4.ª) 87/2018, de 24 de julio de 2018 (Roj: AAP O 987/2018 — ECLI:ES:APO:2018:987A).
70. STEDH (Sección 1.ª), Caso A. y otros contra Italia, § 115.
71. STEDH (Gran Sala), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia, § 153.

da por el art. 8 del CEDH por una convivencia que había durado solo dos meses ya que existía un vínculo biológico entre el niño y al menos uno de los padres de intención[72].

Que el final de la convivencia no sea imputable a los padres de intención carece de relevancia. Es el hecho real de la convivencia lo que se valora.

Conviene aclarar que, aunque algún sector doctrinal entiende que la autonomía de la voluntad es determinante en la asunción de la paternidad, que no es un mero hecho biológico enlazando tales planteamientos con la función de la voluntad en el caso de la filiación por adopción a los fines de asimilarlo a la gestación subrogada, no hemos encontrado en la jurisprudencia ninguna decisión que otorgue este papel a la voluntad. Afirma la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia 947/2020 que el mero consentimiento o voluntad de ser padres no genera derechos más allá de lo que permite el legislador en la LTRHA, donde ya juega un papel importante la voluntad en la atribución de la filiación, excepcionando el principio de la veracidad biológica[73].

Se toman en consideración diferentes elementos que deben ser ponderados en su conjunto cuando se evalúa la existencia de vida familiar protegida por el art. 8 del CEDH. Sobre estas bases, en la sentencia que resuelve en 2017 el caso Paradiso y Campanelli el tribunal concluye que, teniendo en cuenta la ausencia de todo vínculo biológico entre el niño y los padres de intención, la corta duración de la relación con el niño y la precariedad de los vínculos desde el punto de vista jurídico, y a pesar de los vínculos afectivos, no se cumplen las condiciones que permiten afirmar la existencia de una vida familiar *de facto*[74].

Ninguno de los factores por sí mismo y aisladamente permite hablar de vida familiar cuando no hay otro soporte normativo. Tampoco es necesaria la concurrencia de todos ellos sin que falte ninguno. Es la presencia de esos factores y la ponderación que el tribunal que se enfrenta al caso el que permite hablar de la existencia de una vida familiar *de facto* que debe respetarse en interés superior del niño.

---

72. DTEDH Caso D. y otros contra Bélgica, de 8 de julio de 2014.
73. SAP de Madrid 947/2020. La Audiencia adecuadamente pone el foco en el niño: «que la perspectiva de esta resolución no es examinar un hecho consumado por la maternidad unilateral o la voluntad procreativa de doña Rosaura sino que existe una realidad práctica —en expresión de la Gran Sala—, que es la vida de Imanol en la familia constituida con la Sra. Rosaura a lo que ha de darse respuesta jurídica».
74. STEDH (Gran Sala), Caso Paradiso y Campanelli contra Italia (2017), § 157.

V. CONCLUSIONES

Hasta el día de hoy ni el legislador estatal ni las organizaciones internacionales han dado respuesta a las cuestiones que plantea la gestación subrogada. Que no basta establecer la nulidad de los contratos acompañada de las reglas sobre filiación del art. 10 de la LTRHA está claro por la cantidad de cuestiones que están planteándose para la decisión de los tribunales. La jurisprudencia es una rica fuente de conocimiento para tomar el pulso a lo que ocurre. En las líneas que preceden se ha puesto el foco en un aspecto tratado en esta jurisprudencia: la vida familiar *de facto*. Cuando la convivencia entre los nacidos por gestación subrogada y los padres de intención reviste determinadas características, se considera que existe una vida familiar de hecho que debe ser respetada en interés superior del menor.

The Prohibition of Surrogacy in the Italian Legal System: the Effectiveness in the Circulation of the *status filiationis*

Margherita Salvadori
Cattedratica de diritto internazionale privato e processuale
Università di Torino

CHAPTER CONTENTS: I. THE RECENT AMENDMENTS INTRODUCED TO LAW 40 OF 2004. II. THE PROTECTION OF THE MATERNITY RIGHTS OF THE MOTHER AND THE CHILD. III. THE PATH OF ITALIAN JURISPRUDENCE: THE PROHIBITION OF AUTOMATIC TRANSCRIPTION OF BIRTH CERTIFICATES ISSUED ABROAD. IV. THE DECISION OF THE CORTE DI CASSAZIONE IN 2022. V. CONCLUDING CONSIDERATIONS.

ABSTRACT

This article explores the prohibition of surrogacy in the Italian legal system, particularly focusing on the effectiveness of this prohibition in the circulation of the *status filiationis*. The prohibition, established by Law 40 of 2004 and recently reinforced by Law 169 of 2024, aims to counteract «procreative tourism» by criminalizing surrogacy conducted abroad by Italian citizens. Despite these measures, the enforcement of such laws presents significant challenges, especially in balancing the protection of women's and children's rights with the recognition of parentage for children born through surrogacy abroad. Italian jurisprudence has grappled with these issues, often conflicting with international norms and the best interests of the child. Additionally, it examines the impact of European Union directives and recent legislative proposals aimed at harmonizing the recognition of filiation across member states.

KEYWORD: Prohibition of surrogacy. *Status filiationis.* Legal parentage.

I. THE RECENT AMENDMENTS INTRODUCED TO LAW 40 OF 2004

The prohibition of surrogacy was introduced into the Italian legal system with Law 40 of 2004[1], specifically with Art. 12, entitled 'General prohibitions and sanctions'[2].

Over the years, Italian judges have had to deal with the difficulty of criminally sanctioning this phenomenon, which is usually committed abroad in countries where surrogacy is allowed[3].

---

1. Law n. 40 of 19 February 2004, *Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*; this law is articulated on the following principles: a ban on pre-implantation diagnosis, a ban on heterologous fertilization (except in exceptional cases), a ban on access to assisted fertilization for same-sex couples or singles, and a ban on surrogacy. Over time, a number of decisions of the Constitutional Court have profoundly modified parts of the law consistent with the principles of the Italian Constitution.
2. This is the wording of the Art. 12 of the law 40/2004, (General prohibitions and penalties): «*1. Chiunque a qualsiasi titolo utilizza a fini procreativi gameti di soggetti estranei alla coppia richiedente, in violazione di quanto previsto dall'articolo 4, comma 3, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 300.000 a 600.000 euro.— 2. Chiunque a qualsiasi titolo, in violazione dell'articolo 5, applica tecniche di procreazione medicalmente assistita a coppie i cui componenti non siano entrambi viventi o uno dei cui componenti sia minorenne ovvero che siano composte da soggetti dello stesso sesso o non coniugati o non conviventi è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 200.000 a 400.000 euro.— 3. Per l'accertamento dei requisiti di cui al comma 2 il medico si avvale di una dichiarazione sottoscritta dai soggetti richiedenti. In caso di dichiarazioni mendaci si applica l'articolo 76, commi 1 e 2, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.— 4. Chiunque applica tecniche di procreazione medicalmente assistita senza avere raccolto il consenso secondo le modalità di cui all'articolo 6 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 50.000 euro.— 5. Chiunque a qualsiasi titolo applica tecniche di procreazione medicalmente assistita in strutture diverse da quelle di cui all'articolo 10 è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 100.000 a 300.000 euro.— 6. Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro.— 7. Chiunque realizza un processo volto ad ottenere un essere umano discendente da un'unica cellula di partenza, eventualmente identico, quanto al patrimonio genetico nucleare, ad un altro essere umano in vita o morto, è punito con la reclusione da dieci a venti anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. Il medico è punito, altresì, con l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione.— 8. Non sono punibili l'uomo o la donna ai quali sono applicate le tecniche nei casi di cui ai commi 1, 2, 4 e 5.— 9. È disposta la sospensione da uno a tre anni dall'esercizio professionale nei confronti dell'esercente una professione sanitaria condannato per uno degli illeciti di cui al presente articolo, salvo quanto previsto dal comma 7.— 10. L'autorizzazione concessa ai sensi dell'articolo 10 alla struttura al cui interno è eseguita una delle pratiche vietate ai sensi del presente articolo è sospesa per un anno. Nell'ipotesi di più violazioni dei divieti di cui al presente articolo o di recidiva l'autorizzazione può essere revocata*».
3. In the face of the prohibition, the conduct leading to surrogacy is normally consummated on foreign soil: an Italian couple concludes the agreement with the biological mother

Abstractly, the crime committed partly in Italy and partly abroad (regardless of whether by a citizen or a foreigner) would be punishable under Italian law, applying the principle established by Art. 6 of the Penal Code[4]. However, the application of the criminal norm has proven difficult, considering that the Corte di Cassazione has excluded that part of the action can be said to have taken place in Italy in light of communications exchanged between the Italian intended parents and the foreign subjects practicing surrogacy abroad[5]. Given the penalty provided by Art. 12, paragraph 6, of Law No. 40 of 2004 (imprisonment of less than 3 years), the crimes contemplated therein could have fallen under the provision of Art. 9, second paragraph of the Penal Code. However, the provision, balancing the State's interest in applying domestic criminal law to acts committed by its citizen abroad with a criterion of the gravity of the act committed, requires the prior request of the Minister of Justice, or the complaint or lawsuit of the offended person: conditions that have not yet found any concrete application. In this context, the legislative amendment of October 2024[6] introduced a phrase in the sixth paragraph of Art. 12 of Law 40 of 2004, which states: «*Se i fatti di cui al período precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana*»[7] [If the acts referred to in the preceding sentence, with reference to surrogacy, are committed abroad, the Italian citizen shall be punished according to Italian law].

The new provision aims to counter the so-called 'procreative tourism' which has so far allowed many couples to circumvent the national ban[8]. This

---

in a foreign clinic, where the necessary medical practices, pregnancy, delivery, and subsequent delivery of the child are also carried out there.

4. By virtue of Art. 6 of the Criminal Code, it is sufficient that even a portion of the conduct took place in Italy, e. g., that at least part of the agreement between the intending parents and the woman willing to gestate was finalized in Italy.
5. Paradigmatic is the decision of the Corte di Cassazione, Criminal, III sec., n. 5198 of 2020 where it ruled that «non può ritenersi integrata parte della condotta sul territorio dello stato a fronte di contatti intrattenuti via e-mail per valutare possibili soluzioni riproduttive, non ancora dimostrativi della decisione di ricorrere alla pratica vietata».
6. Law n. 169 of 2024, in G.U.R.I. 18 November 2024.
7. This is the new text of paragraph 6 of Art. 12 (General Prohibitions and Penalties) of Law 40 of 2004, as amended by Art. 1 of the Law 169/2024: «6. Chiunque, in qualsiasi forma, realizza, organizza o pubblicizza la commercializzazione di gameti o di embrioni o la surrogazione di maternità è punito con la reclusione da tre mesi a due anni e con la multa da 600.000 a un milione di euro. *Se i fatti di cui al periodo precedente, con riferimento alla surrogazione di maternità, sono commessi all'estero, il cittadino italiano è punito secondo la legge italiana*».
8. See Marco ZINCANI, «Il turismo procreativo non è un reato universale», in *Giurisprudenza Penale Web*, 2024, p. 10.

means that an Italian citizen who goes abroad to enter a surrogacy contract, even in a country where this practice is legal, can be criminally prosecuted upon their return to Italy. The provision is particularly burdensome for same-sex couples and singles, who, by Italian law, are excluded from accessing medically assisted procreation.

II. THE PROTECTION OF THE MATERNITY RIGHTS OF THE MOTHER AND THE CHILD

It should first be noted that the declared intention to configure surrogacy as a crime in derogation of the general principle of territoriality conflicts with the fact that this practice is regulated very differently in the international landscape: in some states, it is allowed only for altruistic purposes, in others also for commercial purposes, and in others, it is sanctioned in any form. From a theoretical point of view, surrogacy, even if practiced on a gratuitous-solidarity basis (regardless of the economic exploitation of the woman who rents her womb to carry out the pregnancy of another's child) is a practice that interferes with the dignity of the woman-mother: the object of the transfer is the right of the woman-mother to live the maternity relationship with the conceived and then with the born child. This dissociation of the right to maternity is considered to be in conflict with Art. 31 of the Italian Constitution[9], regardless of the presence or absence of an economic purpose. The maternity relationship determines a biological and social relationship between the woman and the conceived child first and between the woman and the born child later, which would be missing in the case of surrogacy; if the egg belongs to a different woman (anonymous donor or the same requester) from the one who carries out the gestation for others, two maternity relationships would be realized: the first between the woman-mother who provides the egg and the conceived/born child; the second between the gestational woman-mother and the same conceived/born child. This scenario thus gives rise to two relationships in which one of the two women-mothers must give up part of her right to maternity, despite having full entitlement. As stated by the Corte Costituzionale, surrogacy «*offende in modo intollerabile la dignità della donna e mina in profondo le relazioni umane*» [intolerably offends the dignity of women and deeply undermines human relations] as such agreements «comportano il rischio di sfruttamento

9. L'art. 31 della Costituzione italiana: «*La Repubblica agevola con misure economiche ed altre provvidenze la formazione della famiglia e l'adempimento dei compiti relativi, con particolare riguardo alle famiglie numerose. Protegge la maternità, l'infanzia e la gioventù, favorendo gli istituti necessari a tale scopo*».

della vulnerabilità di donne che versino *in situ*azioni sociali ed economiche disagiate» [involve the risk of exploiting the vulnerability of women in poor social and economic situations][10].

In the perspective of balancing interests, the Corte Costituzionale considered the interest of the child: what matters is not the right to parenthood, but exclusively the interest of the child to obtain legal recognition of the ties that unite him to both members of the couple. However, this interest cannot automatically be considered to prevail over any other counter-interest at stake, as this would lead to the unlimited expansion of one of the rights; and which would prevail over the other constitutionally recognized legal situations and which together constitute an expression of the dignity of the person[11]. Before the intervention of the 2024 legislator, the balance was in verifying the proportionality of the compression of the minor's interests concerning the legitimate aim of discouraging recourse to surrogacy.

The significant problem of ensuring that a child born from surrogacy has the same rights as other children born under different conditions initiated a dialogue between the Corte di Cassazione and the Corte Costituzionale, as well as the European Court of Human Rights[12], in search of a reasonable solution that can reconcile clearly opposing interests attributable to different subjects: the child's interest in filial identity, the woman's interest in her own dignity, the woman's interest in not giving up her *status* as a mother, the State's interest in not encouraging recourse to practices that are prohibited and harmful to the dignity of women and the institution of adoption. In the

10. Corte Costituzionale decision n. 272 del 2017. Also noteworthy are the subsequent decisions of the Corte Costituzionale 23 October 2019, n. 221 and 15 November 2019, n. 237, which rejected the judgment that the regulations were unlawful due to violation of the prohibition of discrimination. See also Gabriella LUCCIOLI, *Surrogazione di maternità come «reato universale», Audizione in Commissione Giustizia del Senato sui disegni di legge n. 163, 245, 475 e 824, in data 22 maggio 2024*, in *Giustizia insieme* 2024, https://www.giustiziainsieme.it/it/minori-e-famiglia/3206-surrogazione-di-maternita-come-reato-universale-gabriella-luccioli.
11. Corte Costituzionale decision 9 March 2021, n. 33. See Arnaldo MORACE PINELLI, «La Corte costituzionale interviene sui diritti del minore nato attraverso una pratica di maternità surrogata. Brevi note a Corte cost. 9 marzo 2021», n. 33, in *Giustizia insieme* 2021, https://www.giustiziainsieme.it/it/minori-e-famiglia/1703-la-corte-costituzionale-interviene-sui-diritti-del-minore-nato-attraverso-una-pratica-di-maternita-surrogata-brevi-note-a-corte-cost-9-marzo-2021-n-33.
12. See in this book, Pilar JIMÉNEZ BLANCO, «¿Una solución internacional para la gestación subrogada?: el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de la Conferencia de La Haya».

background remains the interest of the intentional parent in being recognized as a parent. This interest, however, remains only in the background with a sort of intellectual hypocrisy that places the governance of a very complex issue, which mainly involves adults and their desire for parenthood, solely on the child and their interest. In this context, economic interests have also come into play given the costs associated with the entire surrogacy procedure, which, depending on the countries and practices, burden the people involved, as with any healthcare treatment in a 'private' regime. At the international level, there is the recent European Union directive against human trafficking[13], which includes the exploitation of surrogacy as an additional type of exploitation[14], targeting those who coerce and deceive women into becoming surrogate mothers[15].

13. Directive (EU) 2024/1712 of 13 June 2024 amending Directive 2011/36/EU on preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims, that in art. 2 par. 3 specifies «Exploitation shall include, as a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, including begging, slavery or practices similar to slavery, servitude, or the exploitation of criminal activities, or the removal of organs, or the exploitation of surrogacy, of forced marriage, or of illegal adoption».
14. The new paragraph 5 of Art. 2 Directive (EU) 2024/1712 also specifies that the conduct referred to in paragraph 1, when it involves minors, shall be punishable as a trafficking offence even in the absence of one of the means indicated in paragraph 1. However, the new version specifies that this does not apply in the case of exploitation of surrogacy referred to in paragraph 3, unless the surrogate mother is a minor. The provision for minors is intended to simplify the proof in which the actions are carried out, taking care of their greater vulnerability.
15. See also European Parliament Resolution of May 5, 2022 on the impact of the war against Ukraine on women: «recalls that sexual exploitation for surrogacy and reproductive purposes is unacceptable and constitutes a violation of human dignity and human rights; condemns the practice of surrogacy, which can expose women all over the world, particularly the poorest women and those in vulnerable situations, such as in the context of war, to exploitation; demands that the EU and its Member States pay special attention to the protection of surrogate mothers during pregnancy, childbirth and puerperium and respect all their rights as well as those of newborns stresses the serious repercussions of surrogacy on women, their rights and health, the negative consequences for gender equality as well as the challenges arising from the cross-border implications of this practice, as was the case with the women and children affected by the war against Ukraine; calls for the EU and its member states to analyse the scale of this industry, the socioeconomic context and the situation of pregnant women, as well as the consequences for their physical and mental health and the well-being of their newborns; calls for the introduction of binding measures to combat surrogacy, protecting the rights of women and newborns».

III. THE PATH OF ITALIAN JURISPRUDENCE: THE PROHIBITION OF AUTOMATIC TRANSCRIPTION OF BIRTH CERTIFICATES ISSUED ABROAD

The path taken by Italian jurisprudence has been characterized by the conflict between two interests: the need to uphold the prohibition of surrogacy and the need to recognize parenthood for children born from this practice. Initially, the debate on parenthood resulting from surrogacy saw opposing theses that considered the uterine mother to be predominant and theses that, on the contrary, believed that the commissioning mother should prevail. Subsequently, the problem of who should be the mother was completely set aside and replaced by the issue of recognizing the intentional parent, who is a parent by intention, not by biological link, whether there are two intentional parents or an intentional parent who is the partner of the parent who provided his genetic material. Considering the prohibition of surrogacy, jurisprudence has focused on protecting children born from surrogacies carried out abroad. This bringed a problem of the circulation of *status* in various countries, as it has become inevitable to ensure the maintenance of a filial *status* acquired abroad, without wanting to encourage recourse to practices that are prohibited or harmful to primary values of the legal system. The debate has been characterized by the alternative between two solutions. The first solution is the transcription of parenthood acquired abroad or, where there has been a judgment, the recognition of the foreign judgment, subject to the evaluation of their conformity with the international public order of the Italian State. The second solution is the identification of internal legal instruments that can grant parenthood to the intending parent and thus complete the parenting project started with the biological parent.

Key judicial decisions, by the Corte Costituzionale and the Corte di Cassazione, highlight the complexities of recognizing intentional parenthood in the Italian legal system and the limits of current legal instruments.

In 2019, the United Sections of the Court of Cassation[16] affirmed that the recognition of the *status filiationis* formed abroad is contrary to public order, given the prohibition of surrogacy. The Court indicated adoption in special cases as an alternative solution of internal law to solve the problem of recognizing intentional parenthood, the so-called Stepchild Adoption.

In 2021, the Constitutional Court[17] conditioned the recognition of intentional parenthood, on the one hand, to the actuality and concreteness

16. Corte di Cassazione decision 8 May 2019 n. 12139.
17. Corte Costituzionale decision 9 March 2021, n. 33, that it reiterated that the practice of surrogacy is detrimental to the dignity of women. See Alfio GRASSO, *Maternità surrogata altruistica e tecniche di costituzione dello status*, Torino, 2022, pp. 74 ss.

of the parental project, and on the other hand, to the concrete and constant care of the minor that denotes the joint exercise of parental responsibility, even if *de facto*. The Court emphasised that when the child lives and grows up in the context of a nucleus composed of a couple of two persons who have shared and implemented both the conception project and have then continuously cared for the child, jointly exercising parental responsibility, the child has a vested interest in the legal recognition of his or her relationship with both, and not only with the biological parent. In this perspective, the solution of automatic transcription of the foreign provision never meets these requirements, as it inevitably leads to an abstract and generalized evaluation. In the same decision, the Constitutional Court noted the inadequacy of the instrument of adoption in special cases, in relation to the problem of the necessary consent of the biological parent under Art. 46 of the Adoption Law, which may not be given in situations of supervening crisis of the couple, in which the child thus ends up being deprived of the legal relationship with the person who has from the beginning shared the parental project, and has in fact taken care of him from the moment of birth.

Subsequently, with a more recent ruling[18], the Constitutional Court noted that in the case of a child born from surrogacy, the biological parent is the blood parent who shared the parental project with the intentional parent. A hypothetical dissent to adoption should necessarily pass either through the denial of the parental project at its root or through the denial of the constant relationship and care of the minor, which represents the requirement for requesting adoption in special cases, even in the event of separation. The biological parent who might deny consent to the partner's adoption could do so only if the latter had not maintained any relationship of affection and care towards the child or had participated in the procreation project but then abandoned the partner and the minor. The evaluation of these requirements necessarily involves a judicial assessment, as it is an evaluation that concerns the best interest of the minor, where it is a matter of concretely evaluating a relationship of care and affection that concerns only that child.

IV. THE DECISION OF THE CORTE DI CASSAZIONE IN 2022

In the most recent decision of the Supreme Court[19], the violation of public policy is upheld in the face of a request for recognition of legal parentage resulting from surrogacy, as previously stated. However, the best interest

18. Corte Costituzionale decision n. 79 of 2022.
19. Corte di Cassazione n. 38162 of 2022. See Valentina CALDERAI, «Ordine pubblico internazionale e Drittwirkung dei diritti dell'infanzia», in *Riv. Dir. Civ.*, 2022, pp. 479 ss.

of the child is a relevant principle of international law in the assessment of international public policy (*ordre public*), so its evaluation must be protected. The best interest of the child is never an abstract formula but must necessarily come to terms with the concrete situation of that individual child, a situation that is never the same. For these reasons, the Corte di Cassazione reject the automatic transcript solution, as it would crystallize a presumption of best interest applicable *a priori* for all situations. Moreover, in rejecting the solution of automatic transcription, the Court decided in conformity with the European Court of Human Rights jurisprudence, which recognize the discretion of party states in excluding the the automatic transcription.

On intentional parenthood, the court enucleates a notion that focuses on the absence of the biological element, but that is anchored on two important requirements: the existence of a parental project and the presence of a concrete affective bond. The Corte di Cassazione decision recalls that all these elements must be present for non-blood parenthood to be recognized and devolves to the judge the control regarding the affective capacity of the adoptive parents, thus the realization of the best interests of the child.

As pointed out in the doctrine, the formula of law emerging from fact and the reality of things finds full and express application here, since the law that applies is not simply the legal norm, but the legal norm as it is interpreted by case law[20].

V. CONCLUDING CONSIDERATIONS

The new criminal provision introduced by Law 169 of 2024 strengthens the repression of the phenomenon of surrogacy among Italian citizens. However, it should be noted that the crime of surrogacy carries a very reduced prison sentence, from three months to two years, which places the offense within the range of crimes to which deflationary measures apply, such as the cause of non-punishability for tenuity of the fact, the suspension of the trial with probation, and the conditional suspension of the prison sentence. On the contrary, the pecuniary penalty is very severe, ranging from six hundred thousand to one million euros, framing the offense as a crime of profit rather than a crime aimed at protecting personal interests. In fact,

20. See Mirzia BIANCA, «Le Sezioni Unite e i figli nati da maternità surrogata: una decisione di sistema. Ancora qualche riflessione sul principio di effettività nel diritto di famiglia», in *Giustizia insieme* 2023, https://www.giustiziainsieme.it/it/minori-e-famiglia/2645-le-sezioni-unite-e-i-figli-nati-da-maternita-surrogata-una-decisione-di-sistema-ancora-qualche-riflessione-sul-principio-di-effettivita-nel-diritto-di-famiglia.

no significant consequences are foreseeable in cases of surrogacy supported by solidarity reasons, while it is foreseeable that the application of the new provision will be very heavy in cases of surrogacy based on commercial agreements that, in exchange for carrying out the pregnancy and delivering the child to the clients, provide for a monetary payment.

Moreover, national provisions cannot have the effect, even indirectly, of limiting the full realization of the internal market and the rules adopted in implementation of the European area of freedom, security, and justice, even when the regulation of family law and the *status* of persons falls within the exclusive competence of the Member States[21]. In fact, the Court of Justice, in the cases *V.M.A.*[22] and *Rzecznik Praw Obywatelskich*[23], established the obligation to recognize and give direct effect to filiation relationships validly constituted or recognized in other Member States, regardless of the modalities with which they were established. This is due to the obligations provided by Arts. 4 and 5 of Directive 2004/38[24] and Arts. 20 and 21 TFEU, regarding Union citizenship. This recognition was in these cases limited to the exercise of the freedom of movement of persons and the related right of every child to move freely between Member States with his parents, but

21. See the accompanying *Explanatory Memorandum to the Proposal for a Council Regulation on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decisions and Acceptance of Authentic Instruments in Matters of Filiation* (Brussels, 7.12.2022, COM(2022) 695 final, 2022/0402-CNS), p. 6: «Under the Union Treaties, substantive family law, including the legal status of persons, falls within the competence of the Member States, which means that the substantive rules for adopting family law measures are laid down in national law. However, the Union may adopt family law measures with cross-border implications under Art. 81(3) TFEU, for example measures to facilitate that, once established in one member state, filiation is recognized in other member states. Such measures may include the adoption of common rules on international jurisdiction, applicable law, and procedures for the recognition of filiation in another member state. They will not lead to the harmonization of the substantive law of member states on the definition of family or the establishment of filiation in the national context».
22. European Court of Justice decision 14 December 2021, C-490/20, *V.M.A. c. Stolichna obshtina, rayon «Pancharevo»*; see Ornella FERACI, «Il riconoscimento "funzionalmente orientato" dello status di un minore nato da due madri nello spazio giudiziario europeo: una lettura internazionalprivatistica della sentenza Pancharevo», in *Rivista di diritto internazionale*, 2022, pp. 564 ss.
23. European Court of Justice decision 24 June 2022, C-2/21, *Rzecznik Praw Obywatelskich*.
24. Directive 2004/38/EC of the European Parliament and of the Council of April 29, 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States, amending Regulation (EEC) No. 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC (OJEU L 158, April 30, 2004).

this becomes particularly relevant in all cases where one of the members of the couple is a citizen of another Member State of the European Union (and the latter EU State has different rules on surrogacy and legal parentage).

It should also be highlighted that the recognition of the *status filiationis* was the subject of a proposed regulation, presented by the European Commission on December 7, 2022, aimed at introducing a uniform regime regarding jurisdiction and applicable law to filiation characterized by elements of internationality, as well as the recognition of decisions and acceptance of public acts in this area, along with the creation of a European certificate of filiation, on an optional basis (COM(2022) 695 final).

Finally, it seems appropriate to recall the latest decisions of the French Court of Cassation[25], regarding the compliance of a foreign judgment establishing parentage with regard to the intended mother of a child born to a surrogate with French international public policy.The rights guaranteed by the European Convention on Human Rights included the French international public policy and tha article 8 (right to respect of one's private and family life), as interpreted by the Court of Strasbourg in a consultative opinion of 10 April 2019 and thatprevents the refusal of recognition of parentage based on the circumstance that the child was born to surrogacy, regarding the biological parent as much as the intended parent. Similar considerations must also be given due consideration in the Italian legal system and do not appear to be superseded by the recent legislative change in criminal law.

25. French Cour de cassation decision 14 November 2024, where a French woman entered alone into a surrogacy contract in Canada and the child, born in 2019, was not biologically related to her. The Supreme Court of British Columbia ruled that the intended mother is the child's only parent and transferred her parental rights.

PARTE IV
Y ALGUNAS OTRAS REFLEXIONES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Novedades del Reglamento Bruselas II-ter: luces y sombras

News in the Brussels II-TER Regulation: lights and shadows

Esperanza Castellanos Ruiz
Catedrática de Derecho internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. EL NUEVO REGLAMENTO BRUSELAS II-TER: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS. II. NOVEDADES REGLAMENTO BRUSELAS II TER. 1. *Creación de un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, que garantice la libre circulación de personas dentro de la UE*. A. Tratamiento procesal de las demandas transfronterizas en materia de familia. B. Reconocimiento y ejecución: principio de confianza mutua. 2. *Determinación de los tribunales competentes en virtud de foros uniformes y justos*. A. Foros en materia matrimonial. Imposibilidad de la autonomía de la voluntad. B. Foros en materia de responsabilidad parental. Posibilidad la autonomía de la voluntad. 3. *Seguridad jurídica y el forum non conveniens*. 4. *Interés superior del menor: persona menor de 18 años*. A. Disolución matrimonial y responsabilidad parental como procedimientos independientes. B. Derecho del menor a ser oído. C. Excepción a la competencia objetiva y procedimiento judicial acelerado. 5. *Medios alternativos de resolución de diferencias*. 6. *Minimización de los procedimientos concurrentes*. 7. *Reconocimiento automático de decisiones para evitar procedimientos largos y costosos*. 8. *Reglamento continuista no exento de mejora*. III. ÁMBITO DE APLICACIÓN. 1. *Ámbito de aplicación material*. A. Materias civiles. B. Elemento extranjero y ámbito internacional de aplicación. 2. *Ámbito de aplicación espacial*. 3. *Ámbito de aplicación temporal. 4. Ámbito de aplicación personal*. IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LUCES Y SOMBRAS.

RESUMEN

El *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores* (versión refundida) (DOUE L 178 de 3 julio 2019) es un Reglamento complejo, plenamente aplicable desde el 1 de agosto de 2022, con 98 Considerandos, 105 artículos y 10 anexos frente a los 33 Considerandos, 72 artículos y 6 anexos de su predecesor el Reglamento Bruselas II bis. Sin embargo, como se podrá ir viendo a lo largo del trabajo, este aumento de considerandos, preceptos y anexos no ha supuesto una revolución profunda en esta materia, salvo determinados aspectos que se pondrán de manifiesto a lo largo del estudio, sobre la base de los aspectos positivos y también de los más controvertidos; dicho de otro modo, teniendo en cuenta las luces y las sombras de la nueva regulación.

PALABRAS CLAVE: Bruselas II ter. Materia matrimonial. Responsabilidad parental. Sustracción internacional de menores. Justicia.

ABSTRACT

Council Regulation (EU) 2019/1111 of 25 June 2019 on jurisdiction, the recognition and enforcement of decisions in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, and on international child abduction (recast) (DOUE L 178, 3 July 2019) is a complex Regulation, fully applicable from 1 August 2022, with 98 recitals, 105 articles and 10 annexes compared to 33 recitals, 72 articles and 6 annexes of its predecessor, the Brussels II bis Regulation. However, as will be seen throughout the work, this increase in considerations, precepts and annexes has not meant a profound revolution in this matter, except for certain aspects that will be revealed throughout the study, based on the positive aspects as well as the most controversial ones; in other words, taking into account the lights and shadows of the new regulation.

KEYWORDS: Brussels II ter. Matrimonial matters. Parental responsibility. International child abduction. Justice.

I. EL NUEVO REGLAMENTO BRUSELAS II-TER: CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

1. El *Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y*

de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) (DOUE L 178 de 3 julio 2019) es una pieza clave de la legislación de la Unión Europea que regula la cooperación judicial en materia de familia, especialmente en lo que respecta a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en asuntos matrimoniales y de responsabilidad parental. Este reglamento se enmarca dentro de los esfuerzos de la UE por crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, facilitando la movilidad de las personas y la protección de los derechos de los menores en contextos transfronterizos. También denominado Reglamento Bruselas II-ter, ha sustituido al Reglamento Bruselas II-bis 2201/2003, que estaba en vigor desde el 1 marzo 2005 y que derogó el Reglamento 1347/2000 (Bruselas II), que a su vez había sido redactado sobre el texto del precedente Convenio de 28 mayo 1998 (DOCE núm. C 221 de 16 julio 1998), texto que nunca llegó a entrar en vigor[1].

2. Es un Reglamento complejo, plenamente aplicable desde el 1 de agosto de 2022, con 98 Considerandos, 105 artículos y 10 anexos frente a los 33 Considerandos, 72 artículos y 6 anexos de su predecesor el Reglamento Bruselas II bis. Sin embargo, como se podrá ir viendo a lo largo del comentario, este aumento de considerandos, preceptos y anexos no ha supuesto una revolución profunda en esta materia, salvo determinados aspectos que se pondrán de manifiesto a lo largo de esta obra[2]. El presente Reglamento esta-

1. Todos estos Reglamentos se basan en el originario Convenio de Bruselas de 28 mayo 1998, sobre materia matrimonial, que nunca ha entrado en vigor. Es imprescindible la lectura y estudio del Informe oficial de este Convenio de 28 mayo 1998, de la profesora Alegría BORRÁS RODRÍGUEZ, en DOCE C 221 de 16 julio 1998. El Convenio aparece muy bien examinado por Paloma ABARCA JUNCO, «El Convenio Europeo sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial», en *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Asociación Española de Abogados de Familia, Madrid, 2000, pp. 271 ss. y por Albert FONT I SEGURA, «El progresivo avance del Derecho comunitario en materia de familia: un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis», *REDI*, 2004, vol. LVI, pp. 273-301, así como por Wendy KENNETT, «The Treaty of Amsterdam — The Brussels II Convention», *ICLQ*, 1999, pp. 465 ss. y Jörg PIRRUNG, «Unification du droit en matière familiale: la Convention de l'Union européenne sur la reconnaissance des divorces et la question de nouveaux travaux d'UNIDROIT», *Uniform Law Review*, vol. 3, abril 1998, pp. 629-640.

2. Beatriz CAMPUZANO DÍAZ, «EL nuevo Reglamento (UE) 2019/1111: análisis de las mejoras en las relaciones con el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 sobre responsabilidad parental», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 12 vol. 1, 2020, pp. 97-117; Elena RODRÍGUEZ PINEAU, «La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo», *REDI*, 69, 1, 2017, pp. 139-165; Íd, «El nuevo Reglamento (UE) 2019/111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 26, 2020.

blece normas uniformes de competencia relativas al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, así como a los litigios sobre responsabilidad parental con un componente internacional. Facilita la circulación en la Unión de las resoluciones, los documentos públicos y determinados acuerdos, al establecer disposiciones relativas a su reconocimiento y ejecución en otros Estados miembros. Por otra parte, aclara el derecho del menor a que se le brinde ocasión de expresar su opinión en los procedimientos que le afecten y contiene asimismo disposiciones que complementan el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en lo sucesivo, «Convenio de La Haya de 1980») en lo referente a las relaciones entre Estados miembros. Por consiguiente, el presente Reglamento debe contribuir a reforzar la seguridad jurídica e incrementar la flexibilidad, y a garantizar un mejor acceso a los procesos judiciales y una mayor eficiencia de dichos procesos.

II. NOVEDADES REGLAMENTO BRUSELAS II TER

3. Se trata del instrumento internacional en Derecho de familia más importante dentro de la Unión Europea —en adelante UE—[3]. En realidad,

3. La bibliografía sobre los Reglamentos Bruselas II, Bruselas II-bis, perfectamente válida para la interpretación de Bruselas II-ter, es inabacarcable. *Vid*. entre otros: Christoph ALTHAMMER (ed.), *Brussels IIa — Rome III: article-by-article commentary*, München, Beck, Baden-Baden, Nomos, Oxford, Hart, 2019; Bertrand ANCEL / Horatia MUIR-WATT, «La désunion européenne: le Règlement dit *Bruxelles II*», *Revue critique de droit international privé*, 2001, pp. 403-457; Louis D'AVOUT, «Nota a STJUE 16 julio 2009, *Hadadi*», *Journal de droit international Clunet*, 2010, pp. 161-183; Rebecca BAILEY-HARRIS, «Jurisdiction: Brussels II revised», *Family Law* 2008, pp. 312-314; Roberto BARATTA, «Il Regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia», en Paolo PICONE, *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, CEDAM, Padova, 2004, pp. 163-204; Isabelle BARRIÈRE-BROUSSE, «La revision du règlement Bruxelles II "bis": perspectives communautaires sur les désunions internationales», *Recueil Dalloz*, 2008-10, pp. 625-630; Maria Caterina BARUFFI, «Osservazioni sul Regolamento Bruxelles II-bis», en Stefania BARIATTI (coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 175-226; Paul BEAUMONT / Katarina TRIMMINGS, «Court of Justice of the European Union's case law on family law matters under Brussels IIa and maintenance», en Paul BEAUMONT *et al*., *Cross-border litigation in Europe*, Oxford, Hart, 2017, pp. 711-739; Giacomo BIAGIONI, «Il nuevo Regolamento (UE) 2019/2011 relativo a la comptenza, al ricognoscimento e all´execuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale», *Rivista di diritto internazionale*, vol. 102, 2019, núm. 4, pp. 1169-1178; Carine BRIÈRE, «Nota a Sent. TJUE 16 julio 2009, *Hadadi*», *Revue critique de droit international privé*, 2010, pp. 184-199; Andrea BONOMI, «La compétence internationale en matière de divorce. Quelques suggestions pour une (impro-

bable) révision du règlement Bruxelles II*bis*», *Revue critique de droit international privé* 2017-4, pp. 511-534; Alice BUONAFEDE, «L'applicazione del Reg. 2201/2003 in caso di contemporanea pendenza, in Stati membri differenti, di una causa matrimoniale e di una causa di responsabilità genitoriale», *Int'l Lis*, XIV, 3-4, 2016, pp. 130-134; Rocío CARO GÁNDARA, «La naturaleza mutable de los foros de competencia del R.1347/2000 en materia matrimonial y su incidencia en el control de oficio de la competencia», en *La UE ante el siglo XXI: Los retos de Niza*, Actas XIX Jornadas AEPDIRI, BOE, Un. Cantabria, Madrid, 2003, pp. 189-194; Rocío CARO GANDARA, «De la desconfianza recíproca al reconocimiento mutuo: una laboriosa transición (El Reglamento Bruselas II bis como banco de pruebas)», *diario La Ley*, n.º 7641 (31 de mayo de 2011); Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000», en AA. VV., *Mundialización y Familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 213-239; Christelle CHALAS, «Nota a sent. Cass (Francia) 3 diciembre 2008», *Journal de droit international Clunet*, 2009, pp. 877-888; Christelle CHALAS, «Nota a sent. Cass (Francia) 17 febrero 2010», *Journal de droit international Clunet*, 2010, pp. 814-825; Sabine CORNELOUP/Thalia KRUGER, «Le Règlement 2019/1111, Bruxeles II: la protection des enfants gagne du ter (rain)», *Revue critique de droit international privé*, n.º 2, 2020, pp. 215-245; Silvana DALLA BONTÀ, «Divorzio transfrontaliero e domande connesse nel diritto dell'Unione europea», *Rivista di diritto processuale*, LXXI, 6, 2016, pp. 1488-1525; Susanne DORNBLÜTH, *Die europäische Regelung der Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Ehe— und Kindschaftsentscheidungen*, Tübingen, Mohr, 2003; Francisco Javier FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores,* Sepin, Madrid, 2020, 598 p; Hugues FULCHIRON / Cyril NOURISSAT, *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, 2005; Estelle GALLANT-BUSNEL, «Le forum non conveniens de l'article 15 du règlement Bruxelles II bis: Cour de justice de l'Union européenne (3e ch.), 27 octobre 2016, aff. C-428/15», *Revue critique de droit international privé*, 3, 2017, pp. 464-471; Estelle GALLANT, «Règlement Bruxelles II bis (Matières matrimoniale et de responsabilité parentale)», Enc. Dalloz, 2.ª ed., septiembre 2010; Estelle GALLANT, «Nota a la STJUE 29 noviembre 2007, *López*, asunto C-68/07», *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 343-356; Estelle GALLANT, «Nota a STJUE 2 abril 2009», *Revue critique de droit international privé*, 2009, pp. 802-813; Hélène GAUDEMET-TALLON, «La désunion du couple en Droit international privé», *Recueil des Cours*, 1991, vol.226, pp. 9-206; Id., «Le Règlement n.1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000», *Journal de droit international Clunet*, 2001, pp. 381-430; Rudolf GEWALTIG, *Von der nationalen zur europäischen Zuständigkeitsregelung im Familienrecht: die internationale Zuständigkeit nach den europäischen Verordnungen (EG) Nr. 1347/2000 und Nr. 2201/2003 (EuEheVo) in Deutschland und in den Niederlanden*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2008; Christian HAJNCZYK, *Die Zuständigkeit für Entscheidungen in Ehesachen und in anderen Familiensachen aus Anlass von Ehesachen sowie deren Anerkennung und Volllstreckung in der EG und in der Schweiz*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; Urs Peter GRUBER, «Die Anerkennung einstweiliger Maßnahmen in der EuEheVO (zu BGH, 10.2.2016, XII ZB 38/15, unten S. 491, Nr. 30)», *IPRax*, 37, 5, 2017, pp. 467-470; Dieter HENRICH, *Internationales Scheidungsrecht: einschließlich Scheidungsfolgen*, 3.ª ed., Bielefeld, Gieseking, 2012; Georg JOHN, «Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes und seine Bedeutung im europäischen Privat— und Zivilverfahrensrecht. Teil 1», *GPR*, 15, 2, 2018, pp. 70-79;

Id., «Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltes und seine Bedeutung im europäischen Privat— und Zivilverfahrensrecht. Teil 2», *GPR*, 15, 3, 2018, pp. 136-142; Mónica HERRANZ BALLESTEROS, «El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades», *REDI*, vol. 73, n.º 2, 2021, pp. 229-260; Christian KOHLER, «Libre circulation du divorce? Observations sur le Règlement communautaire concertant les procédures en matière matrimoniale», *Estudos Magalhães Collaço*, vol. I, Almedina, Portugal, 2002, pp. 231-248; Thalia KRUGER & Liselot SAMYN, «Brussels II bis: successes and suggested improvements», *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016, pp. 132-168; Gwendoline LARDEUX, «La revision du règlement Bruxelles II "bis": perspectives communautaires sur les désunions internationales», *Recueil Dalloz*, 2008-12, pp. 795-800; Agne LIMANTE, «Establishing habitual residence of adults under the Brussels IIa regulation: best practices from national case-law», *Journal of Private International Law*, vol. 14, 2018-1, pp. 160-181; Nigel LOWE, «The Current Experiences and Difficulties of Applying Brussels II Revised», *International Family Law*, nov. 2007, pp. 183-197; Nigel LOWE / Mark EVERALL / Michael NICHOLLS, *The New Brussels II Regulation*, Ed. Family Law, Bristol, 2005; Ulrich MAGNUS/ Peter MANKOWSKI (Eds.), *Brussels IIbis Regulation: commentary*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2017; Peter McELEAVY, «The Brussels II Regulation: how the European Community has moved into Family Law», *ICLQ*, vol.51, oct. 2002, pp. 883-908; Isabella M.ª NIKLAS, *Die europäische Zunständigkeitsordnung in Ehe— und Kindschaftsverfahren*, Tübingen, Mohr, 2003; Cyril NOURISSAT, «Retour sur le règlement (UE) 2019/1111 du 25 juin 2019 dit règlement "Bruxelles II bis refondu" ou règlement "Bruxelles II ter"», *Procédures*, núm. 1, 2020 (alerte 1); Steffen PABST, *Entscheidungszuständigkeit und Beachtung ausländischer Rechtshängigkeit in Ehesachen mit Europabezug: Grundrechtsprobleme und Grundrechtsschutz*, Baden-Baden, 2009; Guillermo PALAO MORENO (dir.), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al Reglamento (UE) n.º 2019/1111*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, 810 p.; Riccardo PISILLO MAZZESCHI, «Sulla giurisdizione italiana in materia divorzio», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 1975, pp. 306-323; Thomas RAUSCHER, «Verordnung (EG) Nr 1347/2000 des Rates vom 29.5.2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten (Brüssel II-VO)», en Thomas RAUSCHER (Hrsg.), *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar*, München, Sellier. European Law Publishers, 2004, pp. 517-738; Bettina RENTSCH, «Präzedenzfall versus Machterhalt: eine kritische Rekonstruktion der EuGH-Rechtsprechung zum gewöhnlichen Aufenthalt», en *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler: München 2016*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 273-302; Bettina RENTSCH, *Der gewöhnliche Aufenthalt im System des europäischen Kollisionsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017; Carola RICCI, «Habitual residence as a ground of jurisdiction in matrimonial disputes connected with the EU: challenges and potential», en *Liber amicorum Angelo Davì: La vita giuridica internazionale nell'età della globalizzazione*, vol. II, Napoli, Editoriale Scientifica, 2019, pp. 1231-1262; Jürgen RIECK, «Anwendungsprobleme der Brüssel II a VO», en Thomas PFEIFFER/Josef WITTMANN/

Mirjam ESCHER (Hrsg.), *Europäisches Familienrecht im Spiegel deutscher Wissenschaft und Praxis: Tagungsband des Austauschseminars am 16. September 2016 in Heidelberg*, Baden-Baden, Nomos, 2018, pp. 45-53; Elena RODRÍGUEZ PINEAU, «La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo», *REDI*, 69, 1, 2017, pp. 139-165; Íd, «El nuevo Reglamento (UE) 2019/111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores», *La Ley Derecho de Familia*, núm. 26, 2020; M.ª Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La reforma del reglamento (CE) No.º 2201/2003: análisis de las soluciones propuestas en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones», *AEDIP*, t. XVII, 2017, pp. 767-784; M.ª Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La nulidad matrimonial y el alcance del foro de la residencia del demandante en el Reglamento 2201/2003», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, pp. 468-474; Ana QUIÑONES ESCÁMEZ, «¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 30 (mayo-agosto de 2008); Carola RICCI, «Il foro della residenza abituale nel Regolamento n.º 2201/2003 e nella proposta Roma III», en Alfonso Luis CALVO CARAVACA / Esperanza CASTELLANOS RUÍZ (dirs.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 421-431; Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO, «Reglamento 1347/2000: ámbito de aplicación personal (arts. 7 y 8)», *La Ley*, n.º 6112, 22 de octubre 2004 (también en *International Law*, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 4, Diciembre 2004, Pontificia Universidad Javeriana —Facultad de Ciencias Jurídicas, Bogotá D.C.—, Colombia, pp. 361-378; M.ª Jesús SÁNCHEZ CANO, «Inconvenientes que suscitan las crisis matrimoniales con elementos internacionales: comentario a la SAP Zaragoza (Sección Segunda) de 16 de noviembre de 2018», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11, 2, Octubre 2019, pp. 792-800; Francesco SALERNO, «I criteri di giurisdizione comunitaria in materia matrimoniale», *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, 2007, pp. 63-84; Michael SONNENTAG, «Zielsetzung und Beurteilung der effektivität der Brüssel Ia-Verordnung aus Sicht der Wissenschaft», en Thomas PFEIFFER/Josef WITTMANN/Mirjam ESCHER (Hrsg.), *Europäisches Familienrecht im Spiegel deutscher Wissenschaft und Praxis: Tagungsband des Austauschseminars am 16. September 2016 in Heidelberg*, Baden-Baden, Nomos, 2018, pp. 9-44; Anne RICHEZ-PONS, «La notion de résidence», en Hugues FULCHIRON / Cyril NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale,* Dalloz, 2005, pp. 149-160; I. Sauer, *Internationale Zuständigkeit für die Auflösung und Lockerung des Ehebandes nach deutschem, französischem und europäischem Recht*, Regensburg, Roderer, 2003; Katarina TRIMMINGS, «Matrimonial matters under the Brussels IIa Regulation», en Paul BEAUMONT *et al*., *Cross-border litigation in Europe*, Oxford, Hart, 2017, pp. 803-816; Anna M. VIDAL CARDONA, «Determinación de la competencia judicial de los tribunales españoles en los litigios de familia extracomunitarios», *Revista de Derecho de Familia*, 2009, n. 42, pp. 103-134; Alfonso YBARRA BORES, «Competencia judicial internacional y divorcios transfronterizos ante el Tribunal Supremo», en Alfonso-Luis CALVO CARAVACA/Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, vol. 1, Murcia, Rapid Centro Color S.L., 2019, pp. 173-194. *Vid. Sent. Cour Cassation* Francia, 14 diciembre 2005, *Rivista di Diritto internazionale privato e processuale*, pp. 853-855 (concepto de «residencia habitual» en el Reglamento 2201/2003).

ya lo fue el Reglamento Bruselas II bis, de donde se han tomado la mayoría de las disposiciones sin grandes cambios. A su vez, el Reglamento Bruselas II bis (Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000) está copiado prácticamente del Reglamento Bruselas II sin variaciones importantes (Reglamento (CE) n.º 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000). Y el Reglamento Bruselas II había adoptado las disposiciones del Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre el mismo tema, que nunca entró en vigor. Por lo tanto, la bibliografía dedicada al Convenio y a los distintos Reglamento predecesores también puede servir de orientación para el Reglamento actual. Por ejemplo, el informe explicativo referente al Convenio puede ser útil en este contexto.

4. Los objetivos del Reglamento Bruselas II ter se recogen en sus Considerandos. Llama poderosamente la atención que sean 98 los Considerandos en el Reglamento actual frente a los 33 de su predecesor, el Reglamento Bruselas II bis. Ello es debido a que el 15 de abril de 2014, la Comisión adoptó un informe sobre la aplicación del Reglamento Bruselas II bis[4]. El informe concluía que estaba funcionando correctamente y había aportado a los ciudadanos beneficios importantes, pero que las normas vigentes podían mejorarse[5]. Por ello, el Reglamento Bruselas II bis fue objeto de varias modificaciones, que, en aras de la claridad, llevó al nuevo Texto Refundido del Reglamento Bruselas II ter, cuyos nuevos considerandos tienen la labor de justificar dichas modificaciones, de ahí que se haya pasado de 33 a 98 Considerandos[6].

---

4. El art. 65 Reglamento Bruselas II bis establece una cláusula de revisión del propio Reglamento, en virtud de la cual, a más tardar el 1 de enero de 2012, y a continuación cada cinco años, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe basado en la información proporcionada por los Estados miembros y relativo a la aplicación del presente Reglamento, acompañado, si ha lugar, de propuestas encaminadas a su adaptación.
5. El informe de 15 de abril de 2014 sobre Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000 puede verse en, Bruselas, 15 abril 2014 COM 2014, 225 final.
6. *Vid*., sobre las distintas propuestas, dictámenes e informes relativos al proceso de revisión, Francisco Javier FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores,* Sepin, Madrid, 2020, pp. 33-42.

1. CREACIÓN DE UN ESPACIO DE LIBERTAD, DE SEGURIDAD Y DE JUSTICIA, QUE GARANTICE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE PERSONAS DENTRO DE LA UE

5. En primer lugar, el presente Reglamento establece normas uniformes de competencia relativas al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial, así como a los litigios sobre responsabilidad parental con un componente internacional. Facilita la circulación en la Unión de las resoluciones, los documentos públicos y determinados acuerdos, al establecer disposiciones relativas a su reconocimiento y ejecución en otros Estados miembros. Por otra parte, aclara el derecho del menor a que se le brinde ocasión de expresar su opinión en los procedimientos que le afecten y contiene asimismo disposiciones que complementan el Convenio de La Haya, de 25 de octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en lo sucesivo, Convenio de La Haya de 1980) en lo referente a las relaciones entre Estados miembros y establece normas específicas en lo referente a su relación con algunas disposiciones previstas en el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección a los niños (en lo sucesivo, Convenio de La Haya de 1996)[7]. Por consiguiente, el presente Reglamento debe contribuir a reforzar la seguridad jurídica e incrementar la flexibilidad, y a garantizar un mejor acceso a los procesos judiciales y una mayor eficiencia de dichos procesos[8]. En realidad, se trata del mismo objetivo que ya recogía el Reglamento Bruselas II bis de crear un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, en el que se garantiza la libre circulación de personas dentro de la UE (Considerando 1 Reglamento Bruselas II bis). Y, para ello, se adoptaron las medidas de cooperación judicial en materia matrimonial y de responsabilidad parental, necesarias para el correcto funcionamiento del mercado interior. A fin de facilitar la circulación de las resoluciones y de los documentos públicos y determinados acuerdos en materia matrimonial y de responsabilidad parental, es necesario y oportuno que las reglas relativas a la competencia, al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones se rijan por un instrumento jurídico de la Unión que sea vinculante y directamente aplicable[9].

---

7. Decisión del Consejo de 19 de diciembre de 2002 por la que se autoriza a los Estados miembros a firmar, en interés de la Comunidad, el Convenio de La Haya de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, DO L 48 de 21.2.2003, p. 1. El Convenio se aplica en todos los Estados miembros excepto Bélgica e Italia que, aunque lo han firmado, aún no lo han ratificado.
8. *Vid*. Considerando 2.
9. *Vid*. Considerando 6.

A. Tratamiento procesal de las demandas transfronterizas en materia de familia

6. Los litigios sobre asuntos de familia desempeñan un papel cada vez mayor dentro de la UE debido a la creciente movilidad de los ciudadanos de la UE, y no pertenecientes a la UE, y al creciente número de familias internacionales[10]. El tratamiento procesal de estas demandas transfronterizas, particularmente relacionadas con el derecho de visita parental, o el secuestro de menores, es muy complicado. El Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 diciembre 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, denominado Bruselas I bis[11], no regula las demandas de divorcio y de responsabilidad parental, por lo que el Reglamento Bruselas II subsanó esta laguna[12]. El Reglamento Bruselas II ter se basa en la convicción de que las diferencias existentes entre las normas relativas a la competencia judicial internacional y de reconocimiento de sentencias en los distintos Estados miembros, y aquellas relacionadas con las cuestiones procesales internas, impide la libertad de movimiento de las personas. Se considera que estas diferencias tienen un impacto negativo incluso en el correcto funcionamiento del mercado interior. Las dificultades a la hora de que se reconozca una sentencia de divorcio en otro Estado Miembro, o los problemas para hacer cumplir las medidas de responsabilidad parental, pueden llegar a desanimar a las personas a establecer relaciones familiares en otros Estados Miembros, y, además, puede restringir la libertad de movimiento en la UE. Dada la pre-

10. De los cerca de 122 millones de matrimonios existentes en la Unión, alrededor de 16 millones (el 13 %) tienen una dimensión transfronteriza. De los 2,4 millones de matrimonios celebrados en la Unión en 2007, aproximadamente 300 000 se incluían en esta categoría, al igual que 140 000 (13 %) de los 1 040 000 divorcios que tuvieron lugar en la Unión en el mismo año (*vid.* la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, titulada «Disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales», COM (2011) 125 final. Según los datos de Eurostat de 2010, en la Unión se contraen más de 2,2 millones de matrimonios y se producen aproximadamente 1 millón de divorcios.
11. DOUE L 351 de 20 diciembre 2012.
12. El Reglamento Bruselas I bis excluye los litigios de divorcio, los sucesorios, los de alimentos o los relativos al régimen económico del matrimonio porque, aunque son materias civiles, pertenecen al ámbito del Derecho de Familia y, por tanto, requieren foros de competencia propios de tales materias y, por ello, no se regulan en Bruselas I bis. *Vid.*, Alfonso Luis CALVO CARAVACA/Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Competencia judicial internacional y derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 «Bruselas I-bis» de 12 diciembre 2012», en Alfonso Luis CALVO CARAVACA/Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2433-2660, especialmente pp. 2475-2493.

ocupación que despiertan los asuntos matrimoniales y de responsabilidad parental, el Reglamento Bruselas II ter, al igual que sus antecesores, elimina en gran medida las diferencias y dificultades existentes.

B. Reconocimiento y ejecución: principio de confianza mutua

7. El Reglamento Bruselas II ter, por tanto, se basa en el principio de confianza mutua entre los Estados Miembros con respecto al ordenamiento jurídico y los procedimientos judiciales adoptados y las decisiones dictadas. El principio de confianza mutua incluye la expectativa de que cada Estado miembro esté dispuesto, y sea capaz de observar y aplicar estrictamente las disposiciones del Reglamento. Así se recogía en el Considerando 21 del Reglamento Bruselas II bis. Sin embargo, el Reglamento Bruselas II ter, partiendo de la importancia de este principio lo desarrolla en tres de sus Considerandos, el 3, 54 y 55. El armonioso y correcto funcionamiento de un espacio de justicia en la Unión que respete los diferentes sistemas jurídicos y tradiciones de los Estados miembros es vital para la Unión. Procede, por lo tanto, reforzar la confianza mutua en los respectivos sistemas jurídicos. La Unión se ha fijado el objetivo de crear, mantener y desarrollar un espacio de libertad, de seguridad y de justicia en el que se garanticen la libre circulación de personas y el acceso a la justicia. Con vistas a la realización de dicho objetivo, deben reforzarse los derechos de las personas, en particular de los menores, en los procedimientos judiciales, con el fin de facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales y administrativas, y la ejecución de las resoluciones en materia de Derecho de familia que tengan implicaciones transfronterizas. Debe reforzarse el reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia civil, simplificarse el acceso a la justicia y mejorarse el intercambio de información entre las autoridades de los Estados miembros (Considerando 3). Y vuelve a incidir en esta idea en los Considerandos 54 y 55, al señalar que la confianza mutua en la administración de justicia dentro de la Unión justifica el principio de que las resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental dictadas en un Estado miembro sean reconocidas en todos los Estados miembros sin necesidad de un procedimiento de reconocimiento.

2. DETERMINACIÓN DE LOS TRIBUNALES COMPETENTES EN VIRTUD DE FOROS UNIFORMES Y JUSTOS

8. Otro de los objetivos del Reglamento, en relación con la determinación de los tribunales competentes, es la obligación del demandado de someterse

a los tribunales competentes, conforme a los foros de competencia judicial internacional del Reglamento, teniendo en cuenta que reflejan conexiones uniformes y justas. El demandado debe defenderse en el lugar con el que el litigio esté suficientemente relacionado. Sin embargo, en los procedimientos de familia estos factores de conexión deben corresponder al carácter peculiar de las relaciones familiares.

A. Foros en materia matrimonial. Imposibilidad de la autonomía de la voluntad

9. En materia matrimonial, se debe tener en cuenta, ante todo, el lugar de residencia habitual de los cónyuges y, en materia de responsabilidad parental en particular, la residencia habitual del menor, en aras del interés del hijo. En los litigios de divorcio, sin embargo, el legislador europeo sigue sin tener en cuenta la autonomía de la voluntad de los contrayentes para elegir el tribunal competente en relación a su disolución matrimonial. La mayoría de los Reglamentos europeos en materia de familia admiten la autonomía de la voluntad limitada para designar sus tribunales competentes. La creciente importancia de la autonomía de la voluntad en materia de Derecho de familia ha impregnado muchos de los Reglamentos europeos dictados en la materia. Así, puede verse en el Reglamento de alimentos[13], en el Reglamento de regímenes económico matrimoniales[14], en el Reglamento de uniones registradas[15] o en el Reglamento sucesorio[16]. En todos ellos se admite una elección de tribunal limitada. Sin embargo, en materia de disolución del matrimonio, el Reglamento Bruselas II ter sigue desoyendo esta petición y no admite la sumisión de las partes a un tribunal concreto de un

13. Reglamento (CE) n.º 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, DO L 7 de 10.1.2009, p. 1.
14. Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales, DOUE L183, de 8 julio 2016.
15. Reglamento (UE) 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, DOUE L183, de 8 julio 2016.
16. Reglamento (UE) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, DO L 201 de 27.7.2012, p. 107.

Estado miembro[17]. Es cierto que el interés superior del menor, tan presente en los litigios derivados de un divorcio internacional, lo está también a la hora de no admitir la autonomía de la voluntad. No obstante, en el resto de Reglamentos europeos citados también el interés superior del menor está presente y, no por ello, deja de admitirse, aunque limitada, cierta autonomía de la voluntad para elegir los tribunales competentes. Podrían haber servido de modelo para mejorar las normas de competencia que existen actualmente en relación con los asuntos matrimoniales. No hay que olvidar, además, que el Reglamento Roma III sobre ley aplicable a los divorcios, la otra cara de la moneda en materia de regulación de los litigios sobre crisis matrimoniales desde la perspectiva del Derecho internacional privado, también admite la autonomía de la voluntad, por lo que, aunque solo fuera para coordinar ambas normativas europeas, debería haberse admitido la elección de tribunal, por parte de los contrayentes. El Reglamento Bruselas II ter no regula la ley aplicable en materia matrimonial, sino que el legislador europeo recurrió a la cooperación reforzada para adoptar el Reglamento (UE) n.º 1259/2010 por el que se establecen normas para determinar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, denominado Reglamento Roma III[18].

Por si esto fuera poco, el Reglamento Bruselas II ter no permite la autonomía de la voluntad en materia de crisis matrimoniales en aplicación de las normas de producción interna, cuando el demandado sea nacional europeo o posea su residencia habitual en uno de los Estados miembros. La nueva regulación de la aplicación de las normas de producción interna de forma residual, contemplada en su art. 6, ha acabado con esta posibilidad, al considerar que los nacionales europeos o residentes en la UE solo pueden ser demandados, en materia de crisis matrimoniales, por los foros previstos en el Reglamento Bruselas II ter, *ex* art. 6.2, a diferencia de lo previsto en Bruselas II bis, *ex* art. 7.1[19]. Se trata de una medida criticable que va en con-

17. Sobre la autonomía de la voluntad en materia de crisis matrimoniales, *vid.*, Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2000, pp. 45-88.

18. Reglamento del Consejo (UE) n.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343 de 29 diciembre 2010, p. 10. El Reglamento Roma III se aplica en los catorce Estados miembros desde el 21 de junio de 2012. Los catorce Estados miembros que establecieron una cooperación reforzada entre ellos fueron: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Portugal y Rumanía.

19. Así, por ejemplo, en España con arreglo al 22 bis LOPJ los tribunales españoles sí podrían ser competentes para pronunciar el divorcio solicitado si ambos cónyuges acuerdan litigar ante los tribunales españoles, pues el art. 22 LOPJ admite un acuerdo

tra del *favor divortii*, principio que debe vertebrar la entera regulación del Reglamento Bruselas II ter.

B. Foros en materia de responsabilidad parental. Posibilidad la autonomía de la voluntad

10. La competencia en materia de responsabilidad parental se funda generalmente en el lugar donde el menor vive normalmente. Para salvaguardar el interés superior del menor, la competencia debe, en primer lugar, determinarse con arreglo al criterio de proximidad. Por consiguiente, son los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que el menor tiene su residencia habitual los que deben ser competentes, excepto en ciertas situaciones contempladas en el presente Reglamento, por ejemplo cuando se produce un cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental, pues a diferencia de las crisis matrimoniales, en materia de responsabilidad parental sí se permite cierta autonomía de la voluntad de los titulares[20]. Cuando no haya aún procedimientos en curso en materia de responsabilidad parental y la residencia habitual del menor cambie a raíz de un traslado lícito del menor, la competencia debe seguirle con el fin de mantener la proximidad. Para los procedimientos que ya estén en curso, la seguridad jurídica y la eficiencia de la justicia justifican el mantenimiento de la competencia hasta que los procedimientos hayan desembocado en una resolución definitiva o hayan concluido de otra forma. El órgano jurisdiccional en el que se esté sustanciando el procedimiento debe, no obstante, estar facultado en determinadas circunstancias para transferir la competencia al Estado miembro en el que el menor esté viviendo a raíz de un traslado lícito (anteriores 12 y 13 Reglamento Bruselas II bis)[21].

3. SEGURIDAD JURÍDICA Y EL FORUM NON CONVENIENS

11. El Reglamento Bruselas II ter tiene como objetivo garantizar el principio de seguridad jurídica en materia de competencia, reconocimiento y ejecución de sentencias. Pero mientras que el Reglamento Bruselas I bis establece un sistema de disposiciones, en particular sobre competencia, cuyo resultado debe ser muy predecible y excluye total y rotundamente

---

de elección entre las partes en favor de los tribunales españoles. Si el demandado es nacional europeo o residente en Europa no cabe, en ningún, la aplicación de los foros residuales de nuestra LOPJ.

20. *Vid.* Considerando 20.

21. *Vid.* Considerando 21.

la doctrina del *Common Law de forum non conveniens*, el Reglamento Bruselas II ter es levemente menos estricto. En caso de que el interés superior del menor lo exija, los arts. 12 y 13 Reglamento Bruselas II ter, de manera excepcional, permiten al Tribunal competente transferir el caso a otro Tribunal de un Estado Miembro, si está mejor situado para conocer del caso. No obstante, el tribunal no puede decidir de manera discrecional si se considera o no competente, salvo las excepciones mencionadas en los propios preceptos, sino que está sometido expresamente a las disposiciones del Reglamento.

4. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR: PERSONA MENOR DE 18 AÑOS

12. En lo que respecta a las cuestiones de responsabilidad parental, el Reglamento tiene en cuenta el carácter específico de estos litigios y protege el interés superior del menor. Una de las grandes novedades, respecto al Reglamento Bruselas II bis, es que el Reglamento Bruselas II ter da una definición material de los que se entiende por «menor» en el art. 2.2.6), «toda persona que tenga menos de 18 años», acabando así con todos los problemas interpretativos al respecto, que este silencio había provocado. Se aplica a todos los menores de 18 años, incluso cuando hayan adquirido capacidad antes de esa edad en virtud de su ley personal, por ejemplo, en casos de emancipación por matrimonio[22]. Concretamente el aspecto más negativo se presentaba con la «relatividad de soluciones», es decir, una persona podía ser considerada «menor» en un Estado miembro y «mayor» edad en otro Estado miembro distinto. Con esta definición material se soluciona el desajuste entre el concepto de «menor» que mantiene el Convenio de La Haya 19 octubre 1996 y el concepto de «menor» que resultaba aplicable en virtud del Reglamento Bruselas II bis, que no mencionaba nada al respecto. A efectos del Reglamento Bruselas II bis se consideraba menor el sujeto que era considerado como tal, con arreglo a la ley aplicable según las normas de Derecho internacional privado del Estado miembro cuyos tribunales conocían del litigio. En España, se aplicaba la ley nacional del presunto menor, por el art. 9.1 CC. Sin embargo, el Convenio de La Haya 1996 se refiere a un «niño» de menos de 18 años de edad biológica, con lo que las situaciones incoherentes eran inevitables[23].

22. *Vid.* Considerando 17.
23. *Vid.*, al respecto, Alfonso Luis CALVO CARAVACA / Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», *Tratado de Derecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 2031, 2062-2063.

A. Disolución matrimonial y responsabilidad parental como procedimientos independientes

13. Aunque el legislador europeo incluye en su ámbito de aplicación material los litigios de crisis matrimoniales junto con los de responsabilidad parental de los hijos menores de edad, también tiene claro que los procedimientos derivados de una disolución matrimonial o los derivados de la responsabilidad parental de los hijos menores pueden estar conectados o ser completamente independientes, pues cada vez es más alta la tasa de hijos nacidos fuera del matrimonio en todos los países miembros de la Unión Europea[24]. Así, partiendo de que los litigios en materia de responsabilidad parental pueden ser independientes a la disolución de un matrimonio, establece que, con ánimo de garantizar la igualdad de todos los menores, el presente Reglamento debe aplicarse a todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección del menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial o a otro procedimiento, ofreciendo un tratamiento de la competencia autónomo y diferenciado del que se realiza respecto del divorcio o separación legal de los cónyuges[25]. Por ello, el foro más utilizado en aras a proteger el interés superior del menor es la residencia habitual del menor, frente al foro relacionado con la residencia habitual de los cónyuges, utilizado en materia de crisis matrimoniales. El Reglamento Bruselas II ter no regula la determinación de la ley aplicable a la responsabilidad parental. El derecho aplicable a la responsabilidad parental se precisa a través del Convenio de La Haya 19 octubre 1996 sobre protección del niño y, en su caso, a través del art. 9.6 CC, que hace una remisión al convenio citado.

B. Derecho del menor a ser oído

14. En la medida en que sea aconsejable con respecto a su edad y madurez, el menor debe ser oído (art. 26). La posibilidad de que el menor exprese su opinión libremente, conforme al art. 24, apartado 1, de la Carta y a la luz del art. 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del

24. Cada año nacen más de 4 millones de niños en la Unión Europea. La proporción de niños nacidos fuera del matrimonio ha mostrado una tendencia creciente en las últimas décadas, casi duplicándose desde 1993 (17,7 %), cuando estos datos estuvieron disponibles por primera vez en la UE. En 2020 esta proporción se estimó en 41,9 %. Así, en 2020, los nacimientos fuera del matrimonio superaron en número a los nacimientos dentro del matrimonio en 8 Estados miembros de la UE: Francia, Bulgaria, Portugal, Estonia, Eslovenia, Suecia, Dinamarca y los Países Bajos (Estadísticas de Eurostat, datos extraídos en mayo de 2022).

25. *Vid.* Considerando 7.

Niño, desempeña un papel importante en la aplicación del presente Reglamento. Sin embargo, la cuestión de quién ha de oír al menor y de la manera en que debe hacerlo no debe regularse en el presente Reglamento sino en la legislación nacional de cada Estado miembro. En consecuencia, el presente Reglamento no debe tener por objeto determinar si el menor debe ser oído por el juez en persona o por un experto con una formación específica que informe seguidamente al órgano jurisdiccional, o si el menor debe ser oído en la sala de audiencia o en otro lugar, o por otros medios. Además, aunque la audición del menor es un derecho de este, no debe constituir una obligación absoluta, sino que debe evaluarse teniendo en cuenta su interés superior, por ejemplo, en los casos que lleven aparejados acuerdos entre las partes. Si bien es verdad, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que el art. 24 de la Carta y el Reglamento 2201/2003 no obligan al órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen a oír en todos los casos al menor en el marco de una audiencia, dejando así cierto margen de apreciación a dicho órgano jurisdiccional, no es menos cierto que, cuando este decide oír al menor, debe adoptar, atendiendo al interés superior del menor y en función de las circunstancias de cada caso, todas las medidas apropiadas para organizar tal audiencia de modo que quede asegurada la eficacia de las mencionadas disposiciones, ofreciendo al menor una posibilidad real y efectiva de expresar su opinión. El órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen debe utilizar, en la medida de lo posible, y siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor, todos los medios que pone a su disposición el Derecho nacional, además de los instrumentos propios de la cooperación judicial internacional, incluidos, si ha lugar, los previstos por el Reglamento (CE) n.º1206/2001 del Consejo[26].

C. Excepción a la competencia objetiva y procedimiento judicial acelerado

15. El interés del menor puede incluso prevalecer sobre la competencia objetiva de origen, aunque solo en casos excepcionales (arts. 12 y 13). Con el fin de satisfacer la necesidad específica de los menores en relación a que las decisiones se dicten rápido, y más rápida aún si cabe su ejecución en los litigios derivados de la responsabilidad parental, el Reglamento establece también que, en casos urgentes, las decisiones se dicten y ejecuten en un plazo especialmente breve. Así, por ejemplo, se recoge en relación a las demandas de restitución de un menor un procedimiento judicial acelerado, utilizando los procedimientos más rápidos que prevea el Derecho nacional,

26. *Vid*. Considerando 39.

donde se da un plazo de 6 semanas para dictar la decisión (art. 24) y el procedimiento de vía rápida en virtud de los arts. 42 a 50, 42). Y, con esta misma finalidad, el Reglamento Bruselas II ter incluye un procedimiento judicial acelerado en los arts. 42 a 50, en relación con el reconocimiento y ejecución de determinadas resoluciones privilegiadas, *ex* art. 42, esto es, las resoluciones que concedan derechos de visitas y las resoluciones que impliquen la restitución del menor. En caso de traslado o retención ilícitos de un menor, es importante que su restitución se produzca sin demora, y con tal fin debe seguir aplicándose el Convenio de la Haya de 1980, completado por el presente Reglamento, en particular el capítulo III.

16. A fin de concluir los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980 lo más rápidamente posible, en aras del interés superior del menor, los Estados miembros deben considerar, de modo coherente con la estructura de sus órganos jurisdiccionales nacionales, la posibilidad de concentrar la competencia relativa a este tipo de procedimientos en el menor número posible de órganos jurisdiccionales. La competencia en los casos de sustracción de menores se podría concentrar en un único órgano jurisdiccional para todo el país o en un número limitado de órganos jurisdiccionales, utilizando como punto de partida, por ejemplo, el número de órganos jurisdiccionales de apelación y concentrando la competencia respecto de los casos de sustracción internacional de menores en un órgano jurisdiccional de primera instancia en cada distrito de un tribunal de apelación[27].

17. Otro ejemplo donde se exige rapidez, para proteger al menor, lo encontramos en los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980, los órganos jurisdiccionales de cada instancia deben dictar sus resoluciones en un plazo de seis semanas, excepto cuando se den circunstancias excepcionales que lo imposibiliten. El hecho de que se recurra a medios alternativos de resolución de litigios no debe considerarse en sí mismo una circunstancia excepcional que autorice que se rebase el plazo. Sin embargo, durante el recurso a este tipo de medios o como consecuencia de ellos pueden surgir circunstancias excepcionales. En el caso de los órganos jurisdiccionales de primera instancia, el plazo debe empezar a contar a partir del momento en que se haya iniciado el procedimiento ante el órgano jurisdiccional. En el caso de los órganos jurisdiccionales de instancia superior, debe comenzar en el momento en que se hayan efectuado todos los trámites procesales necesarios. Dichos trámites pueden incluir, en función del sistema jurídico de que se trate, la notificación del recurso al demandado,

27. *Vid.*, Considerando 41.

bien en el Estado miembro en el que se encuentra el órgano jurisdiccional o bien en otro Estado miembro, el envío del expediente y el recurso al órgano jurisdiccional de apelación en los Estados miembros en los que el recurso se ha de presentar ante el órgano jurisdiccional cuya resolución se recurre, o la solicitud de una parte de que se convoque una audiencia si la legislación nacional requiere tal solicitud. Los Estados miembros deben también considerar la posibilidad de disponer que solo pueda presentarse un único recurso contra una resolución por la que se conceda o deniegue la restitución de un menor en virtud del Convenio de La Haya de 1980[28].

5. MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE DIFERENCIAS

18. Una novedad, en este sentido, es la posibilidad que otorga el Reglamento a llegar a una solución a través de medios alternativos, como la mediación, siempre que no se prolongue el procedimiento de restitución (art. 27). En todos los asuntos que afecten a menores, y en particular en los asuntos de sustracción internacional de menores, los órganos jurisdiccionales deben contemplar la posibilidad de llegar a una solución a través de la mediación u otros medios apropiados, con la ayuda, cuando corresponda, de las redes y estructuras de apoyo existentes para la mediación en las controversias transfronterizas en materia de responsabilidad parental. No obstante, tales esfuerzos no deben prolongar indebidamente el procedimiento de restitución en virtud del Convenio de La Haya de 1980. Por otra parte, la mediación puede no resultar siempre apropiada, en especial en los casos de violencia sobre la mujer. Cuando, en el curso de un procedimiento de restitución conforme al Convenio de La Haya de 1980, los progenitores lleguen a un acuerdo no solamente sobre la restitución o no restitución del menor, sino también sobre otras cuestiones de responsabilidad parental, el presente Reglamento debe permitirles, en determinadas circunstancias, convenir en que el órgano jurisdiccional al que se haya recurrido con arreglo al Convenio de La Haya de 1980 sea competente para dar efecto jurídico vinculante a su acuerdo, ya sea incorporándolo a una resolución aprobándolo, o de otra forma prevista por la legislación y el procedimiento nacionales[29]. Los Estados miembros que han concentrado la competencia deben, por consiguiente, considerar la posibilidad de permitir que el órgano jurisdiccional al que se ha sometido el procedimiento de restitución con arreglo al Convenio de La Haya de 1980

28. *Vid.*, Considerando 42.
29. Carlos ESPLUGUES MOTA, «El Reglamento Bruselas ii ter y el recurso a los masc en materia de responsabilidad parental y sustracción internacional de menores», *CDT*, vol. 13, n.º2, 2021, pp. 156 y ss.

ejerza también la competencia acordada o aceptada por las partes en virtud del presente Reglamento en materia de responsabilidad parental si el acuerdo entre las partes se ha alcanzado durante dicho procedimiento de restitución[30].

6. MINIMIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS CONCURRENTES

19. Aunque podría considerarse más bien como una cuestión técnica, es también de gran importancia práctica que el Reglamento Bruselas II ter pretenda evitar, en la mayor medida posible, los procedimientos concurrentes en diferentes tribunales y diferentes sentencias sobre el mismo asunto y, para ello, soluciona los problemas de litispendencia internacional (art. 20). El funcionamiento armonioso de la justicia exige que se minimice la posibilidad de procedimientos concurrentes y se garantice que no se dicten en distintos Estados miembros resoluciones irreconciliables. Es necesario dotarse de un mecanismo claro y eficaz que permita resolver los casos de litispendencia y conexidad y obviar los problemas derivados de las divergencias nacionales por lo que respecta a la determinación de la fecha en la que un asunto se considera pendiente. A efectos del presente Reglamento, es oportuno que esa fecha se defina de manera autónoma. No obstante, a fin de aumentar la eficacia de los acuerdos de elección de foro, conviene que las disposiciones sobre litispendencia del presente Reglamento no se conviertan en un obstáculo cuando los progenitores confieran competencia exclusiva a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro[31].

7. RECONOCIMIENTO AUTOMÁTICO DE DECISIONES PARA EVITAR PROCEDIMIENTOS LARGOS Y COSTOSOS

20. En lo que respecta al reconocimiento y la ejecución de sentencias, el Reglamento Bruselas II ter se rige por el principio de reconocimiento automático, lo que significa que no se requiere procedimiento especial alguno y que son contados los motivos por los que se puede denegar el reconocimiento o ejecución de una sentencia en materia matrimonial o de responsabilidad parental, *ex* arts. 38 y 39 Reglamento Bruselas II ter. La lista de los motivos de denegación del reconocimiento en el presente Reglamento, por tanto, es exhaustiva. No debe ser posible alegar como motivo de denegación los motivos que no se encuentran enumerados en el mismo, como, por ejemplo, la vulneración de la norma de litispendencia. En materia de responsabilidad parental, una resolución ulterior siempre anula una resolución anterior y la

30. *Vid*. Considerando 43.
31. *Vid*. Considerando 38.

sustituye con efectos para el futuro en la medida en que ambas sean irreconciliables[32]. El reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, documentos públicos y acuerdos que emanen de un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua. Por tanto, los motivos de denegación del reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario, habida cuenta del objetivo subyacente del presente Reglamento que es facilitar el reconocimiento y la ejecución y proteger de forma eficaz el interés superior del menor[33]. Además, se elimina la declaración de fuerza ejecutiva o el registro a efectos de la ejecución, según proceda, previamente a la ejecución en el Estado miembro de ejecución para todas las resoluciones en materia de responsabilidad parental, con el objetivo de hacer que los litigios transfronterizos que afectan a menores sean menos prolongados y costosos[34].

8. REGLAMENTO CONTINUISTA NO EXENTO DE MEJORA

21. El Reglamento pretende la continuidad con respecto a sus predecesores, el Reglamento Bruselas II bis y el Reglamento Bruselas II sobre competencia, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia matrimonial y de responsabilidad parental de los hijos de ambos cónyuges, de conformidad con la interpretación y aplicación del Reglamento Bruselas I bis relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en la medida en que estos instrumentos contengan disposiciones comparables. El Reglamento Bruselas I bis y el Reglamento Bruselas II ter deben entenderse como un sistema integrado de normas procesales europeas, y has de ser consideras y aplicadas como un todo (un cuerpo común, no separable). Su continuidad y consistencia está asegurada además por la interpretación del TJUE del Reglamento Bruselas I bis y sus predecesores, el Reglamento Bruselas II y el Reglamento Bruselas II bis[35]. Las pocas decisiones del TJUE actualizadas sobre los dos últimos

32. *Vid.* Considerando 56.
33. *Vid.* Considerando 55.
34. *Vid.* Considerando 58.
35. *Vid.*, las Resoluciones del TJUE relativas al Reglamento Bruselas II bis 2201/2003, en materia matrimonial y responsabilidad parental: STJUE 27 noviembre 2007, C-435/06, *C* [ECLI:EU:C:2014:2246], STJUE 29 noviembre 2007, C-68/07, *Sundelind Lopez* [ECLI:EU:C:2007:740], STJUE 11 julio 2008, C-195/08 PPU, *Inga Rinau* [ECLI:EU-:C:2008:406], STJUE 2 abril 2009, C-523/07, *A* [ECLI:EU:C:2009:225], STJUE 16 julio 2009, C-168/08, *Hadadi* [ECLI:EU:C:2009:474], STJUE 23 diciembre 2009, C-403/09 PPU, *Detiček* [ECLI:EU:C:2009:810], STJUE 1 julio 2010, C-211/10 PPU, *Povse* [ECLI:EU-:C:2010:400], STJUE 15 julio 2010, C-256/09, *Bianca Purrucker* [ECLI:EU:C:2010:437], STJUE 5 octubre 2010, C-400/10, *PPU, J. McB. vs. L. E.* [ECLI:EU:C:2010:582], STJUE 9 noviembre 2010, C-296/10, *Bianca Purrucker* [ECLI:EU:C:2010:665], STJUE 22 diciem-

Reglamentos y las numerosas decisiones sobre el Reglamento Bruselas I bis (y sus predecesores) se pueden encontrar en Internet en www.europa.eu.int o en www.curia.eu.int.

22. Para la correcta aplicación del Reglamento Bruselas II ter es de suma importancia el conocimiento de determinados datos de los Estados miembros que deben comunicar a la Comisión, tal y como establece el art. 103. El plazo establecido para comunicar dichos datos era hasta el 23 de abril de 2021, asumiendo la obligación los Estados miembros de actualizar inmediatamente la misma en caso de modificaciones posteriores[36]. Pues bien, esta información que los Estados miembros debían comunicar a la Comisión fue publicada el 4 de agosto, más vale tarde que nunca, en www.europa.eu.int y en www.curia.eu.int.

23. Finalmente, a más tardar el 2 de agosto de 2032 la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo un informe basado en la evaluación *ex post* del Reglamento Bruselas II ter, acompañado, si es preciso, de información proporcionada por los Estados miembros, *ex* art. 101 Reglamento Bruselas II ter. El informe irá

---

bre 2010, C-497/10 PPU, *Mercredi* [ECLI:EU:C:2010:829], STJUE 22 diciembre 2010, C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga* [ECLI:EU:C:2010:828], STJUE 26 abril 2012, C-92/12 PPU, *Health Service Executive* [ECLI:EU:C:2012:255], STJUE 1 octubre 2014, C-436/13, *E. y B.* [ECLI:EU:C:2014:2246], STJUE 9 octubre 2014, C-376/14 PPU, *C y M* [ECLI:EU:C:2014:2268], STJUE 12 noviembre 2014, C-656/13, L vs. M [ECLI:EU:C:2014:2364], STJUE 9 enero 2015, C-498/14 PPU, *David Bradbrooke* [ECLI:EU:C:2015:3]
STJUE 9 septiembre 2015, C-4/14, *Bohez* [ECLI:EU:C:2015:563], STJUE 6 octubre 2015, C-489/14, *A vs. B* [ECLI:EU:C:2015:654], STJUE 21 octubre 2015, C-215/15, *Gogova* [ECLI:EU:C:2015:710], STJUE 19 noviembre 2015, C-455/15 PPU, *P vs. Q* [ECLI:EU:C:2015:763]; Auto TJUE 12 mayo 2016, C-281/15, *Sayhyouni vs. Mamisch*, [ECLI:EU:C:2017:988], Auto TJUE 22 junio 2016, C-173/16, *M. H. vs. M.H.* [ECLI:EU:C:2016:542], STJUE 13 octubre 2016, C-294/15, *Czarnecka* [ECLI:EU:C:2016:772], STJUE 27 octubre 2016, C-428/15, *Child and Family Agency* [ECLI:EU:C:2016:819], STJUE 8 junio 2017, C-111/17 PPU, *OL vs. PQ*, [ECLI:EU:C:2017:436], Auto TJUE 16 enero 2018, C-604/17, *PM vs. AH* [ECLI:EU:C:2018:10], STJUE 19 abril 2018, C-565/16, *Saponaro* [ECLI:EU:C:2018:265], STJUE 31 mayo 2018, C-335/17, *Valcheva* [ECLI:EU:C:2018:359], STJUE 28 junio 2018, C-512/17, *HR* [ECLI:EU:C:2018:513], STJUE 4 octubre 2018, C-478/17, *IQ vs. JP*, [ECLI:EU:C:2018:812], STJUE 17 octubre 2018, C-393/18 PPU, *UD vs. XB* [ECLI:EU:C:2018:835], STJUE 19 septiembre 2018, C-325/18 PPU y C-375/18 PPU, *Hampshire County Council*, [ECLI:EU:C:2018:739], STJUE 16 enero 2019, C-386/17, *Stefano Liberato vs. Luminita Luisa Grigorescu* [ECLI:EU:C:2019:24], Auto TJUE 10 julio 2019, C-530/18, *EP vs. FO*, [ECLI:EU:C:2019:583], STJUE de 1 agosto 2022, C-501/20, *MPA y LCDNMT*, [ECLI:EU:C:2022:619].

36. Francisco Javier FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores,* Sepin, Madrid, 2020, p. 580.

acompañado, si fuera necesario, de una propuesta legislativa. Solo entonces podremos comprobar si las modificaciones introducidas en el Reglamento Bruselas II ter, en aras a crear un espacio de libertad, de seguridad y de justicia, han sido suficientes para mejorar la libre circulación de los ciudadanos en la Unión Europea.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN

24. Para que el Reglamento Bruselas II ter pueda aplicarse deben cumplirse una serie de elementos que afectan a su ámbito de aplicación material, espacial, temporal y personal.

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL

A. Materias civiles

25. En cuanto al ámbito de aplicación material, según el art. 1 Reglamento Bruselas II ter se aplica a las «materias civiles» relativas a) al divorcio, la separación legal y la nulidad matrimonial; b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental; siempre que esté conectado el litigio con distintos Estados. No se ocupa de las causas del divorcio, de la ley aplicable al divorcio, ni de cuestiones conectadas, como las obligaciones de alimentos, las consecuencias patrimoniales del divorcio y las sucesiones[37]. Solo se aplica a los casos internacionales.

B. Elemento extranjero y ámbito internacional de aplicación

26. El elemento internacional requerido sigue sin definirse en el Reglamento Bruselas II ter. Sin embargo, ya no supone ningún problema. Las normas reguladoras de la competencia judicial internacional se aplican si existe cualquier elemento extranjero en el litigio, desde el punto de vista del juez que conoce del asunto. Por tanto, los litigios que están conectados exclusivamente con un solo ordenamiento jurídico están excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II ter. Ahora bien, si no existe ningún tribunal competente, conforme a los foros establecidos en el Reglamento, es inaplicable para determinar la competencia judicial internacional, aunque el litigio contenga elementos extranjeros. En este supuesto, habrá que aplicar residualmente las normas de competencia judicial de producción interna. Sin embargo, hay que hacer una importante apreciación, pues así

37. Considerando 9.

como en materia de responsabilidad parental la aplicación de las normas nacionales está prevista en el propio Reglamento Bruselas II ter en su art. 14, sin embargo, en materia matrimonial, los nacionales europeos o residentes en la Unión Europea que no puedan presentar su demanda conforme a los foros previstos en el Reglamento Bruselas II ter no pueden acudir, en ningún caso, a los foros de producción interna, pues el art. 6.2 Reglamento Bruselas II ter lo prohíbe. Esta es una gran novedad del Reglamento respecto a su predecesor, el Reglamento Bruselas II bis.

27. Por tanto, es el conjunto de foros del Reglamento, considerados en su totalidad, los que definen su ámbito de aplicación internacional de manera integral[38]. De esta forma, con carácter general, puede decirse que si una de las partes, ya sea demandado o demandante, tiene su residencia habitual en un Estado miembro, el Reglamento Bruselas II ter es aplicable para determinar el tribunal competente. Ahora bien, el simple hecho de que el demandado tenga su residencia en un tercer Estado, fuera de la Unión Europea, no implica automáticamente la inaplicabilidad del Reglamento Bruselas II ter. Así veremos, por ejemplo, que la nacionalidad puede otorgar la competencia en virtud del Reglamento Bruselas II ter. Estos foros de competencia judicial internacional solo reparten o distribuyen competencia judicial ente Estados miembros y, consecuentemente, el Reglamento Bruselas II ter solo soluciona los problemas de litispendencia entre Estados miembros y no en relación con terceros Estados, no miembros de la UE (art. 20 Reglamento Bruselas II ter). Pero incluso, aunque el litigio se refiera a ciudadanos que residan o sean nacionales de un tercer Estado, puede que el Reglamento Bruselas II ter sea aplicable si existe un foro de competencia judicial internacional europeo. Ergo, la suficiente conexión o vinculación con la Unión Europea viene determinada por los foros de competencia judicial internacional, aunque desde un punto de vista objetivo, *a priori*, pueda parecer que el litigio no está lo suficientemente vinculado como para que un juez de un Estado miembro pueda conocer de ese divorcio, por ejemplo, para conocer del divorcio de un norteamericano que viva en China. Como el Reglamento Bruselas II ter no limita su aplicabilidad a un concreto contacto o vínculo con la Unión Europea, ni establece un específico ámbito de aplicación espacial, si un tribunal de un Estado miembro puede conocer

38. Ulrich MAGNUS / Peter MANKOWSKI, «Introduction», en Ulrich MAGNUS/Peter MANKOWSKI (Eds.), *Brussels IIbis Regulation: commentary*, Köln, O. Schmidt, Sellier European Law Publishers, 2017, p. 20; Cyril NOURISSAT, «Le règlement Bruxelles II bis: conditions génárales dápplication», en Hugues FULCHIRON / Cyril NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale,* Dalloz, 2005, p. 7.

el caso debe declararse competente[39]. En este supuesto, sin embargo, si el ciudadano norteamericano que vive en China fuera el demandado, de no poder aplicarse los foros de competencia judicial internacional europeos del Reglamento Bruselas II ter, el art. 6.1 permite que los jueces puedan aplicar los foros de su Derecho nacional, pues en este caso sí se admite el carácter residual de los foros internos.

Ahora bien, no hay que confundir el carácter internacional del litigio con la búsqueda de un foro europeo competente. Es decir, si hay un elemento extranjero en la situación litigiosa, incluida en su ámbito de aplicación material, debe intentar aplicarse el Reglamento Bruselas II ter con independencia de que exista o no finalmente un tribunal europeo competente o que existan o no dudas sobre si el litigio debe ser competencia de los tribunales de uno u otro Estado miembro[40].

28. En cuanto al ámbito de reconocimiento y ejecución, la cuestión de la determinación del elemento internacional es aún más clara: la sentencia dictada por el juez europeo de origen debe pretender reconocerse y/o ejecutarse ante un tribunal de otro Estado miembro. El reconocimiento y/o ejecución de sentencias dictadas fuera de la Unión Europea se regulan por las normas de producción interna de cada Estado. En el ordenamiento jurídico español, estas normas se recogen en los artículos correspondientes de la LCJIMC[41]. Por tanto, el reconocimiento y ejecución de decisiones está limitada a la UE.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL

29. Por lo que se refiere a la competencia judicial internacional, el Reglamento solo es aplicable para fijar la competencia internacional de las autoridades de los Estados miembros, y no de terceros Estados. Se aplica, por tanto, por los tribunales y autoridades públicas de todos los Estados de la UE, excepto Dinamarca[42]. Como es natural, no se aplica en el Reino Unido, que no es en la actualidad un Estado miembro de la Unión Europea. El 29 de marzo de 2017, el Reino Unido notificó oficialmente al Consejo Europeo su intención de abandonar la UE activando el art. 50 del Tratado de la Unión Europea, y, tras sucesivas prórrogas, esta salida finalmente se produjo el 31

39. Etienne PATAUT, «The external Dimension of Private International Family Law», en Marise CREMONA/Hans-W. MICKLITZ (eds.), *Private Law in the External Relations of the UE*, Oxford, 2016, pp. 107-124.
40. STJUE 17 octubre 2018, C-393/18 *PPU vs. XB*, ECLI:EU:C:2018:835, FD 38-41.
41. Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.
42. *Vid.* Considerando 96 y SAP Valencia 16 marzo 2004, CENDOJ 46250370102004100232.

de enero de 2020 después de que la UE ratificara el Acuerdo de Retirada el día anterior.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL

30. El Reglamento Bruselas II ter es plenamente aplicable a los procedimientos incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados, a partir del 1 de agosto de 2022. Los aspectos de Derecho transitorio se recogen en el art. 100 Reglamento Bruselas II-ter. En principio, el Reglamento Bruselas II-ter es irretroactivo, aunque existen algunas excepciones, que se irán viendo a lo largo del comentario.

31. Es necesario hacer una mención especial al marco jurídico en España del período transitorio del Brexit, respecto a la aplicación del Reglamento Bruselas II bis y el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996[43].

Desde el 1 de febrero hasta el 31 de diciembre de 2020 se desarrolló un período transitorio, durante el cual, sin perjuicio de las consecuencias de la retirada del Reino Unido de la UE en lo que respecta a su participación en las instituciones, órganos y organismos de ésta, el Derecho de la Unión, incluidos los acuerdos internacionales, fueron aplicables al y en el Reino Unido, desplegando los mismos efectos en relación con los Estados miembros.

El Acuerdo de Retirada celebrado entre la Unión Europea y el Reino Unido[44] establecía las condiciones de la retirada ordenada del Reino Unido de la Unión Europea, de conformidad con el art. 50 del Tratado de la Unión Europea, y entró en vigor el 1 de febrero de 2020.

A partir del 1 de enero de 2021, dejaron de ser de aplicación los instrumentos de la UE y la cooperación judicial se basa, en la actualidad, en los convenios multilaterales de aplicación a ambos Estados.

En cuanto al Régimen transitorio en materia de Responsabilidad Parental y Medidas de Protección de Niños, la guía elaborada por Consejo General del Poder Judicial (Relaciones Internacionales) establece lo siguiente[45]:

43. *Vid.*, en este sentido, SAP Lugo de 12 mayo 2021, ECLI:ES:APLU:2021:371, donde se planteó la aplicación del Reglamento Bruselas II bis a una demanda en materia de responsabilidad parental, planteada el 24 de octubre de 2017, en relación con una madre y una menor que residían en Reino Unido.
44. DOUE 31.1.2020, L 29/7.
45. En materia civil, la cooperación judicial entre España y el Reino Unido se regirá con carácter general por los Convenios internacionales adoptados en el marco de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado. La cooperación judicial civil en

1) Los procesos judiciales incoados antes del 1 de enero de 2021 y los procesos o acciones que tengan relación con tales procesos judiciales con arreglo al art. 19 Reglamento Bruselas II bis, se regirán por las disposiciones en materia de competencia judicial de dicho Reglamento. Además, el Reglamento Bruselas II bis se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones dictadas en procesos judiciales incoados antes del 1 de enero de 2021, a los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados y a los acuerdos celebrados antes del final del período transitorio. La cooperación entre autoridades centrales en materia de responsabilidad parental prevista en el capítulo IV del Reglamento Bruselas II bis se aplicará a las solicitudes y demandas recibidas por la autoridad central o cualquier otra autoridad competente del Estado requerido antes del 1 de enero de 2021.

2) Los procesos judiciales incoados a partir del 1 de enero de 2021 y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones dictadas en procesos incoados a partir de dicha fecha, deberán ajustarse al Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños. Debe hacerse notar que el Reino Unido ha extendido la aplicación del Convenio de la Haya de 1996 a Gibraltar.

3) En lo que respecta a la litispendencia y acciones conexas, como ya no puede aplicarse el Reglamento Bruselas II bis, tales situaciones se someterán al régimen jurídico de los arts. 37 a 40 LCJIMC.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN PERSONAL

32. Con respecto a las cuestiones matrimoniales, el Reglamento Bruselas II ter no prescribe específicamente el ámbito de aplicación personal requerido. De esta forma, se aplica con independencia de la nacionalidad, domicilio o residencia habitual de los cónyuges, sean demandados o demandantes, en un Estado miembro. A diferencia del art. 4 Bruselas I bis, que exige el domicilio del demandado en un Estado miembro —salvo los foros de sumisión—, el Reglamento Bruselas II ter no exige tal vinculación, desde un punto de vista personal, de modo que la nacionalidad de las partes o la residencia

curso en materia civil y mercantil se va regular por lo previsto en los arts. 66 a 69 del Acuerdo sobre la retirada del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte de la Unión Europea y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

habitual del demandante pueden otorgar competencia judicial internacional, con independencia del domicilio del demandado en un Estado miembro (art. 3 Reglamento Bruselas II ter).

El art. 6 Reglamento Bruselas II ter intenta poner cierto orden en relación con los litigios matrimoniales respecto de demandados con residencia habitual en la UE o nacionales de la UE. En concreto, el art. 6.2 recoge una regla especial en favor de cónyuges con residencia habitual en un Estado miembro o nacionales de un Estado miembro en virtud de la cual solo pueden ser demandados ante los tribunales de otro Estado miembro por los foros recogidos en el Reglamento Bruselas II-ter (arts. 3, 4 y 5 Reglamento Bruselas II ter). Por tanto, no cabe la aplicación residual de los foros de producción interna, en España recogidos en el art. 22 *quater* c) LOPJ. Esta regla especial (art. 6.2 RB II-ter) prevalece sobre la regla general, que sí permite acudir a los foros de producción interna, de la LOPJ en el caso español, en defecto de un foro europeo, siempre que el cónyuge demandado sea nacional de un tercer Estado o con residencia habitual fuera de la UE (art. 6.1 RB II-ter). Esta es una de las grandes novedades del Reglamento Bruselas II ter, en relación con su predecesor el Reglamento Bruselas II bis que, a partir de la STJUE 29 noviembre 2007, C-68/07, *Sundelind Lopez* permitía, en cualquier caso, acudir de forma subsidiaria a los foros de producción interna, si ninguno de los foros europeos declaraba su competencia en materia matrimonial, con independencia de la nacionalidad o la residencia habitual del demandado[46]. Mención especial hay que hacer a la STJUE de 1 agosto 2022, C-501/20, MPA y LCDNMT[47] que, paradójicamente, sigue la nueva solución recogida en el Reglamento Bruselas II ter, a pesar de que la cuestión prejudicial trataba la interpretación de los arts. 6 y 7 Reglamento II bis[48].

33. Y respecto a las cuestiones derivadas de la responsabilidad parental es necesario que sea calificado como menor, a los efectos de determinar la competencia judicial internacional. En estos casos, sin embargo, la nacionalidad del menor es irrelevante (art. 8 Reglamento Bruselas II ter). Se aplica en relación con todos los sujetos menores de edad, según el Reglamento menores de 18 años, pero siempre que el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro [art. 97.a) Reglamento Bruselas II ter]. El art. 14 Reglamento Bruselas II ter posibilita la aplicación de los foros de

46. STJUE 29 noviembre 2007, C-68/07, *Sundelind Lopez*, ECLI:EU:C:2007:740. *Vid.*, E. Gallant, «Nota a la STJUE 29 noviembre 2007, *López*, asunto C-68/07», *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 343-356.
47. STJUE de 1 agosto 2022, C-501/20, *MPA y LCDNMT*, ECLI:EU:C:2022:619.
48. *Vid.* el art. 6 Reglamento Bruselas II ter en este Comentario.

producción interna de forma residual, en el supuesto de que no exista un foro europeo competente en materia de responsabilidad parental, sin limitación alguna. En el caso del ordenamiento jurídico español se aplica el art. 22 *quater* d) LOPJ[49]. El Reglamento Bruselas II bis no definía expresamente qué debía entenderse por «menor», por lo que el Reglamento Bruselas II ter, al dar una definición material en el art. 2.2.6), «toda persona que tenga menos de 18 años», acaba con todos los problemas interpretativos al respecto.

34. Cuando el menor cumple los 18 años, el Reglamento Bruselas II ter ya no es aplicable[50]. El Reglamento, al igual que el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, debe aplicarse a todos los menores de 18 años, incluso cuando hayan adquirido capacidad antes de esa edad en virtud de su ley personal, por ejemplo, en casos de emancipación por matrimonio. Esto debe evitar toda posible superposición con el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos, que se aplica desde los 18 años en adelante, y al mismo tiempo, evitar lagunas entre los dos instrumentos. En el caso de los menores de hasta 16 años, debe seguir aplicándose el Convenio de La Haya de 1980 y, por lo tanto, también el capítulo III del presente Reglamento, que complementa la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 en las relaciones entre los Estados miembros[51].

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LUCES Y SOMBRAS

35. Las ideas principales del Reglamento Bruselas II ter, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida), que deroga el Reglamento Bruselas II bis (CE) n.º 2201/2003, aplicable en todos los Estados miembros de la Unión Europea con excepción de Dinamarca, a partir del 1 de agosto de 20022, son las siguientes:

---

49. Según el art. 22 *octies* LOPJ los tribunales españoles no serán competentes en los casos en los que no exista un foro de competencia judicial previsto en las leyes españolas.
50. *Vid.* Alfonso Luis CALVO CARAVACA / Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Protección de menores», *Tratado de* D*erecho Internacional Privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 2029 y AAP Madrid 6 noviembre 2020, ECLI:ES:APM:2020:4725A, en relación a la modificación de medidas sobre menores, respecto a la competencia de los tribunales de Bélgica.
51. *Vid.* Considerando 17.

1.º El Reglamento reparte la competencia judicial internacional en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Como consecuencia de la decisión del legislador europeo, de no intervenir en las crisis matrimoniales se recogen los mismos foros en esta materia, que se recogían en los anteriores instrumentos. La única modificación destacable del nuevo Reglamento ha sido la de aclarar, en el art. 6, cuál es el ámbito de aplicación personal del Reglamento, cuestión que había suscitado múltiples problemas interpretativos en el Reglamento Bruselas II-bis. Por lo que se refiere a los foros en materia de responsabilidad parental puede afirmarse que el Reglamento Bruselas II ter contiene similitudes con respecto a su antecesor, pero también grandes novedades, como, por ejemplo, el nuevo art. 10 relativo a la elección del órgano jurisdiccional, la regulación en do disposiciones distintas de la remisión y la transferencia de competencia (arts. 12 y 13) o el precepto relativo a las cuestiones incidentales (art. 16). Pero, sin lugar a dudas, la principal novedad del Reglamento ha sido la incorporación de un nuevo artículo que confirma el derecho de los menores a ser oídos (art. 21).

2.º Las resoluciones dictadas en un Estado miembro han de ser reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento especial alguno. Las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre cuestiones de responsabilidad parental que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro serán ejecutivas en otro Estado miembro sin que sea necesaria una declaración de fuerza ejecutiva. Se suprime el *exequatur*, como procedimiento intermedio necesario para conseguir una ejecución transfronteriza, respecto de todas las resoluciones. A efectos de la ejecución en un Estado miembro de una resolución dictada en otro Estado miembro, la parte que solicite la ejecución presentará a las autoridades de ejecución competentes: a) una copia de la resolución y b) el certificado apropiado. Para ello, el Reglamento contempla nueve tipos de formularios. El Reglamento también facilita la circulación de los documentos públicos y los acuerdos en materia de divorcio, separación legal y responsabilidad parental entre los Estados miembros. Por tanto, el gran avance del Reglamento ha sido la supresión del *exequatur* para la ejecución de las resoluciones en materia de responsabilidad parental, aunque su regulación no está exenta de complejidad al establecerse dos soluciones, distinguiendo las resoluciones privilegiadas de las no privilegiadas.

3.º El mecanismo de restitución inmediata en caso de sustracción de menores se basa en gran medida en el mecanismo de restitución del Convenio de La Haya de 1980, al que el Reglamento complementa. También garantiza que el procedimiento de restitución del menor sea más rápido (un plazo máximo de seis semanas en primera instancia y de seis semanas también en instancias superiores). Por otra parte, la autoridad central tendrá que tramitar las solicitudes de manera eficiente (plazo de cinco días para acusar recibo de la solicitud). El Reglamento también brinda a los menores la oportunidad de expresar su opinión en los procesos en materia de responsabilidad parental y de sustracción internacional de menores.

4.º El Reglamento promueve una mejor cooperación entre las autoridades centrales, que son el punto de contacto directo para los progenitores. Cada Estado miembro designará a una o varias autoridades centrales que asistirán en la aplicación del Reglamento en materia de responsabilidad parental.

36. A pesar de todos los aspectos positivos del nuevo Reglamento Bruselas II ter y, por tanto, de las luces o avances normativos y prácticos que representa, también hay que mencionar las sombras o aspectos controvertidos que se pueden plantear en su aplicación práctica.

1.º Desigualdades en la implementación del derecho a ser oído. Aunque el Reglamento refuerza el derecho del menor a ser escuchado, no proporciona un marco unificado para garantizar su aplicación uniforme. Esto deja margen a las diferencias en la interpretación y práctica entre los Estados miembros. Algunos Estados pueden considerar innecesaria la escucha del menor en ciertas circunstancias, mientras que otros la consideran esencial en todos los casos, generando potenciales desigualdades.

2.º Dificultades en la eliminación del *exequatur.* La eliminación del *exequatur* reduce la burocracia, pero también puede abrir la puerta a problemas relacionados con el respeto de derechos fundamentales. En ausencia de un procedimiento intermedio, la ejecución automática de una resolución judicial podría contravenir principios básicos de orden público en el Estado de ejecución, especialmente si las partes no tuvieron igualdad de condiciones durante el proceso en el Estado de origen.

3.º Carga administrativa derivada de la cooperación reforzada. Aunque el objetivo del Reglamento es simplificar y acelerar los procedimien-

tos, la cooperación reforzada entre autoridades centrales requiere recursos adicionales que algunos Estados miembros pueden no estar en condiciones de proporcionar. Esto podría generar desigualdades en la capacidad de respuesta frente a casos transfronterizos complejos.

4.º Falta de directrices claras para casos complejos. A pesar de los avances, el Reglamento Bruselas II ter no aborda suficientemente ciertas cuestiones complejas, como los conflictos de jurisdicción en situaciones donde un menor tiene múltiples vínculos con diferentes Estados miembros. Estas lagunas pueden generar disputas jurisdiccionales prolongadas, diluyendo los beneficios de la normativa; lo que puede provocar una violación del interés superior del menor.

5.º Limitaciones extraterritoriales. El Reglamento Bruselas II ter está diseñado para aplicarse exclusivamente dentro de la UE, lo que limita su eficacia frente a terceros países. Esto es especialmente problemático en casos de sustracción internacional de menores cuando uno de los progenitores traslada al menor a un país fuera de la UE.

37. En definitiva, el Reglamento Bruselas II ter representa un paso adelante en la protección de los derechos de los menores y en la simplificación de los procedimientos transfronterizos en materia de derecho de familia internacional en la UE, cuya eficacia va a depender de una implementación uniforme en todos los Estados miembros y de la capacidad de los Estados miembros para cooperar de manera efectiva, en superar los desafíos que plantea.

La CIEC se actualiza ante la nueva realidad matrimonial y de uniones registradas: el nuevo Convenio núm. 35 sobre la expedición de un certificado de capacidad matrimonial y de capacidad para celebrar una unión registrada

ICCS updates to the new reality of marriage and registered partnerships: the new convention no. 35 on the issue of certificates of matrimonial capacity and capacity to enter into a registered partnership

Guillermo Palao Moreno
Catedrático de Derecho internacional privado
Universitat de València

SUMARIO: I. OBJETIVO Y CONTEXTO DEL CONVENIO. II. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL CONVENIO. III. REGLAMENTACIÓN DE LOS CERTIFICADOS ESTABLECIDOS EN EL CONVENIO. IV. RÉGIMEN DE INCORPORACIÓN AL CONVENIO. V. APLICACIÓN Y MODIFICACIONES DEL CONVENIO. VI. VALORACIÓN.

RESUMEN

La reciente aprobación del Convenio n.º 35 de la CIEC, sobre la expedición de un certificado de capacidad matrimonial y de capacidad de celebrar una unión registrada, supone una acertada revisión en profundidad y actualización del antiguo Convenio n.º 20 relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial de 1980 a las nuevas formas de

relación en pareja, alineándose con el derecho fundamental al respeto de la vida familiar. En este sentido, fenómenos como los matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo o las uniones registradas, realidades en diversos ordenamientos estatales, exigían de un nuevo Convenio que permitiera su celebración y efectos en supuestos transfronterizos. Un instrumento que, por tanto, puede resultar de interés no sólo a los Estados Parte de la CIEC, sino igualmente Estados terceros a esta organización, así como a una Organización Regional de Integración Económica con competencias en esta materia.

PALABRAS CLAVE: CIEC. Capacidad matrimonial. Capacidad de celebrar una unión registrada. Derecho internacional privado.

ABSTRACT

The recent approval of the ICCS Convention No 35, on the issue of a certificate of matrimonial capacity and the capacity to enter into a registered partnership, represents an in-depth revision and updating of the former Convention No 20 on the issue of a certificate of matrimonial capacity of 1980 to the new forms of couple relationships, in line with the fundamental right to respect for family life. In this sense, phenomena such as same sex marriages or registered partnerships, which are realities in various state legal systems, required a new Convention that would allow their conclusion and effects in cross-border cases. This instrument may therefore be of interest not only to the States Parties to the ICCS, but also to States outside the organisation, as well as to Regional Economic Integration Organisations with competence in this area.

KEYWORDS: ICCS. Matrimonial capacity. Capacity to enter into a registered partnership. Private International Law.

I. OBJETIVO Y CONTEXTO DEL CONVENIO

1. El pasado 13 de setiembre se adoptó en Estrasburgo, sede de la Comisión Internacional para el Estado Civil (CIEC), el Convenio (n.º 35) sobre la expedición de un certificado de capacidad matrimonial y de capacidad de celebrar una unión registrada[1]. Con esta significativa formalidad se pone

1. Miembro del Proyecto Prometeo «Justicia sostenible en estado de mudanza global» (CIPROM 2023-64 (GV)). ORCID 0000-0002-3267-3934.
Accesible en: https://www.ciec1.org/convention-35-presentation-en

definitivamente a disposición de los miembros de esta organización —estando igualmente abierto a la comunidad internacional en su conjunto, como es su propósito— de un novedoso y atractivo instrumento internacional diseñado para facilitar la prueba de tal capacidad, por medo del que se desplaza al antiguo Convenio n.º 20 relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial, de 5 de septiembre de 1980[2].

En este sentido, sobresale el hecho de que, ya en el art. 20.1 del Convenio n.º 35 —al tratar la cuestión de las relaciones que mantienen con el Convenio de 5 de septiembre de 1980—, se contempla que le texto aprobado sustituye al precedente en las relaciones entre los Estados contratantes desde su entrada en vigor[3]; no contemplándose desde la fecha de su aprobación, como se apunta en su apartado 2.º, ratificación, aceptación o aprobación alguna del Convenio de 1980. Por lo tanto, el nuevo Convenio, tal y como sucedía con su precedente, se vería encuadrado en los Convenios de esta Organización intergubernamental consagrados al establecimiento de modelos al respecto de los documentos de estado civil que pudieran utilizar los Estados signatarios, en vistas a favorecer su circulación internacional[4].

2. Una actualización que, como se destaca ya desde el Preámbulo del propio Convenio, va más allá de una puesta al día de este instrumento, ya que supone una significativa modificación del precedente hecho en Múnich en 1980. Y ello, no ya sólo por inspirarse en los avances técnicos que se han ido incorporando en los Convenio de la CIEC más recientes, sino fundamentalmente al ampliar su ámbito de aplicación sustantiva a realidades como

2. Ratificación española en *BOE* n.º 117, de 16 de mayo de 988. Accesible en: https://www.ciec1.org/convention-20-presentation-en. *Vid*. Jacques MASSIP, Frits Willem HONDIUS, Chantal NAST y Frédérique GRANET, *Commission Internationale de l'État Civil (CIEC). International Commission on Civil Status (ICCS)*, La Haya, Kluwer Law International, 2018, pp. 48 y 63; Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Cooperación internacional en la celebración del matrimonio: certificados de capacidad matrimonial», *Anuario Español de Derecho Internacional privado* 2000, t.0, pp. 405-419, pp. 411-414; id., *La celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho Internacional privado español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 139-147.

3. En la actualidad son Estados parte del Convenio n.º 20 de la CIEC: Alemania, Austria, Grecia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, República Moldova, Suiza y Turquía.

4. Nicolas NORD, «The International Commission on Civil Status. Present and future of international cooperation in civil status matters», *Yearbook of Private International Law*, 2021/ 2022, Vol. 23, pp. 135-154, p. 141; Walter PINTENS, «CIEC/ ICCS (International Commission on Civil Status)», en *Encyclopedia of Private Internacional Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017, Vol. 1, pp. 330-337, p. 333. *Vid*. Eloy RODRÍGUEZ GAYÁN, *Derecho registral civil internacional*, Madrid, Eurolex, 1995, p. 78.

los matrimonios entre personas del mismo sexo o las uniones registradas. Nos situamos ante una ampliación sustantiva que, además, resulta de lo más oportuna en nuestros días —aunque guarde un cierto equilibrio con las tradiciones culturales en un ámbito con un pronunciado particularismo estatal—, al tratarse de unas figuras muy de extendidas desde una perspectiva comparada, y por no existir en el momento de celebración del Convenio de Múnich de 1980.

Así las cosas, se ha de destacar el gran acierto, en consecuencia, por elaborar este instrumento *ex novo* y llevar a cabo una profunda revisión de este texto convencional, para así adecuarse tanto a la realidad matrimonial y de uniones registradas actual, tras cuarenta años desde la aprobación del Convenio n.º 20, como a los avances de técnica legislativa que se habían experimentado en la normativa CIEC elaborada en los últimos años[5].

En resumidas cuentas, este nuevo instrumento convencional destaca por adoptar una postura plenamente razonable y apropiada de no limitarse a llevar a cabo únicamente de una revisión meramente cosmética del ya superado instrumento elaborado en los años ochenta, habida cuenta del nuevo contexto que rodea la materia tratada en la actualidad. Y ello, teniendo en cuenta desde una perspectiva europea, además, la conveniencia de alinear el instrumento CIEC tanto el derecho fundamental al respeto de la vida familiar que se recoge en los arts. 7 Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) y el 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)[6], como el derecho a contraer matrimonio establecido en el art. 9 de la CDFUE y el 12 del CEDH. Más aún en un contexto como el actual donde se aprecia una vierta fragilidad de las relaciones privadas internacionales, con evidentes efectos en la consecución de los señalados derechos fundamentales[7].

3. Lo cierto es que el contexto social en el que se aprueba el Convenio n.º 35 constituye un panorama singularmente distinto y novedoso en materia

5. Siendo un buen ejemplo de ello el Convenio n.º 34 de la CIEC, sobre la expedición de certificados multilingües y codificados y de extractos de actas del registro civil. Accesible en: https://www.ciec1.org/convention-34-presentation-en. Un Convenio del que España no es un Estado parte.

6. Respectivamente en *DO* n.º C 202 de 7 de junio de 2016 y, en cuanto el segundo, la ratificación española se encuentra publicada en *BOE* n.º 243, de 10 de octubre de 1979.

7. En esta línea, Rosario ESPINOSA CALABUIG, «La fragilidad de las relaciones privadas internacionales y sus efectos sobre el derecho a una vida privada y familiar», Ricardo RUEDA VALDIVIA (dir.), Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI: *libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 141-168.

de uniones de pareja, si se compara con el existente cuando se aprobó el Convenio n.º 20. Algo que se aprecia desde diferentes perspectivas.

Por un lado, desde una dimensión social y cultural, este cambio se advierte en atención a la creciente aceptación de las uniones de pajera distintas a la tradicional unión conyugal, como serían las uniones registradas; al igual que la paulatina aceptación desde una perspectiva comparada de las relaciones estables de pareja —matrimoniales o no— entre personas del mismo sexo. Unas realidades y una progresiva aceptación normativa de las mismas que, sin embargo, se presenta como desigual desde esta perspectiva comparada; planteado ciertos problemas en su reconocimiento transfronterizo, incluso en un espacio jurídico altamente integrado como es la UE[8].

4. Por otro lado, desde una perspectiva normativa, en el Preámbulo se mencionan los numerosos instrumentos que resultan relevantes para el Convenio n.º 35. Un panorama regulatorio que resulta mucho más complejo y rico que el que conoció el legislador e la CIEC en 1980. Así, junto a los Convenios de La Haya para regular los conflictos de leyes en materia de matrimonio 1902 y relativo a la Celebración y al Reconocimiento del Matrimonio 1978[9], o la Convención de Naciones Unidas, relativa al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos, hecha en Nueva York en 1962[10], desde 1980 se han sucedido numerosos textos con un significativo alcance en la materia, que merecen ser mencionados.

En este sentido, además de las numerosas Resoluciones elaboradas por la Asamblea General de la Naciones Unidas en materia de matrimonio infantil, matrimonios precoces y matrimonios forzados[11], o las emitidas desde el Consejo de Europa en esta misma materia[12], desde la perspectiva de la CIEC cabe referirse al Convenio n.º 32, sobre el reconocimiento de unio-

8. Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 27-58; Susanne GÖSSL y Martina MELCHER, «Recognition of a status acquired abroad in the EU — A challenge for national Laws from evolving traditional methods to new forms of acceptance and bypassing alternatives», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2022, Vol. 14, N.º 1, pp. 1012-1043, pp. 1032-1033.
9. Accesibles respectivamente en https://www.hcch.net/es/instruments/the-old-conventions/1902-marriage-convention y en https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=88
10. *BOE* n.º 128, de 29 de mayo 1962.
11. Números 65/156 (2014), 71/175 (2016), 73/22 (2018), 75/167 (2020) y 77/202 (2022).
12. Números 1468 (2005) y 2233 (2018).

nes registradas[13] y al antes citado Convenio n.º 34, sobre la expedición de certificados multilingües y codificados y de extractos de actas del registro civil. A los que habría que añadir, ya en el ámbito de la Unión Europea, tanto la Resolución del Consejo de 1997, sobre las medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra matrimonios fraudulentos[14], como el más reciente Reglamento 2016/1191, por el que se facilita la libre circulación de ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea y por el que se modifica el Reglamento 1024/2012[15].

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL DEL CONVENIO

5. Los aspectos relativos al ámbito de aplicación sustantiva del Convenio n.º 35 de la CIEC se encuentran regulados principalmente en sus arts. 1 a 3. De entre ellos posee una mayor relevancia el 1.º, titulado precisamente «Campo de aplicación». Un precepto con el que se supera claramente lo previsto en el Convenio precedente y se alinea con la promoción de la igualdad de derechos desde una perspectiva internacional-privatista[16].

Para empezar, en su numeral primero se dispone que cada Estado contratante se obliga a expedir un certificado de capacidad matrimonial de conformidad a su normativa interna, siempre que uno de sus nacionales o una persona que residiera habitualmente en su territorio lo solicite, así como cuando dicho solicitante cumpliera con las condiciones para poder celebrar un matrimonio en atención a la normativa interna de dicho Estado. Sin embargo, a diferencia de lo previsto en el Convenio de Múnich, en el

13. Accesible en: https://www.ciec1.org/convention-32-presentation-en. *Vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 267-271.
14. *DO n.º C 382 de 16 de diciembre de 1997.*
15. *DO* n.º L 200, de 26 de julio de 2016. *Vid*. Mónica GUZMÁN ZAPATER, «La libre circulación de documentos públicos en materia de estado civil en la UE: el Reglamento UE 2016/1191 del PE y del Consejo», *Revista General de Derecho Europeo*, 2017, pp. 162-179; Nicolas NORD, «La circulation des actes de l'État civil au sein de l'Union européenne», en M.ª Victoria CUARTERO RUBIO y José Manuel VELASCO RETAMOSA (eds.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 81-101.
16. Al respecto, Rosario ESPINOSA CALABUIG, «Sorority, Equality and European Private International Law», *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2023, n. 1, pp. 113-131; Pilar JIMÉNEZ BLANCO, «Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho Internacional privado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2018, 1, núm. 35, pp. 1-49, pp. 9-12.

presente instrumento se ha eliminado la previsión de que tal certificado se emita para la celebración de su matrimonio en el extranjero[17].

Por su parte, en el apartado 2.º se establece, para aquellos supuestos en los que la normativa de dicho Estado contemplara otro tipo de compromisos de vida en común distintos al matrimonio, que además dieran lugar a una inscripción registral por parte de una autoridad pública, igualmente se compromete a emitir tanto un certificado de capacidad para celebrar una unión registrada, a solicitud de tales sujetos —nacionales o residentes habituales en su territorio—, como un documento donde se constate la ausencia de impedimentos legales para la celebración de tal unión en atención a su normativa interna.

Junto a ello, en el numeral tercero de este recepto se dispone que mientras los certificados de capacidad matrimonial podrán ser empleados por las personas afectadas para la celebración de cualquier tipo de unión que estimen oportuna en aplicación de la normativa propia del Estado destinatario del mismo; los certificados de capacidad para celebrar una unión registrada podrán ser utilizados para la celebración de un matrimonio, si así lo estiman las partes y fuera conforme con las exigencias presentes en la normativa local del Estado destinatario. Unos certificados que, en todo caso y como se consigna el apartado 4.º, podrán emitirse a favor de una sola persona o a una pareja; constituyendo ésta igualmente una novedad destacable en este ámbito[18].

6. Desde la perspectiva de la delimitación del alcance material del nuevo Convenio CIEC, interesa mencionar las definiciones que se incluyen en el art. 2. Para empezar, sobresale el hecho de que en el mismo no se incluye definición autónoma alguna de «matrimonio». Una ausencia de una respuesta específica convencional a su concreción que resulta plenamente comprensible —además de tratarse de una laguna habitual en los instrumentos internacionales y europeos en este ámbito[19]—, debido a las diferencias existentes entre los países y lo complejo que resulta concretar los límites de esta unión a plena satisfacción de los negociadores y futuros Estados parte; siendo que, en definitiva, esta relación habrá de verse delimitada —incluidos los supuestos de matrimonios

17. Informe explicativo, art. 1.
18. Una alternativa que podrá ser objeto de reserva, como se verá al analizar el art. 14.
19. Rafael ARENAS GARCÍA, «Concepto y tratamiento del matrimonio en el Derecho Internacional privado europeo», *La Ley Derecho de Familia*, 2020, n.º 26, pp. 1-38; Mónica GUZMÁN ZAPATER, «La falta de una noción común de matrimonio: ¿una anomalía del Derecho Internacional privado europeo?», M.ª Victoria CUARTERO RUBIO y José Manuel VELASCO RETAMOSA (eds.), *op. cit.*, pp. 129-145.

celebrados entre personas del mismo sexo— por lo previsto en la normativa local del Estado parte, que precisamente será desde el que se debe de emitir el correspondiente certificado de capacidad matrimonial[20], facilitando así la incorporación del instrumento por parte de los Estados interesados[21].

Aunque sobresale igualmente como el Convenio sí que define, tanto «unión registrada», como «Estado destinatario». Por una parte, en aras de promover la seguridad jurídica[22], en este precepto se consigna que por «unión registrada» se entenderá a efectos de este instrumento, un compromiso de convivencia entre dos personas de este o de distinto sexo, que diera lugar a un registro por parte de una autoridad pública, con exclusión del matrimonio[23]. Una aproximación que, de nuevo, obliga a examinar que se entiende por «matrimonio» en el Estado donde se solicita el certificado correspondiente. Por otra parte, el Estado «destinatario» será aquel donde se presenta el certificado expedido sobre la base de este Convenio con vistas a la celebración del matrimonio o de la unión registrada en cuestión.

7. En otro orden de ideas, también interesa a efectos de concretar el juego del Convenio n.º 35, la referencia a los refugiados y apátridas que realiza su art. 3. Un precepto que —inspirado en la práctica internacional en esta materia[24]— resulta idéntico en su dicción a la literalidad del art. 2 del Convenio n.º 20, donde se establece que: «*Para la aplicación del presente Convenio*

20. En este sentido, Ana QUIÑONES ESCÁMEZ, *op. cit.*, pp. 276-278.
21. Fundamentalmente por medio del sistema de reservas que se contempla posteriormente en el art. 14. Informe explicativo, art. 1.
22. Así como partiendo de lo establecido en el Convenio n.º 32 de la CIEC. Así, Informe explicativo, art. 2. Un Convenio del que, por cierto, España no es un Estado parte.
23. En el ámbito de la UE, por su parte, el art. 1, a) del Reglamento 2016/1104, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (*DO* n.º L 183, de 8 de julio de 2016), se refiere al mismo como «*régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación*». *Vid.* Guillermo PALAO MORENO, «Property Consequences of Registered Partnerships», Ilaria VIARENGO y Francesca C. VILLATA (eds.), *Planning the Future of Cross Border Families*, Oxford, Hart Publishing, 2020, pp. 109-114, p. 110; Pablo QUINZÁ REDONDO, *Uniones registradas en la Unión Europea. Reglamento (UE) N.º 2016/1104 en perspectiva española*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 19-27 y 43-50; Andrés RODRÍGUEZ BENOT, «Artículo 1» y «Artículo 3», en José Luis IGLESIAS BUHIGUES y Guillermo PALAO MORENO (dirs.), *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea. Comentarios a los Reglamentos (UE) n.º 2016/1103 y 2016/1104,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, respectivamente pp. 21-39 (en concreto, pp. 25-26) y pp. 47-64 (en especial, pp. 49-55).
24. Informe explicativo, art. 3.

quedarán asimilados a los nacionales de un Estado contratante los refugiados y los apátridas cuyo estatuto personal se rija por la ley de dicho Estado».

III. REGLAMENTACIÓN DE LOS CERTIFICADOS ESTABLECIDOS EN EL CONVENIO

8. A partir de la obligatoriedad que prevé el Convenio n.º 35, relativa a que las autoridades de los Estados parte emitan los mencionados certificados de capacidad matrimonial y de capacidad para celebrar una unión registrada, en los arts. 4-8 se dispone el régimen relativo a estos certificados.

Así, para empezar, el art. 4 («Expedición de los certificados») establece en su apartado 1.º que los certificados a los hace mención el art. 1, los cuales tendrán que emitir de conformidad a los modelos de la CIEC[25], que además constan en el anexo 1 del Convenio. Por su parte, igualmente se consigna este apartado que las indicaciones inmodificables que figuran en los certificados contarán con los códigos numéricos que figuran en su Anexo 2. En relación con ello, en su numeral segundo se dispone que las normas aplicables a los modelos CIEC figuran en el Anexo 3[26].

Sin embargo, debe destacarse como, en atención a lo previsto en el numeral 3.º, la posible ratificación, aceptación, aprobación, adhesión o declaración de aplicación provisional del presente Convenio no implicará en ningún caso el reconocimiento por los Estados contratantes de instituciones ajenas a sus ordenamientos jurídicos internos —como podrán ser los matrimonios entre personas del mismo sexo, uniones registradas o categorías distintas a la de hombre o mujer—; las cuales se podrán reflejar en el contenido del Convenio, de sus modelos de certificados o de sus demás anexos.

En todo caso, como se destaca en su apartado 5.º, tales modelos de certificados son susceptibles de contener rúbricas de naturaleza facultativa que además podrán ser suprimidas a discreción de los Estados contratantes, con la exigencia de que lo notifiquen al Secretario General de la CIEC. En consecuencia, toda modificación que se realice en el sentido expuesto deberá ser comunicada al Secretario General de la CIEC, siendo que los elementos facultativos a los que se ha hecho referencia se designarán como tales en los modelos de certificado por medio de una nota a pie de página.

25. En particular el Convenio n.º 34 de la CIEC, antes citado.
26. La relegación de los aspectos mencionados a los Anexos posee una transcendencia práctica significativa, sobre todo de cara a su revisión, como se aprecia al exponer lo previsto en el art. 18.

9. Seguidamente, en su art. 5 («Presentación de traducciones y lista de símbolos»)[27], se prevé —en su apartado 1.º— que de forma previa a que un Estado ratifique, acepte, apruebe o se adhiera al Convenio, al igual que en los supuestos en los que éste haga una declaración de aplicación provisional del mismo —tal y como se contempla su art. 16—, dicho Estado habrá de depositar en la Secretaría General de la CIEC una traducción a su idioma (o a sus idiomas oficiales) de las menciones invariables que tienen que figurar en los certificados de conformidad con lo consignado en el Anexo 2, al igual que una traducción de las reglas aplicables prevista en el Anexo 3.

A este respecto, este precepto continúa diciendo que toda modificación que se lleve a cabo de tales traducciones habrá de depositarse en la Secretaría General de la CIEC; debiendo adoptarse posteriormente por la propia Oficina de la CIEC. Por último, en el numeral 2.º de este artículo se dispone que el cumplimiento de las formalidades mencionadas en el apartado 1 será certificado por el Secretario General.

10. El «Valor probatorio de los certificados» se acoge en el art. 6. En relación con ello, en su apartado 1.º se contempla, con una evidente liberalidad[28], que los certificados que se hubieran expedido en aplicación del Convenio se aceptarán sin exigirse su legalización, ni otra formalidad equivalente, en cada uno de los Estados contratantes. Eso sí, desde una perspectiva temporal, la validez de los mismos se verá limitada a seis meses a partir de la fecha de expedición. Sin embargo, como se recoge en el numeral 2.º, tales certificados no obligarán a las autoridades del Estado receptor que a deban celebrar un matrimonio o a registrar una unión de hecho[29].

A su vez, en el tercer apartado de este artículo se destaca que las autoridades del Estado receptor del certificado podrán exigir otros documentos con el fin de proceder a la unión prevista, al igual que llevar a cabo las investigaciones necesarias para garantizar el consentimiento libre, pleno e informado de los futuros cónyuges o compañeros, así como con el objetivo de luchar contra los matrimonios infantiles, los matrimonios forzados y las uniones de complacencia. Por lo que, en los supuestos en que pudiera surgir una duda fundada sobre la autenticidad o al respecto del contenido de un certificado expedido en aplicación del Convenio, las autoridades del Estado receptor estarán capacitados para solicitar a la autoridad expedi-

27. Directamente inspirado en el Convenio n.º 34 de la CIEC antes mencionado
28. Eso sí, partiendo de lo previsto en el art. 10 del Convenio n.º 20 e igualmente inspirado en el Convenio n.º 34, como indica el Informe explicativo, art. 6.
29. Una previsión ya incluida en el Informe explicativo al art. 1 del Convenio n.º 20 de la CIEC.

dora que verifique su autenticidad o su contenido o, en caso de producirse un error, que remita un nuevo certificado. A este respecto se prevé que los intercambios que se realicen entre las autoridades competentes se efectúen de modo directo[30].

11. Un elemento esencial para el correcto funcionamiento del Convenio se refiere a la concreción de las autoridades estatales que van a contar con competencia para garantizar su cumplimiento[31]. Un extremo que se aborda en su art. 7 («Indicación de las autoridades competentes para aplicar el Convenio») y que, como establece su apartado 1.º, los Estados contratantes habrán de comunicar al Secretario General de la CIEC las autoridades que resultarán competentes para expedir certificados y para debatir las eventuales enmiendas que se presenten frente a los Apéndices —como prevé el art. 18—, así como para votar las resoluciones que puedan resultar pertinentes, con anterioridad a proceder a ratificar, aceptar, aprobar o adherirse al Convenio o de hacer la declaración de su aplicación provisional —contemplada en el art. 16—.

En relación con ello, no ha de olvidarse de que toda modificación efectuada en relación con este extremo tendrá que comunicarse al Secretario General. De igual modo, como recuerda el apartado 1.º, será pues el Secretario General quien deba certificar el cumplimiento de las formalidades mencionadas en el numeral anterior.

12. Para completar este tipo de cuestiones, el art. 8 («Unidades territoriales con sistemas jurídicos diferentes») se refiere a los supuestos en los que un Estado contratante comprenda dos o más unidades territoriales donde se apliquen diferentes sistemas jurídicos en materia de matrimonio u otros compromisos de uniones susceptibles de registro por parte de una autoridad pública competente. Por lo que, en estos supuestos de pluralidad normativa dentro de un Estado, se prevé una remisión de tipo directo, en el sentido de se entenderá que toda referencia a la ley del Estado de celebración o de conclusión se referirá a la ley de la unidad territorial donde que se celebre o se haya celebrado la unión en cuestión[32].

---

30. Estas previsiones introducidas para combatir situaciones de fraude no se encontraban presentes en el Convenio n.º 20, pero sí en el Convenio n.º 34, como se destaca en el Informe explicativo en relación con el art. 6.
31. En gran medida elaborado en línea de lo previsto en el art. 8 del precedente Convenio n.º 20 de la CIEC.
32. En este sentido, sigue lo previsto en el art. 17 del antes citado Convenio de La Haya relativo a la Celebración y al Reconocimiento del Matrimonio de 1978. Un Convenio del que España tampoco forma parte.

IV. RÉGIMEN DE INCORPORACIÓN AL CONVENIO

13. Como resulta habitual, el Convenio n.º 35 cuenta con un detallado régimen relativo a la incorporación al mismo, recogido en sus arts. 9 a 14. Para empezar, el art. 9 contempla el habitual régimen de «Firma, ratificación, aceptación y aprobación» de éste. Así las cosas, por un lado, en su numeral 1.º se prevé que el Convenio se encuentra abierto a la firma de los Estados miembros de la CIEC. Junto a ello, en el siguiente numeral se dispone que éste podrá ser ratificado, aceptado o aprobado. Al respecto, especifica que los instrumentos de ratificación, aceptación o aprobación se depositarán ante el Consejo Federal Suizo e irán acompañados de los certificados previstos en los arts. 5.2 y 7.2 antes mencionados.

14. Por su parte, las previsiones sobre la adhesión y objeción a la misma se sitúan, de forma respectiva, en los arts. 10 y 11. Con respecto al primero y como es costumbre en este tipo de Convenios de la CIEC, se establece primeramente que todo miembro de la CIEC podrá adherirse al presente Convenio, mientras que el segundo apartado se dispone que cualquier otro Estado —sin ser miembro de esta organización— podrá igualmente adherirse al mismo, aunque después de su entrada en vigor. En relación con ello, en el numeral 3.º se prevé que los instrumentos de ratificación, aceptación, adhesión o aprobación —que además tendrán que ir acompañados de los certificados previstos en los arts. 5.2 y 7.2— se depositarán ante el Consejo Federal Suizo.

Como se ha podido apreciar, el Convenio analizado no constituye un instrumento cerrado a los miembros de la CIEC, pudiendo ser objeto de adhesión por países terceros a la misma. Sin embargo, en estos casos y tal como se prevé en el art. 11[33], la posibilidad de objeción a la adhesión de estos por parte de los Estados contratantes[34]; aunque según la cual únicamente surtirá efecto entre el Estado adherente y el Estado contratante que no haya formulado una objeción a su adhesión en el plazo de cinco meses a partir de la notificación prevista en el art. 21.1, a).

Una objeción que igualmente es susceptible de ser formulada por cualquier Estado en el momento de la ratificación, aceptación, aprobación o adhesión al Convenio. Asimismo, también podrá formularse una objeción

33. En este caso, siguiendo el modelo del art. 10 del Convenio n.º 34 de la CIEC.
34. Una posibilidad que, sin embargo, no se prevé en relación con las Organizaciones Regionales de Integración Económica, de tal modo que si se suscitara su adhesión no se podría objetar contra los Estados parte de tal Organización que, a su vez, no fuera miembros de la CIEC, tal y como se refiere en el Informe explicativo al art. 11.

contra un Estado que no sea miembro de la CIEC tras la eventual adhesión de una Organización Regional de Integración Económica de la que dicho Estado fuera miembro. Como en los casos anteriormente mencionados, toda objeción se notificará al Consejo Federal Suizo.

15. Con especial acierto y como una novedad en un Convenio de la CIEC[35], este instrumento recoge en varios de sus preceptos referencias a la posible participación en el mismo de Organizaciones Regionales de Integración Económica, como así se refleja en sus arts. 12 y 13. En estos casos, tal y como prevé el art. 12 en su apartado 1.º, para los casos en los que dicha Organización se encuentre constituida únicamente por Estados soberanos y cuente con competencia sobre algunas o todas las materias reguladas por el Convenio, la misma podrá firmar, ratificar, aceptar, aprobar o adherirse al presente Convenio. En tales supuestos, por consiguiente, la Organización contará con los mismos derechos y obligaciones de un Estado contratante, siempre y cuando cuente con competencia sobre las materias que el Convenio regula.

Caso de que esta circunstancia llegara a suceder, como se prevé en el numeral segundo, la Organización en cuestión notificará por escrito al depositario, cuando se produzca la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, las materias reguladas por el Convenio sobre las que sus Estados miembros le habrían transferido competencias; notificándole igualmente por escrito, y en el plazo más breve posible, todo cambio que se produjera al respecto del alcance de la transferencia de tales competencias.

Por su parte, en el apartado 3.º se prevé que, a los efectos de la entrada en vigor del Convenio, no se computará ningún instrumento depositado por una Organización de este tipo, a menos que misma declare —según se prevé en el art. 13—, que sus Estados miembros no serán Partes en el presente Convenio. Por último y como se contempla en el último numeral, toda referencia que se encentre en el Convenio a un «Estado contratante» o a un «Estado» se entenderá como aplica igualmente, en su caso, a una Organización Regional de Integración Económica.

35. Así se manifiesta en el Informe explicativo al respecto de los arts. 12 y 13, haciendo mención a la Unión Europea (UE), al Mercado Común del Sur (MERCOSUR), o la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO). Unos preceptos que toman como modelo los arts. 26 y 27 *del Convenio de La Haya, 2 de julio de 2019, sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial* (Convención sobre Sentencias de 2019) (*DO* n.º L, L 187, de 14 de julio de 2022).

16. Asimismo y como complemento de lo anterior, en el art. 13 se regulan los supuestos en los que una Organización Regional de Integración Económica fuera parte contratante, aunque no sus Estados miembros. Pues bien, según se prevé en su primer apartado, una Organización de este tipo podrá realizar una declaración relativa a que cuenta con competencia sobre todas las materias reguladas por el Convenio y que sus Estados miembros no serían Parte de este, aunque estarían vinculados por él mediante la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por parte de esta Organización, cuando se produzcan estos hechos de firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión. Al respecto, en el numeral 2.º se dispone que toda declaración efectuada en aplicación del apartado 1 se notificará al Consejo Federal Suizo; siendo que, en tales casos, toda referencia a un «Estado contratante» o a un «Estado» presente en el Convenio se aplicará también a los Estados miembros de la Organización.

17. Por su parte, los aspectos relativos a las eventuales reservas que puedan realizarse por los Estados que accedan al Convenio implican una novedad en relación con el Convenio n.º 20 y se encuentran regulados en el art. 14, contando con una significativa importancia en la dinámica practica del Convenio. En este sentido, hay que tener en cuenta que las diferencias existentes entre los Estados al respecto del reconocimiento de las relaciones a las que se refiere el Convenio n.º 35, recomendaban una respuesta que permitiera una incorporación respetuosa con el alto nivel de particularismo existente en esta materia, para así poder favorecer su ratificación[36].

En consecuencia y en atención a lo previsto en su apartado 1, cualquier Estado podrá hacer reserva al respecto de la aceptación de determinados certificados, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión al Convenio. En concreto estos certificados serán los relativos a: a) el matrimonio de personas del mismo sexo; b) la unión registrada o a una o varias de sus formas; c) el matrimonio o a la unión registrada de personas que residan en el mismo Estado; d) el matrimonio o a la unión registrada de personas que residan en el mismo Estado.

Sin embargo, y como se dispone en el apartado posterior, no se admitirán otro tipo de reservas distintas a las expuestas. Eso sí, toda reserva que se exprese en los términos señalados podrá retirarse con posterioridad,

36. En todo caso, como se destaca en el Informe explicativo al respecto del art. 14, la dificultad residirá en la compleja delimitación que en la práctica tendría una reserva al respecto de una declaración (unilateral o interpretativa) por medio de la que se modifique igualmente alguno de los preceptos del Convenio.

debiendo notificarse esta decisión al Consejo Federal Suizo, surtiendo efecto el primer día del cuarto mes siguiente a la fecha de retirada de la reserva.

V. APLICACIÓN Y MODIFICACIONES DEL CONVENIO

18. Por último, el Convenio regula diversos extremos relativos a su aplicación y eventuales cambios que pudieran producirse en sus arts. 15 a 21. Para empezar, en el art. 15 y siguiendo el ejemplo de los instrumentos más recientes de la CIEC, se dispone que el Convenio entrará en vigor el primer día del cuarto mes siguiente al mes del depósito del segundo instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión por dos Estados. Por lo tanto, habrá que esperar a que un nuevo Estado realice una de estas acciones, una vez que Suiza firmó éste el mío día de su adopción. A su vez, como se contempla en su siguiente apartado, en los supuestos de que se ratifique, acepte, apruebe o se adhiera después de su entrada en vigor, el Convenio entrará en vigor para este Estado en los mismos términos que establece el numeral 1.º.

19. Junto a ello, el art. 16 del Convenio prevé, de forma novedosa en relación con el Convenio n.º 20[37], su aplicación provisional —en los términos que se fijan en el art. 15—, para aquel Estado que así lo declare. Una previsión que persigue evitar que una dilación en el proceso de ratificación retrase el empleo de los modelos armonizados que se encuentran en los Anexos al Convenio[38]. Sin embargo, esta provisionalidad no podrá exceder de cinco años. En relación con ello, en el apartado 2.º se consigna que este tipo declaración se habrá de acompañar de los certificados previstos en el art. 5.2 y 7.2, debiendo notificarse al Consejo Federal Suizo, surtiendo efecto en la misma fecha que se fija en el art. 15.1.

20. De forma similar a como se prevé en el art. 15 del Convenio n.º 20 —pero tomando como modelo directo el art. 14 del Convenio n.º 34— cuando un Estado tenga más de una unidad territorial podrá declarar la aplicación parcial únicamente a una o varias de tales unidades en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, o en cualquier momento posterior, tal y como establece el art. 17.1.

Sin embargo, caso de que no se realizase declaración alguna al respecto, y en atención a lo consignado en el numeral 2.º, la aplicación del Convenio se extenderá a todas las unidades territoriales de dicho Estado. En todo caso,

37. Aunque siguiendo la estela del art. 13 del Convenio n.º 34 de la CIEC.
38. Así, el Informe explicativo al art. 16.

el numeral 3.º permite que este tipo de declaraciones pueda ser modificada o incluso retirada mediante una nueva declaración, debido notificarse tales declaraciones al Consejo Federal Suizo, con efectos a partir de la entrada en vigor del Convenio para dicho Estado o, posteriormente, el primer día del cuarto mes siguiente al de la recepción de la notificación.

21. En otro orden de ideas y como se puede apreciar de su articulado, los Anexos al Convenio poseen una significativa transcendencia en su aplicación práctica. De ahí que se contemple de forma novedosa (al respecto del precedente Convenio n.º 20[39]) el que éstos puedan revisarse de forma relativamente simple —como se prevé en su art. 18.1— por medio de una resolución aprobada por mayoría simple de los Estados miembros de la CIEC, al igual que por mayoría simple de los Estados contratantes reunidos en Asamblea General *ad hoc*; siendo que tales enmiendas adoptadas de modo simplificado vincularán a todos los Estados contratantes. En relación con ello, en el numeral segundo de esta provisión se dispone que las mismas se depositarán ante el Consejo Federal Suizo, entrando en vigor en la fecha que se fije.

22. A continuación, el art. 19 («Duración y terminación») modifica la posición seguida en el Convenio n.º 20, adaptándose a los instrumentos CIEC más recientes[40]. En el mismo se prevé, en su numeral 1.º, que el Convenio permanezca en vigor indefinidamente. Sin embargo, en el siguiente apartado se establece que todo Estado Parte podrá denunciarlo en cualquier momento tras la expiración de un plazo de un año a partir de la fecha de entrada en vigor del Convenio para dicho Estado. La misma se notificará al Consejo Federal Suizo y surtirá efecto el primer día del séptimo mes siguiente al mes de recepción de la notificación, continuando en vigor entre los demás Estados.

23. Así como el art. 20 regula la relación que el Convenio n.º 35 mantienen con el Convenio n.º 20 —como se ha puesto de manifiesto en el apartado I del presente trabajo—, en el art. 21 se reglamentan las funciones que corresponden al Consejo Federal Suizo en tanto que depositario. Las cuales, como se enumeran en el apartado 1.º, se refieren principalmente a la notificación a los Estados miembros de la CIEC, así como a cualquier otro Estado y Organización Regional de Integración Económica que se hubiera adherido al presente Convenio los siguientes extremos: la firma y el depósito de cualquier instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión; la fecha de entrada en vigor del Convenio; toda objeción formulada *ex* art. 11; las notificaciones, declaraciones y modificaciones efectuadas según los arts. 12 y 13; las reservas

39. Pero con una evidente inspiración en el art. 15 del Convenio n.º 34 de la CIEC.
40. En esta línea, el Informe explicativo al art. 19.

formuladas en virtud del art. 14.1 o su retirada, así como la fecha cuando ésta surta efecto; toda declaración formulada en virtud de los arts. 16.1, 17.1, 18.1, junto con la fecha en que la declaración, modificación o retirada surta efecto; así como cualquier denuncia del Convenio realizada según su art. 19.2, igualmente estableciendo la fecha en la que denuncia surtirá efecto. Por su parte, el depositario informará al Secretario General de la CIEC de toda notificación efectuada en aplicación del apartado precedente.

Para finalizar, en el numeral 3.º se establece que, a la entrada en vigor del Convenio, el Consejo Federal Suizo remitirá una copia certificada conforme al Secretario General de las Naciones Unidas a efectos de registro y publicación —tal y como se prevé en el art. 102 de la Carta de las Naciones Unidas.

VI. VALORACIÓN

24. A la vista de lo expuesto puede afirmarse con el Convenio n.º 35 de la CIEC se da un importante paso en ofrecer un marco regulatorio actualizado al respecto de las uniones conyugales y las registradas que, a su vez, se sitúa en línea con el derecho fundamental al respeto de la vida familiar. En este sentido, por medio de este se facilita la prueba de este tipo de parejas en situaciones trasfronterizas, a la vez que, no sólo se ven superadas las limitaciones sustantivas presentes en su precedente (el Convenio n.º 20), sino también se mejora notablemente desde una perspectiva de su técnica legislativa —en consonancia con los avances incorporados en los más recientes Convenios aprobadas en el seno de la CIEC. Una serie de elementos que, por consiguiente, hacen de él un instrumento más adecuado en el contexto social y normativo presente.

25. En consecuencia y en atención a los motivos esgrimidos, resultaría altamente aconsejable que, principalmente al respecto de los Estados que son parte del Convenio n.º 20, como sucede con España, debiera considerarse seriamente el vincularse al Convenio n.º 35. Más aun teniendo en cuenta que las ampliaciones de su ámbito de juego material que han sido destacadas —relativas a los matrimonios celebrados ente personas del mismo sexo y a las uniones registradas— constituyen ya realidades plenamente aceptadas en nuestro país. Por el contrario, mantener la aplicación del instrumento precedente en nuestros días —elaborado en un contexto bien distinto al que nos rodea actualmente—, implicaría perpetuar un desfase regulatorio en sistemas como el español que no sólo resultaría difícilmente justificable, sino que además podría llegar a afectar negativamente a la tutela derecho fundamental de respeto de la vida familiar en el ámbito matrimonial y de las parejas registradas.

Matrimonios por poder celebrados en el extranjero: algunas observaciones

Some considerations on marriage by proxy celebrated abroad

Mónica Guzmán Zapater
Catedrática de Derecho internacional privado
UNED

SUMARIO: I. LOS CONTORNOS DEL MATRIMONIO POR PODER EN LOS SUPUESTOS INTERNACIONALES. II. EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO POR PODER CELEBRADO ANTE AUTORIDAD EXTRANJERA. 1. *Reglas de competencia*. 2. *El reconocimiento: Control conflictual vs. Aplicación de la ley española*. 3. *Examen de la práctica relativa al matrimonio por poder*. 4. *Del matrimonio por poder al matrimonio de conveniencia*. III. ¿ADECUACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES?

RESUMEN

El matrimonio por poder es una forma de celebración que puede tener lugar en el extranjero y ante autoridad extranjera. El (relativo) auge de esta institución se vincula en muchos casos con el matrimonio de complacencia. Su eficacia en España dependerá de la admisión de su validez. La Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil, determina las condiciones de acceso al Registro civil de las certificaciones matrimoniales expedidas por autoridades extranjeras (art. 98). El peso de la audiencia reservada desarrollada ante el Encargado hace superfluo el control conflictual. En el presente trabajo, examinada la práctica de la DGSJyFP (y extinta DGRN), se puede concluir que la capacidad y el consentimiento matrimonial están sistemáticamente sometidos a la ley

española, desembocando en resoluciones denegatorias. Se indican las consecuencias en clave jurídica y en sede de derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio por poder celebrado en el extranjero. Inscripción en el Registro civil. Ley Registro civil 2011. Control conflictual. Audiencia reservada. Derechos fundamentales afectados.

ABSTRACT

Marriage by proxy is a form of celebration that can take place before a foreign authority. The (relative) rise of this institution is linked in many cases with the marriage of complacency. The practice of registration in the Civil Registry will depend on the admission of its validity. Law 20/2011, of July 21, 2011, on the Civil Registry, determines the conditions of access to the Civil Registry of marriage certificates issued by foreign authorities (art. 98). But the weight of the reserved hearing, a procedure used by the Registrar to verify the existence of a matrimonial consent, makes the control through conflict of laws rule superfluous. In the present work, after examining the practice of the DGSJiFP (and extinct DGRN), it can be concluded that matrimonial capacity and consent are systematically subjected to Spanish law, leading to denial resolutions. The consequences in legal terms and in terms of fundamental rights are indicated.

KEYWORDS: Marriage by proxy. Marriage of complacency. Registration of a foreign marriage. Registry law and practice.

I. LOS CONTORNOS DEL MATRIMONIO POR PODER EN LOS SUPUESTOS INTERNACIONALES

El matrimonio por poder es una forma de celebración del matrimonio que creíamos en declive por la fuerza expansiva del desarrollo de los medios de comunicación y sus bajos costes. Hace no tantos años el joven ingeniero aeronáutico que seguía cursos de formación en EEUU, sin tiempo ni recursos para regresar a España a casarse con su novia de siempre, otorgaba poder a un amigo ante el cónsul español, la boda se celebraba en España y la novia podía entonces reunirse con su marido. Eran otros tiempos. Hoy emerge en la práctica, pero ha perdido aquella razón de ser o parece obedecer a fines distintos.

Su concepto se halla alojado en el art. 55 Código civil, que dispone que «Uno de los contrayentes podrá contraer matrimonio por apoderado, a

quien tendrá que haber concedido poder especial en forma auténtica, siendo siempre necesaria la asistencia personal del otro contrayente». Esto es, ante autoridad española competente para la celebración del matrimonio, en presencia de uno de los contrayentes y en ausencia del otro que aparece representado por un poderdante.

Las condiciones son muy estrictas en la redacción actual del art. 55 Código civil. Se requiere, en primer lugar, que uno de los cónyuges sea el que conceda al otro poder especial en forma auténtica (art. 55.1 y 1280.5 Cc). El poder determinará 1.º) la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, 2.º) con expresión de las *circunstancias personales* para establecer su identidad, debiendo apreciar su validez…el funcionario que tramite el expediente matrimonial previo al matrimonio (art. 55.2 Cc). Hay pues, un cierto margen de discrecionalidad en la admisión (o no) de las circunstancias que justifican el otorgamiento del poder. 3.º) Es necesario, además, que al menos uno de los cónyuges asista personalmente a la celebración del matrimonio (art. 55.1 Cc). El matrimonio se celebra en una forma especial: con la presencia de uno de los cónyuges y la declaración del apoderado del otro[1]. El poder puede extinguirse por revocación del poderdante, por renuncia del apoderado y por la muerte de cualquiera de ellos (art. 55.3 Cc). La revocación del poderdante debe constar en documento auténtico y ponerlo en conocimiento de la autoridad que esté tramitando el expediente previo o si ya estuviera concluido, ante la autoridad competente para la celebración.

El carácter «especial» de este apoderamiento, como se ha defendido en la doctrina civilista, se explica porque el apoderado no es un representante voluntario en sentido técnico-jurídico, sino que se limita a expresar una voluntad ajena y en ese sentido desempeña una función de *mero transmisor*[2], alejándose de los supuestos de representación. Y en consecuencia, la única capacidad y el único consentimiento relevante sea el del poderdante, dado que el apoderado o representante no puede desviarse del poder, solo podría no concurrir en la celebración del matrimonio, pero no podría contraer matrimonio con otra persona.

1. En la doctrina no parece haber unanimidad en torno a si encomendado a otro que intervenga en la ceremonia matrimonial, interviene el apoderado como tal, sobre la base de un poder de representación o es un mero portador de la voluntad de otro, aun cuando parece más extendida la segunda (cf. Luis DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, *La representación voluntaria,* Madrid, Civitas, 1979, p. 87).
2. En este sentido cf. Luis DIEZ PICAZO y PONCE DE LEON, *ibid..*; Manuel Jesús MARIN LOPEZ, *Manual de Derecho civil. Derecho de familia* (Rodrigo BERCOVTIZ, coord.), Madrid, Barcal, 2013, p. 55.

En los supuestos internacionales, desde la Instrucción DGRN de 9 de enero de 1995, sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero[3] se mantuvo esa misma caracterización por referencia al art. 55 Código civil. Elelemento internacional está implícito o se identifica en que el otro contrayente «reside en lugar distinto del de la demarcación del funcionario autorizante»[4].

Cabe pensar en los supuestos en que vayan a ser a*utorizados* o *celebrados* ante autoridad territorial española («La competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes, *ex* art. 55.1 Cc»); así como en los supuestos en los que intervenga funcionario consular, bien en la autorización bien en reconocimiento de los celebrados ante autoridad extranjera. En la *autorización,* para determinar su carácter internacional bastará que los contrayentes no se hallen domiciliados en la misma demarcación. La distinta nacionalidad de los contrayentes también es determinante. En el *reconocimiento* de los celebrados ante autoridad extranjera, se trata de aceptar las certificaciones expedidas por la autoridad extranjera interviniente en la celebración. Los supuestos-tipo examinados involucran a un contrayente de nacionalidad extranjera y domiciliado en el extranjero, con un contrayente español, bien lo sea de origen, bien sea un extranjero nacionalizado español que se ha desplazado al país del otro y en ese país tuvo lugar la celebración del matrimonio.

Los supuestos internacionales subsisten bajo el ropaje de las espesas restricciones que pesan sobre la institución matrimonial, particularmente cuando se utiliza para sortear las restricciones impuestas a los extranjeros por el Derecho de extranjería y el Derecho a la nacionalidad española. O eso nos dice la práctica de la DGSJiFP, no muy abundante, existente en fase de autorización del expediente previo[5] y en fase *reconocimiento* de los celebrados

3. *BOE* núm. 21, de 25 de enero de 1995.
4. Cf. Regla VI.
5. La perspectiva de la *autorización del matrimonio* por poder también reviste interés. Hay práctica de la DGRN en dos direcciones. 1.ª) En respuestas a Consultas planteadas por funcionarios consulares españoles en la duda de si era posible *autorizar un poder* notarial en favor de ciudadano marroquí para contraer matrimonio en España con persona del mismo sexo en países en los que dichos matrimonios están prohibidos (en concreto, Marruecos). Afirma la DGRN que «si lo que se pretende es la formalización del consentimiento ante el funcionario consular, incide la prohibición prevista por la ley local coincidente con la ley nacional del poderdante. No es un supuesto de instrucción del expediente previo

en el extranjero. Es ilustrativa la Res. DGSJiFP (7.ª) de 18 de enero 2023, una de las últimas 436a mi conocimiento, en la que se deniega la inscripción de un matrimonio por poder, celebrado en Cuba por el Encargado de la Oficina Consular del Registro civil en La Habana[6]. La cuestión es relevante en la medida en que aunque el matrimonio surta efectos desde el momento de su celebración la inscripción es necesaria para que surta efectos frente a terceros.

II. EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO POR PODER CELEBRADO ANTE AUTORIDAD EXTRANJERA

Cada vez que un español haya contraído matrimonio por poder celebrado ante autoridad extranjera pretenderá la práctica de su inscripción en el Registro civil español. El supuesto típico o al menos más frecuente es el contraído por un español originariamente extranjero pero naturalizado por alguna de las distintas vías (residencia en España, opción, opción por ley de Memoria Histórica o por Ley de Memoria democrática) o un español de origen con un extranjero. En otros casos un español de origen se presta a contraer matrimonio por poder en el extranjero con extranjero/a. El poder se otorga en el extranjero y suele coincidir con el lugar de celebración así como con el país de la nacionalidad del cónyuge extranjero.

1. REGLAS DE COMPETENCIA

La solicitud de inscripción de un matrimonio celebrado en el extranjero y basada en un título extranjero debe plantearse ante la Oficina consular del Registro civil o ante el Registro civil Central si trasladaron su domicilio a Estaña. Las reglas de competencia establecidas por la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil[7] (LRC 2011), dejan algún resquicio para la duda.

---

y delegación sino de auténtica formalización del consentimiento del poderdante». La eventual autorización supondría vulnerar la prohibición de la ley local a la que está sujeta el funcionario consular. Un límite que impone el Derecho internacional público (art. 5. f) Convenio de Viena sobre Relaciones consulares de 24 de abril 1963, (*BOE* 6 marzo 1970) que interviene desactivando la atribución de competencia al cónsul quien deberá abstenerse (Respuesta de la DGRN a las Consultas de 27 de octubre 200 y en el mismo sentido de 20 de abril de 2006). 2.ª) También ha tenido que pronunciarse para rechazar la validez de un poder otorgado en país extranjero en el que está prohibido el matrimonio por poder, para la celebración de matrimonio en España (Res. DGRN (1.ª) de 3 de julio de 2015). 3.ª) El otorgamiento del poder por extranjero en el extranjero para la celebración del matrimonio en España ha sido admitido en otros casos, pese a la sospecha de simulación (entre otras Ress. DGRN de 28 de septiembre 2007, (10.ª) y (59.ª) de 10 de julio de 2015).

6. *BMJ*, núm. 2770.
7. *BOE* núm. 175, de 22 de julio 2011.

Si los hechos o actos inscribibles *se producen en el extranjero* «la inscripción se solicitará y, en su caso, se practicará en la Oficina *Consular* de la circunscripción correspondiente» (art. 10.1 LRC2011). En este caso también se podrá solicitar y practicar en cualquiera de las *Oficinas generales* en territorio español (art. 10.1, último inciso LRC 2011). Nótese que en este punto la LRC 2011 manifiesta una cierta disfuncionalidad, a menos que se entienda que deja abierta la posibilidad para el interesado de escoger entre Oficina consular correspondiente a la demarcación en la que se celebró el matrimonio y cualquiera de las Oficinas generales del Registro civil (en forma presencial o virtual) con independencia del lugar donde ocurran los hechos (cf. art. 10.1 LRC)[8]. Es una solución razonable para todos los supuestos en que el hecho haya acaecido en el extranjero, pero el interesado español en la práctica de la inscripción no esté establecido de modo permanente en el extranjero y regrese a España[9].

Para complicar aún más la cuestión de la competencia el art. 21.2. 2.º LRC 2011 atribuye a la Oficina Central del Registro civil la función de «Practicar la inscripción de los documentos auténticos extranjeros judiciales y extrajudiciales y certificaciones de asientos extendidos en Registros extranjeros, salvo aquellos cuya competencia pueda corresponder a las Oficinas Consulares del Registro Civil». Literalmente cabría entender que hay una reserva de la competencia a favor de la Oficina Central. La duda estaría en si las inscripciones basadas en documentos extranjeros que afecten a españoles en el exterior deben acometerse por las Oficinas consulares en competencia *compartida* con la Oficina Central del Registro Civil o si sería una competencia *exclusiva* de la Oficina central[10]. Lo segundo sería incomprensible por razones prácticas[11] y carece de sentido con la implantación del registro electrónico[12].

8. Cf. José Luis PARRA GARCIA, «Oficina Central del Registro civil», J. A. CORBACHO/A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley del Registro* civil, Pamplona, Aranzadi, 2012, pp. 379-391, p. 411.
9. Ha habido práctica en materia de adopción internacional en supuestos en que la adopción se instruía o constituía en el extranjero y ulteriormente se traslada al menor a España
10. Aunque el art. 21 LRC 2011 no mencione el *alcance* de la competencia que asume la Oficina central en esta materia, lo cierto es que la Exposición de motivos de la Ley si afirma que dicha competencia «corresponda con carácter exclusivo a la Oficina central del registro».
11. Para la crítica *vid.* Nuria MARCHAL ESCALONA, «Art. 96», J. A. CORBACHO/A. LECIÑENA IBARRA (dirs.), *Comentarios a la Ley de Registro Civil*, Cizur, Aranzadi, 2012, pp. 1311-1330; Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, «Regulación del matrimonio en situaciones internacionales tras la reforma de la ley de Registro Civil de 2011», *AEDIPr*, 2012, núm. 12, pp. 433-453, p. 446-448.
12. Cf. Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *op. cit*., p. 448.

2. EL RECONOCIMIENTO: CONTROL CONFLICTUAL VS. APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA

La inscripción en el Registro civil es relevante al ser un último filtro de control de validez del matrimonio. La garantía de legalidad del Registro civil obliga a un control de legalidad mediante la potestad calificadora del Encargado del Registro[13]. El sistema parte de que los contrayentes pueden acogerse sin restricciones a las formas locales extranjeras (art. 49.2 Cc) y desde esta perspectiva es un sistema generoso y abierto hacia el exterior.

Como regla general, son *títulos* para la práctica de la inscripción del matrimonio «el documento extranjero que cumpla los requisitos establecidos en los arts. 96 y 97 de la presente Ley» (art. 27.1 LRC 2011). Si se trata de certificaciones registrales extranjeras están exentas de la tramitación de expediente (art. 28 LRC 2011), esto es, por transcripción literal y sin necesidad de expediente, una vez calificado el documento por el Encargado. Para la inscripción del matrimonio celebrado ante una autoridad extranjera, la inscripción puede realizarse mediante la presentación de la certificación correspondiente (art. 59.2 LRC 2011).

Hay por tanto *una remisión* al art. 98 LRC 2011 en el que se establecen las condiciones o requisitos que debe presentar la certificación registral extranjera para servir de acceso al Registro civil español, además de la traducción y legalización (art. 95 LRC 2011). 1.º) Tiene que haber sido expedida por autoridad competente (art. 98.1.a) LRC 2011), lo que constará en el documento y debe presumirse, 2.º) ofreciendo el registro de procedencia garantías análogas a las exigidas para la inscripción por la ley española (art. 98.1.b) LRC 2011); 3.º) en cuanto al *contenido*, «el hecho o acto contenido en la certificación registral extranjera (…ha de ser…) válido conforme a las normas españolas de Derecho internacional privado». Un requisito criticado por su compleja aplicación y por tanto en modo alguno facilita la continuidad de las relaciones jurídicas. Sobre todo porque no se comprende bien la presencia de este requisito conflictual cuando lo que realmente se pretende es verificar la validez del acto conforme a la ley española[14]. Más aun en materia

13. Se ha dicho que el control de legalidad actúa en tres direcciones, de las que hay que poner de relieve dos: 1.º) veta el acceso al Registro Civil de los actos inexistentes, inválidos o ineficaces dotando al Encargado de poderes de calificación; 2.º) le permite adoptar cautelas tendentes a garantizar la exactitud de los hechos inscribibles (cf. Juan María DIAZ FRAILE, «Breve esbozo de una teoría general sobre los principios registrales civiles», *Revista Critica de Derecho inmobiliario*, núm. 672, 2002, pp. 1367-1404, espec. pp. 1370-1371).

14. Y en este sentido se ha creado un falso problema (cf. Santiago ALVAREZ GONZALEZ, «Efectos de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero», *AEDIPr*, 2010, t. 10, pp. 339-377, p. 365).

matrimonial: la capacidad matrimonial, sujeta en nuestro ordenamiento a la ley nacional (art. 9.1 Cc) puede ocurrir que no coincida con la conexión utilizada por la autoridad extranjera, cada vez que, por ejemplo, la capacidad matrimonial quede sujeta a la ley local no coincidente con la nacionalidad del contrayente extranjero. Y en cuanto al consentimiento, la cuestión es más opaca en el matrimonio por poder: si la ley extranjera somete el poder a la ley del país donde van a ejercitarse las funciones o a la ley del lugar la celebración del matrimonio. 4.º) Por último, cabe la denegación de la inscripción cada vez que el contenido del certificado vulnere el orden público español (art. 98.1.d) LRC 2011).

Para toda la información que el Encargado no pueda obtener del documento o documentos aportados, la LRC 2011 arbitra un cauce al disponer que «Se completarán por los medios legales o convencionales oportunos los datos y circunstancias que no puedan obtenerse directamente de la certificación extranjera, por no contenerlos o por defectos formales que afecten a la autenticidad o a la realidad de los hechos que incorporan» (art. 98.3 LRC 2011). Esto es, un trámite en la fase de calificación para que el Encargado pueda asegurarse de la validez del matrimonio para el Derecho español. Y es en este trámite en el que parece que debiera tener lugar la audiencia reservada y por separado de los contrayentes, tramite calificado como esencial desde la Instrucción de 10 de febrero de 1993 sobre inscripción en el Registro de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa[15].

El art. 58 LRC 2011 (relativo al procedimiento de autorización matrimonial) se refiere al procedimiento de autorización previo a la celebración (58.2 LRC 2011), si bien esa exigencia se extiende a la tramitación posterior a la celebración y con carácter previo a la inscripción: «antes de realizar las actuaciones que procedan para su inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su validez, mediante la tramitación del acta o expediente al que se refiere este artículo» (art. 58.10 LRC 2011).

En suma, la práctica de la inscripción está subordinada a la eficacia registral del documento extranjero presentado, esto es, a su eficacia conforme a derecho español. Admisión de la validez del matrimonio e inscripción no deben confundirse. La norma básica del sistema de reconocimiento de los matrimonios celebrados ante autoridad extranjera descansa en el art. 49.2 Código civil: «También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la *forma* establecida por la ley del lugar de celebración».

15. Aunque ya derogada (*BOE* de 24 de febrero 1993), se mantiene en la Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006 sobre matrimonios de complacencia.

El sistema matrimonial español parte así de una presunción de validez del matrimonio celebrado en el extranjero. La ley aplicable a la determinación de la validez formal del matrimonio sería la *lex loci* o lo que es igual, lo que es válido para el ordenamiento del país de celebración por haber intervenido autoridad competente y haber sido celebrado en la debida forma, también debería serlo para el ordenamiento español (arts. 98.1. a) y 97.1 LRC 2011). La idea sobre la que se sustenta es que si el matrimonio se contrajo válidamente ante autoridad extranjera, civil o religiosa, la legislación española facilita la continuidad del matrimonio porque hay una apariencia de validez. Los contrayentes pueden pues escoger la forma de celebración y el matrimonio accederá al Registro español mientras dicha forma esté legalmente reconocida en el país de celebración.

Esa apariencia debe ser acreditada por un documento de prueba por el que pueda contrastarse la existencia de un matrimonio válido[16]. Además de las exigencias formales (ex. art. 95 LRC 2011), se mide la validez material o sustancial del matrimonio celebrado en el extranjero en lo que concierne a los requisitos de fondo, esto es, capacidad y consentimiento.

El control de validez del matrimonio y de concordancia con la realidad no está limitado y lo incluye todo: capacidad nupcial, existencia y validez del consentimiento («capacidad, inexistencia de impedimentos o su dispensa o cualquier otro obstáculo», *ex.* art. 58.2. LRC 2011). Se requiere pues que mediante la calificación del documento aportado y las declaraciones complementarias oportunas el encargado del Registro llegue a la convicción de que no hay dudas acerca de la realidad del hecho y la legalidad conforme a la ley española[17] o de lo contrario se denegará su inscripción (art. 63.2 Cc).

La cuestión es cómo determinar la capacidad del cónyuge extranjero y la validez del consentimiento ya emitido. El control conflictual de la capacidad y consentimiento se sostuvo firmemente en la Instrucción DGRN de 31 de enero de 2006, sobre matrimonios de complacencia (Regla VI)[18] y con anterioridad en la ya derogada Instrucción DGRN de 10 de febrero de 1993, sobre inscripción en el Registro civil de determinados matrimonios

16. Cf. Rafael ARENAS GARCIA, *Crisis matrimoniales, nulidad matrimonial y, separación y divorcio en derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, 2004, p. 234; cf. José M.ª ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, p. 70.
17. Esto es así desde Res DGRN de 30 de mayo de 1995; y se reafirma, entre otras muchas, en las Ress DGRN (2.ª) de 2 de julio de 2009 y (29.ª) de 10 de mayo de 2012.
18. *BOE* núm. 41 de 17 de febrero de 2006.

celebrados en forma religiosa (Regla IV)[19] y se mantiene, aunque parece que excepcionalmente en algunas Resoluciones.

Ahora bien, tratándose de matrimonios por poderLa selección de la norma de conflicto (española) pertinente a la capacidad y el consentimiento en el matrimonio por poder suscitaría dudas. 1.º) Si se entiende que estamos ante supuestos de representación voluntaria, la ley aplicable vendría determinada por el art. 10.11. 2.º Código civil, conforme al cual, a falta de sometimiento expreso se aplicará «la Ley del país en donde se ejerciten las facultades conferidas» (la ley extranjera si el matrimonio se celebra en el extranjero). 2.º) O bien, nos alejamos del ámbito de la representación voluntaria y entendemos que al ser el matrimonio una cuestión de estado civil la capacidad se medirá conforme a la ley personal de cada uno de ellos (art. 9.1 Cc). Siendo muy relevante el consentimiento del poderdante, será intrascendente si el representante/apoderado adolece de causa de incapacidad o vicios en el consentimiento. Si, como se ha indicado, el apoderado es un mero transmisor, lo relevante es la formación del poder y el momento en que tiene lugar[20] . Luego la ley personal del poderdante determina la validez sustancial del poder, y por tanto del matrimonio.

Ninguna de estas conexiones entra en línea de cuenta a la vista del caso examinado, estando ya en vigor la LRC 2011. La dimensión conflictual se difumina y lo que resulta determinante es la audiencia personal y reservada previa a la inscripción. Calificado como trámite fundamental, como ya se ha indicado,, la realidad es que la audiencia reservada y por separado de los contrayentes finalmente se ha impuesto y prevalece sobre cualquier otro medio de prueba.

Es por tanto un sistema que hace que resulte disponible para los contrayentes la *forma* de celebración (dado que se admite la que sea conforme con la *lex loci*) pero indisponible o imperativa en cuanto a los requisitos de *fondo*: capacidad y consentimiento[21]. Aun cuando en principio ambos elementos

19. En la doctrina, cf. Julio D. GONZALEZ CAMPOS, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 6.ª ed., Madrid, 1995, p. 311.

20. Como afirma la DGRN en respuesta a la Consulta de 27 de octubre de 2005 que planteaba el Cónsul de España en Rabat; *Adde.* Luis DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEON, *La representación voluntaria*, *cit.* p. 87.

21. En efecto, antes de la entrada en vigor de la LRC 2011 una práctica constante de la DGRN había establecido que «cualquier español puede contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración, pero, aunque la forma sea válida, para poder practicar la inscripción es necesario comprobar que han concurrido los requisitos legales de fondo exigidos para la validez del

quedarían sujetos a la ley nacional y por tanto, en su caso, a la ley extranjera del contrayente extranjero (planteamiento conflictual), otra práctica constante, con apoyo doctrinal, revela que la regulación española ha tomado una deriva imperativa en torno a estos dos aspectos esenciales del matrimonio y por tanto sujetos a la ley española[22]. Bien por vía de la excepción de orden público descartando la ley extranjera (art. 12.3 Cc), bien por aplicación imperativa de la ley española, lo cierto es que son raros los casos que se sustraen a las exigencias materiales en cuanto al fondo previstos por la ley española[23].

3. EXAMEN DE LA PRÁCTICA RELATIVA AL MATRIMONIO POR PODER

El control previo a la inscripción se proyecta sobre los matrimonios contraídos por poder y conforme a la ley local, con el consiguiente margen de apreciación para el Encargado de la Oficina consular del Registro civil. La DGRN mostró sus dudas en cuanto a la admisión en un caso en el que ambos contrayentes habían actuado a través de representante, no uno solo, contraviniendo las prescripciones del art. 55 Código civil. Finalmente se accedió a la inscripción ateniéndose al dato de que se trataba de una forma admitida por la ley local y el matrimonio fue inscrito en el Consulado español en Montevideo[24].

En cambio, la sombra del matrimonio simulado planea sobre otros supuestos impidiendo la práctica de la inscripción. Así, siendo matrimonios válidos conforme a la ley local, se ha denegado cuando otorgado poder por un español a otro español para que actuara en su representación en Cuba, resultaba que la otra parte era menor de 15 años, lo que unido a otros hechos

---

vínculo». Cf. Res. DGRN (8.ª) de 2 de noviembre de 2010 o, entre otras muchas Res. DGRN (129) de 10 de enero de 2014.

22. En este sentido Francisco LUCES GIL, *Derecho del Registro Civil,* Bosch, 2002, p. 238; Carmen OTERO GARCIA-CASTRILLON, «La capacidad y la simulación en el matrimonio: fraude y extranjería en la doctrina de la DGRN», *Derecho registral internacional. Homenaje a la Memoria del profesor Rafael Arroyo* Montero, 2003, p. 289, nota 14.

23. Debe tenerse en cuenta que la situación ha evolucionado a medida en que se incrementaban los llamados matrimonios de complacencia. Hasta entonces el planteamiento de la DGRN consistía en un control conflictual puro, como lo demuestra Javier CARRASCOSA GONZALEZ, al hilo del examen de buen número de Resoluciones, siendo paradigmática la Res. DGRN (1.ª) de 26 de noviembre de 2001 (*vid.* «Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española», *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, n.º 20, 2002, pp. 7-34, espec. 24).

24. Res. DGRN de 29 de mayo de 1993, *RJ Aranzadi*, 1993, núm. 5236.

llevaba al cónsul a la convicción de estar ante matrimonio simulado[25]. También cuando de la documentación aportada quedaba acreditada la presencia de ambos contrayentes en el acto de celebración, dato que inducía a la sospecha de fraude[26]. En otros casos la denegación se basaba en que pese a haber sido válidamente contraído por poder conforme a la ley local, vistos los hechos y el desconocimiento por parte de los contrayentes de datos relevantes sobre sí mismos y sus circunstancias personales y familiares, cabía deducir la ausencia de consentimiento matrimonial[27].

En los correspondientes recursos contra resoluciones consulares, la DGSJiFP va extendiendo el control vía audiencia reservada también a esta forma de matrimonio confirmando las resoluciones consulares denegatorias. Así ocurre en la Res. DGSJiFP (7.ª) de 18 de enero 2023 con la que abríamos este comentario. La única mención a la LRC 2011 se refiere al art. 59 (*sic*) LRC 2011 una vez calificado el matrimonio como de complacencia. Brilla por su ausencia cualquier referencia a los arts. 97 y 98 LRC 2011.

4. DEL MATRIMONIO POR PODER AL MATRIMONIO DE CONVENIENCIA

De modo que el matrimonio por poder celebrado en el extranjero es una forma de celebración que en una mayoría de casos emerge entre las decenas o cientos de resoluciones de la DGSJiFP en las que se aprecia un matrimonio de conveniencia detectada la falta de consentimiento matrimonial o de consentimiento veraz[28].

La realidad es que la audiencia reservada y por separado se consolida como trámite fundamental y lo invade todo. Es deber del Encargado cerciorarse de la inexistencia de impedimentos u otros obstáculos que provoquen

25. Res. DGRN de 9 de enero de 1996.
26. Res. DGRN de 2 de octubre de 2007.
27. Así, en la Res. DGRN (6.ª) de 29 de mayo de 2006, él afirma no conocer a la esposa; en la Res. DGRN (10) de 2 de septiembre 2009, (Cuba), la contrayente de nacionalidad española otorgó poder al padre de él para que contrajera matrimonio en su nombre, y de la audiencia reservada se deduce que las llamadas a Cuba son posteriores al otorgamiento del poder y a la celebración del matrimonio.
28. Como se ha dicho, el consentimiento se desvirtúa…existe y normalmente no es posible atribuirle vicio alguno; pero no es posible atribuirle una calificación matrimonial pues falta la voluntad de asignarle los fines de la institución matrimonial (cf. Pilar DOMINGUEZ LOZANO, «Instrucción de la DGRN de 9 de enero 1995 sobre expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes esta domiciliado en el extranjero», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1995 núm. 1, pp. 317-318).

la nulidad del matrimonio desde la perspectiva española. En el trámite de audiencia reservada, a falta de pruebas directas, las pruebas están basadas en presunciones, de modo que su admisión requiere: i) que los indicios estén demostrados; ii) que se dé una relación causal entre hechos objetivos e indicios[29]; iii) que si existen otras razones que expliquen los indicios, se analicen y expliquen las causas de un eventual rechazo de la inscripción.

En suma, la audiencia reservada, 1.º) hace inútil cualquier prueba documental. 2.º) Desvanece el control conflictual (*ex*. art. 98.1.c) LRC 2011) y por supuesto hace superfluo el debate teórico. 3.º) Lo importante es la prueba por deducciones a partir de determinados hechos que expresan los contrayentes ante el Encargado.

Ahora bien, esta situación derivada de un control estricto de los matrimonios por conveniencia cada vez que asoman indicios, debe ponderarse. Por una parte, es positivo el esfuerzo de las autoridades intervinientes en la prevención del tráfico que podría generar un tratamiento «permisivo» con los matrimonios de conveniencia. Por otra parte, rechazar la inscripción en el Registro civil es una medida *ex post* cada vez que se detecte la ausencia de un verdadero consentimiento matrimonial, sin consulta de la ley extranjera correspondiente a uno de los contrayentes[30]; y por la gravedad de sus consecuencias (al estar derechos fundamentales implicados) creo que amerita una reflexión más profunda como ya la han hecho otros.

1.º) Afirmar la (posible) nulidad del matrimonio por simulación del consentimiento es una cuestión compleja, ciertamente. Utilizar la audiencia reservada como vehículo para establecer a partir de ciertos hechos la nulidad del consentimiento, no deja de ser un método desproporcionado de control en sede de reconocimiento. Supone de algún modo desactivar lo actuado por la autoridad extranjera.

2.º) El aspecto más controvertido tiene que ver con una cierta alteración de la función registral de calificación. La calificación registral es un control formal de apariencia de legalidad basada en hechos, no un

29. P. ej. si se conocieron y trataron por video, es un hecho las discrepancias en cuanto a donde se conocieron o levanta sospecha (Res. DGRN (1.ª) de 18 de enero de 2005); que no tienen idioma común o (Res. (36) DGRN de 19 enero 2018.

30. No siempre fue así; el control del consentimiento no había sido admitido en una Res. de 7 de febrero de 1990 en la que la DGRN consideró que los vicios del consentimiento (error en la persona en el caso) debían ser apreciados por un juez, posición que luego modificó (*vid*. Salomé ADROHER BIOSCA, *Forma del matrimonio y Derecho internacional privado*, Bosch, 1993, pp. 125-126).

control sustancial de legalidad basada en intenciones[31]. La eventual simulación del consentimiento no aporta nada a la apariencia de legalidad[32]. Lo que ocurre es que la Instrucción de 2006, convierte el consentimiento en un elemento objetivable, como la capacidad o la forma[33]. No se interviene por preservar la legalidad de las situaciones que han de acceder al Registro civil sino en aras de un control administrativo orientado a impedir la inmigración.

3.º) Por vía de consecuencia, en este trámite el Encargado del Registro establece la *nulidad ipso iure* del matrimonio[34].

III. ¿ADECUACIÓN A DERECHOS FUNDAMENTALES?

Algo hemos avanzado a este respecto. 1.º) Es dudoso que la formulación de determinadas preguntas en el marco de la audiencia reservada no raye la órbita del derecho a la intimidad, por ejemplo, cada vez que se formulen preguntas sobre datos muy personales, o sobre creencias religiosas o aspectos relativos a la intimidad de las personas, aunque este tipo de interrogatorio venga respaldad por la Unión Europea[35]. 2.º) Si bien el consentimiento es elemento esencial del matrimonio en la medida en que la existencia de un

31. Cf. En este sentido Sixto SANCHEZ LORENZO, «La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia», *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Madrid, 2003, p. 269.
32. Con toda claridad el TS ha establecido, entre otros muchos elementos relativos a los matrimonios simulados, que «la finalidad de los contrayentes, las reservas mentales en el fuero interno…no son objeto, fueren o no las propias de asumir un proyecto de vida en común, circunstancia que se prueba en la inscripción registral» (cf. STS 1486/2017, de 6 de abril 2017 (Sala de lo Penal) FJ 6. Se da en éstos una discrepancia entre la voluntad declarada y la exigida para contraer matrimonio, sin duda; pero es cuando menos dudoso que el consentimiento matrimonial deba prestarse respecto de un *contenido* cuando a partir de la reforma del Cc de 2005, el matrimonio quedó desprovisto de un contenido en deberes al admitirse el divorcio por voluntad de una sola de las partes, sin causa alguna. ¿Cuál es el contenido del matrimonio?
33. En la doctrina civilista está establecido que el matrimonio civil requiere un consentimiento verdadero de querer contraer matrimonio, pero ello no prejuzga los móviles o la finalidad para la que este consentimiento se presta (cf. Luis DIEZ— PICAZO/A. GULLON, *Sistema de Derecho civil*, t. IV, Madrid, 2001, p. 80).
34. En este sentido Susana SALVADOR GUTIERREZ, «Registro civil, inmigración y matrimonio» *Registro Civil: incidencia del fenómeno de la inmigración*, *Cuadernos de Derecho Judicial*, IV, ed. CGPJ, 2004, pp. 259 y ss., espec. p. 268.
35. *Vid.* Entre otros instrumentos, la Resolución del Consejo UE, de 4 de diciembre 1997, sobre medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos.

consentimiento viciado no se acredite con el 100% de certeza puede haber una infracción del derecho fundamental a contraer matrimonio e incluso de derecho fundamental a la vida familiar (art. 23 Pacto internacional de Nueva York de 19 de diciembre de 1996, sobre Derechos civiles y políticos). 3.º) Si la denegación de la inscripción impide la práctica de la inscripción de matrimonios válidamente celebrados conforme a la ley extranjera (y sin perjuicio de las posibilidades de recurso), puede haber una infracción del Derecho a la vida privada y familiar (*ex* art. 8 CEDH) aunque la convivencia no quede afectada por la denegación de la inscripción matrimonial[36]. Ante la duda, mejor autorizar o reconocer, como se hace en otras Resoluciones. Pero este ya es otro tema.

36. Traigo a colación la peligrosa jurisprudencia en la STEDH de 26 de junio 2014, as. *Mennesson c. Francia y Labasse c. Francia* en las que la denegación en Francia del reconocimiento de una decisión extranjera sobre reconocimiento de filiación establecida por maternidad subrogada se entendió compatible con el derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH) pues la convivencia familiar no quedaba afectada. Algo parecido a lo dictado con anterioridad en la STEDH de 28 de junio de 2007, as. *Wagner.*

El matrimonio infantil como efecto indirecto de la ausencia de un auténtico control de las relaciones entre empresas y derechos humanos: propuestas para erradicarlo

Child marriage as a spill-over effect of the lack of effective monitoring of business and human rights relationships: proposals for eradication

Lorena Sales Pallarés
Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA DISTANCIA ENTRE DOS PUNTOS. II. LA PREOCUPACIÓN DE LA UE POR LAS RELACIONES DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS. 1. *Trabajo forzoso y esclavitud moderna*. 2. *Esclavitud moderna y matrimonio infantil*. III. CÓMO PROTEGER LA IDEA DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS: PROPUESTAS PARA ERRADICAR EL MATRIMONIO INFANTIL.

RESUMEN

La erradicación de los matrimonios infantiles es una prioridad en la agenda de derechos humanos global, ya que estas prácticas siguen llevándose a cabo a pesar de las prohibiciones en la mayoría de las legislaciones actuales. La adopción por parte de la Unión Europea de normas que promueven la responsabilidad empresarial y la diligencia debida en materia de derechos humanos abre una vía que puede servir para combatir estas prácticas al abordar las causas estructurales y económicas que las perpetúan. El nuevo Reglamento 2024/3015, que

prohíbe la introducción de productos elaborados por trabajo forzoso en el mercado de la UE, junto con la Directiva de Diligencia Debida, nos sirven en este trabajo para replantear el uso de mecanismos elaborados para la regulación de las relaciones entre empresas y derechos humanos en la erradicación de los matrimonios infantiles, proponiendo una defensa extraterritorial de los valores e ideales que alberga la UE, en consonancia con la dignidad y la defensa de libertades y derechos, y en permanente lucha contra la esclavitud moderna.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio infantil. Trabajo forzoso. Empresas y derechos humanos. Reglamento 2024/3015. Esclavitud moderna.

ABSTRACT

The global human rights agenda currently places significant emphasis on the elimination of child marriages, because that these practices remain in practice in many jurisdictions despite prohibitions set out in current legislation. The European Union's adoption of standards promoting corporate accountability and human rights due diligence provides a potential avenue for combating these practices by addressing the structural and economic causes that perpetuate them. The recently adopted Regulation 2024/3015, which prohibits the introduction of products made by forced labour on the EU market, together with the Due Diligence Directive, prompt a rethink of the use of elaborate regulatory mechanisms in this paper for eradication of child marriage. In this way, related instruments to business and human rights could serve as an extraterritorial safeguard of the values and ideals espoused by the EU, which are aligned with the principles of human dignity and the protection of freedoms and rights, concurrently fight to the eradication of modern slavery there is a sustained and unwavering dedication.

KEYWORDS: Child marriage. Forced labour. Business and human rights. Regulation 2024/3015. Modern slavery.

I. INTRODUCCIÓN: LA DISTANCIA ENTRE DOS PUNTOS

¿Se puede acabar con los matrimonios infantiles desde normas dictadas para las empresas multinacionales?

Podría parecer que la protección del derecho a la vida familiar poco o nada tiene que ver con el tema de la empresa y los derechos humanos, más allá de la afectación al manido tema de la conciliación familiar al que siempre se

apunta. Sin embargo, las raíces de muchos problemas alcanzan en ocasiones cuestiones aparentemente muy alejadas entre sí como voy a tratar de poner de manifiesto. Atender a puntos de partida distantes entre sí puede causar desconcierto, pero también puede implicar la posibilidad de que normas que no han sido concebidas para la protección y el respeto de la vida familiar puedan sin embargo reorientarse para proteger estos derechos fundamentales insertos en el concepto europeo de derecho a la vida familiar en la medida que sepamos vincular y extender los efectos de unas sobre otras.

Y ello porque la línea recta en ocasiones no es el camino más corto para conseguir un fin si atendemos a la consecución material del mismo. De esta manera quiero reflexionar sobre la posibilidad de dar un «rodeo» para conseguir la erradicación del matrimonio infantil no a través de su prohibición (línea recta) sino a través de un camino alternativo desde normas pensadas para regular la relación entre empresas y derechos humanos. Para ello revisaré en este trabajo algunos casos, de modo que, a través del estudio de las últimas propuestas y textos aprobados por la UE sobre empresas y derechos humanos, hagamos una lectura de protección de valores y principios fundamentales en la UE que se puedan vincular a la protección en el seno de la Unión, pero también de modo extraterritorial, al tema del matrimonio. De este modo sirviéndonos de la aplicación de la mencionada normativa europea consigamos la erradicación de violaciones de derechos sobre la infancia como son el trabajo y el matrimonio infantil.

II. LA PREOCUPACIÓN DE LA UE POR LAS RELACIONES DERECHOS HUMANOS Y EMPRESAS

Este 12 de diciembre de 2024 se ha publicado el *Reglamento 2024/3015 por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso*[1] en un claro paso por hacer de Europa un territorio *libre* en el

1. Email: Lorena.Sales@uclm.es. ORCID: http://orcid.org/0000-0002-7163-0902. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D+I: «El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica» — PID2020-113061GB-I00, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033. Todas las páginas web citadas en el presente trabajo han sido revisadas por última vez el 12 de diciembre de 2024.
Reglamento (UE) 2024/3015 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2024, por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso y se modifica la Directiva (UE) 2019/1937, [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202403015]. No hay disponible por el momento ningún trabajo sobre el Reglamento, aunque sí para la propuesta de Reglamento publicada de modo que nos remitimos así a los trabajos de Luis F. CARRILLO POZO,

más amplio sentido de la palabra, y que encaja perfectamente en el planteamiento global de defensa de los derechos humanos frente a las actuaciones de las corporaciones multinacionales que la Unión ha puesto sobre la mesa en estos últimos años. En una muy loable posición de garante de derechos fundamentales por parte de la UE, en los últimos años hemos visto como se han ido incorporando al acervo europeo un variado repertorio de textos para alcanzar este objetivo. La *Directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad*[2] aprobada en junio de 2024 ha sido la de más calado, aunque no la única que se ha adoptado en esta materia. Le precedieron iniciativas sobre la divulgación de información no financiera[3], el abordaje del trabajo digno[4], la deforestación[5], los minerales de zonas de

---

«La lucha contra el trabajo forzoso en la UE», *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, n.º 3, julio 2024 [DOI: https://doi.org/10.69592/3020-1004-N3-JULIO-2024-ART-4]; Lorena SALES PALLARÉS, «Sin margen y en el descuento: las iniciativas de la Unión Europea en la lucha contra la esclavitud moderna», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, N.º 23, 2023, pp. 373-397; Lorena SALES PALLARÉS, «Propuestas europeas contra la esclavitud moderna», en Francisco ALDECOA LUZÁRRAGA y José Elías ESTEVE MOLTÓ (dirs.), *Retos y oportunidades de la Presidencia española del Consejo de la Unión Europea: aportaciones de la Conferencia sobre el Futuro de Europa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 331-356; Luiz Henrique GARBELLINI FILHO, «La lucha contra la trata de seres humanos en la cadena de valor: construyendo vías hacia nuevos marcos normativos sobre diligencia debida empresarial», *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, N.º 2, 2024 [DOI: https://doi.org/10.69592/3020-1004-N2-ENERO-2024-ART6]. También, aunque desde el ámbito del derecho penal, la revisión de antecedentes de esta norma se realiza de una forma clara y acertada en Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER, «El blanqueo del producto de la violación empresarial de derechos humanos. Prohibición y criminalización», *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 27, pp. 32-54 [DOI: https://doi.org/10.20318/eunomia.2024.8999].

2. Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859, PE/9/2024/REV/1, DO L, 2024/1760, de 5 de julio de 2024 [http://data.europa.eu/eli/dir/2024/1760/oj].
3. Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican el Reglamento (UE) N.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas, de 14 de diciembre de 2022, DO L 322, de 16 de diciembre de 2022 [http://data.europa.eu/eli/dir/2022/2464/oj].
4. Sobre el trabajo digno nos remitimos a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre el trabajo digno en todo el mundo para una transición justa a escala mundial y una recuperación sostenible, COM (2022) 66 final, de 23 de febrero de 2022 [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_1187].
5. Reglamento (UE) 2023/1115 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde

conflicto[6], o las inversiones sostenibles[7], enmarcando la cruzada europea de la defensa de los Derechos humanos en la particular relación que estos tienen con las empresas, retroalimentándose entre sí para conformar un horizonte al que estas habrán de adaptarse.

El *Reglamento 2024/3015 por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso* parte de un presupuesto aparentemente simple: prohibir la introducción y comercialización en el mercado de la Unión productos fabricados con trabajo forzoso. Esta vocación debe encajarse en coherencia y cooperación con las disposiciones sobre diligencia debida y aplicarse sin perjuicio de las mismas, ya que este Reglamento no deja de ser una norma cuya finalidad es contribuir y complementar a la normativa sobre diligencia debida[8], y por tanto debería ser un texto marcadamente complementario a la *Directiva sobre diligencia debida*.

Estas, las obligaciones de diligencia debida en las cadenas de valor suponen actualmente uno de los objetivos prioritarios de la UE al ser el modo de permitir a las empresas identificar, prevenir, mitigar, remediar, minimizar y poner fin a los impactos adversos potenciales o reales sobre los derechos humanos y el medio ambiente asociados a sus cadenas de valor[9]. El cumplimiento cumulativo de ambos, *Directiva sobre diligencia debida* y Reglamento 2024/3015, garantizando que los productos comercializados en el mercado interior, alineados con las exigencias de la *Directiva sobre diligencia debida*,

---

la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento (UE) N.º 995/2010, DOUE L 150/206, de 9 de junio de 2023 [http://data.europa.eu/eli/reg/2023/1115/oj].

6. Reglamento (UE) 2017/821 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2017, por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo, DO L 130 de 19 de mayo de 2017 [http://data.europa.eu/eli/reg/2017/821/oj].
7. Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de2020, relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088, DO L 198, de 22 de junio de 2020 [http://data.europa.eu/eli/reg/2020/852/oj].
8. Así debemos entenderlo de acuerdo con el art. 1.3. Reglamento 2024/3015 cuando afirma que «[E]l presente Reglamento no crea obligaciones de diligencia debida adicionales para los operadores económicos distintas de las ya previstas en el Derecho de la Unión o nacional».
9. Art.1.1 Reglamento (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859, PE/9/2024/REV/1, DO L, 2024/1760, de 5 de julio de 2024 [http://data.europa.eu/eli/dir/2024/1760/oj].

estuvieran libres de trabajo forzoso, redundaría de manera indirecta en la creación de un espacio dentro pero también fuera de la Unión en sintonía con la defensa de los derechos humanos y los valores que quiere representar la UE en las próximas décadas[10].

Al margen de las dificultades que entrañará interpretar todas estas normativas de manera coordenada entre sí[11], el propio concepto de trabajo forzoso supone ya un punto conflictivo desde el que partir.

1. TRABAJO FORZOSO Y ESCLAVITUD MODERNA

El *Reglamento 2024/3015 por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso* hace bien en armonizar la definición de trabajo forzoso a la establecida en el art. 2 del Convenio n.º 29 de OIT[12], entendiendo así que lo será *todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente*, aunque el texto europeo incluye eso sí, el trabajo forzoso infantil que no viene recogido en el texto de la OIT.

Remitirse a la definición contemplada en el Convenio n.º 29 de la OIT, amplia y sin apenas matices, tiene indudablemente muchas ventajas, pero puede inducir a desdibujar y confundir conceptos que se suelen utilizar de manera conjunta al trabajo forzoso como la trata[13] y la esclavitud[14] y que en gran medida se superponen. A pesar de lo extendido de este uso habitual indistinto, cada concepto se refiere a una noción diferente que

10. En la misma línea podemos entender la declaración de convertir a la UE en un territorio climáticamente neutro en 2050 a través del Pacto Verde Europeo. Sobre la neutralidad climática *vid.* https://www.consilium.europa.eu/es/topics/climate-neutrality/.
11. El modo en el que van a poder ser coordinados los textos que la UE ha dictado en términos de derechos humanos y empresas o diligencia debida es un tema que solo apuntamos aquí y que se abordará en otros trabajos posteriores a este.
12. Art. 2.1 Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm.29). A los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.
13. Sobre el concepto jurídico de la trata de seres humanos nos remitimos a cualquiera de los trabajos de Carolina VILLACAMPA ESTIARTE o Esther POMARES CINTAS.
14. Sobre este concepto, Carlos ESPALIÚ BERDUD, «La definición de esclavitud en el Derecho Internacional a comienzos del siglo XXI», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, N.º 28, 2014, DOI: 10.17103/reei.28.04; Lorena SALES PALLARÉS, «¿Pueden ser los litigios estratégicos una solución en la lucha contra la esclavitud moderna?», en Gloria ESTEBAN DE LA ROSA (coord.), *Gobernanza multinivel de los movimientos migratorios: retos y perspectivas desde el derecho*, Madrid, Dykinson, 2023, pp.100 y ss.

cuenta con regulación propia. Así entiende por trata el Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños[15] (art. 3.a): «la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos».

A pesar de que se incluye como trata la esclavitud, esta está definida en el artículo 1.1) de la Convención de la Sociedad de Naciones sobre la Esclavitud de 1926 como «el estado o condición de las personas sobre las que se ejercen todos o parte de los poderes atribuidos al derecho de propiedad». Ciertamente me interesa centrarme en la esclavitud, no tanto como viene recogida en la Convención sino en la (re)elaboración (re)formulada por parte de tribunales y legisladores, en la medida que vienen manifestando que el fenómeno de la esclavitud, lejos de ser un vestigio histórico es una figura incluso en auge, que se ha sofisticado en sus formas de ejecución, especialmente desde un punto de vista organizativo transnacional[16].

Con apenas matices introducidos por la Convención suplementaria de 1956[17], la idea que se arrastraba del término «esclavitud» no tenía fácil acomodo con las prácticas que el siglo XX y mucho más el XXI estaban construyendo. Esto explica en parte la necesidad de encontrar una noción más *moderna* de la esclavitud que fue abriéndose paso a partir de la jurispruden-

15. A/RES/55/25, de 15 de noviembre de 2000, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Anexo II. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños [https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/signatures.html].

16. M.ª Pilar RIVAS VALLEJO, «Las fronteras entre los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación: perspectiva laboral y de género», en Esteban Juan PÉREZ ALONSO y Sofía OLARTE ENCABO (dirs.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 43.

17. Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, 7 de septiembre de 1956 [https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/supplementary-convention-abolition-slavery-slave-trade-and].

cia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos humanos[18] y los Informes de los Relatores Especiales[19].

Con la incorporación al lenguaje del término *esclavitud moderna*[20] se vinculó directamente la idea de la esclavitud con «la explotación económica despiadada de seres humanos completamente disponibles y fungibles por parte de quienes, sin detentar ya un derecho de propiedad sobre los mismos, sí disponen de su fuerza de trabajo y ejercen el control absoluto sobre los mismos»[21].

Esta reformulación, que simplemente retrata lo que vemos y sabemos, ha conseguido permear a la OIT, de modo que cuando se refiere a la *esclavitud moderna* esta entiende que abarca un conjunto de conceptos jurídicos específicos que incluyen el trabajo forzoso, y otros conceptos vinculados al trabajo forzoso, la servidumbre por deudas, el matrimonio forzoso y el infantil, otros tipos de esclavitud y prácticas análogas y la trata de seres humanos. Y sigue diciendo que, aunque no está definida legalmente, se utiliza como término paraguas que centra la atención en los aspectos comunes de estos conceptos jurídicos, que esencialmente, se refieren a situaciones de explotación donde una persona no puede rechazar o abandonar debido a amenazas, violencia, coacción, engaño y/o abuso de poder esa situación[22].

¿Por qué creo que es importante hablar de trabajo forzoso y de esclavitud moderna? El Reglamento 2024/3015 aborda la prohibición en territorio de la UE de productos realizados con trabajo forzoso, pero una estricta interpretación de qué ha de considerarse trabajo forzoso, sin atender a lo que significa

18. Fue a través del caso *Hacienda Brasil Verde v. Brasil* Sentencia de 20 de octubre de 2016 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C N.º 318, Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), 20 de octubre 2016 [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_318_esp.pdf].
19. Concretamente con el Informe de la Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente mujeres y niños, UN, Doc. A/HRC/12/21, 10 de julio de 2009 [https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2010/7384.pdf].
20. Expresión acuñada por Kevin BALES, *Disposable People: New Slavery in the Global Economy*, University of California Press, Berkeley, Los Ángeles, London, 1999, [https://glc.yale.edu/sites/default/files/pdf/disposable_people-_bales.pdf].
21. Carolina VILLACAMPA ESTIARTE, «La moderna esclavitud y su relevancia jurídico-penal», *UNED. Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 10, 2013, p. 294.
22. International Labour Organization (ILO), Walk Free, and International Organization for Migration (IOM), *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*, Geneva, 2022, p.13 [https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40ipec/documents/publication/wcms_854733.pdf].

la esclavitud moderna y su especial relación con el trabajo forzoso, hará perder a mi entender el espíritu que debe haber detrás de esta normativa, y dejará muy debilitada la doble finalidad que se persigue (art.1.1 Reglamento 2024/3015): «…mejorar el funcionamiento del mercado interior y contribuir, al mismo tiempo, a la lucha contra el trabajo forzoso».

Si la interpretación de qué son productos elaborados con trabajos forzosos es muy estricta en los términos del Convenio n.º 29 OIT de considerar solo aquellos que se realicen «bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente», la finalidad que se busca proteger puede quedar bastante mermada. Los trabajos sobre empresas y derechos humanos[23] de los últimos años muestran una realidad

23. De entre la mucha doctrina que se ha ocupado del tema apuntaremos solo los trabajos más recientes trabajos de distintas disciplinas a fin de esbozar el panorama actual: Núria REGUART SEGARRA (coord.); Maria Chiara MARULLO, Lorena SALES PALLARÉS y Francisco Javier ZAMORA CABOT (dirs.) *Empresas transnacionales, derechos humanos y cadenas de valor: nuevos desafíos*, Colex, 2023; Daniel IGLESIAS MÁRQUEZ, Estrella DEL VALLE CALZADA, Maria Chiara MARULLO (dirs.), *Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*, Colex, 2024; María del Carmen MÁRQUEZ CARRASCO, Maria Chiara MARULLO, Daniel SCHÖNFELDER «Adopción de la directiva sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad: relevancia para España y las empresas españolas», *Revista Española de Empresas y Derechos Humanos*, N.º 3, 2024; Antoni PIGRAU SOLÉ y Daniel IGLESIAS MÁRQUEZ (eds.), *Litigación en materia de empresa y derechos humanos: estudios de casos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023; Nerea MAGALLÓN ELÓSEGUI, *La ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual de empresas por abusos de los Derechos Humanos*, Aranzadi, 2023; José Elías ESTEVE MOLTÓ, «Planes de acción nacional sobre empresas y derechos humanos: proceso de desarrollo, prioridades temáticas y buenas prácticas», en Juan BATALLER GRAU y Josefina BOQUERA MATARREDONA (coords.), *Responsabilidad social y sostenibilidad: El marco de actuación de la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 513-532; Juan Manuel MORENO DÍAZ, «Derechos humanos y diligencia debida en las empresas multinacionales en la Unión Europea», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, N.º 67, 2024; Elena PERIBÁÑEZ BLASCO, «Nuevas obligaciones de la empresa sobre diligencia debida y reporte en Derechos Humanos (en la Unión Europea)», *Revista Aequitas: Estudios sobre historia, derecho e instituciones*, N.º 23, 2024, pp. 571-641; José Luis MONEREO PÉREZ y Pompeyo Gabriel ORTEGA LOZANO, «La diligencia debida de las empresas y grupos de sociedades en materia de derechos humanos y medio ambiente: la Directiva (UE) 2024/1760, de 13 de junio», *La Ley Unión Europea*, número 129, 2024; Sandra GALIMBERTI DÍAZ FAES, *Derechos humanos y empresas, una agenda internacional en evolución*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, CEU Ediciones, 2022; Jorge URBANEJA CILLÁN (coord.); Cástor M. DÍAZ BARRADO (dir.), Juan Manuel RODRÍGUEZ BARRIGÓN (dir.), Francisco PEREIRA COUTINHO (dir.), *Las empresas transnacionales en el derecho internacional contemporáneo: Derechos humanos y objetivos de desarrollo sostenible*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019; Marta REQUEJO ISIDRO, «Empresas y derechos

más cercana al concepto de *esclavitud moderna* que al de trabajo forzoso, por lo que debería recordarse a la hora de aplicar este Reglamento 2024/3015 para no distorsionar el fin que se persigue.

Cierto es que de acuerdo con el art. 11 del Reglamento 2024/3015[24] la Comisión ha de facilitar antes de junio de 2026 las directrices de aplicación del Reglamento, lo que puede significar en la práctica una reorientación material de la interpretación del concepto de trabajo forzoso en la dirección (esperemos) que aquí apuntamos. Estos dos años que tiene la Comisión por

humanos el "tercer pilar" desde la Unión Europea», en Alejandro SÁNCHEZ FRÍAS, Francisco PEÑA DÍAZ, Ana SALINAS DE FRÍAS (dir.), Enrique J. MARTÍNEZ PÉREZ (dir.), *La Unión Europea y la protección de los Derechos Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Universidad de Málaga (UMA), Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, 2018, pp. 61-90; Maria Chiara MARULLO y Francisco Javier ZAMORA CABOT (coords.), *Empresas y derechos humanos: temas actuales*, Editoriale Scientifica, 2018; Diana Marcela VERDIALES LÓPEZ (coord.); Cástor M. DÍAZ BARRADO (dir.), Carlos R. FERNÁNDEZ LIESA (dir.), *Objetivos de desarrollo sostenible y Derechos Humanos: paz, justicia e instituciones sólidas. Derechos Humanos y empresas*, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Universitario de Estudios Internacionales y Europeos «Francisco de Vitoria», 2018.

24. Art. 11. Directrices. La Comisión, en consulta con las partes interesadas pertinentes, facilitará, a más tardar el 14 de junio de 2026, y actualizará periódicamente, unas directrices que incluirán lo siguiente:
a) orientaciones para los operadores económicos en materia de diligencia debida en relación con el trabajo forzoso, incluido el trabajo forzoso infantil, que tendrán en cuenta el Derecho de la Unión y nacional aplicable, que describan los requisitos en materia de diligencia debida con respecto al trabajo forzoso, las directrices y recomendaciones de organizaciones internacionales, así como el tamaño y los recursos económicos de los operadores económicos, los diferentes tipos de proveedores en toda la cadena de suministro y los distintos sectores;
b) orientaciones para los operadores económicos sobre las mejores prácticas para poner fin a los distintos tipos de trabajo forzoso y proporcionar una reparación a este respecto;
c) orientaciones para las autoridades competentes sobre la aplicación práctica del presente Reglamento, en particular de los arts. 8, 17 y 18, incluidos índices de referencia para asistir a las autoridades competentes en sus evaluaciones basadas en el riesgo en el contexto de las investigaciones y directrices sobre el criterio aplicable relativo a las pruebas;
d) orientaciones para las autoridades aduaneras y los operadores económicos sobre la aplicación práctica del art. 27 y, en su caso, de cualquier otra disposición establecida en el capítulo V, sección II;
e) información sobre indicadores de riesgo de trabajo forzoso, en particular sobre cómo determinar dichos indicadores, que se basarán en información independiente y verificable, por ejemplo en informes de organizaciones internacionales, en particular de la OIT, organizaciones de la sociedad civil, organizaciones empresariales y sindicatos y en la experiencia adquirida a través de la ejecución del Derecho de la Unión por el

delante para la elaboración de las Directrices, pueden facilitar una coherencia no solo en el sistema normativo que se ha estado diseñando para regular las relaciones derechos humanos y empresas, sino para reafirmar la posición de garante de derechos y valores fundamentales que conforman la Unión Europea más allá de sus fronteras. Y es este punto el que nos interesa especialmente seguir.

2. ESCLAVITUD MODERNA Y MATRIMONIO INFANTIL

Para poder seguir uniendo estos puntos tan alejados que he marcado, necesito incorporar nuevos elementos. Fijado ya como marco general el tema de la esclavitud moderna, de nuevo me voy a atender al concepto que maneja la OIT en sus comunicaciones e informes, puesto que cuando mensura la *esclavitud moderna* centra las estimaciones mundiales en dos elementos o situaciones clave: el trabajo forzoso y el matrimonio forzoso[25]. El de 2022 es el último informe publicado, estimándose que son cerca de 50 los millones de personas víctimas de *esclavitud moderna* y 22 los millones de personas atrapadas en matrimonios forzosos, muchos de ellos como vamos a ver, matrimonios infantiles.

Ser optimista no es ser ilusa, así que no voy a caer en el simplismo de creer que con la promulgación de una norma prohibiendo una conducta se termina con el problema, pero es necesario también reflexionar sobre el espejismo que a veces tener una norma nos provoca. Disponiendo de Convenios y textos legales a casi todos los niveles prohibiendo la esclavitud ello

---

que se establecen requisitos en materia de diligencia debida con respecto al trabajo forzoso;

f) orientaciones para los operadores económicos en materia de diligencia debida en relación con el trabajo forzoso impuesto por las autoridades estatales;

g) orientaciones para los operadores económicos y los proveedores del producto sobre el modo de entablar un diálogo con las autoridades competentes con arreglo al capítulo III, en particular sobre el tipo de información que debe presentarse;

h) orientaciones sobre el modo de presentar información con arreglo al art. 9;

i) orientaciones para los Estados miembros sobre el método de cálculo de las sanciones pecuniarias y los umbrales aplicables;

j) información adicional que facilite a las autoridades competentes la ejecución del presente Reglamento y a los operadores económicos, su cumplimiento;

Las orientaciones a que se refieren las letras a), b) y f) se centrarán, en particular, en ayudar a las pymes a cumplir el presente Reglamento.

Las directrices a que se refiere el párrafo primero serán coherentes con las directrices proporcionadas de conformidad con otros actos pertinentes del Derecho de la Unión.

25. International Labour Organization (ILO), Walk Free, and International Organization for Migration (IOM), *Global Estimates of Modern Slavery…*, *op. cit.*, p. 13.

no ha hecho que desaparezcan estas prácticas. Por ello mismo prohibir el matrimonio infantil no va a hacer *per se* que dejen de practicarse en demasiadas zonas del mundo estas uniones. Sin embargo, me parece peligrosa la ilusión que se crea de resolver estas situaciones con una simple promulgación de una norma sin que se exija un cambio en la realidad material que la sustenta y que debería ser siempre el fin último de la norma. Y me preocupa porque son estas situaciones las más olvidadas porque se dan por resueltas y por lo tanto ya no acaparan ni la atención ni la preocupación. Por eso veo imprescindible rebuscar desde normas *dispares* la resolución y la protección de algunas de estas cuestiones, como es el matrimonio infantil, que quedan orilladas a pesar de lo escandalosas de sus cifras.

Para Naciones Unidas es matrimonio infantil todo aquel en el que al menos uno de los contrayentes es menor de 18 años, calificándose de forzado cuando al menos uno de ellos no ha expresado personalmente su pleno y libre consentimiento al mismo. Entiende lógicamente pues que el matrimonio infantil es una forma de matrimonio forzado por cuanto no ha existido un consentimiento ni pleno, ni libre ni informado por parte del menor[26].

Hablaba de cifras escandalosas y ciertamente lo son[27]. Afirma Naciones Unidas que hoy en día viven más de 650 millones de mujeres que se casaron cuando aún eran niñas[28]. Una revisión al mapa interactivo que ofrecen organizaciones como *GirlsNotBrides*[29] muestra como está de extendido este problema, calculándose que 12 millones de niñas y adolescentes son casadas cada año. Más visual es el contador de *ChildMarriageData*[30] que pone de relieve el hecho de que en el mundo se produce un matrimonio infantil cada 3 segundos. Un tercio de estas niñas/novias viven en la India[31]. Es esta la razón por la que es ahí donde quiero ir ahora.

---

26. *Vid.* Naciones Unidas, *Matrimonio infantil y forzado, incluso en contextos humanitarios. El ACNUDH y los derechos humanos de las mujeres y la igualdad de género* [https://www.ohchr.org/es/women/child-and-forced-marriage-including-humanitarian-settings].
27. También son cifras ambiguas y excesivamente divergentes y variadas. Nos referimos solo a aquellas que proceden de fuentes contratadas sin valorar ni la metodología utilizada para alcanzar los datos que se nos dan.
28. *Ibidem.*
29. Se puede consultar el mapa interactivo sobre matrimonio infantil a escala mundial en https://www.girlsnotbrides.es/aprendizaje-recursos/child-marriage-atlas/atlas/.
30. https://childmarriagedata.org.
31. UNICEF, *Is an End to Child Marriage within Reach? Latest trends and future prospects*, New York, 2023 [https://data.unicef.org/resources/is-an-end-to-child-marriage-within-reach/].

La región india de Maharashtra se transformó hasta alcanzar a ser la segunda potencia mundial productora de azúcar de caña[32], solo por detrás de Brasil, gracias al impulso de multinacionales como Pepsi, Coca-Cola o Ben & Jerry's, que no solo fomentaron la plantación y recolección de la caña de azúcar, sino que instalaron en la región franquicias, plantas de fabricación y embotellado de sus productos. El azúcar empleado en la elaboración de los refrescos es el comprado en las inmediaciones, a intermediarios puestos por las propias empresas. Esto no sería un problema en sí mismo, y hasta podría ser beneficioso el impulso económico en regiones tan pobres que causa la implantación de industria transnacional. Sin embargo, a partir de la investigación que llevó a cabo *The New York Times* y *The Fuller Project*[33] salió a la luz que muchas de las fábricas azucareras de la región estaban dirigidas por altos cargos políticos[34], apuntando la relación entre corrupción y violaciones de derechos humanos como posteriormente se puso de manifiesto. Pero, sobre todo, salió a la luz que «su refresco favorito está «endulzado» con matrimonio infantil, histerectomías y servidumbre por deudas»[35].

Hay que poner en contexto que las plantaciones de caña de azúcar de Maharashtra son tremendamente extensas y son trabajadas no con maquinaria sino manualmente. Por ello cada año se estima que más de un millón de temporeros son *contratados*[36] para cortar la caña de azúcar que se convertirá en azúcar para estas multinacionales de refrescos que tienen sus fábricas en el distrito de Beed, región rural empobrecida de Maharashtra que alberga a gran parte de la población migrante cortadora de azúcar. Lo que marca la diferencia en este caso es el peculiar sistema que mantienen en cuanto a los temporeros y al que en breve me referiré.

32. *eWorldTrade* (marzo 29, 2024), *Mayores países exportadores de Azúcar en 2024*, [https://www.eworldtrade.com/blog/es/mayores-paises-exportadores-de-azucar-en-2024/].
33. Se puede consultar en Megha RAJAGOPALAN y Qadri INZAMAAM, «The Brutality of Sugar: Debt, Child Marriage and Hysterectomies», *The Fuller Project* (March 24, 2024), [https://fullerproject.org/story/the-brutality-of-sugar-debt-child-marriage-and-hysterectomies/].
34. La investigación sacó a la luz que eran propietarios 21 legisladores estatales, algunos miembros del Parlamento nacional, ministros y ex funcionarios de varios partidos. Muchas otras fábricas, aunque no estaban dirigidas directamente por el gobierno, mantenían vínculos comerciales o familiares con políticos y legisladores.
35. *Vid. FreedomUnited* (marzo 24, 2024), *¿Su refresco favorito está «endulzado» con matrimonio infantil, histerectomías y servidumbre por deudas?* [https://www.freedomunited.org/es/news/india-campos-de-caña-de-azúcar-trabajo-forzado/].
36. A pesar de que hablamos de contratación, se trata en la mayoría de los casos de trabajos informales que de manera habitual se mantienen años tras año en base a la costumbre entre temporero y encargado del campo azucarero.

Retomo antes el tema del matrimonio infantil, poniendo el énfasis en el hecho de que la India prohibió el matrimonio con menores de 18 años en 2006[37], aunque esto no ha impedido que siga siendo una práctica habitual acumulando un tercio de todos los matrimonios infantiles del mundo como hemos señalado, motivado por causas culturales y económicas. La norma establece que para las mujeres la edad mínima para contraer matrimonio será de 18 años y de 21 para los varones. Antes ya me he referido al peligro de contar con una norma como modo de creer atajado un problema, si lo que hay detrás de la misma no es la búsqueda de una realidad material. La propia norma adolece de este cariz que yo apuntaba por cuanto en su art. 3 establece los requisitos y plazos para poder anular los matrimonios infantiles, lo que evidencia lo arraigados que siguen estando los matrimonios infantiles en la sociedad india y lo permisivo que el propio legislador es ante esta práctica, puesto que no parten del principio de nulidad sino del de anulación.

Dejando al margen las razones culturales que empujan al legislador indio a ser indulgente con estas prácticas, me quiero centrar en los dos incentivos económicos que en esta parte de la India mantienen los matrimonios infantiles como práctica habitual. El primero, es que las niñas son una carga económica para la familia, puesto que hay que mantenerlas mientras pertenecen al seno familiar. En la medida que se casan, esta responsabilidad se traspasa al marido, con lo que muchas familias aligeran su carga familiar casando en la adolescencia temprana a sus hijas. En tanto que la economía del país o la región es más precaria, más posibilidades existen de que las menores sean casadas a edades más tempranas para aliviar la presión familiar, razón por la que todas las organizaciones civiles que trabajan en estos temas alertan de los efectos que las crisis (alimentarias, humanitarias, sanitarias como el COVID o climáticas) tienen sobre las niñas, repuntando los datos en la medida que se suman las crisis[38].

Pero la otra razón que incrementa los matrimonios infantiles en esta concreta región está relacionada con la actividad del corte de la caña de azúcar hasta el punto de que incluso en la actualidad se habla de las *gate-cane wedding*[39], llamadas así porque antiguamente se casaba a las niñas en las

37. *Vid.* Prohibition of Child Marriage Act 2006.
38. *Save the Children* (5 diciembre, 2023), «2 de cada 3 matrimonios infantiles se producen en los países más afectados por la crisis climática» [https://www.savethechildren.es/notasprensa/2-de-cada-3-matrimonios-infantiles-se-producen-en-los-paises-mas-afectados-por-la].
39. *Vid.* Das MOHUA (may 20, 2024), «The bitter truth of quickie gate-cane weddings in Marathwada's sugar belt», *The Times of India* [https://timesofindia.indiatimes.

puertas de las plantaciones azucareras. Ahora estas bodas se realizan antes de arrancar la campaña de la recolección del azúcar, pero se mantienen las razones que motivan tales enlaces. Y ello porque el modo en el que se organiza el trabajo de la caña de azúcar está pensado para ser un trabajo para una *koyta*, esto es, un equipo dos personas. Pero no dos personas cualesquiera, sino que las azucareras buscan equipos *de marido y mujer*. En estos casos las empresas no solo pagan más del doble si el trabajador está casado y su mujer forma parte de la fuerza de trabajo que si es un hombre solo, sino que prefieren contratar a una *koyta* antes que a hombres solteros. El problema arranca cuando se conoce cómo funciona y cómo se convierte esta costumbre en una práctica similar a la esclavitud.

Las *koytas* perciben un anticipo estacional de los intermediarios, quienes a su vez reciben estas cantidades de dinero de las fábricas azucareras instaladas en la región. Esto es, no se paga un salario por jornal o semana a la *koyta* sino una cantidad prefijada por el trabajo que realizarán durante la campaña a modo de anticipo (unos 1800 dólares por pareja por la temporada de 6 meses[40]), de modo que en realidad trabajan a cuenta del dinero que se les ha adelantado por su trabajo, aunque en realidad y como veremos acaban trabajando para devolver el dinero que han recibido por su trabajo.

Como en otros casos que hemos tenido ocasión de estudiar[41], las relaciones entre la empresa azucarera y los temporeros se hace a través de intermediarios, de manera que nadie acaba respondiendo ni responsabilizándose de las violaciones de derechos humanos que se comenten en estas relaciones. A pesar de que la India cuenta con legislación laboral para proteger a sus trabajadores, los dirigentes de las fábricas afirman que su dependencia de los contratistas intermediarios los exime de la responsabilidad por las condiciones laborales en las que estos trabajan en los campos. A su vez, los contratistas, escogidos por las industrias azucareras, también niegan la rendición de cuentas escudándose en que se limitan a distribuir el dinero de

---

com/city/pune/the-bitter-truth-of-quickie-gate-cane-weddings-in-marathwadas-sugar-belt/articleshow/110254596.cms]; Reetika Revathy SUBRAMANIAN, «Gate-Cane: (Un)Tying the Knots between Climate, Cane, and Early Marriage in Rural India», *Climate and Development*, March 2024, pp. 1-14 [https://doi.org/10.1080/17565529.2024.2326117].

40. Frente a ello los trabajadores individuales perciben 5 dólares por persona al día durante la temporada.

41. Lorena SALES PALLARÉS, «El caso Furukawa como exponente de las relaciones entre derechos humanos y empresas y la esclavitud moderna», *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián: Donostiako Giza Eskubideei Buruzko Ikastaroen Urtekaria*, N.º 21, 2021, pp. 319-352.

las fábricas entre los trabajadores y que tampoco se encargan ellos de esas relaciones, que suelen delegar en contratistas que se encargan de reclutar a los trabajadores, muchos de ellos emigrantes de otras aldeas o regiones. La inacción de todos los implicados, pero sobre todo del gobierno indio permite que persista este sistema de explotación en los campos de azúcar.

Aunque hablamos de contratos, lo cierto es que se trata de relaciones de trabajo informales, de modo que no existe control laboral alguno; tampoco hay un recuento de cuanta caña de azúcar recolecta la *kyota* por día, o por semana…simplemente trabajan toda la temporada. Cuando llega el final de la cosecha quien los reclutó realiza un balance de la cantidad que se estima que han cortado de caña de azúcar y lo que les correspondería por ese trabajo. En ese momento es cuando nace la servidumbre por deudas, puesto que indefectiblemente el anticipo que recibieron al inicio de la campaña es mayor que el salario al que tienen derecho a percibir, de modo que quedan obligados a la devolución de parte del dinero percibido y gastado en el transcurso de esos meses. Ante la imposibilidad de devolución quedan obligados a trabajar para la siguiente temporada para acabar de pagar lo que deben por el trabajo realizado, en una clara manifestación de servidumbre por deudas infinita.

Es obvio que al fomentar la *koyta* como forma de trabajo preferida, se incentiva por parte de la industria azucarera y (re)fuerzan los matrimonios para poder acceder con mayor remuneración y facilidad a la contratación. Y ello a sabiendas de que estos matrimonios son forzados y son con menores.

En una región que vive por y para la caña de azúcar, con índices de pobreza muy elevados el matrimonio infantil resuelve el problema de muchas familias de mantener a la niña a sabiendas además que el esposo va a ser contratado más fácilmente y por una cantidad mayor. En este contexto, erradicar el matrimonio infantil es extremadamente difícil a pesar de las leyes promulgadas.

No solo es un matrimonio forzoso, sino que estas niñas se convierten desde el mismo momento en el que se casan en mano de obra, transformándose al tiempo en víctimas de un trabajo forzoso al que se ven arrastradas por la servidumbre por deudas en las que quedan atrapadas. Son menores casadas y menores trabajando; menores que suelen pronto tener hijos que también se integran en esta unidad familiar matrimonial, aunque no aparezcan como contratados, de modo que junto al matrimonio infantil también nos encontramos por partida doble con trabajo infantil: ellas y sus hijos.

Como antes, hemos de señalar que la India cuenta con legislación prohibiendo el trabajo infantil[42], pero también aquí la propia ley contempla la excepción que permite a los menores de 14 años participar y ayudar en las *labores agrícolas* dando cobertura legal a una situación que dista mucho de la que utópicamente se pretendían excepcionar. UNICEF sitúa en más de 10 millones los niños de entre 5 y 14 años que trabajan en la India, aunque otras organizaciones locales sitúan la cifra de niños trabajadores alrededor de los 60 millones[43]. Para Oxfam la cifra de niños menores de 14 años que trabajan en esta región en la industria de la caña de azúcar es de casi 200.000[44], aunque otros informes estatales hablan de que un tercio de los 50 millones de trabajadores de la caña de azúcar son niños[45].

Con independencia de nuevo del baile de cifras que ofrecen las autoridades nacionales y las organizaciones no gubernamentales, la propia Coca-Cola reconocía en uno de sus informes de 2019 que en el 34% de sus explotaciones encontraron niños trabajando y que en la región de Maharashtra el índice de menores de 5 años que permanecían en los campos durante la jornada laboral era incluso mayor que en otras regiones azucareras en las que tenían explotaciones[46].

Las ONG que trabajan en el terreno lo constatan; el gobierno indio es conocedor de estas prácticas regulando incluso sobre estos extremos para

42. *Vid.* The Child Labour (Prohibition and Regulation) Amendment Act, 2016.
43. *FreedomUnited* (30 mayo, 2023), *No tan dulce: el tráfico de niños detrás de la industria azucarera india* [https://www.freedomunited.org/es/news/tráfico-de-niños-azúcar-indio/].
44. *Vid. Oxfam* (October, 2018), *Human cost of sugar. A farm-to—.mill assessment of sugar supply chain in Uttar Pradesh* [https://www.oxfamindia.org/sites/default/files/2018-11/HUMAN%20COST%20OF%20SUGAR-A%20FARM%20TO%20MILLS%20ASSESSSMENT%20OF%20THE%20SUGAR%20VALUE%20CHAIN%20IN%20U.P.%202_0.pdf] y *Fair Labor Association* (September 2012), *Task and risk mapping of sugarcane production in India* [https://www.fairlabor.org/wp-content/uploads/2022/01/task_and_risk_mapping_of_sugarcane_production_in_india.pdf]; ILO, *Child labour in the primary production of sugarcane* (Geneva 2017) [https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@ipec/documents/publicationwcms_ipec_pub_29635.pdf].
45. *Vid.* NITI Aayog (Institución Nacional para la Transformación de la India), *Report of the task force on sugarcane and sugar industry* (March 2020) [https://www.niti.gov.in/sites/default/files/2021-08/10_Report_of_the_Task_Force_on_Sugarcan_%20and_Sugar_Industry_0.pdf].
46. Informe encargado por Coca-Cola a Arche Advisors, y realizado por Rachelle JACKSON y Rohini CHANDRASEKARAN, *Forced labor, child labor and land use in India's sugar industry* (February 2019), p.5 [https://www.coca-colacompany.com/content/dam/company/us/en/policies/pdf/human-workplace-rights/addressing-global-issues/india-country-study.pdf].

atajar o disminuir al menos sobre el papel estas violaciones de derechos humanos; incluso las propias multinacionales involucradas reconocen algo tan grave como es el trabajo infantil dentro de una cadena de suministros… pero los datos no disminuyen.

En este punto deberíamos plantearnos hasta qué punto el incentivo que ofrecen las empresas azucareras a las *koytas* debe ser ponderado para considerarlas responsables de estas situaciones. ¿Debemos por tanto considerarlas parte activa en la comisión de estas violaciones de derechos humanos cuando priman contratar a matrimonios a sabiendas de que mayoritariamente se tratarán de matrimonios infantiles?

Como nos podría quedar la duda de hasta qué punto están relacionados los matrimonios infantiles con el sistema de recogida de la caña de azúcar, hemos atendido a las respuestas que dan las mujeres afectadas por estos matrimonios infantiles y en sus respuestas no cabe ninguna duda. Casi todas ellas expresaron que «sin *koyta* no habría razón para casarse»[47]. Por lo tanto, al mantener estas empresas los incentivos sobre un sistema que vulnera derechos humanos y mantiene los matrimonios infantiles como práctica necesaria para el acceso al mercado laboral, son parte del problema en el mantenimiento del trabajo forzoso y no de la solución. Entendiendo por tanto que sus productos están siendo elaborados con trabajo esclavo se abre una vía para poder presionarlas a través de su producción para cambiar y erradicar el matrimonio infantil si quieren que sus productos lleguen a los ciudadanos europeos.

Por si no fueran suficientes estas violaciones de derechos humanos y estas prácticas que no cabe duda de que son trabajo forzoso, el azúcar de esta región es la causa de millones de histerectomías en una clara violencia contra la mujer[48]. Un informe del Gobierno local indio encuestó a aproximadamente 82 mil trabajadoras de la caña de azúcar de esta región y encontró que aproximadamente 1 de cada 5 había tenido una histerectomía. Una encuesta gubernamental separada del mismo 2019 estimó la cifra en 1 de cada 3 mujeres[49].

---

47. Megha RAJAGOPALAN y Qadri INZAMAAM, «The Brutality of Sugar…», *op. cit.*
48. M.ª Alejandra MARTÍNEZ GANDOLFI y Javier RODRÍGUEZ MIR, «Las histerectomías coercitivas en la India: marco de análisis y pautas para la intervención», *methaodos. Revista de ciencias sociales*, Vol. 10, n.º 1, Monográfico sobre violencia sistémica y género, 2022, pp. 74-87 [http://dx.doi.org/10.17502/mrcs.v10i1.510].
49. De acuerdo con los datos reconocidos por el propio ministro de Salud de Maharashta, en 3 años se habían realizado 4.605 histerectomías en el distrito de Beed, llegando a alcanzar a la mitad de las mujeres de algunas de las aldeas inspeccionadas, llegando

Los motivos de estas histerectomías en mujeres tan jóvenes (estamos hablando de mujeres de entre 20 y 30 años) también están vinculadas al trabajo de la caña de azúcar, puesto que por cada día no trabajado han de pagar una cuota por el privilegio de faltar al trabajo, incluso si es por motivos de salud o por acudir al médico. Realizando trabajos manuales al aire libre durante todo el día sin ningún tipo de higiene, ni de baños o casetas en las que poder asearse, ser mujer es un terrible inconveniente fácil de resolver en este contexto cuando se les ofrece como solución a estos problemas optar por someterse a una histerectomía de manera «voluntaria». Les prometen que con la histerectomía podrán seguir trabajando todos los días sin distracciones por visitas al médico, por embarazos o por las dificultades de menstruar en un campo sin acceso a agua corriente, baños o refugio de miradas masculinas.

Pero la realidad para muchas trabajadoras azucareras es que la operación tiene un resultado doblemente negativo:

– El primero el de la salud: las histerectomías tienen graves consecuencias para las mujeres a tan temprana edad (la mayoría están entre los 20 y los 30 años cuando se someten a estas prácticas) que las perjudica a medio y largo plazo.

– El segundo es que para realizar la operación han de pedir prestado contra salarios futuros, lo que las hunde aún más en la deuda, asegurándose así que regresen a los campos temporada tras temporada y encadenándose en una servidumbre por deudas que no termina nunca.

Cuando en 2019 se inició una investigación en la región por el altísimo grado de mujeres jóvenes operadas, el gobierno indio planteó un cambio legislativo, de manera que las operaciones debían ser aprobadas por un cirujano civil. El resultado es que el cirujano civil de la región de Beed sigue aceptando el 90% de las solicitudes que recibe puesto que afirma que las peticiones son voluntarias. Me pregunto hasta qué punto podemos decir que esta decisión es voluntaria cuando la mayoría de estas mujeres creen que esa es la *única solución* que tienen en su vida.

El Protocolo de Palermo[50] es claro a la hora de fijar los requisitos para identificar la trata de personas e incluye aquella *situación de vulnerabilidad* que

---

varios pueblos de la región a ser conocidos como las «aldeas de mujeres sin útero». *Vid.* Geeta PANDEY (5 julio, 2019), «India: las mujeres que se quitan el útero por el estigma de la menstruación», *BBC News*, [https://www.bbc.com/mundo/noticias-48882114].

50. A/RES/55/25, de 15 de noviembre de 2000, Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, Anexo II. Protocolo para prevenir, reprimir

conlleva *trabajos o servicios forzados, la esclavitud o prácticas análogas a la esclavitud* (art.3.1.a), y las circunstancias incluso de la voluntariedad de someterse a ella por cuanto su apartado 3.1.b) indica que *el consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación intencional descrita en el apartado a) del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado*. Las menores impelidas a contraer matrimonio para aspirar a una relación contractual mejor remunerada para sus maridos están claramente en una situación de vulnerabilidad extrema a la que debemos buscar una respuesta de justicia material.

Esta reflexión va de la mano de lo que hemos apuntado anteriormente sobre lo que para la OIT se entiende que debe englobar la *esclavitud moderna* y la respuesta que el derecho ha de procurar a estas situaciones de explotación *donde una persona no puede rechazar o abandonar debido a amenazas, violencia, coacción, engaño y/o abuso de poder esa situación*[51]. ¿No estaríamos de acuerdo que en Maharashtra se producen estas situaciones? ¿Podemos decir entonces que el azúcar elaborado allí ha sido producido por trabajo esclavo? ¿Quedaría cubierto por el *Reglamento por el que se prohíben en el mercado de la Unión los productos realizados con trabajo forzoso*?

Si la respuesta es sí como espero que sea, las implicaciones en el seno de la UE a cuenta del azúcar y de todos los productos que contengan este azúcar son de tal calado que me resulta difícil creer que se llevarán a cabo sin ninguna reticencia. Pero no es solo el problema de un producto elaborado con trabajo forzoso, es una vía que se nos abre para erradicar una lacra como es el matrimonio infantil y extender una concepción del derecho de familia europeo más allá de nuestras fronteras.

III. CÓMO PROTEGER LA IDEA DEL DERECHO A LA VIDA FAMILIAR MÁS ALLÁ DE LAS FRONTERAS: PROPUESTAS PARA ERRADICAR EL MATRIMONIO INFANTIL

Aunque me he centrado en la India y las azucareras, no es el único lugar del mundo en el que suceden situaciones como las descritas en el apartado anterior[52]. Me planteo en la parte final del trabajo ya qué debe o puede

---

y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños [https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/signatures.html].

51. International Labour Organization (ILO), Walk Free, and International Organization for Migration (IOM), *Global Estimates of Modern Slavery…*, *op. cit.*, p.13.

52. Otros casos de violaciones de derechos humanos por parte de empresas pueden consultarse en Lorena SALES PALLARÉS, «De aquellos polvos, estos lodos: una lectura

hacer la UE ante situaciones que afectan a mujeres jóvenes y niñas a las que no solo se les obliga a casarse, sino que son objeto de trabajo esclavo o al menos de *esclavitud moderna*.

Cierto es que antes deberíamos contestar una cuestión de mayor calado, ¿ha de postularse la Unión Europea como garante universal de los derechos humanos fuera de sus fronteras? En lugar de responder recurriré a acciones que la UE ha llevado a cabo para deducir de ahí una respuesta.

En 2021 Úrsula von der Leyen prometió en su discurso del estado de la Unión[53], afrontar el tema del trabajo forzoso desde el seno europeo con la seria preocupación que le producían las violaciones de derechos humanos cometidas por las empresas multinacionales en el ejercicio de sus actividades. Esta promesa ha cristalizado en el Reglamento 2024/3015 al que nos hemos estado refiriendo en este trabajo y que pretendemos sea pieza clave para la erradicación de los matrimonios infantiles. Solo un año antes la presidenta de la Comisión afirmaba que buscaría garantizar la filiación transfronteriza de los menores para que «si usted es madre o padre en un país, también lo es en todos los demás países»[54], y que se tradujo en una propuesta de Reglamento en materia de filiación[55].

No es aleatorio recordar ambas promesas que la presidenta hiciera puesto que la defensa de valores e ideales europeos se manifiestan a través de fijar principios a defender desde la Unión tanto entre los Estados miembros, pero también frente a terceros Estados. Y en ambos casos cierto es que, a diferente velocidad, las invocaciones se han visto traducidas en textos legales.

---

positiva. De los *Buzos Miskitos* a *Envol Vert vs. Casino*», en Daniel IGLESIAS MÁRQUEZ, Estrella DEL VALLE CALZADA, Maria Chiara MARULLO (dirs.), *Hacia la diligencia debida obligatoria en derechos humanos: propuestas regulatorias y lecciones aprendidas*, Colex, 2024, pp. 357-383; Lorena SALES PALLARÉS, «*Sherpa and others v. Bolloré SA*: el aceite de palma como constante en la lucha derechos humanos y empresas», en Antoni PIGRAU I SOLÉ, Daniel IGLESIAS MÁRQUEZ (eds. lits.), *Litigación en materia de empresas y derechos humanos: estudio de casos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 251-264; Lorena SALES PALLARÉS, «El caso Furukawa como exponente…», *op. cit.*

53. Discurso sobre el estado de la Unión de 15 de septiembre de 2021 [https://state-of-the-union.ec.europa.eu/state-union-2021_es].

54. Discurso sobre el estado de la Unión de 16 de septiembre de 2020 [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/SPEECH_20_1655].

55. Propuesta de Reglamento del Consejo, relativo a la competencia, al Derecho aplicable, al reconocimiento de las resoluciones y a la aceptación de los documentos públicos en materia de filiación y a la creación de un certificado de filiación europeo, COM (2022) 695 final de 7 de diciembre de 2022 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52022PC0695].

La erradicación del trabajo forzoso y el reconocimiento de las filiaciones de menores nacidos en el seno de familias arcoíris o de gestación por subrogación son la manifestación de un planteamiento de defensa de valores europeos que queremos *promover*: libertad, igualdad, defensa de un concepto determinado de familia… ¿Por qué debemos verlos por separado si traducen un ideal de lo que nos gustaría que fuera Europa? Y si es factible entenderlo con una vocación global, ¿por qué no hacer uso de todos los recursos legales a nuestra disposición para alcanzar múltiples objetivos?

¿No sería deseable poder erradicar el matrimonio infantil al mismo tiempo y con las mismas normas con las que se combate el trabajo forzoso? La Unión Europea y las Naciones Unidas llevan años desarrollando objetivos comunes con la Agenda 2030[56] y buscando sinergias que se siguen implementando. El ODS 8 Trabajo decente y crecimiento económico[57] proponía como meta 8.7[58] acabar en 2025 con el trabajo infantil en todas sus formas, de manera que no es tan descabellado hacer uso de políticas transversales para lograr objetivos. Tampoco es impensable abanderar la erradicación del matrimonio infantil de manera activa puesto que la Unión se ha comprometido a ser la primera zona climáticamente neutra del planeta, lo que parece mucho más difícil de conseguir al implicar una transición energética para la industria y para los ciudadanos con fuertes implicaciones en el plano económico y de planteamientos vitales.

He intentado demostrar a lo largo del trabajo cómo los matrimonios infantiles pueden entenderse como un efecto provocado por la falta de control en las relaciones entre empresas y derechos humanos. En la medida que en el seno de la Unión Europea no se admite el matrimonio infantil promoviéndose su erradicación como una prioridad de la acción exterior[59], las posibilidades que brinda este nuevo Reglamento 2024/3015 parecen inmejorables. Obviamente hemos de partir de entender que el matrimonio

56. *Vid*. https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/sustainable-development-goals/eu-and-united-nations-common-goals-sustainable-future_es.
57. *Vid.* https://estrategia2030.es/objetivo-8-trabajo-decente-y-crecimiento-economico/.
58. Reproduzco el contenido completo de la Meta 8.7 Esclavitud, Trata y Trabajo Infantil. Adoptar medidas inmediatas y eficaces para erradicar el trabajo forzoso, poner fin a las formas contemporáneas de esclavitud y la trata de personas y asegurar la prohibición y eliminación de las peores formas de trabajo infantil, incluidos el reclutamiento y la utilización de niños soldados, y, de aquí a 2025, poner fin al trabajo infantil en todas sus formas.
59. En este sentido el Considerando J de la Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de octubre de 2017, sobre la erradicación de los matrimonios infantiles (2017/2663(RSP)), P8_TA(2017)0379 de 27 de septiembre de 2018 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0379&from=DE].

infantil es unconcepto inserto en la definición del art. 2.1, de modo que quede subsumido en la categoría de trabajo forzoso prevista por el Convenio n.º 29 de la OIT. Como el debate de esta cuestión debería ser mucho más sosegado en un planteamiento general, me voy a referir solo a la India, por la simple razón de que ostenta un tercio de todos los matrimonios infantiles. En el marco del caso que hemos expuesto al menos, parece obvio que los matrimonios de estas niñas trabajadoras de la caña de azúcar sí podrían encajar sin mayores dificultades en la noción de trabajo forzoso y en todo caso en el del trabajo forzoso infantil que incluye el Reglamento.

¿Qué se conseguiría de considerar así estos casos? De acuerdo con el art.3 Reglamento 2024/3015 los productos realizados con trabajo forzoso tendrían prohibida su entrada y comercialización en el mercado de la Unión. Y tienen la consideración de producto realizado con trabajo forzoso (art. 2.7) *un producto para el que se ha utilizado, total o parcialmente, trabajo forzoso en cualquier fase de su extracción, cosecha, producción o fabricación, también en las operaciones de elaboración o de transformación relacionadas con un producto en cualquier fase de su cadena de suministro*. Sigue diciendo el apartado 8 del art. 2 que la cadena de suministro comprende *el sistema de actividades, procesos y agentes que intervienen en todas las fases previas a la comercialización de un producto, a saber, la extracción, la cosecha, la producción y la fabricación total o parcial de un producto, también en las operaciones de elaboración o transformación relacionadas con el producto en cualquiera de esas fases*.

Desde estas definiciones, todos los refrescos producidos, elaborados, embotellados en las fábricas de la región de Beed y que hacen uso de ese azúcar extraído y cosechado por estas niñas tendrían la consideración de producto realizado con trabajo forzoso y por tanto tendrían prohibida su entrada en el territorio de la UE. ¿Son conscientes Coca-Cola y Pepsi de lo que implicará esta posibilidad para sus productos? ¿Son conscientes todos aquellos fabricantes que como ellos hacen uso de un azúcar, un aceite de palma, un determinado mineral…, de lo que les va a implicar? Es imprescindible en este punto recordar la *Directiva de Diligencia Debida* puesto que será un apoyo imprescindible para las empresas en la medida que han de controlar su actividad y tener establecidos planes de acción para remediar y mitigar los efectos adversos para los derechos humanos de sus operaciones y de las de sus filiales y cadenas de actividades.

El principal problema que veo en este momento es el desarrollo fáctico de ambos textos, aunque es la principal ventaja con la que contamos. El Reglamento entrará en vigor en diciembre de 2027, de aquí a entonces además de las directrices que la Comisión ha de elaborar antes de junio

de 2026 (de acuerdo con el art. 11 Reglamento 2024/3015), ha de crearse el portal único sobre el trabajo forzoso (art. 12), la Red de la Unión contra los Productos del Trabajo Forzoso (art. 6), que tiene encomendada entre otras la función de hacer un seguimiento de las situaciones de uso sistémico del trabajo forzoso[60], y la base de datos de zonas o productos que presenten riesgos de trabajo forzoso (art. 8).

Entiendo que va a ser crucial esta base de datos para arrancar a trabajar, pero sigo teniendo las mismas dudas que expresé en la propuesta de Reglamento[61]. En la medida que se habla de que la base de datos incluirá zonas geográficas o productos específicos donde se hayan podido probar y verificar riesgos de trabajo forzoso queda una sensación de ambigüedad que no va a proteger a las víctimas, quienes por lo demás siguen ausentes del Reglamento. ¿Qué pasará con aquellas empresas que han demostrado ya a través de sus informes que son conocedoras de violaciones de derechos humanos en sus cadenas de suministro como ha sido el caso de Coca-Cola al que nos hemos referido? ¿Quedarán incluidas como productos que presentan riesgo o no se entenderá que estos son datos basados en pruebas, verificables y actualizados?

La impresión que permanece tras la lectura del Reglamento es que las empresas siguen pareciendo la parte más protegida por cuanto se dice que «la base de datos no divulgará públicamente información que designe directamente a los operadores económicos por su nombre»[62]. Entendiendo la necesaria protección de la marca o el nombre de la empresa en momentos iniciales de cualquier investigación, parece excesivo este velo que sobre las empresas se extiende cuando al mismo tiempo la Unión pretende crear consumidores empoderados a los que se debe proporcionar información fiable para que no sean engañados y puedan tomar sus decisiones de compra en base a conocimientos ciertos de productos y empresas con los que se relacionan[63] y se condenan y persiguen las prácticas de *greenwashing*[64]. Como se afirman en los Considerandos de muchas de las normas que acabo

60. Art. 6.7.l) Reglamento 2024/3015.
61. Lorena SALES PALLARÉS, «Sin margen y en el descuento…», *op. cit.*
62. Art. 8.2. II. Reglamento 2024/3015.
63. Comunicado de prensa. Consejo de la Unión Europea. *Empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica: el Consejo adopta su posición*, 3 de mayo 2023 [https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2023/05/03/empowering-consumers-for-the-green-transition-council-adopts-its-position/]..
64. Directiva (UE) 2024/825 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2024, por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante

de enunciar, para que los consumidores puedan tomar mejores decisiones deben estar mejor informados, y eso pasa por dar a conocer realidades como el azúcar que aquí hemos descrito, pero también del cacao, el aceite de palma o los minerales de transición que contienen nuestras baterías y móviles. Al empoderarnos como consumidores podemos pasar a ser defensores de derechos humanos desde nuestras casas con las decisiones de qué producto comprar. Es imprescindible que seamos conscientes de que poniendo en nuestras manos la posibilidad de proteger los derechos humanos estamos definiendo el modelo empresarial que liderará el mercado y el mundo, porque *with every dollar that we spend, we vote for the world we want*[65].

La Unión Europea ha puesto en nuestras manos muchas herramientas con las que podemos (re)modelar el mundo en el que queremos vivir. A pesar de la obviedad, la distancia más corta entre dos puntos no siempre es la línea recta, y por ello, en ocasiones, la erradicación del matrimonio infantil no pasa por la prohibición del mismo en una norma al uso. En ocasiones para llegar al segundo punto es más útil dar un rodeo, que aquí he traducido en la prohibición de entrada de los productos elaborados con trabajo forzado, de modo que las empresas que quieran traer a Europa sus productos tendrán que trabajar para erradicar los matrimonios infantiles, la esclavitud, el trabajo forzado…en toda su cadena de valor.

Con ello no solo estaremos trabajando para erradicar una flagrante violación de derechos humanos, sino que estaremos extendiendo la defensa y protección del derecho a la vida familiar que construimos en la Unión Europea. *Es el momento de mostrar a la joven generación que podemos construir un continente donde uno pueda ser quien es, amar a quien quiera y aspirar a todo lo que desee […] Un continente unido en libertad y paz. De nuevo, este es el momento de que Europa responda a la llamada de la historia*[66].

Con la vocación de responder a la llamada de la historia hecha por la presidenta de la Comisión Europea no deberíamos dejar de intentar al menos defender estos derechos desde todos los frentes posibles, incluidas las relaciones entre las empresas y los derechos humanos puestos que son un arma más poderosa de lo que aparentan.

---

una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información, DO L 2024/825, de 6 de marzo de 2024 [http://data.europa.eu/eli/dir/2024/825/oj].

65. Diane OSGOOD (February 18, 2016), «Shop Like You Mean It: Why Ethical Fashion Matters», *Huffpost* [https://www.huffpost.com/entry/shop-like-you-mean-it-why_b_9263138].

66. Úrsula VON DER LEYEN, Discurso sobre el estado de la Unión de 13 de septiembre de 2023 [https://state-of-the-union.ec.europa.eu/state-union-2023_es].

Cuestiones de ley aplicable al matrimonio entre adolescentes. Un análisis comparado con Iberoamérica

Issues of law applicable to marriage between adolescents. A comparative analysis with Ibero America

Lucía I. Serrano Sánchez
Profesora Permanente Laboral de Derecho internacional privado
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL *IUS NUBIENDI* DE LOS ADOLESCENTES EN EL MARCO LEGAL INTERNACIONAL. II. LEY APLICABLE A LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO: EL IMPEDIMENTO DE EDAD ¿ES (IN) DISPENSABLE? 1. *El matrimonio como forma de emancipación del adolescente y criterios de conexión para contraer matrimonio en el Derecho internacional privado autónomo*. 2. *(In) Capacidad para contraer matrimonio de los menores emancipados. Con referencia al impedimento de edad y a su dispensa*. III. LEY APLICABLE A LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO Y GARANTÍAS PROCEDIMENTALES PARA EVITAR MATRIMONIOS FORZADOS O CONCERTADOS. IV. LEY APLICABLE A LA FORMA DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO ENTRE MENORES. V. CONCLUSIONES Y PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*.

RESUMEN

La finalidad principal de este trabajo está en discernir, desde el marco legal internacional y desde una visión comparada del Derecho, entre el matrimonio válido de adolescentes celebrado ante autoridades españolas e iberoamericanas, y el matrimonio forzado o concertado de

menores. Vinculado al objetivo anterior está el establecimiento de las garantías procedimentales necesarias para la protección del derecho a la vida familiar de las personas en edad núbil y su derecho a contraer matrimonio, que comienzan por el esclarecimiento de la ley aplicable a la capacidad para contraer matrimonio, para prestar consentimiento, y la forma de celebración del matrimonio, y de los posibles problemas de aplicación de las normas de conflicto, así como de los mecanismos de protección de los menores emancipados que desean contraer matrimonio.

PALABRAS CLAVE: Ley aplicable. Derecho internacional privado español. Menores. Matrimonio. Derecho internacional privado convencional y autónomo iberoamericano.

ABSTRACT

The main purpose of this work is to discern, from the international legal framework and from a comparative vision of Law, between the valid marriage of adolescents celebrated before Spanish and Ibero-American authorities, and the forced or arranged marriage of minors. Linked to the previous objective is the establishment of the procedural guarantees necessary for the protection of the right to family life of people of marriageable age and their right to marry, which begin with the clarification of the law applicable to the capacity to marry, to give consent, and the form of celebration of the marriage, and the possible problems of application of the conflict rules, as well as the protection mechanisms for emancipated minors who wish to marry.

KEYWORDS: Law applicable. Spanish Private International Law. Minors. Marriage. Conventional and autonomous Ibero-American Private International Law.

I. INTRODUCCIÓN: EL *IUS NUBIENDI* DE LOS ADOLESCENTES EN EL MARCO LEGAL INTERNACIONAL

En este trabajo se ha utilizado el método de Derecho comparado entre el Derecho internacional privado autónomo español y el Derecho internacional privado convencional y autónomo de los Estados iberoamericanos con la intención de desvelar las fallas en el ordenamiento jurídico español a la hora de deslindar el matrimonio legal y consentido plenamente entre adolescentes maduros y capaces de 16 y 17 años, y los matrimonios forzados

o concertados de menores celebrados ante autoridades españolas, forzados por sus familiares. Al desvelar las fallas en la protección de los menores emancipados que deseen contraer matrimonio, lograremos proporcionar las garantías procedimentales necesarias para evitar matrimonios forzados o concertados de menores.

Tres son las razones esenciales que nos han empujado a seleccionar a Iberoamérica como el continente adecuado para comparar con España. La primera de ellas tiene que ver con el alto porcentaje de población con nacionalidad de algún Estado iberoamericano residiendo en España[1]. La segunda razón es el alto porcentaje de matrimonios de menores de edad que se producen en Iberoamérica y los cambios legislativos que se están realizando en estos países para evitarlos[2]. Y la tercera tiene que ver con la destacable cifra de iberoamericanos que han adquirido la nacionalidad española en los últimos años[3], y con que se estén empezando a detectar

1. Email: luciaserrano@uma.es. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-5596-5465. Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D+I: «El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica» — PID2020-113061GB-I00, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033; en el Proyecto «Litigios transfronterizos familiares y patrimoniales de españoles residentes en Iberoamérica y viceversa», Código del proyecto: B1-2023-049, del que la autora es IP; y en el Proyecto «Nuevos retos y reformas pendientes de la justicia penal de menores». PID2021-125718NB-I00. Además, se inserta en el Grupo de investigación de la Universidad de Granada, «SEJ175. Unión Europea, Derecho internacional privado y Derecho comparado»; y en el Grupo de investigación de la Universidad de León (506) titulado «Derecho europeo, historia jurídica, y organizaciones sociales»-EUROHIST.org, del que la autora es colaboradora.
   Del total de 793.063 autorizaciones de residencia otorgadas en el año 2022 en España, unas 230.791 fueron concedidas a nacionales de países Iberoamericanos (Venezuela, Colombia, Honduras, Nicaragua, Paraguay, y Cuba). Esto representa un 29.10 % de las concesiones de residencia. *Vid.* OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN. (2023). *Flujo de autorizaciones de residencias concedidas a extranjeros año 2022*, p. 9.
2. De conformidad con el informe de los ODS de 2023 de la ONU, «en la actualidad una de cada cinco mujeres jóvenes (19%) contrajo matrimonio antes de cumplir los 18 años, lo que represente un 6% menos que hace 25 años. Manteniéndose los niveles estancados en América Latina». *Vid*. ONU. (2023). *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, p. 23.
3. De acuerdo con el Observatorio Permanente de la inmigración ha habido se ha producido en el año 2023 un incremento de 199% de concesiones de nacionalidad española por residencia a iberoamericanos con respecto año 2022. Esto es una cantidad de 152.383 nuevos nacionales. *Vid*. OBSERVATORIO PERMANENTE DE LA INMIGRACIÓN. Concesiones de nacionalidad por residencia. Información disponible en: https://www.inclusion.gob.es/web/opi/estadisticas/catalogo/concesiones_nacionalidad?tab=ultimos-datos.

matrimonios forzados en España de nuevas nacionales españolas, menores de edad, o menores extranjeras con residencia legal en España, que contraen matrimonio ante autoridad española[4].

Antes de adentrarnos en el DIPr español, y en el DIPr convencional y autónomo de los Estados iberoamericanos, aplicable para identificar la ley aplicable a la capacidad para contraer matrimonio de los contrayentes, al fondo y forma de la prestación del consentimiento, y a la forma de celebración del matrimonio, es necesario hacer un repaso del marco legal internacional, pues este representa el orden público internacional y, por ende, el orden público nacional que puede desplazar la aplicación de una norma extranjera a la hora de determinar la capacidad o para prestar consentimiento para contraer matrimonio. También, es el marco jurídico legal internacional que reconoce el *ius nubiendi* de las personas, por el que se establecen las garantías procedimentales mínimas para evitar matrimonios forzados o concertados.

En ese sentido, se debe tener en cuenta que el derecho a contraer matrimonio es un derecho fundamental derivado de la dignidad del ser humano, quien tiene derecho a formar una familia. No obstante, no es un derecho universal, sino que, de conformidad con el art. 16 de la DUDH—[5], solo se reconoce a aquellas personas que tengan edad núbil, y siempre que se haya prestado pleno y libre consentimiento. Requisitos legales para contraer matrimonio (edad núbil, consentimiento pleno y libre) que son confirmados nuevamente por el art. 23 del PIDCP[6].

En el ámbito regional europeo, se reproduce el requisito legal internacional establecido por la ONU sobre la edad núbil para contraer matrimonio en el art. 12 del CEDH, vinculado al derecho a la vida familiar (art. 8

4. En ese sentido, cabe señalar que la prensa española se hace eco de la existencia de matrimonios infantiles y juveniles forzados en territorios españoles como Cataluña, Madrid, Andalucía, Valencia y Aragón. Suelen ser menores todavía al cuidado de sus progenitores, y son mayoritariamente de nacionalidad española o tienen residencia legal en España, aunque sus familias procedan del Magreb, África subsahariana y sur de Asia. Unos matrimonios forzados que han sido tipificados como un delito de trata de seres humanos. *Vid.* Carolina VILLACAMPA ESTIARTE, «*Matrimonio forzado en España: claves para detectarlo y abordarlo*», en Diario El País, 24 de junio de 2024. Disponible en: https://elpais.com/planeta-futuro/2024-06-24/matrimonio-forzado-en-espana-claves-para-detectarlo-y-abordarlo.html#.
5. Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Disponible en: https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights.
6. ESPAÑA. Instrumento de Ratificación de España del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977.

CEDH)[7]; y en el ámbito regional americano tanto este requisito legal mencionado, como el del consentimiento pleno y libre, es recogido en el art.17 de la CADH[8]. Para garantizar el derecho humano a contraer matrimonio se regula en la ley interna de cada uno de los Estados cómo se ejercita este (art. 9 de la CDFUE), un derecho vinculado al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 CDFUE[9]. En el caso español, el *ius nubiendi* está establecido en el art. 32 CE, un mismo precepto que indica que la ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, etc.

Un ordenamiento jurídico interno que determinará la edad mínima para contraer matrimonio y regulará, en su caso, la dispensa del requisito de edad, según lo establecido en el marco legal internacional. En ese sentido, el art. 2 de la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer el matrimonio y el registro de los matrimonios de 1962 dispone: «*son los Estados parte de la presente Convención quienes adoptarán las medidas legislativas necesarias para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de la edad*»[10]. Por lo tanto, será el ordenamiento jurídico español y de los Estados hispanoamericanos quienes regulen en su normativa interna la capacidad para contraer matrimonio[11].

7. ESPAÑA. Instrumento de Ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966, respectivamente. BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979.
8. Convención americana de derechos humanos de 1969. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/tablas/17229a.pdf.
9. Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea del 2000. *DOUE* C 202/389, de 7 de junio de 2016.
10. España forma parte de este instrumento desde el año 1969. *Vid*. Convención sobre el consentimiento vara el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registros de los mismos abiertos a la firma en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York el día 10 de diciembre de 1962 y adhesión de España a la misma. BOE núm. 128, de 29 de mayo de 1969.
11. Esta norma convencional vincula a los siguientes países hispanoamericanos: 1) Argentina (desde 1970); 2) Cuba (desde 1965); 3) España (desde 1969); 4) Guatemala (desde 1983); 5) México (desde 1983); 6) República Dominicana (desde 1964); y 7) Venezuela (desde 1983). Firmó este instrumento Chile en el año 1962, y no llegó a ratificarlo, por lo tanto, no es vinculante para este país. Tampoco es vinculante para los Estados que no lo han firmado ni ratificado, entre los que se encuentran: Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, y Uruguay. Los Estados que han ratificado este instrumento pueden consultarse aquí: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X-VI-3&chapter=16&clang=_en.

Más tarde, en el año 1965, el límite mínimo de edad para contraer matrimonio fue interpretado por la Asamblea General de Naciones Unidas en la «Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, de 1 de noviembre de 1965, Resolución 2018 (XX).»[12]. En su principio II determinó que «*la edad mínima para contraer matrimonio no podrá ser inferior a los 15 años. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvado que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense del requisito de la edad*». Por consiguiente, permite que los adolescentes de 15, 16 y 17 años puedan contraer matrimonio, e incluso en una edad inferior, si fuera dispensado el requisito de la edad.

A continuación, en el año 1979, se aprueba la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979[13], en cuyo art.16.2 se establece: «*No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción en un registro oficial*».

Nuevamente este límite es interpretado conjuntamente por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y el comité de los derechos del niño en el año 2014 con la «Recomendación general núm.31 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y Observación general núm.18 del Comité de los derechos del niño sobre las prácticas

12. ASAMBLEA GENERAL DE NACIONES UNIDAS. Recomendación sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios, de 1 de noviembre de 1965, Resolución 2018 (XX). Disponible en: https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/recommendation-consent-marriage-minimum-age-marriage-and.

13. España forma parte de esta Convención desde 1983. *Vid.* Instrumento de ratificación de 16 de diciembre de 1983 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979. BOE núm. 69, de 21 de marzo de 1984. esta última Convención solo es vinculante para los siguientes Estados hispanoamericanos: 1) Argentina (desde 1985); 2) Bolivia (desde 1990); 3) Chile (desde 1989); 4) Colombia (desde 1982); 5) Costa Rica (desde 1986); 6) Cuba (desde 1980); 7) Ecuador (desde 1981); 8) El Salvador (desde 1981); 9) España (desde 1984); 10) Guatemala (desde 1982); 11) Honduras (desde 1983); 12) México (desde 1981); 13) Nicaragua (desde 1981); 14) Panamá (desde 1981); 15) Paraguay (desde 1987); 16) Perú (desde 1982); 17) República Dominicana (desde 1982); 18) Uruguay (desde 1981); y 19) Venezuela (desde 1983). Se pueden observar los Estados que han ratificado esta Convención en el siguiente enlace: https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en.

nocivas, adaptadas de manera conjunta», en cuyo párrafo 20 se dispone: «…*Como una cuestión de respeto a las capacidades en evolución del niño y a su autonomía a la hora de tomar decisiones que afectan a su vida, en circunstancias excepcionales se puede permitir el matrimonio de un niño maduro y capaz menor de 18 años, siempre y cuando el niño tenga como mínimo 16 años de edad y tales decisiones las adopte un juez basándose en motivos excepcionales legítimos definidos por la legislación y en pruebas de madurez, sin dejarse influir por la cultura ni la tradición*»[14].

En el año 2014, la edad de los contrayentes para considerarlo «matrimonio infantil» o «matrimonio a edad temprana», se indica que es todo aquel matrimonio que se celebre al tener menos de 18 años de edad. Esta definición es implementada por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer y el Comité de los derechos del niño en la Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas. No obstante, se sigue permitiendo de manera excepcional casarse a los adolescentes de 16 y 17 años y sean autorizados por un juez a casarse basándose en motivos excepcionales legítimos definidos por la legislación y en pruebas de madurez, sin dejarse influir por la cultura ni la tradición[15].

Por consiguiente, el nuevo límite para contraer matrimonio en el marco legal internacional estaría en los 16 años, y siempre se requerirá una decisión judicial y pruebas de madurez y capacidad del menor que desea contraer matrimonio. De este modo se estaría acreditando que no se trata de un matrimonio forzado en el que no existe en el que no se pueda prestar consentimiento ni se tenga capacidad para contraer matrimonio por razón de la edad. Sin embargo, advertimos que un sector de la doctrina española se decanta por interpretar este marco legal internacional estableciendo la

14. *Op. cit*. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER Y COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, de 14 de noviembre de 2014. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18.

15. *Vid*. COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER Y COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta, de 14 de noviembre de 2014, párrafo 20. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18.

edad mínima para contraer matrimonio en los 18 años, y considerando que los menores de 16 y 17 años no tienen edad núbil[16].

Esta última interpretación de la capacidad para contraer nupcias matrimoniales de los adolescentes por la CEDAW y el Comité de los derechos del niño, la mencionada en la Recomendación citada, es el asumido por la Corte Interamericana de derechos humanos en su informe sobre Violencia y discriminación contra mujeres, niñas y adolescentes, del año 2019[17]. En el párrafo núm.225 de dicho informe señala que: «*En específico, la CIDH considera que* ***el juez debe valorar las circunstancias del caso particular y adoptar una decisión motivada apegada a los principios y estándares internacionales e interamericanos*** *de protección de las niñas, niños y adolescentes, de las mujeres, en particular en lo referente a las obligaciones de los Estados en materia de protección en contra de la discriminación y violencia*» (la negrita es nuestra). Por consiguiente, serán estos principios y estándares internacionales, y en ocasiones interamericanos o europeos, los que deberán guiar las leyes internas de los Estados en materia de matrimonio internacional, marcando las diferencias y límites entre un matrimonio forzado[18] y un matrimonio consentido y válido entre adolescentes en edad núbil y otros adolescentes o adultos.

A pesar de contar con este marco legal internacional que regula el *ius nubiendi* de los adolescentes de 16 y 17 años de edad, en el año 2015 la Agenda 2030 en su Objetivo núm. 5 destinado a lograr la igualdad entre los géneros y empoderar a todas las mujeres y las niñas, ha recogido como meta en su

16. *Vid.* Carolina VILLACAMPA ESTIARTE y Marc SALAT PAISAL (2024). «El matrimonio forzado como manifestación de la violencia contra las mujeres: aproximación comparada», *IgualdadES*, 10, p. 18.

17. *Vid.* CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2019). *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas, y adolescentes.*

18. El matrimonio forzado está tajantemente prohibido en España y en los Estados miembros de la UE por el art. 37 del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica. Instrumento que está en vigor desde el 1 de octubre de 2023 en el territorio de la UE, después de su firma y ratificación por la UE en nombre de todos los Estados parte. *Vid.* Decisión (UE) 2023/1075 del Consejo de 1 de junio de 2023 relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a las instituciones y la administración pública de la Unión; y Decisión (UE) 2023/1076 del Consejo de 1 de junio de 2023 relativa a la celebración, en nombre de la Unión Europea, del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, en lo que respecta a asuntos relacionados con la cooperación judicial en materia penal, asilo y no devolución. *DOUE* núm. 143, de 2 de junio de 2023. Y el Convenio de Estambul, en *DOUE* núm. 143, de 2 de junio de 2023.

apartado 5.3 «el eliminar todas las prácticas nocivas, como el matrimonio infantil, precoz y forzado…», entendiendo por este todo aquel matrimonio que se haya celebrado con un contrayente menor de 18 años de edad[19].

Una definición del «matrimonio infantil», que trata a los adolescentes como infantes, como si no tuvieran autonomía de la voluntad, ni derecho a emanciparse, ni capacidad evolutiva. El trasfondo del aumento de la edad para contraer matrimonio, a través de instrumento internacional de s*oft law,* puede ser por los siguientes motivos: 1) el incremento del riesgo de que los adolescentes e infantes mujeres sean víctimas de trata de seres humanos o de violencia de género, en su versión de matrimonio forzado, en manos de sus propios progenitores y con una justificación cultural; y 2) el retraso en el acceso a la educación básica de las menores, así como el riesgo de sus vidas al dar a luz a una edad temprana. En ese sentido, UNICEF en su informe «Perfil del matrimonio infantil y las uniones tempranas en América Latina y el Caribe» del año 2019, señala que una de cada cuatro mujeres de América Latina y el Caribe han contraído matrimonio antes de cumplir la mayoría de edad (18 años). Por lo que podemos observar en el gráfico recogido por Unicef en la página 5 de su informe, 20 de 25 matrimonios (el 80%) se produjeron con edades comprendidas entre los 16 y 17 años[20]. La CIDH partiendo de los datos de este informe nos señala el ranking de países hispanoamericanos con mayor porcentaje de mujeres de 20 a 24 años casadas o en unión por primera vez antes de los 18 años. Entre los primeros se encuentran, entre otros: 1) República Dominicana con un 36%; 2) Nicaragua con un 35%; 3) Honduras con un 34%; 4) Guatemala con un 29%; 5) México, El Salvador, y Panamá, con un 26%[21].

Por último, se debe señalar que, en caso español, es el art. 32 de la CE[22] el que eleva a derecho fundamental el derecho humano a contraer matrimonio, y es el Código civil español el que determina la forma del matrimonio, la capacidad y la edad para contraerlo. Norma que permite que hoy en día puedan prestar consentimiento matrimonial y casarse los menores

19. Información disponible en: https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/gender-equality/
20. UNICEF. (2019). *Perfil del matrimonio infantil y las uniones tempranas en América Latina y el Caribe*, p. 5.
21. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2019). *Violencia y discriminación contra mujeres, niñas, y adolescentes*, p. 20.
22. Art. 32 de la CE: «1. El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. 2. La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos».

emancipados de 16 y 17 años (arts. 45 y 46.1 Cc)[23]. No obstante, habría que analizar si en el ordenamiento jurídico español se han implementado las garantías procedimentales suficientes para evitar los matrimonios forzados o concertados, y para verificar la madurez y capacidad de los adolescentes en edad núbil. Un hecho punible que podría ser calificado como violencia de género que afecta a las menores[24].

Una vez determinado el marco internacional y nacional que regula el «*ius nubiendi*» de los adolescentes de 16 y 17 años de edad, y que a estas edades también se pueden casar los adolescentes españoles en España, pasamos a analizar el Derecho internacional privado aplicable a los siguientes casos: 1) un contrayente adolescente iberoamericano y un contrayente adolescente o adulto español, que desean contraer matrimonio ante autoridad española; y 2) un contrayente adolescente iberoamericano y un contrayente adolescente o adulto español, que contrae matrimonio ante autoridad extranjera.

II. LEY APLICABLE A LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO: EL IMPEDIMENTO DE EDAD ¿ES (IN) DISPENSABLE?

Dependiendo de si se compadece ante una autoridad española o una autoridad extranjera competente por razón de la materia, a la hora de contraer matrimonio puede variar la ley aplicable a la capacidad, consentimiento, forma del matrimonio, impedimentos legales (dispensables e indispensables) de los cónyuges, garantizando o no el *ius nubiendi* de los adolescentes. En el caso de que se compadezca ante una autoridad española, esta aplicará su Derecho internacional privado autónomo, puesto que no

23. *Vid.* José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE y Pedro CHAPARRO MATAMOROS, (2023). «Lección 2. El Matrimonio» en José Ramón DE VERDA Y BEAMONTE (coord.), *Derecho civil IV. Derecho de familia. 6.ª edición*, pp. 41-42.

24. Desde el verano del 2024, con la entrada en vigor de la Directiva (UE) 2024/1385 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de mayo de 2024 sobre la lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, se ha obligado a los Estados miembros a garantizar que sean punibles como delito los matrimonios forzados, considerando por estos, de conformidad con los dispuesto en el art. 4: « el obligar a una persona adulta o menor a contraer matrimonio, o atraer a una persona adulta o menor al territorio de un país que no sea en el que resida, con la intención de obligarla a contraer matrimonio». *DOUE* núm. 1385, de 24 de mayo de 2024. Sin embargo, la UE no dispone de ninguna norma por la que se definan las garantías procedimentales o medidas de protección que han de adoptarse en el caso de la ley personal de los contrayentes permita contraer matrimonio a menores de edad, emancipados o no.

existe un nivel convencional o institucional en esta materia. Sin embargo, si conociera del matrimonio internacional una autoridad hispanoamericana sí tendrían que aplicar, en primer lugar, su Derecho internacional privado convencional, en la mayoría de las ocasiones en todo lo que no contradijera a su Derecho internacional privado autónomo. En concreto, sería aplicable el Capítulo IV. Del matrimonio y el divorcio del Código Bustamante de 1928 (arts.36 y ss.)[25].

Por lo que se refiere a la capacidad de los menores de edad para contraer matrimonio ante una autoridad española, se aplicaría como norma de conflicto el art. 9.1 del Cc español que remite a la ley personal de cada uno de estos. También, es la ley personal la que determina a partir de qué edad pueden emanciparse los menores, si se emancipan al contraer matrimonio, puesto que es una cuestión de estado civil de la persona (art. 9.1 Cc). Se considera la ley personal la ley rectora para determinar la capacidad para contraer el matrimonio, las clases de impedimentos para contraer matrimonio y sus posibles dispensas[26]. Si existe impedimento de edad para contraer matrimonio dispensable o indispensable entendemos que se determina por la ley del Estado que emite el certificado de capacidad matrimonial (art. 1 Convenio CIEC núm. 20)[27], aunque las autoridades del lugar de celebración del matrimonio puedan conceder la dispensa de los impedimentos estable-

25. Forman parte de este Convenio y, por lo tanto, las disposiciones relativas al matrimonio les sería aplicable solo a las autoridades de los países hispanoamericanos siguientes: 1) Argentina (desde 1928); 2) Bolivia (desde 1932); 3) Chile (desde 1933); 4) Costa Rica (desde 1930); 5) Colombia (desde 1928); 6) Cuba (desde 1928); 7) Ecuador (desde 1933); 8) El Salvador (desde 1931); 9) Guatemala (desde 1929); 10) Honduras (desde 1930); 11) México (desde 1928); 12) Nicaragua (desde 1930); 13) Panamá (desde 1928); 14) Paraguay (desde 1928); 15) Perú (desde 1929); 16) República Dominicana (desde 1929); 17) Uruguay (desde 1928); y 18) Venezuela (desde 1932). *Vid.* ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Estado de firmas y ratificaciones de la Convención sobre Derecho internacional privado (Código Bustamante). Disponible en: https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-31_Codigo_Bustamente_firmas.asp.

26. Miguel GÓMEZ JENE *et al.* (2023). «Lección 16.ª. Matrimonio y uniones de hecho o registradas» en Mónica GUZMÁN ZAPATER (dir.), *Lecciones de Derecho internacional privado*, 3.ª ed., p. 370.

27. En España, el certificado de capacidad matrimonial se emite de conformidad con el modelo del Convenio núm. 20 de la Comisión internacional del Estado civil (CIEC), un instrumento del que no forman parte ninguno de los Estados iberoamericanos, pero sí otros Estados de la UE. Véase el estado de ratificaciones aquí: https://www.ciec1.org/convention-20-presentation-en. Consultado a 13 de octubre de 2024. *Vid.* ESPAÑA. Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la expedición de un certificado de capacidad matrimonial. hecho en Múnich el 5 de septiembre de 1980, art. 1. BOE núm. 117, de 16 de mayo de 1988.

cidos en la ley personal (art. 1 Convenio CIEC núm.7)[28]. Normas convencionales que solo serían aplicables por Estados parte, siendo España uno de ellos, pero no es parte ninguno de los países iberoamericanos.

Del mismo modo, si los contrayentes compadecen ante una autoridad extranjera, aunque conociera una autoridad iberoamericana que sea parte del Código de Bustamante, como regla general la capacidad se determina de conformidad con la ley personal de cada uno de los contrayentes, aunque alguno fuere extranjero (arts.36 y 37 Código Bustamante)[29]. También, se aplica la ley personal para establecer los impedimentos dispensables e indispensables, aplicándose en su caso la ley local a los extranjeros a los efectos de establecer los impedimentos indispensables, pero no para emitir dispensa de estos (arts. 36 y 38 Código Bustamante). Y la ley personal también se aplicaría para determinar a qué edad los menores se pueden emancipar, y si el matrimonio produce la emancipación del menor (art. 101 Código Bustamante).

Pasamos, a continuación, a analizar el Derecho internacional privado autónomo aplicable por los Estados parte del Código Bustamante y otros Estados iberoamericanos, cuando van a determinar la edad para contraer matrimonio, la emancipación de los menores, el impedimento de edad y si es dispensable o no.

1. EL MATRIMONIO COMO FORMA DE EMANCIPACIÓN DEL ADOLESCENTE Y CRITERIOS DE CONEXIÓN PARA CONTRAER MATRIMONIO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO AUTÓNOMO

El matrimonio de adolescentes puede contemplarse como una forma de emancipación del menor de edad por la legislación interna de los Estados

28. ESPAÑA. Instrumento de adhesión de España al Convenio tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero, hecho en París el 10 de septiembre de 1964. BOE núm. 16, de 19 de enero de 1977. De esta norma nuevamente forma parte España y otros Estados europeos, pero no iberoamericanos. Véase estado de ratificaciones aquí: https://www.ciec1.org/convention-7-presentation-en. Consultado a 13 de octubre de 2024.

29. Art. 36 del Código Bustamante dispone: «Los contrayentes estarán sujetos a su ley personal en todo lo que se refiera a la capacidad para celebrar el matrimonio, al consentimiento o consejo paternos, a los impedimentos y a su dispensa». Y el Art. 37: «Los extranjeros deben acreditar antes de casarse que han llenado las condiciones exigidas por sus leyes personales en cuanto a lo dispuesto en el artículo precedente. Podrán justificarlo mediante certificación de sus funcionarios diplomáticos o agentes consulares o por otros medios que estime suficientes la autoridad local, que tendrá en todo caso completa libertad de apreciación».

iberoamericanos. Este es el caso de los ordenamientos jurídicos siguientes: 1) Argentina (art. 27 Código civil y comercial)[30]; 2) Bolivia (art. 106 Código de las familias y del proceso familiar)[31]; 3) Colombia (art. 314.2 Código civil)[32]; 4) Cuba (art. 29.1 b Código civil)[33]; 5) Nicaragua (art. 503.5 Código civil 2019 y art. 21 b Código de familia)[34]; 6) Panamá (art. 352 Código de familia)[35]; 7) Paraguay (arts. 144 y 75 c Código de la niñez y la adolescencia)[36]; 8) Uruguay (arts. 281 y 283 del Código Civil)[37]; y 9) Venezuela (art. 382 Código civil)[38].

En otras ocasiones, se ha implementado el ODS 5, meta 5.3, de la Agenda 2030 en la legislación interna a través de la desregularización de la emancipación por contraer matrimonio, lo que les niega la capacidad evolutiva de los adolescentes, con independencia de la edad y madurez del sujeto. Ese es el caso explícito de los siguientes ordenamientos jurídicos: 1) México

30. ARGENTINA. Código civil y comercial argentino, de 1 de octubre de 2014. Disponible en: http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#11. Consultado a 5 de octubre de 2024.
31. BOLIVIA. Código de las familias y del proceso familiar, de 19 de noviembre de 2014. Disponible en: https://faolex.fao.org/docs/pdf/bol208221.pdf.
32. COLOMBIA. Código civil. Disponible en: http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html. Consultado a 5 de octubre de 2024.
33. CUBA. Código civil Disponible en: https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/cu/cu005es.html#:~:text=El%20nuevo%20C%C3%B3digo%20Civil%20de,-virtud%20de%20lo%20establecido%20en. Consultado a 5 de octubre de 2024.
34. NICARAGUA. Código Civil de la República de Nicaragua. Publicado en *La Gaceta*, *Diario Oficial* Nº. 236 de 11 de diciembre de 2019. Disponible en: http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/b92aaea87dac762406257265005d21f7/2ee770725dc6a5fd062584c1005e7de7?OpenDocument. Consultado a 13 de octubre de 2024. Y Código de Familia nicaragüense disponible en: http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/9e314815a08d4a6206257265005d21f9/bf20230a44cce90e06257d400064baa7?OpenDocument. Consultado a 13 de octubre de 2024.
35. PANAMÁ. Código de Familia de Panamá de 1994, regulado por la Ley N.º 3 De 17 de mayo de 1994. Publicada en la *Gaceta Oficial* N.º 22.591 de 1 de agosto de 1994. Disponible en: http://200.46.165.35/audinet/assets/4-c%C3%B3digo-de-familia.pdf. Consultado a 13 de octubre de 2024. Ley 30, que modifica y deroga disposiciones del Código de familia, en el año 2015. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2015_ley30_pan_.pdf.
36. PARAGUAY. Ley N.º 1680 / Código de la niñez y la adolescencia. Disponible en: https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/5261/ley-n-1680-codigo-de-la-ninez-y-la-adolescencia. Consultado a 16 de octubre de 2024.
37. URUGUAY. Código civil de Uruguay actualizado. Disponible en: https://www.impo.com.uy/bases/codigo-civil/16603-1994.
38. VENEZUELA. Código civil. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_venezuela.pdf.

(Código federal de México)[39]; 2) Perú (Código civil)[40]; y 3) República Dominicana (Código civil)[41].

En contraposición con lo anterior, la legislación de otros Estados iberoamericanos no contempla la emancipación por matrimonio, pero sí otras causas de emancipación: 1) Chile (art. 269 Código civil)[42]; 2) Costa Rica (art. 147.1 Código civil)[43]; 3) Ecuador (art. 310.2 Código civil)[44]; 4) El Salvador (art. 239.3 a Código de Familia)[45]; 5) España (arts. 46.1, 239, 241, y 243 Cc)[46];

39. MÉXICO. Código Civil Federal Nuevo Código publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CCF.pdf. El articulado en el Código civil federal de México referido a la emancipación se derogó en el año 2019. No se puede contraer matrimonio siendo menor de 18 años. Podría denegarse la aplicación de la ley extranjera si permite contraer matrimonio a los menores de edad por ser contradictoria al orden público mexicano.
40. PERÚ. Ley que modifica el Código civil, Decreto Legislativo 295, a fin de prohibir el matrimonio de personas menores de edad. Disponible en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/11/ley-31945-modifica-codigo-civil-dl-295-matrimonio-menores-edad.pdf. Código civil al completo con actualizaciones y jurisprudencia en: https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado/. Al recogerse como impedimento absoluto el contraer matrimonio siendo menor de edad en la reforma del año 2023, no se permite la emancipación por matrimonio.
41. REPÚBLICA DOMINICANA. Código civil. Disponible en: http://www.senado.gov.do/masterlex/MLX/docs/1C/2/11/18/1E7A.htm. Consultado a 16 de octubre de 2024. Después de la reforma del año 2021 no se recoge la emancipación por matrimonio porque se recoge la prohibición de contraer matrimonio siendo menor de edad.
42. CHILE. Código civil de 16 de mayo del 2000. Disponible en: https://leyes-cl.com/codigo_civil/269.htm. No contempla expresamente la emancipación por matrimonio. Distingue entre la legal y la judicial.
43. COSTA RICA. Código civil de Costa Rica, después de su reforma. Disponible en: https://pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=37585&nValor3=39630&strTipM=TC. Consultado a 5 de octubre de 2024. No contempla expresamente la emancipación por matrimonio. Solo que terminará la patria potestad.
44. ECUADOR. Ley reformatoria al Código Civil de 17 de junio de 2015. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2015_lracc_ecu.pdf. Regula la emancipación voluntaria, legal, y judicial. La emancipación por matrimonio es un tipo de emancipación legal.
45. EL SALVADOR. Código de familia de 13 de diciembre de 1993. Disponible en: https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/53FC3F29-8DC4-4F25-9D04-5411699E4092.pdf. Se regula como causa de extinción de la autoridad parental por matrimonio del hijo.
46. ESPAÑA. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código. *Gaceta de Madrid* núm. 206, de 25 de julio de 1889.

6) Guatemala (art. 274 Código civil)[47]; y 7) Honduras (art. 16 Código de Familia)[48].

En la legislación española, de conformidad con el art. 46.1 Cc en correlación con el art. 241 Cc, se puede estar emancipado de hecho o de derecho[49]. Se está emancipado de hecho cuando se vive de manera independiente de los progenitores, y se consiente por estos (art. 243 Cc)[50]. Y se está emancipado de derecho bien sea por concesión de quiénes ejercen la patria potestad, otorgándose por escritura pública o por comparecencia ante el encargado del Registro civil (arts. 239 y 241 Cc), o ya bien sea por concesión judicial (art. 239 Cc)[51]. Tanto en uno como en otro caso, se entiende que los menores de 16 y 17 años emancipados tienen capacidad para contraer matrimonio, puesto que están desprendidos del seno familiar, haciéndose cargo de ellos mismos, y cuentan con el consentimiento parental o con autorización judicial, y no se les prohíbe contraer matrimonio en el art. 46 Cc. Ahora bien, debemos tener en cuenta que en España existe un sistema plurilegislativo y que en algunas Comunidades autónomas como en el caso de Aragón, en su Código de Derecho foral, se permite la emancipación de los menores a los 14 años, planteándose la duda por algún autor sobre si se le permitiría entonces contraer matrimonio y sin necesidad de dispensa[52].

No obstante, debemos advertir que el trámite de solicitud de la dispensa matrimonial de edad fue suprimido en el año 2015, tal y como podemos

47. GUATEMALA. Decreto 13/2017, por el que se reforma el Código civil de Guatemala. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2017_decreto13-2017_gtm.pdf. No regula expresamente la emancipación, ni contempla la emancipación por contraer matrimonio, pero sí causas de pérdida de la patria potestad.
48. HONDURAS. Decreto No. 76-84 Publicado en el *Diario Oficial La Gaceta* No.24, 394 de fecha 16 de agosto de 1984. Disponible en: file:///C:/Users/lucia/Downloads/Codigo%20de%20Familia%20(Actualizado%20con%20Reformas%20Ley%20de%20Adopciones).pdf. Consultado a 13 de octubre de 2024. No contempla expresamente la emancipación por contraer matrimonio. Además, la mayoría de edad la establece en los 21 años, y prevé que se pueda contraer matrimonio a partir de los 18 años y con autorización.
49. *Vid.* Ramón DURÁN RIVACOBA (2023), «Comentario del Artículo 46 del Código civil», en Ana CAÑIZARES LASO (dir.), *Comentarios al Código Civil,* Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 731-735. Y María Eugenia TORRES COSTA (2023), «Comentario del Artículo 241 del Código civil», *ibid.*, pp. 1639-1644.
50. *Vid.* M.ª Eugenia TORRES COSTAS (2023), «Artículo 243», *ibid.*, pp. 1645-1649.
51. *Vid.* M.ª Eugenia TORRES COSTAS (2023), «Comentario del Art. 239 Código civil», *ibid.*, pp. 1627-1632.
52. *Vid.* Alejandro NIETO CRUZ (2021). «La edad núbil en el ordenamiento español tras la reforma del 2015: especial incidencia del Derecho foral», *Actualidad jurídica iberoamericana,* núm. 14, p. 383.

observar en la redacción del art. 48 Cc antes de dicha reforma en el que se establecía «…*El Juez de Primera instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores*...». Esta redacción es modificada por la Disposición final 1.2 de la LJV. De conformidad con el Preámbulo núm.10 de la LJV la dispensa matrimonial de edad para los menores de 14 años se elimina, pero se mantiene la posibilidad de que los menores emancipados de 16 y 17 años puedan casarse; y también de convalidación del matrimonio nulo entre menores no emancipados con un año de convivencia después de alcanzar la mayoría de edad[53].

No obstante, a nuestro modo de entender se perdió la oportunidad en dicha reforma del Cc español del año 2015 de prohibir expresamente el matrimonio de menores de edad y de regular el matrimonio de menores emancipados, obligándoles a obtener una dispensa matrimonial de edad, y de suprimir la convalidación del matrimonio de menores no emancipados al alcanzar la mayoría de edad. Consideramos que, para cumplir con el marco legal internacional, debe obligarse a los menores emancipados de 16 y 17 años a acudir al juez español competente y aportarle las pruebas de madurez y capacidad correspondientes. Asimismo, consideramos que debe armonizarse la edad para obtener la emancipación en todo el territorio español elevando la edad a 16 años en los territorios autonómicos en lo que aún se pueden emancipar los menores con 14 años.

Por consiguiente, atendiendo a lo dispuesto anteriormente, entendemos que los menores emancipados de 16 y 17 años con el vigente Código civil pueden contraer matrimonio sin necesitar dispensa judicial para ello, solo deben probar la inexistencia del impedimento acreditando que es un menor emancipado (art. 51 Cc). Esto sería incongruente con el marco legal internacional que hemos mencionado en el apartado de introducción de este trabajo, por el que como garantía procedimental se requiere dispensa judicial, oír al menor, y demostrar que éste tiene la madurez suficiente y que no está manipulado por su cultura o tradición a la hora de dar el paso de contraer matrimonio.

53. *Vid.* Ignacio PÉREZ CALVO (2017), «IV. Derecho de Familia. Primera parte. La dispensa de impedimento matrimonial y la intervención judicial en los casos de desacuerdo conyugal y administración de bienes gananciales en la Ley de la jurisdicción voluntaria», en Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ (coord.) y M.ª Begoña FERNÁNDEZ GONZÁLEZ (coord.). *La reforma del Derecho de la persona y de la familia. Jurisdicción voluntaria y protección a la infancia y adolescencia,* Editorial Universitaria Ramón Areces, pp. 131-132.

Por lo que se refiere a la capacidad para contraer matrimonio y los criterios de conexión plasmados en el DIPr autónomo de los Estados parte del Convenio Bustamante y en la legislación española, algunos países contemplan criterios de conexión distintos a la ley personal (ley del lugar de celebración del matrimonio, *lex fori,* ley nacional, ley del domicilio)[54]. No obstante, debe advertirse que la ley personal en el sistema jurídico español coincide con la ley de nacionalidad, mientras que en los Estados iberoamericanos que sean parte del Código Bustamante, de conformidad con el art.7, la ley personal se puede identificar con la Ley del domicilio, Ley de la nacionalidad o las Leyes que haya adoptado o adopte en su legislación de cada Estado parte.

En el caso de Argentina y Uruguay, entendemos que la ley personal sería la ley del lugar de celebración del matrimonio, y es esta la ley aplicable para determinar la capacidad para contraer matrimonio de los contrayentes. Asimismo, Cuba señala que en el caso de que se trate de una persona apátrida, y devenga inaplicable la ley personal del contrayente, entonces se aplicará la *lex fori*. Por otra parte, Costa Rica establece un conjunto de criterios de conexión aplicables en cascada. En primer lugar, regirá la ley del lugar de

54. La legislación de algunos Estados iberoamericanos no contiene criterios de conexión específicos en su Derecho internacional privado autónomo. Por ese motivo, entendemos que aplican de manera supletoria el criterio de conexión y definición establecido en los arts. 7 y 36 del Código Bustamante, referido a la ley personal, entendida por esta la ley del domicilio, ley de la nacionalidad, o las leyes que haya adoptado o adopte en adelante su legislación interna. Se trata de los Estados iberoamericanos siguientes: 1) Bolivia; 2) Chile; 3) Colombia; 4) Ecuador; 5) El Salvador; 6) Guatemala; 7) Honduras; 8) México; y 9) Perú. Sin embargo, hay otros Estados que si contemplan criterios de conexión en su Derecho internacional privado autónomo. Entre estos Estados está Costa Rica, quien contempla en el art. 7 Código de familia como criterios de conexión: la ley del lugar de celebración del acto o contrato de familia realizado. En defecto de lo anterior, será aplicable la ley del domicilio de la persona y, de no existir este, regirá la ley de la nacionalidad. COSTA RICA. Código de familia de 1973, tras la reforma del año 2016. Disponible en: https://www.pgrweb.go.cr/scij/busqueda/normativa/normas/nrm_texto_completo.aspx?nValor1=1&nValor2=970. También se encuentra Cuba, donde serían aplicables la ley personal con carácter principal, y para las personas apátridas la ley del fuero (art. 12, apartados 1 y 2 Código civil). En Nicaragua se aplicaría la ley del lugar donde se celebra el matrimonio, y en el caso del cambio de domicilio, por la ley de éste (Párr.6 ordinal 6.ª Código civil). En el caso de los nicaragüenses, se aplicaría la ley nacional con independencia del lugar de residencia (art. 10 Código de familia). En Panamá, la ley nacional (art. 6 Código de familia). En Paraguay, la ley del lugar de celebración (art. 132 Código civil). PARAGUAY. Código civil. Disponible en: https://www.bacn.gov.py/leyes-paraguayas/5293/ley-n-1183-codigo-civil. Consultado a 16 de octubre de 2024. En República Dominicana, la ley personal (art. 25 Código civil). En Uruguay, la ley del lugar de celebración del matrimonio (art. 2395 Código civil). Y, en Venezuela, la ley nacional (arts. 9, 26 y 108 Código Civil).

celebración del acto o contrato de familia realizado. En su defecto, la ley del domicilio de la persona; y de no existir este, regirá la ley de la nacionalidad de los contrayentes. Y en el supuesto de Venezuela se interpreta la ley personal como la ley nacional. Cuando no se señala nada en la ley interna, entendemos que está aplicando de manera subsidiaria la norma de conflicto del art. 36 del Código Bustamante.

A sensu contrario, la legislación española identifica la ley personal únicamente como la ley de la nacionalidad del sujeto, y de manera supletoria, la ley del lugar de la residencia habitual para las personas apátridas o de nacionalidad indeterminada (art. 9.10 Cc). Asimismo, Cuba prevé que se aplique la *lex fori* para las personas apátridas.

Sin embargo, entendemos que no se prevé un criterio de conexión, específico y diferente a la ley personal, para determinar la capacidad para contraer matrimonio de las personas refugiadas ni en el DIPr autónomo de los Estados iberoamericanos ni en el DIPr autónomo español. No obstante, en el caso de los primeros, entendemos que pudiera llegar a aplicarse, en el supuesto de que no pueda emitirse el certificado de capacidad matrimonial por el Estado de origen, la ley del domicilio (entendida esta como ley personal de conformidad con el art. 7 Código Bustamante), o las leyes previstas en el DIPr autónomo de los Estados parte, como es, por ejemplo, la ley del lugar de celebración del matrimonio o de celebración del contrato como está previsto en la legislación de Argentina, Costa Rica, y Paraguay. Y en el caso de que no pueda ser emitido el certificado de capacidad matrimonial y de que contraigan matrimonio ante autoridades españolas, podrá ser este emitido por estas (art. 2 CM 1980).

2. (IN) CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO DE LOS MENORES EMANCIPADOS. CON REFERENCIA AL IMPEDIMENTO DE EDAD Y A SU DISPENSA

Como ya habíamos adelantado, por lo que se refiere a la capacidad para contraer matrimonio ante autoridad española, la norma de conflicto aplicable es el art. 9.1 Cc que señala a la ley personal de los contrayentes, advirtiendo que ésta es la ley de la nacionalidad, y en el caso de los menores españoles está permitido contraer matrimonio desde los 16 años si están previamente emancipados, y que no está prevista la dispensa en la legislación en vigor. En el caso de que nos encontrásemos con una persona apátrida o una persona de nacionalidad indeterminada, el criterio de conexión de la ley personal entendemos que debe ser sustituido por la ley del lugar de su residencia habitual (art. 9.10

Cc). Y hay quién aboga también por aplicar este último criterio a las personas refugiadas, al menos en lo que se refiere a la autoridad competente para emitir el certificado de capacidad matrimonial, aunque se determine la capacidad para contraer matrimonio de éste de conformidad con su ley personal[55].

Por el contrario, el art. 36 en correlación con el art. 7 del Código Bustamante, también señala a la ley personal, pero siendo referida a la ley del domicilio, ley de la nacionalidad, o ley que haya adoptado o adopte en la legislación interior el Estado parte.

Debemos advertir que, por lo que respecta a los impedimentos y su dispensa, en la legislación española no existe una norma de conflicto que establezca expresamente la ley aplicable, aunque un sector de la doctrina vincula el impedimento de edad a la capacidad para contraer matrimonio, y por ende señala que la ley aplicable es la ley personal de cada uno de los contrayentes, siendo aplicable para el cónyuge español los impedimentos y dispensa establecidos en los arts. 46 a 48 del Cc español[56]. *A sensu contrario*, el Código Bustamante sí contiene una norma de conflicto expresa en esta materia en el art. 36, señalando expresamente que los contrayentes están sujetos a su ley personal en lo referido a los impedimentos y a su dispensa. Y el art. 38 señala que también se aplicará la ley local a los extranjeros en lo referido a los impedimentos indispensables. Por consiguiente, si el adolescente español se casa ante autoridad iberoamericana, se le aplicarán los impedimentos regulados en la ley española y los impedimentos de la ley extranjera del Estado iberoamericano en el que contrae nupcias. Sin embargo, al adolescente iberoamericano que se casa ante autoridad española solo se le aplican los impedimentos de la ley de su nacionalidad.

No obstante, si se casan ante autoridad española y al remitirnos a la ley personal del contrayente iberoamericano, esta establece que pueden contraer matrimonio los menores por debajo de los 16 años y que la edad es dispensable, la aplicación del Derecho extranjero podrá ser desplazado como una cuestión de orden público[57] «internacional» en forma de correctivo

55. *Vid.* Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS (2024). «Capítulo 7. Celebración del matrimonio en situaciones internacionales», en *Derecho internacional privado. Personas y familia*, Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, p. 155.

56. En ese sentido se pronuncian Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZALEZ (2022), *Tratado de Derecho internacional privado,* Valencia, Tirant lo Blanch, p. 1403.

57. De conformidad con José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo «el orden público se aplica como un correctivo de la norma de conflicto, siempre con carácter

de la norma de conflicto aplicable, denegando la capacidad para contraer el matrimonio (art. 12.3 Cc). Por el contrario, en el supuesto de que la ley personal del sujeto deniegue la capacidad para contraer matrimonio a los menores de 16 y 17 años emancipados, o que no se les permita emanciparse a esas edades, entendemos que debería aplicarse el orden público en sentido positivo permitiendo emanciparse a tales menores y contraer siempre que se demuestre la madurez y capacidad suficiente, además de independencia de la cultura o tradición en la toma de su decisión[58]. Si se interpreta de manera opuesta, se estaría discriminando a los adolescentes extranjeros frente a los adolescentes españoles emancipados previamente al matrimonio, aun ostentando ambos las mismas condiciones de edad, madurez e independencia. Ello es así, no porque el orden público interno español permita contraer matrimonio a los adolescentes de 16 y 17 años emancipados sin requerir dispensa, sino porque, tal y como hemos demostrado en el apartado de introducción, el orden público internacional permite excepcionalmente a los adolescentes de estas edades que puedan contraer matrimonio, siempre que demuestren madurez y capacidad ante las autoridades competentes y que no están influidos por la cultura o tradición.

Por lo que se refiere a la regulación jurídica interna del impedimento de edad para contraer matrimonio en los países iberoamericanos varía los unos de los otros[59]. Se pueden clasificar en tres grandes grupos: 1) las legislaciones

---

excepcional, y se entiende referido al orden público internacional. La aplicación de la ley extranjera ha de implicar una contradicción manifiesta con los principios jurídicos fundamentales, sin que sea suficiente una mera diferencia de contenido. El rechazo de la aplicación del Derecho extranjero se produce como resultado de su contrariedad con el orden público del foro, y el juez debe tener en cuenta exclusivamente los principios y valores vigentes en el Derecho español». *Vid.* José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO (2022), *Derecho internacional privado,* 12.ª ed., Thomson Reuters, pp. 179-183. Cosa distinta sería valorar si la Agenda 2030 está introduciendo nuevos principios y valores en el orden público internacional que estuviera negando la capacidad evolutiva de los menores, permitiendo, sin embargo, que estos puedan trabajar desde edades tempranas para ayudar a la economía familiar. Sobre esta idea no entraremos a debatir en el presente trabajo.

58. En la práctica se aplicará la ley española desplazando la aplicación de la ley extranjera cuando atendiendo a su ley personal no tenga capacidad para contraer matrimonio hasta los 18 años, o tenga capacidad para contraer matrimonio por debajo de los 16 años. En ese sentido, se pronuncia Patricia OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS (2024), «Capítulo 7. Celebración del matrimonio en situaciones internacionales», en *Derecho internacional privado. Personas y familia,* Servicio de publicaciones de la Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, p. 157.

59. Para la localización de la regulación jurídica interna en materia de matrimonio de adolescentes en los Estados iberoamericanos nos hemos apoyado en la información

que otorgan capacidad para contraer matrimonio a partir de los 18 años, que contemplan el impedimento de edad como absoluto e indispensable 2) las legislaciones que contemplan los 16 años como la edad mínima para contraer matrimonio, requiriendo una autorización parental para suplir la falta de capacidad en la mayoría de las ocasiones, porque son menores no emancipados. Este no es el caso español, donde solo los menores emancipados pueden contraer matrimonio y a sensu contrario los no emancipados no pueden; y 3) las legislaciones que permiten casarse a los menores con edades por debajo de los 16 años, con dispensa judicial o con autorización parental.

En el primer grupo de países se encuentran trece países iberoamericanos (Chile, Costa Rica, Colombia, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Perú, Puerto Rico y República Dominicana)[60].

---

recogida en el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. Disponible en: https://oig.cepal.org/es/laws/9.

60. Chile recoge el impedimento de edad como impedimento absoluto e indispensable el matrimonio de menores de 18 años después de la reforma del año 2022 (Art. 5.3 de la Ley de matrimonio civil, de 17 de mayo de 2004. CHILE. Ley de matrimonio civil, de 17 de mayo de 2004. Disponible en: https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=225128. Reformada en el año 2022 para prohibir el matrimonio de adolescentes de 16 y 17 años. Costa Rica reforma su legislación en el año 2016 para transformar el impedimento de edad en indispensable y absoluto (Art.14 de la Ley N.º 5476, Código de Familia, de 21 de diciembre de 1973, reformado por el art. 2 de la Ley núm. 9406 de fortalecimiento de la protección legal de las niñas y las adolescentes mujeres ante situaciones de violencia de género asociadas a relaciones abusivas, reforma Código Penal, Código Familia, Ley Orgánica TSE y Registro Civil, y Código Civil, de 2016. COSTA RICA. Ley núm. 9406 de fortalecimiento de la protección legal de las niñas y las adolescentes mujeres ante situaciones de violencia de género asociadas a relaciones abusivas, reforma Código Penal, Código Familia, Ley Orgánica TSE y Registro Civil, y Código Civil. Disponible en: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=83353&nValor3=106995&strTipM=TC. En Colombia, después de la reforma de noviembre de 2024, se incorpora a prohibición del matrimonio de menores de 18 años (Arts.116 y 140.2 de la Ley 57 de 1887, por la que se establece el Código civil. Se aprueba el Proyecto de Ley por el que se prohíbe el matrimonio infantil. Disponible en: https://leyes.senado.gov.co/proyectos/images/documentos/textos%20radicados/proyectos%20de%20ley/2021%20-%202022/PL%20223-21%20Matrimonio%20Menores.pdf. Ver información de aprobación por el Senado en: https://www.senado.gov.co/index.php/el-senado/noticias/5993-plenaria-del-senado-aprobo-la-ley-son-ninas-no-esposas. Consultado a 16 de noviembre de 2024. En Cuba el impedimento de edad es impedimento indispensable y absoluto después de la reforma del año 2022 (Art.205 de la Ley No. 156 «Código de las Familias», de 22 de julio de 2022. CUBA. Código de Familias, de 22 de julio de 2022. Disponible en: https://www.minjus.gob.cu/sites/default/files/archivos/publicacion/2022-09/goc-2022-o99.pdf). En Ecuador, se reforma el impedimento de edad en el año 2015 (Art.83 Código civil, reformado por el art.3 Ley reformatoria

La gran mayoría de estos países reformaron su legislación interna recientemente para subir la edad núbil a los 18 años, tal y como venía siendo recomendado por las instancias internacionales por el alto porcentaje de matrimonios infantiles. Un impedimento legal para contraer matrimonio que no ha impedido que se mantengan relaciones análogas a las conyugales entre menores de edad en estos países.

En el segundo grupo de legislaciones en el que se permite contraer matrimonio a partir de los 16 años de edad se encuentran siete países iberoame-

---

al Código Civil de 17 de junio de 2015). En El Salvador, después de la reforma del año 2017 (Art.14 del Decreto núm. 677 por el que se decreta el Código de Familia, de 13 de diciembre de 1993). En Guatemala, después de la reforma del año 2017 (Art.83 Código civil, después de su reforma por el art.2 del Decreto 13/2017). En Honduras, después de la reforma del año 2017 (Derogado el art.16.3 Código de Familia, reformado por el Código de la niñez y adolescencia para permitir el matrimonio de menores. Es derogado por el Decreto 44/2017. HONDURAS. Decreto 44/2017. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2017_decreto44-2017_hnd.pdf.). En México, desde la reforma del año 2019 (art. 148 del Código Civil Federal, reformado Decreto por el que se reforman y derogan diversas disposiciones del Código Civil Federal, en materia de prohibición del matrimonio infantil del año 2019. MÉXICO. Decreto por el que se reforman y derogan diversas disposiciones del Código Civil Federal, en materia de prohibición del matrimonio infantil del año 2019. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2019_dmatrimonioinfantil_mex.pdf.). En Panamá, desde el año 2015 (art. 35.1 Código de familia de 1994, después de su reforma por la Ley 30, que modifica y deroga disposiciones del Código de familia. PANAMÁ. Ley 30, que modifica y deroga disposiciones del Código de familia, en el año 2015. Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2015_ley30_pan_.pdf.). En Perú, desde el año 2023 (Ley que modifica el Código civil, Decreto Legislativo 295, a fin de prohibir el matrimonio de personas menores de edad, de 13 de noviembre de 2023. PERÚ. Ley que modifica el Código civil, Decreto Legislativo 295, a fin de prohibir el matrimonio de personas menores de edad. Disponible en: https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2023/11/ley-31945-modifica-codigo-civil-dl-295-matrimonio-menores-edad.pdf. Código civil al completo con actualizaciones y jurisprudencia en: https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado/). En Puerto Rico, desde el año 2020 (Ley 55/2020, por el que se aprueba el Código Civil. PUERTO RICO. Ley 55/2020, por el que se aprueba el Código civil de Puerto Rico. Disponible en: https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/55-2020.pdf.). Y, República Dominicana, desde el año 2021 (art.144 del Código civil, reformado por el art.3 de la Ley No. 1-21 que modifica y deroga varias disposiciones del Código Civil y de la Ley No.659 del 1944, sobre Actos del Estado Civil. Prohíbe el matrimonio entre personas menores de 18 años del 12 de enero de 2021. REPÚBLICA DOMINICANA. Ley No. 1-21 que modifica y deroga varias disposiciones del Código Civil y de la Ley No.659 del 1944, sobre Actos del Estado Civil. Prohíbe el matrimonio entre personas menores de 18 años. *G. O*. No. 11004 del 12 de enero de 2021. Disponible en: https://observatoriojusticiaygenero.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/normativas/NOR_Ley_1_21.pdf.).

ricanos, incluyendo España (Argentina, Bolivia, Nicaragua, Paraguay, Uruguay, y Venezuela)[61]. En la gran mayoría de estas legislaciones se necesita la autorización parental, de los tutores, o autorización judicial para que los menores de 16 y 17 años puedan contraer matrimonio. Sin embargo, en el caso español, como ya habíamos adelantado, solo se permite a los menores de 16 y 17 años que estén emancipados previamente al matrimonio.

Y en el tercer grupo de legislaciones, están las que permiten el matrimonio a menores con edades inferiores a los 16 años solamente se encuentra Argentina (art. 404 Código civil y mercantil), en el que se requiere dispensa judicial.

III. LEY APLICABLE A LA PRESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO Y GARANTÍAS PROCEDIMENTALES PARA EVITAR MATRIMONIOS FORZADOS O CONCERTADOS

Una vez que hemos determinado que los adolescentes de 16 y 17 años emancipados pueden contraer matrimonio, y que existen garantías proce-

61. En Argentina se recoge la posibilidad de que puedan contraer matrimonio los menores de 16 y 17 años, con autorización de representantes legales o con dispensa judicial (art.404 Ley 26.994, por el que se establece el Código civil y comercial, de 1 de octubre de 2014). En Bolivia, será con autorización escrita de quienes ejercen autoridad parental, tutela, guarda, o en su defecto, de la Defensoría de la niñez y adolescencia (art. 139.2 de la Ley 603, Código de las Familias y del Proceso Familiar, de 19 de noviembre de 2014). En España, se prohíbe el matrimonio de menores de 14 años desde el año 2015. Se eleva la dispensa matrimonial de 14 a 16 años por la Ley de jurisdicción voluntaria (Preámbulo X, párrafo 10, de la Ley de Jurisdicción voluntaria), pero deberán ser menores emancipados (arts. 46.1 y 48 Cc). En Nicaragua, pueden contraer matrimonio con autorización de los representantes legales o autorización judicial (art. 54, inciso segundo, del Código de la familia, de 24 de junio de 2014). En Paraguay, se necesita consentimiento de sus padres, o tutores, o en su defecto, del Juez de la niñez y adolescencia (art. 20 Código civil, después de la reforma por la Ley 5.491, que modifica los arts. 17 y 20 de la Ley n.º 1/92 «de reforma parcial del Código Civil». PARAGUAY. Ley 5.491, que modifica los arts. 17 y 20 de la Ley n.º 1/92 «de reforma parcial del Código Civil». Disponible en: https://oig.cepal.org/sites/default/files/2015_ley5491_pry.pdf.). En Uruguay, el impedimento de edad dispensable se encuentra regulado en el art. 91.1 Código civil, después de su reforma por el art.26 de la Ley n.º 19.075 matrimonio igualitario). Y, en Venezuela, en el año 2014 se equiparó la capacidad para contraer matrimonio entre hombres y mujeres por una reforma del Código civil incentivada por una Sentencia del Tribunal Supremo (art. 46 Código civil, después de su reforma por la Sentencia 1353, Tribunal Supremo de Justicia. VENEZUELA. Sentencia 1353, Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela. Disponible en: http://historico.tsj.gob.ve/decisiones/scon/octubre/170070-1353-161014-2014-10-0161.HTML#:~:text=Como%20corolario%20de%20lo%20anterior,cumplido%20diecis%C3%A9is%20(16)%20a%C3%B1os).

dimentales en el marco legal internacional que deben incorporarse al ordenamiento jurídico interno con el objetivo de que este tipo de matrimonios sea algo excepcional y no ordinario, pasamos a analizar la norma de conflicto aplicable para determinar el consentimiento de los contrayentes, y que garantías procedimentales existen, o deberían crearse, para evitar los matrimonios forzados o concertados de menores de edad[62].

En el caso español, entendemos que no existe una norma de conflicto expresa que determine la Ley aplicable para la prestación del consentimiento requerido para que exista matrimonio, sino un requisito legal *per se*, que en el caso de que no se cumpla conduce a la nulidad del matrimonio, con independencia de la nacionalidad del sujeto que se casa ante autoridad española (arts. 45 y 73.1 Cc). A nuestro modo de entender, no se trata de una norma de conflicto *per se*, sino de una garantía procedimental incorporada por el marco legal internacional para evitar matrimonios forzados. Es la ley interna de los Estados, en nuestro caso la ley española, la que determina el fondo y la forma de la prestación del consentimiento, pero teniendo en cuenta las obligaciones internacionales adquiridas a través de la firma y ratificación de los Convenios o Tratados internacionales que regulan el matrimonio. Ello es así, porque el art. 9 CDFUE obliga a los Estados miembros de la UE a regular en su ley interna el derecho humano a contraer matrimonio. Aun así, un sector de la doctrina española vincula el consentimiento con la capacidad para contraer matrimonio, y, por ende, señala que la ley aplicable es la ley personal del art. 9.1 Cc, pudiendo aplicarse el correctivo del orden público cuando los contrayentes sean menores de edad. Un consentimiento que debe ser expreso, pleno y libre[63]. Esto implicaría que, si contraen matrimonio ante autoridad española, los requisitos y forma para prestar el consentimiento del contrayente menor emancipado español se rige por la ley española, y los requisitos y forma para prestar el consentimiento del contrayente menor iberoamericano se rige por su ley nacional. Y otro sector de la doctrina española señala que el consentimiento es un requisito legal básico para contraer un matrimonio válido[64].

62. *Op. cit*. *Vid.* Carolina VILLACAMPA ESTIARTE, «*Matrimonio forzado en España: claves para detectarlo y abordarlo»,* en Diario El País, 24 de junio de 2024. Disponible en: https://elpais.com/planeta-futuro/2024-06-24/matrimonio-forzado-en-espana-claves-para-detectarlo-y-abordarlo.html#.

63. *Op. cit.* José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS y Sixto SÁNCHEZ LORENZO (2022). *Derecho internacional privado,* 12.ª ed., Thomson Reuters, pp. 474-486.

64. *Vid.* Guillermo PALAO MORENO (2023), «Lección 13. Matrimonio: celebración y relación entre los cónyuges», en Carlos ESPLUGUES MOTA y Guillermo PALAO MORENO (coords.), *Derecho internacional privado*, 17.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 500-501.

A sensu contrario, el DIPr convencional iberoamericano sí contiene una norma de conflicto expresa relativa a la ley aplicable a la prestación del consentimiento en el matrimonio, y señala que ésta se rige por la ley personal de los contrayentes (art. 36 Código Bustamante). Aquí debemos advertir que, a efectos de aplicación de este instrumento, la ley personal no es únicamente la ley de la nacionalidad como se recoge en el ordenamiento jurídico español. De ahí la importancia que analicemos la ley interna de los Estados iberoamericanos en la búsqueda de las normas de conflicto y criterios de conexión para determinar la ley aplicable al consentimiento (si establecen alguno), caracteres del consentimiento en su ley interna, y garantías procedimentales en la materialización del derecho a contraer matrimonio, cuando se trata de un menor en edad núbil.

En primer lugar, debemos señalar que no hemos encontrado norma de conflicto ni criterio de conexión para determinar el consentimiento de los contrayentes en el DIPr autónomo de los Estados iberoamericanos que permiten contraer matrimonio a los adolescentes. Por consiguiente, entendemos que en todos ellos se aplica la ley personal referida en el art. 36 Código Bustamante. En segundo lugar, por lo que se refiere a los caracteres del consentimiento y las garantías procedimentales para evitar el matrimonio forzoso de contrayentes menores de edad, la respuesta en la ley interna es muy variopinta si la confrontamos con la normativa española.

En el caso español, recordemos que es necesario estar emancipado para poder contraer matrimonio siendo menor de edad al tratarse de una cuestión de capacidad y al proporcionar esta emancipación un trato de persona adulta (art. 9.1 Cc). Un trato de adulto que conduce a que no existan garantías procedimentales que evadan los matrimonios forzados o concertados de menores, aun estando emancipados. Solo se hace referencia a que sin consentimiento no hay matrimonio y, por lo tanto, es nulo (arts. 45 y 73 Cc); y esa es una garantía que no se hace pensando en el menor y en sus vulnerabilidades, aunque se trata de un menor emancipado. No obstante, hay garantías en el caso de que los contrayentes se hallen en peligro de muerte o en una condición de salud que le impida prestar consentimiento, para los que se requiere un dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento (arts. 52 y 56 Cc).

A pesar de lo anterior, debemos mencionar que, de conformidad con el Preámbulo de la Instrucción de la DGSJFP 3 de junio 2021[65], sí se pre-

65. ESPAÑA. Instrucción de 3 de junio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública —DGSJFP—, sobre la tramitación del procedimiento de autorización

vé implícitamente que se requiere un informe del Ministerio Fiscal en el caso de que los contrayentes sean menores de edad, cuando se trata de un matrimonio ante notario, y esta sí sería una garantía procedimental en aras de la protección del menor. Una intervención, la del Ministerio Fiscal, que consideramos que debería recogerse de manera expresa y obligatoria en el Código civil en el caso de matrimonios de los menores emancipados, o que no estén emancipados porque no se lo requiera su ley personal para reconocerles la capacidad para contraer matrimonio, y que se trataría de una medida de protección del menor emancipado (o medida de apoyo al menor emancipado), que de conformidad con el Considerando 17 del RBII ter se debe adoptar obligatoriamente mientras sea menor de edad con independencia de que esté emancipado. Cualquier tipo de medida de protección del menor emancipado se adopta aplicando el RBII ter[66] o el CH 1996[67].

A sensu contrario, en el DIPr autónomo de los Estados iberoamericanos que permiten contraer matrimonio a menores, el estar emancipado no es un requisito legal previo al matrimonio, sino que el matrimonio es una forma legal de emancipación. Por ese motivo, mientras que en España solo se necesita que los menores tengan edad núbil (16 o 17 años), y no requieren dispensa judicial ni autorización paternal; en estos otros Estados sí se requiere una autorización parental o, en su defecto, autorización del tutor, representante, familiar responsable, organismos de protección del menor, o autorización judicial[68]. Autorizaciones que consideramos una garantía

---

de matrimonio ante notarios. BOE núm. 133, de 4 de junio de 2021. El preámbulo de esta Instrucción señala que se requiere la intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos administrativos de Registro civil que afecten a personas menores de edad, pues esta circunstancia requiere especial protección. Sin embargo, en su articulado se olvida de recoger un artículo para las personas menores de edad, como hace con las personas con discapacidad en el art. 4. Un precepto que fue modificado con posterioridad por la Instrucción de 9 de julio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos del Registro Civil tras la entrada en vigor de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. BOE núm. 172, de 20 de julio de 2021.

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

67. ESPAÑA. Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. BOE núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

68. En concreto, en Argentina el adolescente presta el consentimiento con la asistencia de sus progenitores (art. 26 Código civil y comercial). En el caso de que sea

procedimental para evitar los matrimonios forzados o de conveniencia de menores, siempre que sean las emitidas por las instituciones u organismos públicos con competencias en materia de protección de menores, y no por los progenitores. En ese sentido, debemos señalar que no consideramos que la autorización de los progenitores, supliendo el consentimiento de los menores, sea una garantía de protección del menor, ya que, en ocasiones, son los propios progenitores del menor los que fuerzan a sus hijas a contraer matrimonio[69].

---

un matrimonio a distancia el consentimiento del contrayente ausente debe recogerse por escrito y la prestación del consentimiento personal en el lugar donde se encuentra (arts. 420 k y 422 Código civil y comercial). En Bolivia, se regula la autorización por escrito de quienes ejercen la responsabilidad parental o quién tenga la tutela o guarda. En su defecto, autorización de la Defensoría de la niñez y adolescencia. Y como último recurso, autorización judicial (art. 139 Código de familia y del proceso familiar). En Colombia, se necesita permiso expreso por escrito de los padres legítimos o naturales, o adoptantes, o uno de ellos cuando el otro hubiera muerto o estuviera impedido (art. 117 Código civil). En defecto de padres, el consentimiento del curador general o especial (art. 120 Código civil). Y como garantías procedimentales establece que, si no se tiene el consentimiento de tales personas, no podrá celebrarse el matrimonio (art.123 Código civil); siendo, asimismo, una causa de desheredamiento o de revocación de donación (arts. 124 y 125 Código civil), incluso, de nulidad del matrimonio (arts. 143 y 144 Código civil). En Nicaragua, se requiere autorización de los representantes legales, en su defecto vía judicial, pronunciándose la Procuraduría nacional de la familia, Ministerio de la familia, adolescencia y niñez (art. 54 Código de familia). En Paraguay, el matrimonio es anulable por vicio en el consentimiento y nulo (arts. 181 c y 182 Código civil). Se requiere autorización judicial para contraer matrimonio (Art. 102 Código de la niñez y adolescencia). En Uruguay, se requiere consentimiento expreso de los padres, y en su defecto del ascendiente o ascendientes en grado más próximo (art. 106 Código civil). Y, en su defecto, del tutor o curador (art. 107 Código civil). Y si existe disenso, autorización judicial (art. 110 Código civil). Y, en Venezuela, se requiere el consentimiento de los padres, y en caso de disenso, autorización judicial (art. 59 Código civil). Si no están los padres a cargo, los abuelos (art. 60 Código civil). Y, en su defecto, el tutor (Art. 61 Código civil). El matrimonio sin consentimiento es causa de nulidad (art. 118 Código civil).

69. Ese ha sido el caso de una menor kurda con residencia en Turquía que fue forzada a casarse con 16 años por sus progenitores, y víctima de violencia de género por su marido. Con posterioridad a su huida emprendida hacia la UE, solicita protección internacional, se le deniega, y en el curso de una cuestión prejudicial al TJUE, se dicta la STJUE de 16 de enero de 2024, Asunto C-621-21, por la que se reconoce a las mujeres como un grupo social específico en el contexto de la violencia de género proveniente de la ex pareja. *Vid*. Carolina JIMÉNEZ SÁNCHEZ (2024). «La violencia de género y la protección internacional según el Tribunal de Justicia (STJ GS 16 enero 2024, as. C— 621/21: WS e Intervyuirasht organ na Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet)», *La Ley Unión Europea*, núm.124.

En España, la forma y validez de la prestación del consentimiento se determina con la ley personal de cada uno de los contrayentes (art. 9.1 Cc). En los Estados parte del Código Bustamante también se determina el consentimiento de los contrayentes de conformidad con su ley personal (art. 36 Código Bustamante). No obstante, a los extranjeros que se casan ante autoridad iberoamericana se le aplica la legislación local a la forma del consentimiento (art. 38 Código Bustamante).

En el DIPr español, se requiere que la voluntad de contraer matrimonio sea real, incondicionada, y no viciada para que exista consentimiento pleno y, por ende, matrimonio. Estas características se repiten en las legislaciones internas de los Estados iberoamericanos que permiten contraer matrimonio a los menores de edad: 1) en Argentina el consentimiento debe ser puro, simple y no debe estar viciado (arts. 408 y 409 Código civil y comercial); 2) en Bolivia debe ser libre, expreso y sin vicio (art. 138 Código de familia y del proceso familiar); 3) en Colombia tiene que ser libre y mutuo el consentimiento (art. 115 Código civil), prestado con voz perceptible, sin equivocación, o por señales que no dejen duda (art. 138 Código civil); 4) en Nicaragua debe ser libre y mutuo el consentimiento (art. 53 Código de Familia); 5) en Paraguay el consentimiento libre y voluntario (arts. 4 y 5 Ley n.º 1/92)[70]; 6) en Uruguay es un impedimento dirimente (art. 91.2 Código civil); y 7) en Venezuela es libre (art. 49 Código civil). Sin embargo, nos ha sorprendido que en el caso de Nicaragua se considere la falta de consentimiento o viciado como un impedimento relativo. Esto es, prevé que el consentimiento prestado por miedo, intimidación, violencia dolo, o de las personas privadas temporalmente del ejercicio de la razón, sea «blanqueado» al validarse el matrimonio al transcurrir un mes, y al considerarlos impedimentos relativos (arts. 58 y 61 Código de familia).

Todo lo expuesto anteriormente, y con el objetivo de proporcionar seguridad jurídica a los contrayentes, nos hace abogar por la creación de una norma de conflicto para determinar la ley aplicable para prestar el consentimiento en el Código civil español, señalando que esta se regirá por la *lex fori* si se celebra ante autoridad española, y por la ley personal cuando se celebre ante autoridad extranjera. De este modo se evitaría que se pudiera validar el matrimonio de un menor con un adulto o con otro menor, cuando exista un vicio en el consentimiento como ocurre en el caso de Nicaragua.

70. PARAGUAY. Ley n.º 1/92 de la reforma parcial del código civil el congreso de la nación paraguaya sanciona con fuerza de ley. Disponible en: https://www.pj.gov.py/images/contenido/secretariadegenero/marcolegal/LEY-1-1992.pdf.

IV. LEY APLICABLE A LA FORMA DE CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO ENTRE MENORES

En la norma de conflicto española la validez de la forma del matrimonio atiende a la autoridad frente a la que se presta el consentimiento, al lugar de la celebración del matrimonio, y a la nacionalidad de la persona que presta el consentimiento[71]. De tal modo que, si uno de los contrayentes es un adolescente español, y presta consentimiento ante autoridad española o iberoamericana, se podrá casar en la forma civil o en las formas religiosas con eficacia civil previstas por la ley española (arts. 49 y 60 Cc). Esto es, la católica, evangelista, musulmana, judía, o la forma prevista por la Iglesia, confesión, entidad religiosa, etc., que esté inscrita en el Registro de entidades religiosas que hayan obtenido reconocimiento de notorio arraigo en España[72]. Además, podrá elegir la ley del lugar de celebración del matrimonio si se casa ante autoridad extranjera (art. 49 Cc, último inciso). El contrayente español también se puede casar ante autoridad consular en el extranjero (art. 51 Cc), pudiendo hacerlo: 1) ante la autoridad consular española en el extranjero; 2) ante el cónsul extranjero en un tercer país. No podrá hacerlo, sin embargo, en España ante cónsul extranjero. En el primer supuesto, entre otros requisitos, se requiere que el Estado receptor lo permita; y, en el segundo supuesto mencionado, la forma del matrimonio se rige por la ley del lugar de la celebración. Entendemos que los iberoamericanos, si fueren ambos nacionales de tales países y no fuere ninguno español, pudieran contraer matrimonio en España ante un cónsul extranjero[73]. Del mismo modo, si ambos contrayentes fueren adolescentes iberoamericanos y contraen matrimonio ante autoridad española podrán hacerlo por la ley del lugar de celebración del matrimonio (ley española) o por la ley personal de cualquiera de ellos (art. 50 Cc).

El Código Bustamante también prevé en su art. 41 que la forma de celebración del matrimonio atenderá a las leyes del país en el que se efectúe. De tal modo que la persona de nacionalidad española, que contraiga matrimonio con una persona nacional de un país iberoamericano ante autoridad extranjera, se regirá obligatoriamente por la ley del lugar de celebración del matrimonio. Solo se prevé la aplicación de la ley personal cuando contrajesen matrimonio ante las autoridades diplomáticas o consulares competentes (art. 42 Código Bustamante).

---

71. *Op. cit*. Miguel GÓMEZ JENE *et al*., 2023, p. 377.
72. *Vid.* ESPAÑA. Real Decreto 593/2015, de 3 de julio, por el que se regula la declaración de notorio arraigo de las confesiones religiosas en España. BOE núm. 183, de 1 de agosto de 2015.
73. *Op. cit*. Miguel GÓMEZ JENE *et al.*, 2023, p. 380.

El DIPr convencional iberoamericano amplía el espectro de la aplicación de la ley personal, de sus nacionales cuando contraigan matrimonio en el extranjero, al prever como una cuestión de orden público la denegación de la validez de los matrimonios que no hayan observado la forma religiosa cuando así se exija por la ley interna (último inciso art. 41 Código Bustamante). Este no es el caso de ninguno de los Estados iberoamericanos, puesto que todos ellos prevén la celebración del matrimonio en forma civil, como requisito previo a la realización del matrimonio en forma religiosa en el caso de que se permita esta forma de celebración[74]. Con excepción, de Bolivia,

74. Argentina en el art. 418 Código civil y comercial, aunque no mencione expresamente la forma del matrimonio civil en su Código civil y comercial entendemos que es este porque se compadece ante el oficial público encargado del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda al domicilio de cualquiera de ellos. Colombia contempla el matrimonio civil como forma de matrimonio en el art. 135 Código civil, y este se realiza en el despacho del juez con dos testigos. En Cuba, la forma de matrimonio civil entendemos que está en el art. 203 Código de las familias, en cuanto que se compadece ante los registradores del estado civil y ante los notarios. En Ecuador, entendemos que hay forma de matrimonio civil, aunque no se regula expresamente en el Código civil, puesto que el matrimonio se efectúa en la sede o fuera de la sede de Registro civil o en las oficinas consulares del Ecuador en el exterior. Disponible en: https://www.registrocivil.gob.ec/celebracion-de-matrimonio-en-sede-o-fuera-de-sede-de-registro-civil/. En El Salvador, entendemos que existe también como forma de matrimonio el civil, puesto que pueden contraer matrimonio ante el Procurador General de la República y los notarios, Gobernadores políticos departamentales, alcaldes municipales, procuradores auxiliares departamentales. (art. 13 Código de familia). En Guatemala, el matrimonio en forma civil estaría regulado en el art. 92 Código civil, puesto que se autoriza el matrimonio ante el alcalde municipal o el concejal que haga sus veces, o por un notario. GUATEMALA. Decreto Ley núm. 106, Código civil. Disponible en: https://www.patzun.gob.gt/portal/images/imweb/docspdf/Tu%20Municipalidad/Lsgislacion/codigo%20civil.pdf. En Honduras, el matrimonio en forma civil estaría regulado en el art.11 Código de familia. La celebración de matrimonio en formas religiosas está permitida, pero previamente se ha de haber celebrado el matrimonio civil, incurriendo en responsabilidad penal el ministro de cualquier culto que autorice el matrimonio religioso sin precederle el civil (art. 13 Código de Familia). En México, el matrimonio civil estaría contemplado en los arts. 100-102 Código civil federal. En Paraguay, el matrimonio civil está recogido en el art. 150 Código civil, y art. 25 de la Ley n.º 1/92 de reforma del Código civil, y en cuanto a formas religiosas, el art. 87 de la Ley n.º 1266/87 Ley del registro del estado civil se hace referencia al matrimonio religioso, a posteriori de la celebración del matrimonio civil. PARAGUAY. Ley N.º 1266 / 87 «Del Registro del Estado Civil». Disponible en: https://www.registrocivil.gov.py/archivos/multimedia/documentos/02e74f10e0327ad868d138f2b4fdd6f0.pdf. En Perú, el matrimonio en forma civil se encuentra en el art. 248 Código civil. En República Dominicana, en los arts. 63 y 165 Código civil. En Uruguay, la forma de matrimonio civil se encuentra en el art. 83 Código civil, y se recoge el matrimonio religioso en forma religiosa católica o pastor de las diferentes comuniones disidentes, pero previamente se ha tenido que celebrar el matrimonio civil para que sea válido (art. 84 Código civil).

Chile, Costa Rica, España, Nicaragua y Panamá, cuyas legislaciones prevén la celebración del matrimonio en la forma prevista por otros ritos, usos y costumbres, entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica, o ritos de los indígenas autóctonos[75].

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTA *DE LEGE FERENDA*

El método del Derecho comparado en este trabajo ha arrojado las carencias o vacíos legales dentro del DIPr autónomo español, así como una necesidad imperante de reforma de la norma de conflicto española aplicable en materia de matrimonio internacional, y en ese orden de ideas debemos realizar una propuesta *lege ferenda* atendiendo a las siguientes conclusiones:

Primera.— Ley aplicable a la capacidad para contraer matrimonio de las personas apátridas o «refugiadas».

Para determinar la capacidad para contraer matrimonio de los contrayentes ante autoridad española, se aplica como norma de conflicto el art. 9.1 Cc español, el cual contempla como criterio de conexión la ley personal, identificándose esta con la ley de la nacionalidad. Entendemos que de manera subsidiaria para aquellas personas que carecen de nacionalidad o la tienen indeterminada, se aplica la ley del lugar de su residencia habitual (art. 9.10 Cc). Sin embargo, no existen criterios de conexión subsidiarios que permitan determinar la capacidad para contraer matrimonio de las personas

---

Y, en Venezuela, el matrimonio civil se encuentra en el art. 44 Código civil, y se puede celebrar el matrimonio religioso posteriormente a la celebración del matrimonio civil (art. 45 Código civil).

75. En Bolivia, se recoge la forma del matrimonio civil en el art. 157.1 del Código de las familias y proceso familiar. Se infiere que es el matrimonio civil al celebrarse por el Oficial de registro cívico, y permite otras formas de matrimonio señalando a otros ritos, usos y costumbres en su art. 157.2 Código de las familias y proceso familiar. En Chile, se permite el matrimonio civil por la Ley de matrimonio civil de 2004, y las formas contempladas por entidades religiosas que gocen de personalidad jurídica de derecho público (art. 20). En Costa Rica se menciona expresamente al matrimonio civil en el art. 24 Código de familia, y la forma católica en el art. 23. En España, la forma del matrimonio civil en el art. 49.1 Cc, y otras formas religiosas en los arts. 49.2 y 60 Cc. En Nicaragua se contempla el matrimonio civil en el art. 62 Código de familia, y entendemos que permite otras formas de matrimonio al referirse a las autoridades territoriales y comunales de los pueblos originarios y afrodescendientes en las regiones autónomas de la Costa Caribe como competentes para la celebración de matrimonio. Y en Panamá el matrimonio civil está contemplado en el art. 43 Código de familia y los ritos indígenas autóctonos de la comarca de San Blas en el art. 63 Código de familia y otros ritos indígenas probados en el art. 67.

refugiadas. Consideramos que se debería recoger expresamente que se aplica la *lex fori* para determinar la capacidad para contraer matrimonio de las personas refugiadas, pues de otro modo se estaría poniendo en peligro su estatus legal en España al no poder ir a su país de origen para la obtención de la documentación, o al ponerse en contacto con las autoridades de su país de origen para la obtención de prueba del Derecho extranjero. Por ese motivo, abogamos por la incorporación expresa en el Código civil español de la ley local para las personas con alguno de los otros estatus legales de protección internacional en España (solicitante de asilo/protección internacional, refugiado, beneficiario de protección subsidiaria, beneficiario de protección temporal, y razones humanitarias).

En el caso de que se contemplaran distintas edades para contraer matrimonio de hombres y mujeres, en virtud del principio de igualdad, consideramos que deberían elevarse a la misma edad.

Segunda.— Ley aplicable a los impedimentos y su dispensa. Con referencia al impedimento de edad.

En España, no hay una norma de conflicto expresa que indique la ley aplicable a los impedimentos y su dispensa. Abogamos por la incorporación en el art. 9.1 CC español a una referencia expresa a que los impedimentos y su dispensa se regularán por la ley personal de los contrayentes, y en su defecto por la ley local. Y, tal vez debería incorporarse la referencia de que se apliquen los impedimentos indispensables de la ley local a los contrayentes extranjeros.

En cuanto se refiere al impedimento de edad y su dispensa, a los menores emancipados con edades comprendidas entre 16 y 17 años se les permite contraer matrimonio según lo dispuesto en el Código civil vigente, pero no requieren dispensa. No obstante, para cumplir con las garantías procedimentales del marco legal internacional entendemos que el Código civil español debería contemplar cómo algo excepcional al matrimonio de menores emancipados, aunque sean menores de 16 y 17 años, y solo permitir el matrimonio de estos cuando cuenten con una autorización judicial para contraer matrimonio. Una decisión judicial, la del art. 239 Cc, que se adoptaría después de verificar la madurez del menor, y de que se haya probado suficiente madurez y que no está influenciado por la cultura ni la tradición. Con esa finalidad, un equipo psicosocial debería entrevistar al menor y dictar un informe favorable o desfavorable para la concesión de la autorización judicial para contraer matrimonio. Del mismo modo, y en el caso de que la ley personal del otro contrayente no le permita contraer matrimonio ante

autoridad española al adolescente emancipado iberoamericano de 16 y 17 años, o no le permita emanciparse legalmente, se debería recoger expresamente la aplicación de la ley local a estos extranjeros y exigirles la misma autorización emitida por juez español.

Por último, consideramos que debería impedirse la convalidación del matrimonio nulo celebrado por menores no emancipados para evitar los matrimonios forzados.

Tercera.— Ley aplicable a la prestación del consentimiento y a las garantías procedimentales para evitar matrimonios forzados de menores.

En virtud del principio de seguridad jurídica, entendemos que debería regularse en el ordenamiento jurídico español una norma de conflicto referida expresamente a la prestación del consentimiento para contraer matrimonio y su forma de prestación. Nuevamente, consideramos que deberían establecerse criterios de conexión jerárquicos por los cuales se podría aplicar la ley personal, la ley del lugar de celebración del matrimonio, y la *lex fori*.

Cuarta.— Ley aplicable a la celebración del matrimonio.

Tampoco existe una norma de conflicto aplicable a la forma de celebración del matrimonio, excepto a la celebración del matrimonio de españoles ante autoridad extranjera, pudiéndose regir estos por la ley del lugar de celebración del matrimonio (art. 49 Cc). Consideramos que debería recogerse de manera expresa que la forma de celebración del matrimonio se regirá por la ley personal, en su defecto por la ley del lugar de celebración del matrimonio, o por la *lex fori*. De este modo estaríamos permitiendo que la población extranjera residente en España pudiera casarse ante autoridades españolas bajo el rito o costumbre de su procedencia y que tenga plena validez en su país cuando acudan a inscribir el matrimonio celebrado en el extranjero.

Todas las propuestas anteriores se han realizado con el objetivo de proporcionar seguridad jurídica y protección de los contrayentes en edad núbil para tutelar su derecho humano a contraer matrimonio.

Admissibility of implicit choice of law applicable to matrimonial property regimes in European Regulation 2016/1103

Afonso Patrão
Professor at the Faculty of Law
University of Coimbra
Member of UCILeR — University of Coimbra Institute for Legal Research

CHAPTER CONTENTS: I. THE QUESTION. II. ARGUMENTS AGAINST THE POSSIBILITY OF IMPLICIT CHOICE OF LAW IN MATRIMONIAL ADMISSIBILITY. III. THE NON-DECISIVE NATURE OF THE ARGUMENTS AGAINST THE ADMISSIBILITY OF TACIT CHOICE OF LAW. IV. SUPPORTING THE ADMISSIBILITY OF TACIT CHOICE OF LAW. V. CONCLUSION.

ABSTRACT

Unlike European Regulations in the field of succession, contractual obligations and non-contractual obligations, European private international law does not clearly address the problem of the admissibility of a tacit choice of law applicable to matrimonial property regimes. This article analyses the reasons supporting and opposing the possibility of giving effect to an implicit choice of law by the spouses. Subsequently, the author argues that EU Regulations 2016/1103 and 2016/1104 allow a tacit choice of the applicable law.

KEYWORDS: Party Autonomy. Choice of Law. Matrimonial Property.

I. THE QUESTION

Unlike European Regulations in the field of succession, contractual obligations and non-contractual obligations, European private international

law does not clearly address the problem of the admissibility of a tacit choice of law applicable to matrimonial property regimes[1]. As such, we may question whether a will implicitly indicated by spouses to submit their matrimonial property regime to a certain legal system can be taken into account when determining the applicable law[2].

Suppose that two Portuguese spouses living in France enter into a pre-nuptial agreement in Portugal and, in front of a Portuguese notary, elect the «*separation of property regime governed by articles 1735 et seq. of the Portuguese Civil Code*» and also agree that «*the property will be divided according to the general communion regime if the marriage is dissolved by death and there are common descendants, under the terms of article 1719 of the Portuguese Civil Code*», without, however, including any clause expressly designating Portuguese law as the law applicable to their matrimonial property regime. After their marriage, they set up their first marital residence in France.

Under European rules on the conflict of laws (Regulation 2016/1103), it is true that the spouses had the right to choose Portuguese law as applicable to their matrimonial property regime, being the law of the state of nationality

---

1. The English text revision was funded by national funds through FCT — Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., under the University of Coimbra Institute for Legal Research project UIDB/04643/2020.

Cf. arts. 22 to 24 of Regulation EU 2016/1103, implementing enhanced cooperation in the area of jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes. There is no provision establishing the admissibility or rejection of a tacit choice of applicable law (cf. Robert MAGNUS, «Die konkludente Rechtswahl im internationalen Erb— und Familienrecht», *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, 2019, pp. 8-16, p. 10).

In contrast, concerning contractual obligations, art. 3 of Regulation EC 593/2008 (Rome I) establishes «*The choice shall be made expressly or clearly demonstrated by the terms of the contract or the circumstances of the case*»; on the law applicable to non-contractual obligations, art. 14 of Regulation EC 864/2007 (Rome II) states «*The choice shall be expressed or demonstrated with reasonable certainty by the circumstances of the case*»; art. 22 of the European Succession Regulation (Regulation EU 650/2021) declares «*The choice shall be made expressly in a declaration in the form of a disposition of property upon death or shall be demonstrated by the terms of such a disposition*».

2. Although this study is confined to Regulation EU 2016/1103 on matrimonial property regimes, the conclusions that may be drawn will perhaps be transposable to Regulation EU 2016/1104, since, as far as choice of law is concerned, there are no normative differences between the Regulations. Cf. Rui MOURA RAMOS, «A especificidade dos efeitos patrimoniais das parcerias registadas no direito internacional privado da União Europeia», *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 148, n.º 4014, 2019, pp. 134-146, p. 141.

of at least one of the spouses (art. 22 of EU Regulation 2016/1103)[3]; and this would be the legal order they would seemingly rely on, given the express reference to rules of that law and the use of legal figures from the *lex patriae* legal system.

However, by not making an express designation of the applicable law, the question arises as to whether these elements should be given weight (i.e. recognising here a tacit choice by them of the applicable law) or whether, on the contrary, a subsidiary connecting factor should operate, with their matrimonial property regime being subject to the law of the state of the first common habitual residence after the conclusion of the marriage (art. 26 of EU Regulation 2016/1103).

The question is not one of whether *a hypothetical choice* of applicable law — the law that the couple would have chosen if they had considered it — is admissible. It seems clear that the Regulation requires an *informed and certain* choice of law; a *real* choice of a particular applicable law[4] and not a hypothetical choice[5]. Rather, the question is whether, *when it is clear and unequivocal from the prenuptial agreement* (or other agreement) that the parties were counting on the application of a certain applicable law that *could have been chosen*, this should be considered[6]. Or again, whether, as in the Regulations on the law applicable to succession, contractual obligations and

3. Art. 22 (1) of Regulation EU 2016/1103: «*The spouses or future spouses may agree to designate, or to change, the law applicable to their matrimonial property regime, provided that that law is one of the following: a) the law of the State where the spouses or future spouses, or one of them, is habitually resident at the time the agreement is concluded; or b) the law of a State of nationality of either spouse or future spouse at the time the agreement is conclude*».

4. Cf. Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO, «Régimen económico matrimonial y de las parejas registradas», *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Alfonso-Luis CALVO CARAVACA & Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ (eds.), Comares, Granada, 2018, pp. 161-226, p. 199: «*la elección tácita admitida debería ser aquella que permita conocer a los cónyuges la concreta ley elegida desde el momento en que realizan el pacto*».

5. On the difference, cf. Alfred E. VON OVERBECK, «La *Professio Juris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé», *Liber Amicorum Louis Frédéricq*, Vol. II, Faculteit der Rechtsgeleerdheid te Gent, Gent, 1965, p. 1085-1112, p. 1097, n. 1: «*On peut se demander si la manifestation de volonté devrait être expresse, ou si une manifestation tacite […] suffirait. L'une et l'autre solution peuvent se défendre, pourvu qu'il soit bien que la volonté hypothétique est écartée*».

6. As such, the question of what evidence is potentially relevant to revealing a tacit choice of law is not dealt with here. The problem discussed in this article is *a priori* that of whether a tacit choice of law is even allowed. Nevertheless, legal writers agree that, if implicit designation is permitted, the express reference to legal rules of a certain jurisdiction is a sure indication of the intention to designate that applicable law— cf. Robert MAGNUS, «Die konkludente Rechtswahl…», *cit.*, pp. 9 and 14.

non-contractual obligations, relevance can be given to a supposed choice of law that unequivocally results from an agreement that fulfils the substantive and formal requirements for the agreement to designate the applicable law (arts. 22, 23 and 24 of Regulation EU 2016/1103)[7].

This is not a *new* problem in European private international law. In fact, in EU Regulation 1259/2010, on the law applicable to divorce and legal separation, the admissibility of a tacit choice of applicable law remains unresolved[8]. However, the solution to the question debated in the context of matrimonial property regimes cannot be found in the solutions given for the divorce regulation; as no ruling on the issue by the Court of Justice of the European Union exists, there is no consensus on the admissibility of a tacit choice of law applicable to divorce[9], which is why there are those either in favour of its admissibility[10] or arguing its rejection[11].

7. The question was asked by the Portuguese Board of the Institute of Registry and Notaries (Conselho Consultivo do Instituto dos Registos e do Notariado) in opinion C.C. 114/2018 STJSR-CC: «*pode sobrar a dúvida sobre se, para efeitos do Regulamento, a "declaração formal" significa "declaração expressa" ou se, ao invés, poderá ser admitido um acordo sobre a escolha da lei aplicável tácito ou implícito, que, por exemplo, se manifeste através da referência ao regime de bens de uma das leis indicadas no art. 22.º feita no âmbito de uma convenção nupcial formal e materialmente válida*».
8. Cf. Anatol DUTTA, «Das neue internationale Güterrecht der Europäischen Union — ein Abriss der europäischen Güterrechtsverordnungen», *Zeitschrift fur das gesamte Familienrecht — FamRZ*, 2016, pp. 1973-1985, p. 1981.
9. Cf. Tobias HELMS, «Konkludente Wahl des auf die Ehescheidung anwendbaren Rechts?», *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, 2014, pp. 334-335, p. 334.
10. Cf. Thomas TRAAR, «Rom III — EU-Verordnung zum Kollisionsrecht für Ehescheidungen», Österreichische Juristen Zeitung, vol. 18, 2011, pp. 805-814, p. 811; Marianne ANDRAE, «Zur Form der Rechtswahl für eheliche Beziehungen», *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Normann WITZLEB, *et al.* (ed.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, pp. 3-26, p. 11; and Urs Peter GRUBER, «Scheidung auf Europäisch — die Rom III-Verordnung», *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, 2012, pp. 381-392, p. 387. In case-law, the possibility of a tacit choice of law applicable to divorce as admitted by the *Oberlandesgericht Hamm,* decision of 7.5.2013 (II-3 UF 267/12, unten S. 349, nr. 30).
11. Cf. Giacomo BIAGIONI, «Articolo 5.º — Commentario al Regolamento (UE) n. 1259/2010 del Consiglio del 20 dicembre 2010 relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale: Pietro FRANZINA (ed.)», *Le nuove leggi civili commentate*, Anno XXXIV, n.º 6, 2009, pp. 1470-1484, p. 1473; Alfonso-Luis CALVO CARAVACA & Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro reglamento Roma III», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 1, 2009, pp. 36-71, p. 57; Petra HAMMJE, «Le nouveau règlement (UE) n.º 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en oevre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et

But even if a solution were to be found in the context of the law applicable to divorce, the truth is that divorce and matrimonial property regimes do not overlap. In the scope of matrimonial property regimes, the admissibility of tacit choice arises when the spouses or partners plan their economic relationship relating to their marriage, modelling their behaviour on a lasting basis by reference to a certain legal system. The preparation of the marital relationship is often based on a document in which the spouses agree on aspects of different areas (maintenance, inheritance and property), respecting the formal requirements of a given legal system. This is why it can often happen that such an agreement fulfils the formal requirements laid down in art. 23 of EU Regulation 2016/1103 and assumes the application of a certain applicable law that the spouses are able to choose (nationality or residence of either of them), its clauses being drafted to refer to a certain jurisdiction *without having expressly stated the intention of its applicability*[12].

The situation is not the same in the context of the designation of the law governing the grounds and requirements for divorce: here it is a question of choosing the legal order that will serve in a *legal procedure* (and not in lasting legal relationships), prior planning for which is rarer and does not guide the spouses' behaviour throughout the duration of the marriage. Furthermore, because the Divorce Regulation only applies to divorces granted by a court or other public authority under its control[13], the intervention of a judicial or quasi-judicial body always ensures that the choice is *informed*[14], which makes the problem of tacit designation irrelevant.

à séparation de corps», *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 100, n.º 2, 2011, pp. 291-338, p. 323; Christian KOHLER, «Le choix de la loi applicable au divorce — Interrogations sur le règlement „Rome III" de l'Union européenne», *Grenzen überwinden — Prinzipien bewahren: Festschrift für Bernd von Hoffmann*, ed. Herbert KRONKE & Karsten THORN, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 2011, pp. 208-217, p. 215; Ilaria QUEIROLO & Laura CARPANETO, «Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel Regolamento "Roma III"», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLVIII, n.º 1, 2012, pp. 59-86, p. 77; Ilaria VIARENGO, «Il Regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLVII, n.º 3, 2011, pp. 601-624, p. 604.

12. Cf. Marianne ANDRAE, «Zur Form der Rechtswahl…», *cit.*, p. 4.
13. Cf. Ruling of European Court of Justice of 20 December 2017, proc. C-372/16, *Sahyouni,* n.º 48.
14. Cf. Recitals 17 and 18 of Regulation EU 1259/2010; João GOMES DE ALMEIDA, *O Divórcio em Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 375.

II. ARGUMENTS AGAINST THE POSSIBILITY OF IMPLICIT CHOICE OF LAW IN MATRIMONIAL ADMISSIBILITY

Four important arguments weigh against the possibility of an implicit choice of law applicable to the matrimonial property regimes.

On the one hand, it can be argued that the need for legal certainty demands that any implicit will of the parties be deemed irrelevant. Such implicit will would necessarily involve a certain amount of doubt and could even be the focus of a new controversy: the question of whether the evidence revealed is evidence of a tacit choice of applicable law. In fact, it could be argued that no evidence usually used to infer an *electio iuris* is infallible, implying the risk of the parties themselves being surprised by a choice they had no intention of making[15]. Uncertainty and debate on the determination of the applicable law was precisely what the lawmaker wanted to avoid by allowing party autonomy on the choice of law. Especially given the fact that this *uncertain choice* by the spouses also implies a risk of litigation *with third parties* — to whom the applicable law is enforceable (art. 27(f)) — and who would be even more surprised with the applicable law. To accept this discussion on whether there is an implicit choice of law would undermine the very objectives that led to the institution of this connecting factor[16].

15. Cf. Tristan AZZI, «La volonté tacite en droit international privé», *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2010-2012, 2013, pp. 147-187, p. 153. This risk is pointed out by Alain DEVERS & Michel FARGE, «Le nouveau droit international privé du divorce; à propos du Règlement Rome III sur la loi applicable au divorce», *La Semaine Juridique — Edition générale*, 25 de Junho de 2012, 2012, n.º 26-778, regarding the admissibility of tacit choice of law in divorce.

16. This is the argument of Tristan AZZI, «La volonté tacite…», *cit*., p. 160, against the admissibility of a tacit choice of the applicable law. And this may have been the decisive line of reasoning for the Portuguese Advisory Board on Registry and Notariat, in Opinion C.C. 114/2018 STJSR-CC, to propose that tacit choice of applicable law should not be considered, at least until the Court of Justice rules on the issue: «*À primeira vista, não custa alinhar com o entendimento de que o acordo de escolha de lei deverá ser expresso, porquanto é essa modalidade de declaração, ou esse modo direto de manifestação da vontade, que melhor reflete o consentimento inequívoco e esclarecido das partes e o critério de segurança jurídica exigidos nos Considerandos 46 e 47* (...). *Enquanto não sobrevier interpretação do TJUE, afigura-se mais apegada aos objetivos de segurança jurídica que informam o Regulamento uma leitura dos termos do art. 22.º /1 no sentido de a vontade real das partes ser retirada de uma referência expressa, ao invés de ser inferida de um conjunto de circunstâncias ou de factos concludentes». De iure condendo,* this is also the opinion of Ornella FERACI, «L'autonomia della volontà nel diritto internazionale privato dell'Unione Europea», *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. 96, n.º 2, 2013, pp. 424-491, p. 476, on the level of party autonomy that should be granted in Family law: «*Ciò si impone, in generale, per esigenze di certezza del diritto (che in questo settore sono maggiormente avvertite a causa*

Secondly, it must be borne in mind that the solutions contained in the Regulation on Matrimonial Property Regimes are inspired, in many parts, by the European Succession Regulation (EU Regulation 650/2012). However, on this specific point, European lawmakers have moved away from the wording used — which explicitly states the possibility of tacit designation of the applicable law. Since the Regulation on matrimonial property regimes is more recent, the omission of the relevance of the implicitly chosen law cannot be said to be an oversight; on the contrary, it must be understood as an unequivocal political decision not to recognise it[17].

Thirdly, it may be noted that the existence of strict rules on the formal requirements for the choice of law agreement — art. 23, requiring a written document, dated and signed by both spouses, unless one of the spouses resides in a Member State that imposes greater solemnity — seems to indicate an *expressly revealed decision* as to applicable law[18].

---

della delicatezza degli interessi coinvolti e della frammentarietà della normativa europea in proposito), nonché per esigenze di tutela dei soggetti del rapporto familiare in rilievo». In fact, it is undisputed that conflictual autonomy favours, in any field, an end to controversy in identifying the applicable law. Cf. Rui MOURA RAMOS, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional*, Almedina, Coimbra, 1990, p. 421, explaining that party autonomy «*permite, em termos práticos, o desaparecimento da imprevisibilidade e da incerteza que em muitos casos estão indissoluvelmente ligados a escolha da lei (na medida em que esta, ao menos em definitivo, acaba por só poder ter lugar no momento em que sobre a questão se abre um contencioso)*».

17. Without subscribing to it, this line of reasoning is drawn by Robert MAGNUS, «Die konkludente Rechtswahl…», *cit.*, p. 14. And it seems to be what one could understand by the conclusions of Guillermo PALAO MORENO, «La determinación de la ley aplicable en los reglamentos en materia de régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas 2016/1103 y 2016/1104», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, n.º 1, 2019, pp. 89-117, p. 98 («*sin contemplarse, empero — en línea de principio y en atención a la literalidad del precepto —, el juego de una sumisión tácita*»).

18. Cf. Helena MOTA, «Os efeitos patrimoniais do casamento e das uniões de facto registadas no Direito Internacional Privado da União Europeia. Breve análise dos Regulamentos (UE) 2016/1103 e 2016/1104, de 24 de Junho», *Revista Electrónica de Direito*, n.º 2, 2017, pp. 2-33, p. 19, and *Casamento e Património nas Relações Privadas Internacionais*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 134, nota 216; Silvia MARINO, «Strengthening the European civil judicial cooperation: the patrimonial effects of family relationships», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 1, 2016, pp. 264-284, p. 278 («*Due to the strict formal requirements, and failing any express rule, the tacit and the implicit choice of law seems to be not admissible, neither in* limine litis»), although the author ends up accepting implicit choice when the spouses, in their marriage contract, choose a property regime of a certain law (p. 279); Heinz-Peter MANSEL, «Parteiautonomie, Rechtsgeschäftslehre der Rechtswahl und Allgemeinen Teil des europäischen Kollisionsrechts», *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, Stefan

Finally, it can be argued that, if no relevance is given to an implicit designation of the applicable law — which would lead to the application of *the law of the State of the spouses' first common habitual residence after the conclusion of the marriage*, under art. 26(1)(a) of the Regulation) — the escape clause[19] of art. 26(3) would deal sufficiently with any expectations of the spouses on the application of a different applicable law. In fact, the escape clause makes it possible to replace the law of the State of the spouses' first common habitual residence after the conclusion of the marriage with the law of the State *both spouses had relied on in arranging or planning their property relations*. Thus, it can be argued that this escape clause makes it unnecessary to accept tacit choice of applicable law: the law implicitly selected by the spouses when planning their property relations will be relevant in the circumstances required by art. 26(3)[20].

III. THE NON-DECISIVE NATURE OF THE ARGUMENTS AGAINST THE ADMISSIBILITY OF TACIT CHOICE OF LAW

Although the arguments are impressive, none of them are decisive.

As for the argument of *legal certainty and security*, this seems to favour the possibility of an implicit (but unequivocal) will of the parties. In fact, in situations such as the one analysed in paragraph I — in which the spouses point to legal rules of the law of a State that could have been chosen and use legal figures specific to a certain judicial system in an agreement with the necessary form for the choice of law (art. 23 of the Regulation) — the spouses have a serious expectation of such implicitly chosen law being the one governing their matrimonial regime. Not admitting a tacit choice of law would submit the property regime to a different applicable law from the one the spouses expected, jeopardising their trust[21]. The certainty and

---

LEIBLE & Hannes UNBERATH (eds.), Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 241-292, p. 276 («*Wegen dieser erhöhten Formerfordernisse wird die Frage der konkludenten Rechtswahl sich für Wahlerklärungen vor deutschen Notaren kaum stellen*»).

19. On escape clauses, cf. Rui MOURA RAMOS, «Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridictions — Portugal», *Das Relações Privadas Internacionais — Estudos de Direito Internacional Privado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pp. 295-323; Maria João MATIAS FERNANDES, *A cláusula de desvio no direito de conflitos*, Almedina, Coimbra, 2007.
20. Cf. Helena MOTA, *Casamento e Património…*, *cit.*, p. 134, nota 217.
21. Cf. Claudia HAHN, «La liberté de choix dans les instruments communautaires récents Rome I et Rome II; L'autonomie de la volonté entre intérêt privé et intérêt général», *Travaux du Comité Français de Droit International Privé*, 2006-2008, pp. 187-204, p. 190:

stability that follows from allowing party autonomy is that spouses who are convinced that a certain law does indeed apply to their property regime (even when they have not expressly designated it as such) and who have therefore adapted their behaviour to the legal system on which they are relying[22]. As far as relations with third parties are concerned, it should be remembered that the Regulation establishes a system of non-opposability of the law applicable to the matrimonial property regime when it is not reasonably cognisable (art. 28), so it will not matter to them whether the choice of law was express or tacit.

Secondly, regarding the differentiation between the wording used in the matrimonial property regimes Regulation and in the succession Regulation, the distinction is not decisive. In fact, it is not undeniable that the European Succession Regulation was the origin of the rules on party autonomy laid down in the Matrimonial Property Regimes Regulation. In fact, in the Succession Regulation, *choice* is not the main connecting factor (rather it is the habitual residence of the deceased at the time of death) and the *professio iuris* acts as a substitute for the objectively determined law[23]. In contrast, in the Matrimonial Property Regimes Regulation, the will of the parties is the

---

«*Dans la majorité des cas, elles ont tout simplement oublié de désigner le droit applicable et l'application de la* lex fori *leur convient parfaitement*».

22. In this sense, in the field of successions, cf. Isabel RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, «La ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* en el Reglamento (UE) 650/2012», *InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 2/2013, 2013, pp. 1-58, p. 12. In the sense that party autonomy aims to promote trust and legal certainty for spouses and partners, cf. Helena MOTA, «A lei aplicável aos regimes de bens do casamento no direito da União Europeia. Desenvolvimentos recentes», *Scientia Ivridica — Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXIV, n.º 338, 2015, pp. 187-214, p. 199 («*Escolhendo a lei aplicável aos regimes de bens, os cônjuges não serão surpreendidos com a impossibilidade de reconhecimento dos contratos nupciais que celebrem se acaso se alterarem as suas condições de vida, em especial se mudarem de residência ou adquirirem bens num outro Estado*»); Johannes WEBER, «Die Europäischen Güterrechtsverordnungen: Eine erste Annäherung», *Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ)*, 2016, pp. 659-697, p. 677; Ellen MOSTERMANS, «Party Autonomy: Why and When?», *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Kluwer — University of Amsterdam, Daventer, 1990, pp. 123-141, p. 125. Emphasising, in general, that the legal certainty conferred by party autonomy is aimed *at the parties* cf. Ornella FERACI, «L'autonomia…», *cit.*, pp. 431 and 443.

23. Art. 21(1) of EU Regulation 650/2012 states «*Unless otherwise provided for in this Regulation, the law applicable to succession as whole shall be the law of the State in which the deceased had his habitual residence at the time of death*». In derogation of such rule, art. 22(1) states «*A person may choose as the law to govern his succession as a whole the law of the State whose nationality he possesses at the time of making the choice or at the time of death*». Cf. Rui MOURA RAMOS, «O Direito Internacional Privado das Sucessões na

primary connecting factor — as it is in the case of the European Regulation on the law applicable to divorce. This means that the inspiration for the rules on the choice of law is to be found in art. 5 to 7 of EU Regulation 1259/2010 — whose similarity to the rules in art. 22 to 24 of EU Regulation 2016/1103 is undeniable — and which, as seen above, do not expressly decide on the issue of tacit choice of law.

Thirdly, it does not seem that the stipulation for formal requirements for an agreement on the choice of applicable law allows us to come to any conclusion as to the viability of tacit designation. In fact, the formal requirements laid down in art. 23 of the Regulation are aimed at providing for *the document* in which the choice of law is contained; there is nothing to prevent an agreement between the spouses in which they tacitly agree on the application of a certain law from being contained in a written document, implicitly establishing *professio iuris* — namely, referring to the property regime of a certain applicable law, with reference to its legal rules[24]. On the contrary, if tacit designation is allowed, the formal requirements of the agreement — especially when it involves the participation of a notary — will only reinforce the certainty that the law implicitly designated matches the genuine will of the spouses[25].

Finally, the escape clause of art. 26(3) does not support an implicit choice of law and this is not its *ratio legis*. In fact, it only works if the applicable law was the law of the State of the spouses' first common habitual residence after the conclusion of the marriage and no other (*e. g.*, the law of the State of the spouses' common nationality at the time of the conclusion of the marriage); and it does not lead to the application of any law that can be

---

União Europeia. Primeiras Reflexões», *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. 89, tomo I, 2013, pp. 69-114, p. 89.

24. Cf. Patrick WAUTELET, «What's wrong with article 22? The unsolved mysteries of choice of law for matrimonial property», *Yearbook of Private International Law*, vol. 19, 2017-2018, pp. 213-231, p. 221 («*This is not entirely convincing: that a choice of law must be made in writing excludes the possibility of considering the parties' behavior in determining whether a choice has been made. However, the requirement that the choice appears in a written document could also indicate that the scope of the investigations is limited to any writing by the parties*»); Silvia MARINO, «Strengthening the European…», *cit.*, p. 279; and Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO, «Régimen económico…», *cit.*, p. 198: «*la elección de ley puede ser expresa o tácita. Esto se deduce del hecho de que la única exigencia formal del Reglamento para el acuerdo de elección es que conste por escrito, lo cual no implica necesariamente que tenga que ser un acuerdo expreso*».

25. Cf. Marianne ANDRAE, «Zur Form der Rechtswahl…», *cit.*, p. 4: «*Wird die konkludente Rechtswahl zugelassen, so tragen gesteigerte Formerfordernisse dazu bei zu sichern, dass sie nur dann angenommen wird, wenn sie von den Partnern auch wirklich gewollt ist*».

chosen but, on the contrary, only to the *law of the State of the last common habitual residence when this has lasted significantly longer than the first residence*. Therefore, the escape clause acts in favour of a legal system that *may not even have been eligible as a choice* at the time the spouses tacitly referred to it in their agreement on matrimonial economic relations (laws of the habitual residence or nationality of either of them *at the time the agreement was concluded* were eligible for choice (art. 22(1)).

This means that the escape clause does not protect a tacit choice of applicable law. Instead, it appears to be merely a mechanism to combat the disadvantages of the system of *crystallisation of the applicable law*[26] established by the Regulation: since it does not provide for the *automatic updating* of the applicable law in the case of subsequent changes of habitual residence, it may happen that the first common habitual residence of the spouses is not, with hindsight, the law with the closest connection to that marriage[27]. In

26. In fact, «*The reference to the first common habitual residence implies that a change of the common habitual residence of the spouses during the marriage does not entail any change of the law governing the matrimonial property*» (Andrea BONOMI, «The Proposal for a Regulation on Matrimonial Property: A Critique of the Proposed Rule on the Immutability of the Applicable Law», *Family Law and Culture in Europe — Developments, Challenges and Opportunities*, Katharina BOELE-WOELKI, Nina DETHLOFF & Werner GEPHART (eds.), Intersentia, Cambridge, 2014, pp. 231-248, p. 232). Also, on the immutability of the law applicable to the matrimonial property regime, cf. Markus BUSCHBAUM e Ulrich SIMON, «Les propositions de la Commission européenne relatives à l'harmonisation des règles de conflit de lois sur les biens patrimoniaux des couples mariés et des partenariats enregistrés», *Revue Critique de Droit International Privé*, vol.100, n.º 4, 2011, pp. 801-816, p. 807; Josep FONTANELLAS MORELL, «Una primera lectura de las propuestas de reglamento comunitario en materia de regímenes económicos matrimoniales y de efectos patrimoniales de las uniones registradas», *Nuevos reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, Carmen PARRA (ed.), Bosch, Barcelona, 2013, pp. 257-290, p. 277. The option of crystallising the applicable law was intended to avoid the disadvantages of the system of changeability — analysed by Nicola CIPRIANI, «Rapporti patrimoniali tra coniugi, norme di conflitto e variabilità della legge applicabile», *Rassegna di diritto civile*, 1/2009, 2009, pp. 19-57, pp. 29 ss. — and is compensated, in the Regulation, by the possibility granted to the spouses of voluntarily changing the applicable law (art. 22).

27. This is the most important disadvantage of the system of *crystallisation* or *immutability* of the law applicable to the matrimonial property regime. For an analysis of the other disadvantages (increasing the application of foreign laws; disconnection with the laws applicable to succession and divorce), see Andrea BONOMI, «The Proposal…», *cit.*, pp. 234 ss.; Cristina GRIECO, «The Role of Party Autonomy Under the Regulations on Matrimonial Property Regimes and Property Consequences of Registered Partnerships: Some Remarks on the Coordination between the Legal Regime Established by the New Regulations and other Relevant Instruments of

this case, exceptionally, prominence may be given to the law of the State of the *last common habitual residence*, allowing a deviation from the rule of art. 26(1)(a)[28].

But even if this line of reasoning were not to be accepted, two arguments can be added to dismiss the idea that the existence of the escape clause (in favour of the law that the spouses invoked when planning their property relations) would rule out the admissibility of a tacit choice[29]. On the one hand, the fact that the escape clause only appears to be enacted *within the proceedings in which it has been invoked* — not altering the applicable law outside those proceedings — renders it incapable of producing the effects intended by the admissibility of the implicit choice. On the other hand, the fact that the escape clause cannot be invoked when there is a marriage contract prior to a change of residence[30] is evidence not only of its nature (as an instrument for correcting the primary connecting factor) but also rules out its use in the case I have illustrated.

This makes it very clear that the purpose and scope of the escape clause are not linked to protecting the will implicitly revealed by the spouses in the designation of the applicable law at the time of planning their property relationship regarding their marriage.

IV. SUPPORTING THE ADMISSIBILITY OF TACIT CHOICE OF LAW

If the arguments for the impossibility of tacit designation of the applicable law fail, there are reasons that, on the contrary, favour the viability of it, and which seem to be more decisive.

European Private International Law», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 2, 2018, pp. 457-476, p. 470.

28. In the sense that the escape clause is aimed precisely at this objective — and also at being able to make the law applicable to the matrimonial property regime coincide with the law applicable to the succession (in the absence of a choice, that of the last habitual residence, in accordance with art. 21 of EU Regulation 650/2012), cf. Cristina GRIECO, «The Role…», *cit.*, p. 471.

29. Cf. Domenico DAMASCELLI, «Applicable law, jurisdiction, and recognition of decisions in matters relating to property regimes of spouses and partners in European and Italian private international law», *Trusts & Trustees*, vol. 25, n.º 1, 2018, pp. 6-16, p. 9: «*the exception in question applies only with reference to the proceeding in which it is invoked; outside the courtroom, the applicable law remains that designated by Article 26, paragraph 1a)*».

30. Art. 26(3), final part: «*This paragraph shall not apply when the spouses have concluded a matrimonial property agreement before the establishment of their last common habitual residence in that other State*». On this impossibility, cf. Cristina GRIECO, «The Role…», *cit.*, p. 471.

Firstly, it should be emphasised that Recital 46 of the Regulation requires an *express* choice for *changing the applicable law during marriage*[31]. Now, if lawmakers require an express determination in order to *change* the applicable law — because there are special reasons for legal certainty in this context — *a contrario* it follows that there is *no such requirement in the context of the initial designation* of the applicable law[32]. In fact, lawmakers' concerns to emphasise the need for an *express choice* when changing the applicable law imply that the same requirement does not exist in the context of this primary choice.

Secondly, it should be noted that the Commission's Proposal had the requirement for the choice of law agreement *to be express*[33], a solution which was criticised[34]. However, the final version of the Regulation removed the requirement for an *express* choice of law, unequivocally distancing it from the Commission's proposal. This reveals lawmakers' intentions to overrule any restriction on the method of choice and to allow, instead, an *implicit* designation of the applicable law[35].

---

31. Recital 46 of Regulation EU 2016/1103: «*To ensure the legal certainty of transactions and to prevent any change of the law applicable to the matrimonial property regime being made without the spouses being notified, no change of law applicable to the matrimonial property regime should be made except at the express request of the parties. Such a change by the spouses should not have retrospective effect unless they expressly so stipulate. Whatever the case, it may not infringe the rights of third parties.*».

32. Accepting this argument, cf. Opinion C.C. 114/2018 STJSR-CC, of the Portuguese Advisory Board of the Registry and Notariat Institute, p. 11.

33. Cf. art. 19 (2) of the Commission's Proposal for a Council Regulation on jurisdiction, applicable law and the recognition and enforcement of decisions in matters of matrimonial property regimes— COM (2011) 126 final: «*Notwithstanding paragraph 1, the choice must at least be made expressly in a document dated and signed by both spouses*». In this sense, cf. Helena Mota, «A lei aplicável…», *cit.*, p. 200, note 24; Josep FONTANELLAS MORELL, «Una primera lectura…», *cit.*, p. 274, note n.º 75; Dieter MARTINY, «Die Kommissionsvorschläge für das internationale Ehegüterrecht sowie für das internationale Güterrecht eingetragener Partnerschaften», *IPRax — Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrechts*, 2011, pp. 437-458, p. 449; Johannes WEBER, «Die Europäischen Güterrechtsverordnungen…», *cit.*, p. 680; Ornella FERACI, «L'autonomia…», *cit.*, p. 477.

34. Cf. Marianne ANDRAE, «Zur Form der Rechtswahl…», *cit.*, p. 8: «*Aus den Erwägungsgründen geht nicht hervor, warum eine konkludente Rechtswahl nicht möglich sein soll. Eheverträge sind nicht selten an einer bestimmten Rechtsordnung orientiert, ohne dass ausdrücklich dieses Recht von den Partnern bestimmt wurde*».

35. In this sense, cf. Robert MAGNUS, «Die konkludente Rechtswahl…», *cit.*, p. 14 («*Dass diese Formulierung gestrichen wurde, während der Text ansonsten unverändert geblieben ist, spricht nun wiederum doch eher für die Zulässigkeit einer konkludenten Rechtswahl*»); Kathrin KROLL-LUDWIGS, «Vereinheitlichung des Güterkollisionsrechts in Europa

Thirdly, the viability of tacit agreement on the choice of law is usually accepted; in this context, its impossibility should be expressly established clearly. Since there is no rule in the Regulation on Matrimonial Regimes prohibiting implicit designation, there is no reason to reject it[36].

Finally, and above all, this seems to be the solution indicated by the rules on the interpretation of European regulations. In fact, the *autonomous interpretation* of the rules of European regulations considers the necessity of uniform application and the fulfilment of the goals of European law[37], and

— Die EU-Ehegüterrechts— und EU-Partnerschaftsverordnung (Teil 1)», *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR)*, vol. 13, n.º 5, 2016, pp. 231-241, p. 236 («*Anders als der ursprüngliche Kommissionsentwurf enthalten die Artt. 22, 23 EuGüVO keine Einschränkung dahingehend, dass die Rechtswahl ausdrücklich erfolgen muss. Daraus kann im Umkehrschluss gefolgert werden, dass — ebenso wie in Art. 22 EuErbVO — eine konkludente Rechtswahl möglich sein muss*»); Dieter MARTINY, «Die Anknüpfung güterrechtlicher Angelegenheiten nach den Europäischen Güterrechtsverordnungen», *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft (ZfPW)*, 2017, pp. 1-33, p. 19; Christian KOHLER, «Article 22», *The EU regulations on the property regimes of international couples*, org. Pietro Franzina & Ilaria Viarengo, Elgar, 2020, pp. 195-211, p. 201.

36. The argument is used by Robert MAGNUS («*Ferner ist die Möglichkeit eines konkludenten Vertragsschlusses allgemein anerkannt und sollte, weil kein eindeutig abweichender Wille des Verordnungsgebers erkennbar ist, auch für die Rechtswahl im Rahmen der EuGüVO gelten*» — «Die konkludente Rechtswahl…», *cit.*, p. 14) and by Johannes WEBER («*Es gibt keinen überzeugenden Grund, den nach allgemeinen Grundsätzen zulässigen konkludenten Vertragsschluss nicht auch bei einer Rechtswahl des Güterstatuts zum Zuge kommen zu lassen. Man wird daher davon ausgehen müssen, dass eine Rechtswahl nach Art. 22 EuGüVO auch konkludent erfolgen kann. Was die Einzelheiten des Zustandekommens angeht, ist auf Art. 24 Abs. 1 EuGüVO und das gewählte Recht zurückzugreifen*» — «Die Europäischen Güterrechtsverordnungen…», *cit.*, p. 681); Luís DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. II, Tomo 2, Direito de Conflitos — Parte Especial, 5.ª Edição, AAFDL Editora, Lisboa, 2023, p. 400 («*Apesar do silêncio do legislador europeu, não há razão para negar a possibilidade de a escolha da lei aplicável ao regime matrimonial ser manifestada tacitamente*»). It also seems to underlie the words of Juliana RODRÍGUEZ RODRIGO, «Régimen económico…», *cit.*, p. 198. Likewise, on the identical rule in art. 5 of EU Regulation 1259/2010 on the law applicable to divorce, Marianne ANDRAE, «Zur Form der Rechtswahl…», *cit.*, p. 11, writes «*Die Rechtswahl vor Anhängigkeit des Eheverfahrens kann ausdrücklich oder konkludent, erfolgen. Letzteres folgt daraus, dass die Regelung diesbezüglich keine Einschränkung vorsieht*».

37. In fact, as early as the *Cilfit* ruling, the European Court of Justice made it clear that European rules are to be interpreted in accordance with the specific objectives of European integration — «*Every provision of community law must be placed in its context and interpreted in the light of the provisions of community law as a whole, regard being had to the objectives thereof and to its state of evolution at the date on which the provision in question is to be applied*» (Judgment of the Court of 6 October 1982, *Cilfit*, proc.

the refusal to take into account an implicitly expressed will to designate the applicable law *would be contradictory to that aim.* Party autonomy is aimed at fostering the spouses' confidence in the matrimonial property regime they have planned[38] (i); at allowing them to articulate the applicable law

283/81, n.º 20). It is in this context that, especially in instruments for the unification of private international law, the Court of Justice particularly emphasises the objectives of certainty and legal certainty as supporting elements in the interpretation of its rules — cf. Hannes RÖSLER, «Interpretation, autonomous», *Encyclopaedia of Private International Law*, Jürgen BASEDOW, *et al.* (ed.), Elgar, 2017, pp. 1006-1015, pp. 1007 & 1011. In other words, the interpretation of European regulations in the area of private international law is functionally orientated towards their respective purposes. Cf. Geraldo ROCHA RIBEIRO, «A Europeização do Direito Internacional Privado e Direito Processual Internacional: Algumas Notas sobre o problema da interpretação do âmbito objectivo dos regulamentos comunitários», *Julgar*, n.º 23, 2014, pp. 263-293, p. 274; Luís DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, Vol. I, Introdução e Direito de Conflitos — Parte Geral, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 237, 581 and 588 ss.; Maria Helena BRITO, «A utilização do método comparativo em direito internacional privado. Em especial, o problema da qualificação», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Vol. I, José LEBRE FREITAS, *et al.* (eds.) Almedina, Coimbra, 2011, pp. 103-133, pp. 129-130; Dieter MARTINY, «Die Anknüpfung…», *cit.*, p. 6; Bernhard KRESSE, «Die Prüfungskompetenz des EuGH in kollisionsrechtlichen Vorabentscheidungsverfahren: erbrechtliche Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB», *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union (GPR)*, vol. 16, n.º 4, 2019, pp. 195-200, p. 197; Helmut HEISS & Emese KAUFMANN-MOHI, «"Qualifikation»" — Ein Regelungsgegenstand für eine Rom 0-Verordnung?», *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, Stefan LEIBLE & Hannes UNBERATH (eds.), Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, Jena, 2013, pp. 181-199, p. 189; Pilar BLANCO-MORALES LIMONES, «Consideraciones sobre el ámbito de la ley aplicable a las sucesiones en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y la creación de un certificado sucesorio europeo», *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea — Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Carlos ESPLUGUES MOTA & Guillermo PALAO MORENO (eds.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 413-431, p. 420; Stefania BARIATTI, «Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario: prime riflessioni», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XLII, n.º 2, 2006, pp. 361-376, p. 361 and 371; Christian HEINZE, «Bausteine eines Allgemeinen Teils des europäischen Internationalen Privatrechts», *Die richtige Ordnung — Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Dietmar BAETGE, Jan VON HEIN & Michael VON HINDEN (eds.), Mohr Siebeck, Tübingen, 2008, pp. 105-127, p. 108.

38. Cf. Helena MOTA, «A lei aplicável…», *cit.*, p. 199; Dieter MARTINY, «Die Anknüpfung…», *cit.*, p. 14; Paulius JURCYS, *Party Autonomy in International Family Law: A Note from the Economic Perspective*, SSRN, via http://ssrn.com/abstract=2127081, accessed in 20.02.2014, p. 6; Mònica VINAIXA MIQUEL, «La autonomía de la voluntad en los recientes reglamentos UE en materia de regímenes económicos matrimoniales

to related issues such as succession[39] (especially when agreements as to succession are included in the prenuptial agreement) (ii); and at *facilitating the management of their property by the spouses* (Recital 45) by creating a flexible solution that takes into account their own interests — in a self-determination of matrimonial *status* that may even be supported by the European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights (Recital 45)[40] by creating a flexible solution that takes account of their own interests[41].

By tacitly designating the law that they intended to regulate their matrimonial regime, this will must be protected. Otherwise, the spouses'

(2016/1103) y efectos patrimoniales de las uniones registradas (2016/1104)», *InDret — Revista para el Análisis del Derecho*, 2/2017, 2017, pp. 275-313, p. 288; Ornella FERACI, «L'autonomia…», *cit.,* p. 443; Béatrice BOURDELOIS, «Relations familiales internationales et *professio iuris*», *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, LGDJ, Paris, 2014, pp. 137-154, p. 145.

39. Cf. Helena MOTA (»A lei aplicável…», *cit.,* p. 199; «Os efeitos patrimoniais do casamento e das uniões…», *cit.,* p. 18; «Algumas considerações sobre a autonomia da vontade conflitual em matéria de efeitos patrimoniais do casamento», *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pp. 305-330, p. 329); Paulius JURCYS, *Party…,* p. 6; Mònica VINAIXA MIQUEL, «La autonomía…», *cit.,* p. 303.

40. Cf. Ornella FERACI, «L'autonomia…», *cit.,* p. 451. On the discussion of the possible viability of inferring from these legal instruments a favour for party autonomy in Family law, cf. Toni MARZAL YETANO, «The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law», *Journal of Private International Law*, vol. 6, n.º 1, 2010, pp. 155-193; Pietro FRANZINA, «L'autonomia della volontà nel regolamento sui conflitti di leggi in materia di separazione e divorzio», *Rivista di Diritto Internazionale*, vol. XCIV, n.º 2, 2011, pp. 488-496, p. 490.

41. Cf. Rui MOURA RAMOS (»A evolução recente do direito internacional privado da família», *Direito da Família e Direito dos Menores: Que direitos no século XXI?*, Maria Eduarda AZEVEDO & Ana Sofia GOMES (eds.), Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2014, pp. 67-82, p. 79; «O Direito Internacional Privado da Família nos inícios do século XXI: uma perspectiva europeia», *Textos de Direito da Família para Francisco Pereira Coelho*, Guilherme DE OLIVEIRA (ed.), Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2016, pp. 367-427, p. 418; «Um novo regime do divórcio internacional na União Europeia», *Scientia Ivridica — Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXII, n.º 332, 2013, pp. 413-461, p. 442); Helena MOTA, «Algumas considerações…», *cit.,* p. 329; Anabela DE SOUSA GONÇALVES, «El principio de la autonomía de la voluntad en los reglamentos europeos sobre derecho de familia y sucesiones», *La Ley — Union Europea*, n.º 40, 2016, cap. I; Monica VINAIXA MIQUEL, «La autonomía…», *cit.,* p. 288; Pierre GANNAGE, «La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille», *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 81, n.º 3, 1992, pp. 425-454, p. 442; Ornella FERACI, «L'autonomia…», *cit.,* p. 443.

trust in the matrimonial statute will be violated — the very *trust* that party autonomy was intended to protect[42].

V. CONCLUSION

I believe that the best interpretation of EU Regulation 2016/1103 is to allow implicit designation, provided it is unequivocal, of the law applicable to the matrimonial property regime. In fact, this is the solution that best fulfils the objectives of establishing the freedom to choose the applicable law, namely respect for the will of the spouses (even if only tacitly revealed) and the protection of their *trust*.

Additionally, there are other signs that this was the intention of European lawmakers: the clear dissociation from the Commission's proposal (which

42. Some legal scholars add another argument: that the Regulation seems to presuppose the viability of the implicit choice of applicable law in the rule in art. 24(2). In fact, after establishing that the existence and material validity of the choice of law agreement rests with the law putatively chosen (paragraph 1), it adds a rule on the value of the behaviour of one of the parties as the provision of consent. This rule, decisively inspired by art. 10 of the Rome I Regulation (which regulates the value of certain conduct as a contractual declaration), seems to presuppose that there is conclusive behaviour in the choice of the law applicable to the matrimonial regime. In this sense, cf. Anatol DUTTA, «Das neue internationale Güterrecht…», *cit.*, p. 1981 («*Dennoch können die Ehegatten oder Partner das Güterstatut konkludent wählen, wofür auch die Art. 24 Abs. 2 EuGü/PartVO sprechen, die kaum einen Anwendungsbereich besäßen, wenn eine konkludente Rechtswahl ausgeschlossen wäre*»); Robert MAGNUS, «Die konkludente Rechtswahl…», *cit.*, p. 14; Johannes WEBER, «Die Europäischen Güterrechtsverordnungen…», *cit.*, p. 680 («*Für die Zulässigkeit einer konkludenten Rechtswahl streitet gerade Art. 24 Abs. 2 EuGüVO, der es einem Ehegatten erlaubt, die Rechtswahl mit der Behauptung anzugreifen, er habe ihr nicht zugestimmt*»). This reasoning is also used by Urs Peter GRUBER, «Scheidung auf Europäisch…», *cit.*, p. 376, to support the feasibility of tacit designation in the field of divorce, by virtue of the corresponding rule in art. 6(2) of EU Regulation 1259/2010.
I don't adhere to it. In fact, the rule contained in art. 24(2) concerns the binding of the parties to a choice of law agreement (an agreement that may contain an express or tacit choice), without any conclusion being drawn from this as to the terms of the choice of law contained in the agreement to which the parties are committed. In this last sense, cf. João GOMES DE ALMEIDA, *O Divórcio em Direito…*, *cit.*, p. 376, nota n.º 1795 («*O preceito visa impedir que o cônjuge fique vinculado a um acordo de escolha de lei através da prática de comportamentos que, nos termos da lei da sua residência habitual, não seriam suficientes para constituir uma vinculação*»); and Petra HAMMJE, «Le nouveau règlement…», *cit.*, p. 322 («*Ce tempérament vise habituellement à garantir l›existence même du consentement, notamment dans le cas où la loi choisie admettrait un consentement tacite, découlant d›un simple silence par exemple, contrairement à la loi de résidence habituelle de la partie concernée*»).

limited the designation of the applicable law to an *express* choice); the requirement of an express agreement *only in cases of change of the applicable law*; and the lack of any rule precluding such a way of manifesting their will in the context of the *professio iuris*.

The admissibility of an implicit designation of the applicable law makes it possible to prevent spouses who have planned their matrimonial economic relations counting on the application of a certain law (which they could designate) from being surprised by the subjugation of their matrimonial *status* to a different legal order. Only in this way will the aim of *facilitating the management of the respective assets by the spouses* be realised as the matrix that underpins the provision for conflictual autonomy.

Claves para salvaguardar el derecho al respeto a la vida familiar en los acogimientos ordenados conforme al Reglamento Bruselas II TER

Keys to safeguarding the right to respect for family life in care placements ordered in accordance with the Brussels II TER Regulation

Enrique Fernández Masiá
Profesor Titular de Derecho Internacional Privado Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO. II. ACOGIMIENTOS EN BRUSELAS II TER, EN ESPECIAL, EL ACOGIMIENTO TRANSFRONTERIZO DEL ART. 82. III. LA SALVAGUARDA DEL DERECHO AL RESPETO A LA VIDA FAMILIAR EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCEDIMIENTO. 1. *La posibilidad de ordenar el acogimiento*. 2. *La solicitud de aprobación previa*. 3. *El examen de la solicitud y la denegación de la aprobación*. IV. LA FUERZA EJECUTIVA DE LA RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ORDENA EL ACOGIMIENTO TRANSFRONTERIZO Y MOTIVOS DE DENEGACIÓN FUNDAMENTADOS EN EL DERECHO AL RESPETO A LA VIDA FAMILIAR.

RESUMEN

La constitución de un acogimiento de un menor lleva consigo una intervención administrativa que supone una injerencia en el derecho al respeto a la vida familiar del art. 7 de la CDFUE y del art. 8 del CEDH. Cuando las autoridades competentes ordenan un acogimiento

conforme al Reglamento Bruselas II ter, han de velar porque sus actuaciones no supongan en ningún caso una violación de este derecho. En este trabajo se analizan las distintas exigencias que son impuestas a lo largo del procedimiento previsto en el Reglamento Bruselas II ter y en la Ley Orgánica de Protección del Menor, con el fin de salvaguardar el interés superior del menor y el respeto de sus derechos, todo ello, en consonancia, con la jurisprudencia establecida por parte del TEDH y el TJUE.

PALABRAS CLAVE: Derecho al respeto a la vida familiar. Acogimiento de menores. Reglamento Bruselas II ter. Interés superior del menor.

ABSTRACT

The order of a placement for a child entails an administrative intervention that represents an interference in the right to respect for family life of art. 7 of the CFREU and art. 8 of the ECHR. When the competent authorities order placement in accordance with the Brussels II ter Regulation, they must ensure that their actions do not in any case constitute a violation of this right. This work analyzes the different requirements that are imposed throughout the procedure provided for in the Brussels II ter Regulation and in the Organic Law on the Protection of Minors, to safeguard the best interests of the minor and respect for their rights, in accordance with the jurisprudence established by the ECtHR and the CJEU.

KEYWORDS: Right to Respect for Family Life. Children Placement. Brussels II ter Regulation. Best Interest of the Child.

I. PLANTEAMIENTO

1. El acogimiento, de manera general, puede ser definido como todo aquel mecanismo que está encaminado a la protección y a la educación de un menor y que supone colocarlo bajo el cuidado de una institución pública, en un orfanato, en un piso tutelado o, en una familia, incluyendo aquel que implique medidas privativas de libertad con fines terapéuticos y educativos, cuando dicho acogimiento se haya ordenado para proteger al menor y no para sancionarlo. En todo caso, supone una intervención de la Administración, normalmente, en el seno de una familia, separando de ella a su hijo para protegerle frente al abandono, maltrato o violencia que

haya podido sufrir, declarando su desamparo y adoptando una medida de protección de este tipo, ya sea familiar o residencial[1].

2. La posibilidad de ordenar un acogimiento como medida de protección de un menor en un litigio internacional sobre responsabilidad parental por parte de las autoridades competentes entra dentro del ámbito material de aplicación del Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida) —en adelante Reglamento Bruselas II ter—. Poco importa, tal y como ha afirmado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea —en adelante TJUE—, que haya sido adoptada en el marco de las normas de Derecho público en materia de protección de menores del Ordenamiento de un Estado miembro, pues la noción de «materia civil», que delimita el ámbito material de aplicación de este instrumento, es un concepto autónomo e independiente, que ha de ser interpretado acudiendo, por una parte, a los objetivos y al régimen de este Reglamento y, por otra parte, a los principios generales que se deducen de los sistemas jurídicos nacionales[2].

En este sentido, el art. 1.2 del Reglamento Bruselas II ter, dentro del elenco de cuestiones que, a modo ejemplificativo y sin ánimo de exhaustividad, enumera sobre las que puede versar un litigio internacional sobre responsabilidad parental, señala concretamente en su apartado d): «*el acogimiento de un menor en un establecimiento o en un hogar de acogida*». Se acepta, en consecuencia, una concepción amplia de acogimiento, incluyéndose, en principio, la acogida en un hogar, con una o varias personas, ya sean familiares o no del menor, o bien en un establecimiento o institución, como puede ser un orfanato, un piso o un centro de acogida[3].

---

1. Este trabajo es parte del proyecto de I+D+i «El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica», PID2020-113061GB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033, del cual el autor es miembro del equipo investigador.
   Laura CARPANETO, *Cross-Border Placement of Children in the European Union*, Policy Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, European Parliament, Bruselas, 2016, p. 17.
2. Maria Jesús SANCHEZ CANO y Romina SANTILLAN SANTA CRUZ, «El régimen del acogimiento transfronterizo en el RBII ter», en *La minoría de edad como factor de vulnerabilidad: desafíos presentes y futuros en el ámbito del Derecho privado*, Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2023, pp. 228-229; Boriana MUSSEVA, *Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II ter*, Comisión Europea, Dirección General de Justicia y Consumidores, Luxemburgo, 2023, pp. 39-40.
3. Guillermo PALAO MORENO, «Comentario al artículo 1», en *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al*

Sin embargo, dos matizaciones han de realizarse, a modo de exclusión, en relación con los tipos de acogimientos que ha de considerarse incluidos dentro del ámbito material del Reglamento Bruselas II ter[4]: así, en primer lugar, se aclara conforme a lo previsto de forma expresa en el art. 1.4, que no se aplica a los acogimientos que sean «preadoptivos». En concreto, se señala que se ha de descartar su aplicación «*a las resoluciones sobre adopción y a las medidas que la preparan*». En segundo lugar, además, y en consonancia con la jurisprudencia del TJUE en el caso *Health Service Executive*[5], se señala, conforme a lo previsto en el art. 1.4.g) del Reglamento Bruselas II ter, que también se excluyen aquellos casos en que el acogimiento, ya sea educativo o punitivo, haya sido ordenado o concertado como consecuencia de un acto del menor que, de haber sido cometido por un adulto, podría ser constitutivo de delito con arreglo al Derecho penal nacional, con independencia de si en este caso concreto puede conducir a una condena.

3. El derecho al respeto a la vida privada y familiar es un derecho fundamental recogido en el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea —en adelante CDFUE—, que viene a garantizar los mismos derechos reconocidos en el art.8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos —en adelante CEDH—[6]. Un derecho fundamental, que tiene un valor jurídico obligatorio dentro de la Unión Europea, conforme al apartado 1 del art. 6 del Tratado de la Unión Europea[7].

Por su parte, el art. 52 de la CDFUE —que delimita el alcance e interpretación de los derechos y principios contemplados en dicha Carta—, declara que «*en la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, su sentido y alcance serán iguales a los que les confiere dicho Convenio*», aunque nada impide que se pudiera conceder una protección más extensa por parte del Derecho de la Unión Europea. En

Reglamento (UE) n.º.2019/1111, Guillermo Palao Moreno (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 51.

4. En este sentido, Esperanza CASTELLANOS RUIZ, «Comentario al artículo 1», en *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Esperanza CASTELLANOS RUIZ (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 113.
5. Sentencia de 26 de abril de 2012, asunto C-92/12, caso *Health Service Executive*, ECLI:EU-:C:2012:255.
6. Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, (2007/C 303/02), DOUE C 303, de 14 de diciembre de 2007, p. 20.
7. Art. 6.1 TUE: «*La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados*».

consecuencia, al derecho a la vida privada y familiar del art. 7 de la CDFUE, de acuerdo con el citado art. 52 de esta misma Carta, ha de otorgársele el mismo sentido y alcance que el derecho humano contemplado en el art. 8 del CEDH[8], como mínimo. Por lo anterior, todo el Derecho de la Unión Europa, tanto a la hora de su elaboración como de su interpretación, se ve necesariamente marcado por la obligatoriedad de salvaguardar el derecho al respeto a la vida privada y familiar del art. 8 del CEDH, y especialmente, como va configurándose en cuanto a su contenido y sus límites, mediante la rica y abundante jurisprudencia que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en adelante TEDH— ha dictado sobre el mismo[9].

4. En especial, y por lo que atañe al objeto de este trabajo, hemos de señalar como la adopción de una medida de protección como es el acogimiento de un menor lleva consigo una intervención administrativa que supone una injerencia en el derecho al respeto a la vida familiar del art. 8 CEDH y del art. 7 del CDFUE. Si dicho acogimiento se realiza conforme a lo dispuesto en el Reglamento Bruselas II ter, las autoridades competentes habrán de velar porque ninguna de sus actuaciones pueda considerarse una violación de este derecho o, dicho de otro modo, que la injerencia en el derecho al respeto a la vida familiar pueda considerarse legítima y proporcionada, y para ello, se hace imprescindible el cumplimiento de una serie de exigencias a la hora de ordenar y supervisar esta medida de protección. Unas exigencias que vienen claramente marcadas e influenciadas en cuanto a su adopción e interpretación por la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8 de la CEDH en materia de medidas de protección de los menores[10]. En las próximas pági-

8. A mayor abundamiento, hay que tener en cuenta que el art. 6.3 del Tratado de la Unión Europea señala explícitamente como los derechos fundamentales que garantiza el CEDH y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, forman parte del Derecho de la Unión como principios generales. Conforme a lo declarado por el TJUE, en su Sentencia de 21 de diciembre de 2016, en los asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, casos *Tele2 Sverige AB c. Post— och telestyrelsen y Secretary of State for the Home Department c. Tom Watson*, ECLI:EU:C:2016:970, Fdo. 128, la CDFUE y los principios generales del Derecho de la Unión son las fuentes de derechos fundamentales principales para evaluar el Derecho de la Unión y las medidas nacionales dentro del ámbito de aplicación de este Derecho.

9. De acuerdo con las Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *cit*., p. 33, la referencia al CEDH abarca tanto el Convenio como los Protocolos a éste. El sentido y el alcance de los derechos garantizados se determinan no solo por el texto de estos instrumentos, sino también por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

10. El TEDH ha tenido la ocasión de pronunciarse en numerosas ocasiones sobre la interpretación del art. 8 del CEDH. De esta jurisprudencia se pueden extraer una serie de principios generales, principios que son han sido asumidos y en ocasiones, recogidos

nas, analizamos como tanto el propio texto del Reglamento Bruselas II ter como la legislación española que lo desarrolla, pretenden atender esta necesidad. Previamente a ello, sin embargo, se hace imprescindible determinar las situaciones tomadas en consideración por parte del legislador europeo.

II. ACOGIMIENTOS EN BRUSELAS II TER, EN ESPECIAL, EL ACOGIMIENTO TRANSFRONTERIZO DEL ART. 82

5. El art. 8 del CEDH impone una obligación general a las autoridades estatales de no injerencia en la vida familiar. Sin embargo, esta obligación negativa de actuación no reviste un carácter absoluto. En ocasiones, las autoridades competentes se ven obligadas a intervenir. Para que la decisión de ordenar un acogimiento de un menor pueda considerarse compatible con el art. 8 del CEDH debe estar prevista legalmente, perseguir un fin legítimo —como es la protección del interés superior del menor— y ser necesaria en una sociedad democrática[11]. Este último aspecto requiere que las autoridades competentes aporten motivos relevantes y suficientes para justificar las medidas aplicadas para lograr el objetivo deseado.

6. Las autoridades competentes para adoptar las medidas de protección sobre un menor en los litigios internacionales sobre responsabilidad internacional, son aquellas previstas en la Sección II del Capítulo II del Reglamento Bruselas II ter[12]. Generalmente dichas autoridades serán los

---

(compartidos) por parte de los textos internacionales y por el legislador español. Sobre esta cuestión, puede consultarse, María ELOSEGUI ITXASO, «La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el acogimiento familiar y el derecho de mantener el vínculo familiar con los padres biológicos: los casos noruegos y dos casos españoles», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol.14, n.º.12, 2022, pp. 275-406; EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 8 of the European Convention of Human Rights*, 2023.

11. Así, se deriva claramente de la jurisprudencia del TEDH como, por ejemplo, en los casos K. y T. c. Noruega, n.º 25702/94, de 12 julio de 2021 par. 151 y Strand Lobben y otros c. Noruega, n.º.37283/13, de 10 de septiembre de 2019, par. 202. En este sentido, Luis F. CARRILLO POZO, *Responsabilidad parental: un estudio de Derecho procesal civil internacional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 196-197; María ELOSEGUI ITXASO, «La evolución de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos…», *op. cit.*, p. 378.

12. Un modelo de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento Bruselas II ter que, como nos recuerda el Considerando 20 del Reglamento Bruselas II ter, se ha concebido en función del interés superior del menor y ha de aplicarse de acuerdo con éste. Sobre el mismo, puede consultarse, María GONZALEZ MARIMON, *Menor y responsabilidad parental en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 104-270.

órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde el menor tuviera su residencia habitual en el momento de acudir al órgano jurisdiccional —art. 7.1. Reglamento Bruselas II ter—. En este sentido, es el lugar de residencia habitual del menor, siempre que esté situada en un Estado miembro de la UE, el que traduce la idea de proximidad en la que debe basarse la competencia en esta materia.

7. En relación con la posibilidad de adoptar una medida de acogimiento por parte de las autoridades competentes podemos distinguir dos tipos de situaciones ambas cubiertas por el Reglamento Bruselas II ter. Así, en primer lugar, el órgano jurisdiccional competente puede decidir cómo conveniente adoptar como medida de protección el acogimiento de un menor extranjero, residente en ese Estado, y este acogimiento puede considerarlo, en primer lugar, que sea efectivo en su propio territorio, en un hogar de acogida o en un establecimiento, por tanto, situados en dicho Estado[13]. No caben dudas, que dicha resolución por la que adopta el acogimiento entra dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II ter. Pero puede ocurrir que, en segundo lugar, dicha autoridad competente, ante un supuesto similar y, tomando en consideración las circunstancias que rodean a este litigio —especialmente posibles vínculos estrechos del menor con otro Estado miembro de tipo familiar, cultural, lingüístico o religioso—, y siempre buscando el interés superior de dicho menor, pueda decidir que el acogimiento se haga efectivo mediante su colocación en un hogar de acogida o en un establecimiento situado en otro Estado miembro. Para este segundo caso, y en función de ese carácter transfronterizo del acogimiento, carácter que viene marcado por la decisión de la autoridad competente de un Estado miembro —Estado miembro requirente— de adoptar un acogimiento que ha de hacerse efectivo en un hogar —con una o más personas, familiares o no—, o en un establecimiento o institución —orfanatos, pisos o centros de acogida—, situados en el territorio de otro Estado miembro —Estado miembro requerido—, el Reglamento Bruselas II ter ha diseñado un procedimiento específico de cooperación entre autoridades en el art. 82[14], en donde la clave

13. Los casos que han llegado al TEDH sobre acogimiento se enmarcan todos en esta situación tipo. En especial respecto de los casos en los que ha sido demandado nuestro país, puede consultarse, Salomé ADROHER BIOSCA, «El acogimiento familiar español ante el Tribunal de Estrasburgo», en *Cuestiones actuales de Derecho de Familia. Una visión inclusiva e interdisciplinar*, Maria Teresa DUPLÁ MARÍN (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 31-64.

14. Sobre este procedimiento puede consultarse Elena CANO BAZAGA, «El acogimiento transfronterizo de menores», en *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Beatriz CAMPUZANO DÍAZ (dir.), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 311-325;

reside en lograr la necesaria aprobación previa por parte de las autoridades del Estado requerido, antes de dictar la resolución que contenga la adopción de dicha medida de protección del menor.

8. En consecuencia, no debe confundirse el ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas II ter en relación con la adopción como medida de protección de un menor de un acogimiento en un litigio internacional sobre responsabilidad parental por parte de las autoridades competentes, con el más restringido ámbito de aplicación del artículo 82 del propio Reglamento Bruselas II ter. Pero aún en este último caso, se ha de afirmar que no todo acogimiento transfronterizo va a requerir la puesta en marcha del procedimiento previsto en el art. 82 del Reglamento Bruselas II ter. En efecto, en el propio art. 82, en su apartado 2, se contemplan dos tipos de excepciones, una obligatoria y otra potestativa.

Así, en primer lugar, se excluye siempre, tal y como dispone el art. 82.2 primer párrafo, del Reglamento Bruselas II ter, aquel acogimiento transfronterizo «*cuando el menor sea acogido por un progenitor*». En tales situaciones de acogimiento de menores en otro Estado miembro nunca será preciso, por lo tanto, la aprobación del Estado miembro requerido antes de la adopción de la decisión sobre el acogimiento por parte de las autoridades competentes de un Estado miembro. La razón fundamental al establecimiento de esta excepción reside en la existencia de estrechos lazos familiares entre un menor y su progenitor.

En segundo lugar, el segundo párrafo del art. 82.2 del Reglamento Bruselas II ter, permite a los Estados miembros la posibilidad de decidir, que no se requerirá seguir con el procedimiento previsto con carácter general, en aquellos supuestos de acogimiento transfronterizo que vayan a hacerse efectivos en su territorio con determinadas categorías de parientes cercanos, además de los progenitores. En consecuencia, es posible, si así lo decide un Estado miembro, en concreto, ampliar la opción de acoger a un menor, sin la necesaria previa aprobación de sus autoridades, a determinadas categorías de parientes cercanos distintos de los progenitores, como pueden ser los tíos o los abuelos. La idea que fundamenta esta excepción, que plasma la búsqueda en todo momento del interés superior del menor, es que no sólo los progenitores, sino también otros familiares o parientes muy cercanos al menor

---

María Pilar DIAGO DIAGO, «La nueva regulación del acogimiento transfronterizo de menores en el Reglamento Bruselas II ter (Reglamento UE n.º.2019/1111)», en *Nuevos horizontes de la movilidad internacional de personas en el siglo XXI. Libro homenaje a la profesora Mercedes Moya Escudero*, Ricardo RUEDA VALDIVIA (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 79-92.

pueden considerarse idóneos para proceder a un acogimiento transfronterizo en el Estado miembro donde estos últimos residen. Para ello, será preciso que dichas categorías de parientes sean comunicadas a la Comisión europea conforme al art. 103.1. g) del Reglamento Bruselas II ter, una designación de los Estados miembros que puede ser consultada en el portal e-Justicia[15].

III. LA SALVAGUARDA DEL DERECHO AL RESPETO A LA VIDA FAMILIAR EN LAS DISTINTAS FASES DEL PROCEDIMIENTO

1. LA POSIBILIDAD DE ORDENAR EL ACOGIMIENTO

9. En todos los procedimientos de acogimiento realizados conforme a Bruselas II ter ha de primar y guiar todo el proceso, la salvaguarda del interés superior del menor y el respeto de sus derechos. Es absolutamente taxativo el Considerando 84 al declarar que «*el interés superior del menor debe, en todo caso, seguir siendo la consideración primordial*»[16]. Esta idea es conforme a lo señalado de forma repetida por parte del TEDH, en donde, ante la presencia de intereses que son, a menudo, contrapuestos y difíciles de conciliar, en la búsqueda de un equilibrio entre los mismos por parte de las autoridades públicas, el interés superior del menor ha de ser la consideración primordial[17].

Especialmente, además, y de acuerdo con el TEDH, el objetivo de estas medidas de protección debe ser siempre priorizar la reagrupación familiar

15. Esta información está disponible en la dirección electrónica: https://e-justice.europa.eu/37842/ES/brussels_iib_regulation__matrimonial_matters_and_matters_of_parental_responsibility_recast_?SPAIN&member=1. Por lo que se refiere a España, de acuerdo con los datos proporcionados en dicha web, no se ha comunicado ninguna categoría de parientes cercanos, además de los progenitores, por lo que, en consecuencia, cualquier acogimiento transfronterizo en nuestro país de un menor por parte de un pariente cercano, distinto de un progenitor, que vaya a adoptarse por un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, precisará de la necesaria previa aprobación por parte de las autoridades competentes de nuestro país.

16. La lógica de todo el sistema tiene como núcleo central al interés superior del menor, tal y como manifiesta, María Pilar DIAGO DIAGO, «La nueva regulación del acogimiento transfronterizo de menores…», *op. cit.*, p. 89. En esta misma dirección, María GONZALEZ MARIMON, *Menor y responsabilidad parental…*, *op. cit*., p. 460, quien valora muy positivamente la preocupación del legislador europeo de proteger al menor en este tipo de supuestos, en los que se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad.

17. Así lo subraya María ELOSEGUI ITXASO, «La evolución de la jurisprudencia…», *op. cit.*, p. 379. Un excelente ejemplo lo encontramos en Neulinger y Shuruk c. Suiza, n.º. 41615/2007, de 6 de julio de 2010, par. 135.

y el restablecimiento de la vida familiar con la familia biológica, siempre que ello pueda ser compatible con el interés superior del menor[18]. Ello se traduce en la necesidad de establecer un régimen de visitas adecuado, dando continuidad a la vida familiar en la medida de lo posible. En este sentido, recae especialmente sobre la administración una obligación positiva de facilitar la reunión de la familia y los contactos entre sus miembros. Más en concreto, se requiere, para evitar la pérdida del vínculo entre los menores y sus padres, o en su caso, otros familiares, que se establezca un plan de visitas regulares, además de rapidez en su puesta en práctica y una correcta ejecución de dicho plan[19].

Como consecuencia de lo anterior, en el Considerando 84 del Reglamento Bruselas II bis, se obliga a los órganos jurisdiccionales competentes, como principio general, a estudiar, lo antes posible en el curso de los procedimientos, medidas adecuadas para asegurar el respeto de los derechos del menor, en particular el derecho a conservar su identidad y a mantener el contacto con los progenitores, o, cuando proceda, con otros parientes, habida cuenta de los artículos 8, 9 y 20 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Se pretende, en consecuencia, garantizar el derecho al respeto a la vida familiar del menor facilitando la reunión con su familia biológica y los contactos entre sus miembros, siempre que ello, como venimos insistiendo, pueda ser compatible con el interés superior del menor.

10. Especialmente valorable por parte de las autoridades competentes para la salvaguarda del interés superior del menor y de sus derechos en este tipo de situaciones ha de ser la existencia de vínculos más estrechos con otro Estado miembro de dicho menor. En este caso se va a requerir a las autoridades competentes a que pongan en marcha, acciones o medidas encaminadas a preservar los derechos del menor.

El conocimiento de la existencia de un vínculo más estrecho con otro Estado miembro puede deberse a la propia información con la que pueden

18. Salomé ADROHER BIOSCA, «El acogimiento familiar español…», *op. cit.*, pp. 55-57. Son ilustrativos sobre esta cuestión los casos Haddad c. España, n.º.16572/17, de 18 de junio de 2019, y Omerefe c. España, n.º.69339/16, de 23 de junio de 2020. Sobre el primero, puede consultarse, Natalia OCHOA RUIZ, «Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto "Haddad c. España"», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º.6, 2020. Sobre el segundo, Joan EGEA FERNANDEZ, «Adopción del menor constituida con violación del derecho a la vida familiar de la madre biológica (art. 8 CEDH)», en *Derecho de familia. Homenaje a Encarnación Roca Trías*, Las Rozas, Sepin, 2021, pp. 213-231.

19. Isabel LAZARO GONZALEZ, «Intervención pública en la protección de los menores y respeto a la vida en familia: aportaciones del Tribunal de Estrasburgo», *Revista ICADE*, n.º 83-84, 2011, pp. 273-281.

contar las autoridades competentes, así, por ejemplo, que dentro del procedimiento y tras la documentación que se haya podido presentar se pueda conocer que el menor es nacional de dicho otro Estado miembro. Aunque lo normal, será que se tome conocimiento de dicho vínculo estrecho con otro Estado miembro —por ejemplo, la existencia de un progenitor u otro pariente cercano que reside en ese otro Estado, o bien la posibilidad de que el menor haya vivido en dicho Estado de forma temporal previamente— después de que dicha información se le haya facilitado por parte de la autoridad central de ese otro Estado miembro.

En efecto, conforme al art. 82.3 del Reglamento de Bruselas II ter, las autoridades centrales de un Estado miembro tienen un importante deber en relación con la posible adopción de un acogimiento por parte de las autoridades competentes. En concreto, en la citada disposición se señala como «*la autoridad central de otro Estado miembro podrá informar a un órgano jurisdiccional o a una autoridad competente que considere el acogimiento de un menor sobre un vínculo estrecho del menor con ese Estado miembro. Esto no afectará ni a la legislación ni a los procedimientos nacionales del Estado miembro que considere el acogimiento*».

Consideramos que este deber de proporcionar información de los vínculos del menor con un Estado miembro que recae sobre las autoridades de los Estados miembros, aunque parece estar limitado formalmente de manera única a los acogimientos «trasfronterizos», si tomamos en cuenta su ubicación dentro del art. 82, ha de extenderse a todos los supuestos en donde las autoridades competentes estén valorando una resolución de acogimiento del menor dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II ter[20]. En efecto, este concreto deber de transmitir información por parte de las autoridades centrales se incluye como una más, dentro de las labores y tareas que son encomendadas a las distintas autoridades implicadas conforme a lo previsto en el Considerando 84, para aquellos casos en donde se esté valorando en el Estado miembro de residencia habitual de un menor una resolución de acogimiento del menor en un establecimiento o en un hogar de acogida.

Entre las medidas que pueden adoptarse para preservar en este tipo de situaciones, donde existe un vínculo más estrecho con otro Estado miembro, por parte de las autoridades competentes, el Considerando 84 del Reglamento Bruselas II ter resalta, en estas situaciones, la posibilidad de realizar

20. Así lo entiende también Boriana MUSSEVA en la *Guía práctica de aplicación del Reglamento Bruselas II ter*, *op. cit.*, p. 198.

por parte de la autoridad competente una notificación a la oficina consular del Estado miembro con el que presente un vínculo más estrecho el menor, cuando sea aplicable el artículo 37, letra b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares. Igualmente, dentro de estas posibles medidas, y utilizando la cooperación prevista en el Reglamento Bruselas II ter, se detalla, en primer lugar, aquella consistente en tramitar una solicitud dirigida a dicho otro Estado miembro para obtener información sobre un progenitor, un pariente u otras personas que pudieran resultar adecuadas para el cuidado del menor. Además, en segundo lugar, teniendo en cuenta las circunstancias concretas, podría ser conveniente presentar a ese Estado miembro una solicitud de información sobre los procedimientos y resoluciones relativos a uno de los progenitores o hermanos del menor. En consecuencia, en estos dos últimos casos, se articulan medidas de obtención de información, que puede ser de gran valía a los efectos de localizar y, en su caso, evaluar si y en qué medida, hay personas adecuadas para acoger al menor de manera satisfactoria en otro Estado miembro.

11. Hay que señalar que la información que se pueda proporcionar por parte de la autoridad central de otro Estado miembro en este sentido sobre un vínculo estrecho del menor con dicho Estado tenderá a ser valorado de forma positiva y decisiva, en muchos supuestos, por parte de las autoridades competentes para considerar la posibilidad de adoptar un acogimiento «transfronterizo» en tal caso. Especialmente ello sería así, si se considera que se puede salvaguardar de mejor manera el derecho al respeto a su vida familiar, primando el interés superior del menor. Un buen ejemplo donde podría otorgarse un peso decisivo a los vínculos más estrechos con otro Estado miembro sería la consideración de mantener el contacto con sus parientes más próximos. El supuesto que nos presenta de manera brillante Mónica HERRANZ BALLESTEROS nos puede servir para mostrar más claramente esta cuestión[21]: imaginemos que una nacional española, enferma y embarazada, se traslada sola a un segundo Estado miembro. Allí da a luz a su hija, de padre desconocido y posteriormente la madre fallece en dicho Estado miembro. En territorio español reside ya una hermana de la menor, que está en régimen de acogida permanente con una familia, y otro hermano mayor de edad. La autoridad competente en el caso de valorar el acogimiento de la menor podrá tener en cuenta la vinculación estrecha de la menor con el territorio español y de esta forma podría tomar medidas que tengan como objetivo el respeto de los derechos fundamentales de la menor. En este sentido, no

21. Mónica HERRANZ BALLESTEROS, «Comentario al artículo 82», en *Comentario al nuevo Reglamento (UE) Bruselas II ter*, Esperanza CASTELLANOS RUIZ (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 627.

sería descabellado evaluar y valorar si puede ser posible el acogimiento de la menor por la familia española que ya tiene acogida a su hermana menor de edad, facilitando además la posibilidad de que se pudieran mantener contactos con el hermano mayor de edad residente en España.

Sin embargo, ello no tiene por qué ser así en todos los casos. Así se desprende de la última frase del art. 82.3 del Reglamento de Bruselas II ter y de forma mucho más clara del Considerando 84, cuando declara que ninguna de las medidas adoptadas debe afectar a la legislación y los procedimientos nacionales aplicables a cualquier resolución de acogimiento dictada por el órgano jurisdiccional o la autoridad competente en el Estado miembro que considere el acogimiento. Por otra parte, además, se añade, para que no puedan existir dudas al respecto que, estas disposiciones no deben suponer obligación para las autoridades del Estado miembro competente a disponer que el acogimiento del menor se lleve a cabo en el otro Estado miembro ni a asociar en mayor medida a este último a la resolución o al procedimiento de acogimiento.

12. En consecuencia, se quiere dejar claro que la autoridad competente del Estado miembro de residencia del menor cuando esté valorando como medida de protección del menor una resolución de acogimiento ha de evaluar conjuntamente todas las circunstancias y elementos que rodean a la situación enjuiciada, primando en todo caso el interés del menor y respetando los derechos de éste, en especial el derecho al respeto a su vida familiar, no estando obligada necesariamente, a decretar el acogimiento transfronterizo del menor, a pesar de que pudiera existir un vínculo más estrecho con otro Estado miembro. Dicho de otro modo, no existe una obligatoriedad automática de ordenar por parte de las autoridades competentes el acogimiento transfronterizo del menor, aun cuando concurran vínculos más estrechos con otro Estado miembro[22].

2. LA SOLICITUD DE APROBACIÓN PREVIA

13. Cuando se trata de un acogimiento transfronterizo dentro de la Unión Europea, el art. 82 del Reglamento Bruselas II ter establece un procedimiento en el que la clave gira en torno a la necesaria aprobación previa por parte de las autoridades del Estado receptor, donde la labor de comunicación y

22. En este mismo sentido, María Pilar DIAGO DIAGO, «Comentario al art. 82», en *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al Reglamento (UE) n.º.2019/1111*, Guillermo PALAO MORENO (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 674.

transmisión entre los dos Estados recae exclusivamente en las autoridades centrales de cada uno de ellos. Con este nuevo procedimiento se quiere acabar con los problemas y dificultades que se habían planteado en la práctica con la aplicación de la anterior regulación que se preveía en el art. 56 del Reglamento Bruselas II bis, cuestión que, por otra parte, fue uno de los motivos fundamentales para la necesaria revisión de este último texto. Se ha buscado mejorar la coordinación y cooperación de las autoridades de los Estados miembros implicados, contemplando unas condiciones y exigencias mínimas en la actuación de aquellas, en donde se ha primado la agilidad y la rapidez, con el fin de salvaguardar el interés del menor y el respeto de sus derechos fundamentales.

En consecuencia, aplicando el apartado 1 en conjunción con el apartado 5 del art. 82 del Reglamento Bruselas II ter, en todos los casos cuando un órgano jurisdiccional o una autoridad competente considere el acogimiento del menor en otro Estado miembro, deberá primero obtener la aprobación de la autoridad competente en ese otro Estado miembro, lo que implica, que dicho acogimiento solo lo podrá ordenar o concertar el Estado miembro requirente después de la que autoridad competente del Estado miembro requerido lo haya aprobado.

14. Con el fin de lograr esta aprobación previa, es preciso que la autoridad central del Estado miembro requirente, conforme a lo dispuesto en el art. 82.1 del Reglamento Bruselas II ter, transmita a la autoridad central del Estado requerido, una solicitud de aprobación de dicho acogimiento. Esta solicitud y la documentación complementaria que le pueda acompañar, han de cumplir unas mínimas exigencias obligatorias en cuanto a su contenido, exigencias que vienen a plasmar un nivel de salvaguarda del respeto del derecho a la vida familiar en relación con la adopción de este tipo de acogimientos conforme al art. 82 del Reglamento Bruselas II ter.

15. En efecto, consideramos que la solicitud debe incluir, de forma obligatoria, siguiendo lo previsto de forma expresa en el Considerando 83 y en el art. 82.1 del Reglamento Bruselas II ter:

a) un informe sobre el menor;

b) los motivos o razones que fundamentan la propuesta de acogimiento o asistencia. En este caso, de forma específica, pensamos que habría que fundamentar dicha propuesta atendiendo en todo caso, a que la adopción de esta medida de protección responde en este supuesto concreto, al interés superior del menor;

c) la duración del acogimiento. Aún a pesar de que el art. 82.1 del Reglamento Bruselas II ter, incluya a la duración del procedimiento dentro del apartado referido a «*cualquier otra información que el Estado pueda considerar pertinente*», se hace preciso tomar en consideración lo dispuesto en el Considerando 83, para estimar a la información relativa a la duración del procedimiento como una mención necesaria y obligada en la solicitud. Más aún, esta idea que mantenemos encuentra un importante refuerzo ya que, en las medidas de protección del menor, el factor tiempo es un factor fundamental incidiendo de manera directa en la posibilidad de considerar que se haya podido producir una posible violación del art. 8 del CEDH[23]. En efecto, el TEDH ha señalado que, como regla general, la separación entre padres e hijos debe ser vista inicialmente como una medida de carácter temporal, que debería de suspenderse tan pronto como las circunstancias lo permitiesen y, de forma especial, en los casos de tutela pública habrán de ponerse todos los medios precisos para que se pueda facilitar la reunificación familiar tan pronto como sea posible[24].

   En este mismo sentido, hay que entender también lo señalado por parte del TJUE en el caso *Health Service Executive*, donde se requiere que una vez transcurrido el plazo para el que fue otorgada la aprobación y, a salvo que dichas prórrogas hubiesen sido también autorizadas, la misma no puede servir de aplicación a resoluciones o convenios que prorroguen la duración del acogimiento[25]. Esto es, la respuesta favorable a la aprobación por parte de las autoridades del Estado de acogida únicamente se otorga para el período de tiempo determinado de forma obligatoria en la solicitud. En consecuencia, en este tipo de situaciones, será preciso necesariamente cursar una nueva solicitud de aprobación por parte de las autoridades del Estado requirente, tal y como confirma actualmente el Considerando 83 del Reglamento Bruselas II ter. Sin embargo, y dada la importante relevancia de esta cuestión para la salvaguarda

23. Isabel LAZARO GONZALEZ, «Intervención pública en la protección de los menores…», *op. cit.*, pp. 287-289.
24. Daja WENKE, *Legal Instrument on the Protection of the Best Interests of the Child in Domestic Law Proceedings by Public Authorities to Limit Parental Responsibilities or Place a Child in Care. Feasibility Study*, Council of Europe, 2021, p. 27; EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS y COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European Law Relating to the Rights of the Child*, Unión Europea, Luxemburgo, 2022, p. 116.
25. Sentencia del TJUE de 26 de abril de 2012, caso *Health Service Executive*, *cit.*, Fdos.138-139.

de los derechos fundamentales del menor, hubiese sido mucho más aconsejable que se hubiese reflejado de forma expresa en el propio art. 82 del Reglamento Bruselas II ter[26].

d) información sobre cualquier tipo de financiación prevista; y, por último,

e) cualquier otra información que el Estado miembro requerido pueda considerar pertinente. El Considerando 83 del Reglamento Bruselas II ter, establece, a modo ejemplificativo, que se encuadra dentro de esta última información posible, que se pudiera exigir en relación con el derecho al respeto a la vida privada y familiar contemplado en el art. 8 del CEDH, la relativa a la supervisión prevista de la medida, las modalidades de los contactos con los progenitores, otros parientes u otras personas con las que el menor tenga una relación estrecha, o las razones por las que no se prevén tales contactos[27]. Dada la importancia de estas cuestiones, consideramos que, más que una mera posibilidad ejemplificativa, la transmisión de este tipo de información habría de exigirse en todo caso, pues son el reflejo necesario del cumplimiento de las obligaciones que incumben a las autoridades competentes para garantizar el derecho al respeto a la vida familiar en este tipo de situaciones.

16. Como podemos observar, se reafirma en esta exigencia de información, por lo tanto, la necesidad de adoptar y comunicar qué medidas son las adoptadas para asegurar el respeto de los derechos fundamentales del menor, en particular el derecho a mantener el contacto con los progenitores, o, cuando proceda, con otros parientes. No olvidemos que las autoridades competentes han de conseguir, en la medida de lo posible, garantizar el derecho a la vida familiar del menor facilitando la reunión con la familia y los contactos entre sus miembros, siempre que ello pueda ser compatible con el interés superior del menor[28]. Y ello todavía se hace más necesario en los supuestos de acogimiento transfronterizo. En tal caso, las medidas de supervisión ordenadas han de ser ejecutadas por las autoridades del Estado de acogida, que también se ven obligadas de forma positiva en sus actua-

26. Con esta misma opinión, Mónica HERRANZ BALLESTEROS, «Comentario al artículo 82», *op. cit.*, p. 625.

27. María Jesús SANCHEZ CANO y Romina SANTILLAN SANTA CRUZ, «El régimen del acogimiento transfronterizo en…», *op. cit.*, p. 233.

28. Tina GERDTS-ANDERSEN, «A Child' Right to Family Life when Placed in Public Care; an Analysis of Whether Current Norwegian Practice is in Systematic Contradiction to Human Rights», *The International Journal of Children's Rights*, Vol. 29, 2021, p. 566.

ciones a salvaguardar el derecho al respeto a la vida familiar del menor. El intercambio constante y rápido de información sobre la situación del menor o los contactos con sus familiares, entre las autoridades competentes, debería adquirir una relevancia fundamental para valorar el correcto funcionamiento de la medida adoptada e incluso, la posible orden de su terminación.

3. EL EXAMEN DE LA SOLICITUD Y LA DENEGACIÓN DE LA APROBACIÓN

17. En las situaciones de acogimiento transfronterizo, de acuerdo con el art. 82.7 del Reglamento Bruselas II ter, el procedimiento para recabar la aprobación se regula por el Derecho nacional del Estado miembro requerido. En consecuencia, es atendiendo a su propio Ordenamiento jurídico como las autoridades del Estado miembro requerido han de actuar, evaluando la solicitud presentada y decidiendo sobre si la aceptan o no. No hay ninguna obligación de aceptar la solicitud, porque si tal obligación existiese, todo el procedimiento carecería de sentido, convirtiéndose en la realización de un mero trámite burocrático más.

18. En principio, la libertad para diseñar el procedimiento para recabar la aprobación por parte del legislador de cada Estado miembro es amplia, aunque, se obliga, de forma general, al establecimiento de normas y procedimientos claros a efectos de la obtención de esta aprobación, de modo que se garanticen la seguridad jurídica y la celeridad. Sin embargo, sí que se contempla un límite insalvable en cuanto a la duración máxima de todo el procedimiento que culmina con la comunicación de la respuesta sobre la aprobación o no de la solicitud por parte de la autoridad central del Estado requerido a la autoridad central del Estado requirente. En efecto, de acuerdo con el art. 82.6 del Reglamento Bruselas II ter, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo pudieran impedir[29], la resolución por la que se otorga o se deniega la aprobación se ha de comunicar a la autoridad central del Estado requirente a más tardar tres meses después de la recepción de la solicitud.

Esta exigencia temporal del plazo de tres meses está en consonancia con lo reclamado por parte del TJUE en su Sentencia en el caso *Health Services Executive*[30], y que también recoge expresamente el Considerando 83 del Reglamento Bruselas II ter al señalar que «*los procedimientos deben, entre*

29. En tal caso, las autoridades centrales están obligadas a explicar las razones por las que resulta imposible cumplir con el plazo de tiempo establecido.
30. *Cit.*, *vid.* Fdo. 82.

otras cosas, permitir a la autoridad competente conceder o denegar su aprobación en un plazo breve». En este sentido, solamente un procedimiento rápido para recabar la aprobación concuerda con la maximización del interés superior del menor en este ámbito, acabando de esta manera, con la mala *praxis* desarrollada por parte de muchos Estados miembros a la hora de aplicar el procedimiento previsto en el antiguo art. 56 del Reglamento Bruselas II bis, donde la lentitud mostrada no estaba en consonancia con los objetivos y el efecto útil del propio texto europeo[31]. Podemos afirmar, en consecuencia, que el establecimiento de este plazo máximo de tres meses es una manifestación clara de la exigencia que recae sobre el legislador europeo en este ámbito de salvaguardar el interés superior del menor y su derecho al respeto a la vida familiar. En esta dirección, el TEDH ha denunciado en numerosas ocasiones, como la duración excesiva de los procedimientos judiciales y administrativos tienen una incidencia directa sobre la vida del menor, lo que puede provocar la consolidación de nuevos vínculos con las familias acogedoras, lo que puede hacer imposible el retorno a la familia de origen[32].

Como venimos afirmando, no hay que olvidar que el factor tiempo es un elemento fundamental y clave en la adopción de una medida de protección como es el acogimiento de un menor[33]. Por ello, en todo caso, ha de señalarse que el plazo de tres meses contemplado en el art. 82.6 del Reglamento Bruselas II ter es un plazo máximo, por lo que se conmina a todas las autoridades competentes involucradas a esforzarse porque la respuesta por la que se apruebe o deniegue la aprobación de la solicitud, pueda transmitirse al Estado requirente en un plazo todavía más corto[34].

19. En el caso de nuestro país, en relación con el procedimiento para tramitar las solicitudes recibidas de acogimiento transfronterizo de otro Estado miembro, hay que tomar en consideración, en primer lugar, al art. 20 ter de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor

31. María José SANCHEZ CANO y Romina SANTILLAN SANTA CRUZ, «El régimen del acogimiento transfronterizo en…», *op. cit.*, p. 227; María Pilar DIAGO DIAGO, «Comentario al artículo 82», *op. cit.*, p. 671; María GONZALEZ MARIMON, *Menor y responsabilidad parental…*, *op. cit.*, p. 452.
32. Salomé ADROHER BIOSCA, «El acogimiento familiar español…», *op. cit.*, pp. 54-55; Isabel LAZARO GONZALEZ, «Intervención pública en la protección de los menores…», *op. cit.*, p. 289.
33. *Vid*. el Considerando 85 del Reglamento Bruselas II ter.
34. Conforme al Considerando 85 del Reglamento Bruselas II ter: «*en cualquier caso, todas las autoridades competentes involucradas han de esforzarse por transmitir la respuesta en plazos aún más breves que este plazo máximo*».

—en adelante LOPJM—, que lleva por título «*tramitación de las solicitudes de acogimiento transfronterizo de personas menores de edad en España remitidas por un Estado miembro de la Unión Europea o por un Estado parte del Convenio de la Haya de 1996*». Y, además, en segundo lugar, y como complemento del anterior precepto, al art. 20 quater de la LOPJM, que se refiere a los «*motivos de denegación de las solicitudes de acogimiento transfronterizo de personas menores de edad en España*».

La Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, en su calidad de autoridad central, es la encargada de recibir las solicitudes de acogimiento transfronterizo de menores de edad procedentes de otro Estado miembro de la Unión Europea. Estas solicitudes habrán tenido que ser remitidas por la autoridad central del Estado requirente con el fin de obtener la preceptiva aprobación con carácter previo por parte de las competentes autoridades españolas en la materia para que se pueda producir el acogimiento en nuestro territorio.

20. En relación con los requisitos que han de cumplir las solicitudes remitidas por parte de las autoridades centrales de otro Estado miembro, se señala, por parte del art. 20 ter.2 de la LOPJM, la exigencia de que deben realizarse por escrito, acompañándose de los documentos que puedan requerirse por parte de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, que sirvan para valorar la idoneidad de la medida en beneficio de la persona menor de edad y la aptitud del establecimiento o familia para llevar a cabo el acogimiento. En este sentido, se añade, que estas solicitudes, junto con los requisitos mínimos exigidos por parte del Reglamento Bruselas II ter, habrán de acompañarse de un informe sobre el niño, niña o adolescente, los motivos de su propuesta de acogimiento, la modalidad de acogimiento, la duración de este, así como los medios previstos para poder realizar un seguimiento de la medida, si finalmente, esta última se adoptase. Tanto la solicitud de acogimiento como todos los documentos adjuntos que se exigen, han de venir acompañados de una traducción legalizada en idioma español.

La tarea de comprobación de todos estos requisitos y exigencias en cuanto al contenido de la solicitud y los documentos que deben acompañarla, recae sobre la autoridad central española, quién en caso de que estimase que dicha solicitud no cumple tales condiciones, no habrá de continuar con la tramitación del procedimiento, devolviendo a la autoridad central del Estado requirente dicha solicitud, indicándole los motivos concretos de dicha devolución, con el fin de que pueda subsanarlos —art. 20 quater

b) de la LOPJM—[35]. Se entiende así que, sería posible, en consecuencia, que una vez subsanados los defectos encontrados y comprobado que se ha producido dicha subsanación por parte del Ministerio de Justicia, se dará vía libre por parte de la autoridad central española a la continuación del procedimiento ante nuestras autoridades competentes. No se contempla un plazo concreto de subsanación de los errores posibles en la solicitud enviada por las autoridades extranjeras, o por lo menos una directriz general en el sentido de «en el menor tiempo posible», lo que hubiera sido conveniente en estas situaciones, donde como ya hemos señalado en múltiples ocasiones, el factor tiempo es un factor fundamental, y donde abogar por el establecimiento y cumplimiento de plazos breves va siempre en beneficio del interés superior del menor.

21. Podemos afirmar que el procedimiento de tramitación previsto en nuestro Ordenamiento jurídico funcionaría en tres pasos o fases sucesivas. Un procedimiento de tramitación y respuesta, que como máximo tendrá una duración de tres meses, tal y como recoge el art. 20 ter de la LOPJM, en consonancia con lo ya previsto en el art. 82.6 del Reglamento Bruselas II ter. En este sentido, hay que entender que, dada la distribución de competencias en esta materia prevista en nuestro Ordenamiento jurídico, la misión de la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia consiste exclusivamente en recibir y comprobar formalmente que se cumplen los requisitos exigidos a las solicitudes de acogimiento procedentes del extranjero. Esta labor de la autoridad central española se correspondería con la primera fase del procedimiento de tramitación de la solicitud para obtener la preceptiva aprobación por parte de las autoridades españolas competentes.

22. Comprobada la regularidad de la solicitud y la documentación presentada, daría comienzo la segunda fase. Para ello, la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia habrá de transmitir dicha documentación a la administración autonómica correspondiente. Esta administración autonómica es la competente para evaluar, de manera sustancial, la solicitud y la documentación que la acompaña, garantizando el cumplimiento de los derechos del niño y tratando de asegurar que la medida de protección solicitada y que se pretende ejecutar en territorio

35. Sobre la necesaria labor de comprobación de la documentación por parte de las autoridades centrales, con la consiguiente posibilidad de subsanación se manifiesta, Lydia NORIEGA RODRÍGUEZ, «El acogimiento transfronterizo: comentarios a su regulación en el ámbito de la Unión Europea y el Derecho común español», en *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, Sonia CALAZA LÓPEZ y Esther PILLADO GONZALEZ (dirs.), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 523.

español protege su interés superior[36]. Es en esta fase donde la autoridad española competente, en este caso, la autonómica ha de considerar si se deniega o si, por el contrario, se aprueba la solicitud enviada por parte de las autoridades extranjeras[37].

Más aún, consideramos que es, precisamente, en esta segunda fase, donde adquiere relevancia la mayoría de los motivos previstos para la denegación de las solicitudes de acogimiento transfronterizo de personas menores de edad en España. En efecto, a pesar de que, de forma literal, el art. 20 quater de la LOPJM considera que es la autoridad central la que debe rechazar la solicitud si se incurre en alguno de los motivos de denegación, esta función verdaderamente habría de haberse encomendado por parte del legislador estatal a la autoridad competente en nuestro Ordenamiento jurídico, como es la autoridad autonómica correspondiente[38], con la posible excepción, como ya hemos visto y, en conjunción con el papel encomendado a la autoridad central del Estado requerido, del examen de la falta de los requisitos formales exigidos a la solicitud para su posterior tramitación.

23. Es precisamente, en la evaluación sustancial por parte de la autoridad autonómica correspondiente, y que terminará con su decisión sobre la aprobación o denegación de la solicitud remitida, donde habrán de tomarse en consideración como factores decisivos que inciden directamente en la observación de que el procedimiento de acogimiento salvaguarda los derechos fundamentales del menor, especialmente, el derecho al respeto a su vida familiar[39], los siguientes:

---

36. No es ésta una tarea que atañe únicamente a la autoridad central española, como parece reconocer explícitamente el Preámbulo de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral de la infancia y de la adolescencia frente a la violencia, sino que consideramos que implica a todas las autoridades españolas involucradas en el procedimiento de aprobación de la solicitud, más aún, en el caso de las autoridades autonómicas competentes, pues es a ellas verdaderamente a las que corresponde evaluar si se aprueba o deniega la solicitud.
37. Tal y como señala Elena CANO BAZAGA, «El acogimiento transfronterizo de…», *op. cit.*, p. 318, será la administración autonómica la encargada de valorar la idoneidad de la medida en beneficio del menor y la aptitud del establecimiento o familia para llevar a cabo el acogimiento que se pretende ordenar.
38. Como declara Lydia NORIEGA RODRÍGUEZ, «El acogimiento transfronterizo: comentarios a su regulación...», *op. cit.*, p. 501, «*la distribución competencial establecida en los artículos 148 y 149 Constitución Española (en adelante CE), ha permitido que las Comunidades Autónomas, en virtud del artículo 148.1.20 CE pueden asumir —y han asumido en su totalidad—, la competencia en materia de asistencia social, lo que les ha posibilitado aprobar su propia normativa sobre protección de menores*».
39. El otro motivo contemplado en el art. 20 quater c) de la LOPJM hace referencia a que la solicitud se refiera al desplazamiento a territorio español de una persona menor de

a) que el objeto o finalidad de la solicitud de acogimiento no va a garantizar el interés superior del menor de edad, para lo que se debe tener especialmente en cuenta la existencia de vínculos con nuestro país —art. 20 quater a) de la LOPJM—. En consecuencia, recuerda este motivo como el principio del interés superior del menor se configura como el principio fundamental que ha de guiar todas las actuaciones de las autoridades competentes a la hora de adoptar este tipo de medidas de protección. Especialmente destacable que puede favorecer un juicio favorable de que la medida adoptada salvaguarda el interés superior del menor es la consideración de la existencia de vínculos estrechos con España como, por ejemplo, la residencia de sus parientes cercanos en territorio español.

b) que de la documentación presentada se infiera que no se ha respetado el derecho fundamental de la persona menor de edad a ser oída y escuchada, así como a mantener contactos con sus progenitores o representante legales, salvo si ello es contrario a su superior interés —art. 20 quater d) de la LOPJM—.

En este motivo, por lo tanto, se incorpora, en primer lugar, como el derecho del menor a ser oído se consagra como una garantía procesal que, en la medida que ello sea posible, ha de facilitarse en los procedimientos que afecta a un menor, para salvaguardar el derecho a su respeto a la vida familiar[40]. Ello está en consonancia con la jurisprudencia del TEDH, en donde se ha señalado como las decisiones que afectan al respeto a la vida familiar han de ajustarse a ciertas salvaguardas procesales, entre ellas, escuchar a los niños afectados[41]. En relación con esta cuestión hay que recordar que, de manera general, se señala en el Considerado 2 respecto al Reglamento Bruselas II ter que, en sus disposiciones se «*aclara el derecho del menor a que se le brinde ocasión de expresar su opinión en los procedimientos que le afecten*», y de manera particular, el art. 21 del Reglamento Bruselas II ter, contempla la obligación de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, cuando están ejerciendo su competencia en esta materia, de dar a los menores —que tengan capacidad para formarse sus propios juicios—, la posibilidad real y efectiva de expresar libremente sus opiniones, ya sea de forma directa o, a través de un representante o un organismo apropiado. Es verdad que hay que

---

edad incursa en un procedimiento penal o sancionador o que haya sido condenada o sancionada por la comisión de cualquier ilícito penal o administrativo.

40. Daja WENKE, *Legal Instrument on the Protection of the Best Interests…*, *op. cit.*, pp. 30-31.

41. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS y COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European Law Relating…*, *op. cit.*, p. 119.

reconocer que este último precepto no apunta a cómo la audiencia del menor debe ser realizada, dejando tal cuestión, a la legislación y procedimientos nacionales, con lo que, de este modo, el principio de autonomía procesal se sigue preservando y la participación del menor sigue sin estar armonizada.

Además, en segundo lugar, en este motivo de rechazo contemplado en el art. 20 quater d) de la LOPJM, se pone de manifiesto cómo el derecho al respeto a la vida familiar del art. 8 del CEDH, no termina con la separación temporal del niño y de su familia de origen, y que, siempre y en la medida, de lo posible, ha de preservarse la vida familiar, mediante el establecimiento de un régimen de contactos con sus progenitores o representantes legales[42].

24. Esta segunda fase dentro de la tramitación del procedimiento en nuestro Ordenamiento jurídico, por tanto, termina con la decisión de la administración autonómica correspondiente en la que se aprueba o deniega la solicitud remitida por las autoridades extranjeras sobre la posibilidad de ordenar un acogimiento de un menor en nuestro territorio. Y con la remisión de esa decisión por parte de la autoridad autonómica correspondiente a la autoridad central española comienza la tercera y última de las fases, consistente en la comunicación de tal decisión a las autoridades extranjeras.

En este sentido, será la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia la que debe transmitir dicha decisión a la autoridad central del Estado requirente que, a su vez, será la que deba comunicárselo a las autoridades competentes de dicho Estado que estaban decidiendo sobre la posibilidad de ordenar un acogimiento «transfronterizo» en nuestro territorio. Solamente con una respuesta favorable por parte de nuestras autoridades en forma de aprobación podrán dichas autoridades extranjeras dictar la resolución que ordene el acogimiento en nuestro país, notificarlo a todas las partes interesadas, además de poder solicitarse el reconocimiento y ejecución en España de dicha resolución.

IV. LA FUERZA EJECUTIVA DE LA RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ORDENA EL ACOGIMIENTO TRANSFRONTERIZO Y MOTIVOS DE DENEGACIÓN FUNDAMENTADOS EN EL DERECHO AL RESPETO A LA VIDA FAMILIAR

25. Una última cuestión merece centrar nuestra atención en relación con la posible incidencia del derecho al respeto a la vida familiar sobre el procedi-

42. En este sentido, EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Guide on Article 8 of the European…*, *op. cit.*, p. 89.

miento de acogimiento transfronterizo regulado por el Reglamento Bruselas II ter. En todo caso, hoy en día, y con el fin de dar cumplida satisfacción a la protección de los intereses del menor también en el sector del reconocimiento y ejecución, la resolución sobre acogimiento se reconoce de forma general en otros Estados miembros, sin que sea necesario ningún procedimiento especial. Con ello se acaba con el régimen previsto con anterioridad en el Reglamento Bruselas II bis, donde se consideraba que la resolución por la que se ordenaba el acogimiento del menor debía declararse ejecutiva en el Estado miembro requerido antes de su ejecución. Como fácilmente puede deducirse, la duración en la tramitación de este procedimiento obstaculizaba la rápida efectividad de la medida acordada, lo que ciertamente menoscaba el interés superior del menor.

En consecuencia, si es ejecutiva en el Estado miembro de origen, esta resolución será ejecutiva por sí misma en el Estado miembro donde se va a hacer efectivo el acogimiento y en todos los demás Estados miembros, sin declaración de fuerza ejecutiva. Y a efectos de la ejecución en un Estado miembro de una resolución dictada en otro Estado miembro, solo se requiere copia de la resolución que reúna las condiciones necesarias para establecer su autenticidad y el certificado apropiado expedido conforme al art. 36. No obstante, la resolución por la que se ordena el acogimiento sigue estando sujeta a los motivos de denegación del reconocimiento y de la ejecución aplicables a las resoluciones en materia de responsabilidad parental que no sean privilegiadas[43].

En especial y por lo que atañe al objeto de este trabajo, en consecuencia, la autoridad competente del Estado de acogida podrá denegar la ejecución —conforme al art. 41—, en base a estos motivos que son específicamente contemplados en el art. 39 del Reglamento Bruselas II ter:

a) El más relevante está contemplado en apartado f) del art. 39.1, que señala como motivo de denegación el no haberse respetado el procedimiento previsto en el art. 82. En consecuencia, se está refiriendo al acogimiento ordenado por la autoridad competente de otro Estado miembro, sin que se haya obtenido la aprobación previa por parte de las autoridades competentes del Estado de acogida de acuerdo

43. Mónica HERRANZ BALLESTEROS, «Comentario al artículo 82», *op. cit.*, p. 627. Sobre el régimen específico de reconocimiento y ejecución de determinadas resoluciones privilegiadas contenido en la Sección Segunda del Capítulo IV del Reglamento Bruselas II ter, puede consultarse, María Ángeles RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «El régimen de las resoluciones privilegiadas», en *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Beatriz Campuzano Díaz (dir.), Thomson-Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 237-250.

con el procedimiento previsto. Puede señalarse, en consecuencia, que la regulación detallada incorporada en el art. 82 del Reglamento Bruselas II ter, buscando dotar al sistema de cooperación de una mayor rapidez y agilidad, en contraposición con el anterior sistema del art. 56 del Reglamento Bruselas II bis, es un reflejo de la idea del legislador europeo de mejorar la protección de los intereses del menor en este tipo de situaciones. El no seguir este procedimiento encuentra aquí su principal consecuencia.

b) También puede tener incidencia el motivo previsto en el apartado c) del art. 39.1 del Reglamento Bruselas II ter, cuando indica como motivo posible de denegación de la resolución que ésta se pida por cualquier persona que alegue que dicha resolución menoscaba el ejercicio de su responsabilidad parental, si se hubiere dictado sin que dicha persona haya tenido la posibilidad de ser oída. En este caso, puede cobrar un especial protagonismo la garantía procesal existente de escuchar y presentar su caso de forma plena por parte de los progenitores en los procedimientos de acogimiento como manifestación de la salvaguarda del derecho al respeto a la vida familiar. En efecto, el TEDH ha señalado como el proceso decisorio, tanto administrativo como judicial, sobre la adopción de medidas que interfieran la vida familiar debe ser justo y respetar los intereses protegidos por el art. 8 del CEDH. En este caso concreto, ello significa que los padres han debido intervenir en el procedimiento, ser informados del mismo, pudiendo participar en las decisiones que les afectan y teniendo a su alcance los recursos disponibles[44].

c) Por último, se ha de hacer referencia al motivo previsto en el art. 39.2 del Reglamento Bruselas II ter, en donde se contempla la posibilidad de denegación siempre que un menor capaz de formarse su propio juicio, no haya tenido la posibilidad de expresar su opinión de conformidad con el artículo 21. Se deben exceptuar aquellos casos en que pudieran existir motivos fundados, habida cuenta, en particular, de la urgencia del caso. Aparece de nuevo, en estas situaciones, como ya hemos señalado previamente, el derecho del menor a ser informado y consultado en este tipo de situaciones, siempre que ello sea posible, como garantía procesal imprescindible en el proceso decisorio por el que se ordena la medida de protección como salvaguarda específica del derecho al respeto a la vida familiar del menor.

44. Así lo afirma el TEDH en el asunto Strand Lobben, *cit.*, par. 212. Sobre esta cuestión, puede consultarse, EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS y COUNCIL OF EUROPE, *Handbook on European Law Relating…*, *op. cit.*, p. 119.

Derecho a la vida familiar, interés superior del menor y sustracción internacional de menores

Right to family life, best interests of the child and international child abduction

Rafael Arenas García
Catedrático de Derecho internacional privado
Universitat Autònoma de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. III. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. IV. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y RECONOCIMIENTO. 1. *Interés superior del menor y otros intereses*. 2. *Sustracción internacional de menores y cooperación de autoridades*. A. Obligación de retorno e interés superior del menor. B. Decisión sobre el retorno y competencia de autoridades. C. Conciliando devolución del menor e interés superior del menor. V. CONCLUSIÓN.

RESUMEN

El trabajo analiza la interrelación entre la obligación de retorno del menor en los casos de sustracción internacional, la protección del interés superior del menor y el respeto a la vida familiar que ampara el Convenio Europeo de Derechos Humanos. La ausencia de una referencia expresa al interés superior del menor en el Convenio de La Haya de 1980 ha planteado algunos problemas de articulación con el CEDH tras la asunción por el Tribunal de Estrasburgo de que el interés del menor es el que prevalece sobre otros que puedan existir en la aplicación del art. 8 del CEDH. Para solventar los problemas de

articulación entre los instrumentos sobre sustracción internacional de menores y el CEDH se propone atribuir a las autoridades del estado de la residencia del menor antes del traslado la competencia para decidir sobre su retorno; limitándose las autoridades del estado al que ha sido desplazado a pronunciarse sobre el reconocimiento de la decisión adoptada en el estado de origen del menor.

PALABRAS CLAVE: Sustracción internacional de menores. Derecho a la vida familiar. Interés superior del menor. Cooperación judicial internacional.

ABSTRACT

The work analyses the interrelationship between the obligation to return the child in cases of international abduction, the protection of the best interests of the child, and the respect for family life protected by the European Convention on Human Rights. The absence of an explicit reference to the best interests of the child in the 1980 Hague Convention has posed some articulation problems with the ECHR following the assumption by the Strasbourg Court that the child's interest prevails over others that may exist in the application of Article 8 of the ECHR. To solve the articulation problems between the instruments on international child abduction and the ECHR, it is proposed to grant the authorities of the state of the child's residence before the relocation the competence to decide on their return; limiting the authorities of the state to which the child has been relocated to pronounce on the recognition of the decision made in the child's state of origin.

KEYWORDS: International Child Abduction. Right to family life. Best interest of the child. International Judicial Cooperation.

I. INTRODUCCIÓN

Los supuestos de sustracción internacional de menores se encuentran en el cruce de diversos intereses que, si bien no deberían contraponerse, tampoco son plenamente coincidentes. Por una parte, los instrumentos internacionales que se ocupan de este problema[1] descansan sobre el prin-

1. Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 25 de octubre de 1980, *BOE*, 24-VIII-1987; Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la

cipio de devolución inmediata del menor; un principio que debería ser no solamente compatible, sino concreción tanto del respeto a la vida familiar como del interés superior del menor. Sin embargo, no puede desconocerse que ni este interés superior del menor ni el respeto a la vida familiar se integran como tales en los instrumentos sobre sustracción internacional[2]; lo que ha planteado ciertas dificultades en los diversos casos que se han dado en la práctica. Así, en concreto, se ha advertido de una posible contradicción entre la exigencia de devolución del menor, por una parte; y el respeto al interés superior del menor, por otra[3]. Por otro lado, tampoco la garantía del respeto a la vida familiar era, en sí, uno de los objetivos del convenio de La Haya de 1980, tal y como veremos enseguida, por lo que la articulación entre ese derecho y los mecanismos de devolución de los menores que han sido desplazados desde su estado de residencia requiere alguna explicación.

A continuación, nos ocuparemos de la articulación de estos tres principios. En primer lugar, poniendo en relación la lógica de los instrumentos sobre sustracción internacional de menores con el interés superior del menor; tras esto, veremos cómo se conectan el interés superior del menor y el derecho a la vida familiar. Finalmente, examinaremos en qué forma puede articularse el respeto al interés superior del menor con la garantía de su devolución al estado de origen en los casos de sustracción internacional.

Pese a que los problemas tratados tienen carácter universal, el trabajo, sin renunciar necesariamente a realizar referencias extraeuropeas, se centrará en la situación en Europa, poniendo en el centro del análisis el Convenio Europeo de Derechos Humanos[4] y las sentencias que lo han aplicado, el Reglamento 2019/1111[5] y aquellos que le han servido de antecedente.

---

ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida), *DO*, núm. L 178, de 2 de julio de 2019.

2. El término no aparece en el Convenio de La Haya de 1980, pero sí en su informe explicativo, *vid.* Elisa PEREZ VERA, *Rapport explicatif*, https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf, pp. 430-432.
3. *Vid.* Anastasia GRAMMATICAKI-ALEXIOU, «Best interest of the child in Private International Law», *R. des C.*, 2020, t. 412, pp. 253-434, p. 342: Elena RODRÍGUEZ PINEAU, «La oposición al retorno del menor secuestrado: movimientos en Bruselas y La Haya», *REEI*, 2018, núm. 35, pp. 4-8.
4. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, *BOE*, 10-X-1979.
5. *Vid. supra* n. núm. 1.

II. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

En la actualidad, y desde hace tiempo, el principio de interés superior del menor es el eje del tratamiento en todas aquellas cuestiones que afectan a quienes entran en esta categoría, la de menor o niño. Pese a que la opción entre los términos niño o menor tiene relevancia[6], aquí no entraremos en ella, puesto que a los efectos que nos interesan (sustracción internacional) los instrumentos relevantes establecen de forma precisa su ámbito de aplicación, de tal manera que se aplicarán a aquellas personas que no hayan alcanzado los 16 años[7]. En la versión en español del Convenio de La Haya de 1980 puede dar base a la duda sobre si una persona menor de 16 años que tenga la capacidad de decidir sobre su residencia está incluida en el ámbito de aplicación del Convenio, puesto que el art. 4 de dicha versión española utiliza el término «menor»; pero tanto las versiones oficiales del convenio en inglés y en francés (que emplean respectivamente las palabras «*child*» y «*enfant*» como el Informe Explicativo permiten entender que el instrumento se aplica a todas las personas que no han alcanzado los 16 años.

Más allá de este debate, sin consecuencias prácticas en el tema que nos ocupa; sí que resulta relevante constatar que, tal y como se ha avanzado, el Convenio de La Haya no descansa, de manera explícita sobre el interés superior del niño. El objetivo del convenio es la devolución del menor y, en relación con este fin, la introducción de una referencia al interés superior del niño podría resultar contraproducente; o, al menos, así se desprende de su informe explicativo[8], donde se señala, por una parte, la vaguedad del término[9] y, por otra parte, que precisamente el interés superior del niño había sido argumentado como motivo de oposición a la devolución del menor[10]. A partir de esto, sin embargo, se indica que, en realidad, el fin de la convención es la consecución de ese interés del niño; en tanto en cuanto lo que mejor responde a ese interés es su devolución al país de su residencia

6. *Vid.*, en relación con el Convenio de las Naciones Unidas de 1989 sobre los derechos del niño, Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989», *REDI*, 1992, vol. LVIV, núm. 2, pp. 465-498, pp. 467-468 y 475-476. Con carácter más general, *vid.* Sandra GARCÍA CANO, *Protección del menor y cooperación internacional entre autoridades*, Madrid, Colex, 2003, pp. 62-65.
7. Art. 4 del Convenio de La Haya de 1980 y, por remisión al mismo, también el Reglamento 2019/1111 (art. 22).
8. *Vid. supra* n. núm. 2.
9. *Ibidem*, p. 431, núm. 21.
10. *Ibidem*, núm. 22.

originaria[11], previéndose también, en ciertos supuestos, que la devolución sea denegada, cuando no responda al interés del menor[12].

Las razones del informe explicativo, sin embargo, vistas con la distancia de más de cuarenta años, no dejan de plantear algunas dificultades. Por una parte, tal y como se acaba de indicar, el interés superior del niño se presenta, inicialmente, como un principio vago que, además, ha sido utilizado para evitar el retorno del menor, un retorno que es —no cabe duda— el centro sobre el que descansa el instrumento. Por otra parte, pese a que se reconoce que la «auténtica» víctima de la sustracción[13] es el menor, la afirmación parece presentarse como una novedad, en un momento en el que todavía no parece haberse superado la concepción según la cual en la relación entre progenitores e hijos existen derechos recíprocos en vez de asumir que los únicos derechos que existen son los del menor a ser cuidado y educado, desempeñando los progenitores una función que no les atribuye propiamente derechos[14]. De hecho, al hacer referencia al derecho de vista[15] se indica que se trata de un derecho que se atribuye a los progenitores que no tienen la guarda (concebida también como un derecho) del menor; en vez de presentarla desde la perspectiva del derecho del menor a relacionarse con sus dos progenitores. Esta perspectiva, de acuerdo con la cual los progenitores u otras personas vinculadas al niño no gozan de derechos en relación con este, sino que ejercen una función con relación al mismo, es la que da sentido a la regulación actual en la materia[16].

---

11. *Ibidem*, núm. 24.
12. *Ibidem*, núm. 25.
13. «*True victim*» en la versión inglesa, «*véritable victime*» en la versión francesa (*ibídem*, núm. 24).
14. Tal y como expresa María Ángeles PARRA LUCÁN («Minoría de edad» en María del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA (dir.) y Judith SOLÉ RESINA (coord.), *Tratado de Derecho de la Persona Física*, t. I, Cizur Menor, Civitas/Thomson Reuters, 2013, pp. 579-637, p. 587) «La interpretación jurisprudencial del interés del menor; que manifiesta una excesiva desconfianza hacia los padres, permite concluir que en buena medida el Derecho de familia *tiende a convertirse en un Derecho de los menores* y que todos los acuerdos que puedan adoptarse son susceptibles de revisión judicial para dejar a salvo el interés del menor» (cursiva añadida).
15. *Ibidem*, núm. 26.
16. *Vid.*, por ejemplo, Andrew BAINHAM, *Children. The modern law*, Bristol, Family Law, 3.º ed., 2006, p. 61: «Parental responsibility is now the central legal concept which establishes the link between a child and the person or persons who have authority to care for him (...). It replaces the former concept of "parental rights and duties" (...). The change in termonology is intended to reflect changes in the way that the relationship between parents and children is perceived. The objective was to move away from the propietorial connotations of "rights" (...). According to this, parental powers and

El Convenio de La Haya de 1980, sin embargo, aún es muestra de un planteamiento según el cual en las relaciones entre el niño y las personas que velan por él; fundamentalmente, sus padres, se teje una red de derechos y obligaciones recíprocos (y también frente a terceros, como veremos un poco más adelante) en la que la necesidad de revertir la situación creada por el desplazamiento del menor se convierte en el centro de la regulación; de tal forma que toda excepción a dicho retorno deberá justificarse.

Es cierto que, como es sabido, el Convenio de la Haya de 1980 prevé la posibilidad de denegación del retorno del menor incluso aunque no haya transcurrido un año desde el desplazamiento (art. 13); así como también una vez transcurrido ese plazo del año «salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente» (art. 12). Ahora bien, tal y como están formuladas estas excepciones, podría interpretarse que en ciertos supuestos, pese a que el retorno no responda al interés superior del menor, debe ordenarse éste. Así, por ejemplo, en el caso de que no haya transcurrido un año desde el desplazamiento no podrá probarse la integración del niño en el nuevo país de residencia y tan solo en los casos de grave peligro físico o psíquico para el menor u otras situaciones intolerables podrá denegarse la restitución. Si, en cambio, ha transcurrido ese plazo del año, la prueba de la integración del menor en estado al que ha sido desplazado, no existirá la obligación de devolver al menor. Esto es, la restitución podría denegarse, aunque fuera la vuelta del menor a su país de origen lo que mejor respondería a su interés superior[17].

La manera de resolver estas dificultades es defender que, excepto en los supuestos en los que el Convenio permite la no devolución, lo que responde mejor al interés del niño es la vuelta al país de su residencia antes de la sustracción. Así se indicaba ya en su informe explicativo[18], manteniéndo-

authority exist only to enable parents to discharge thier responsabilities». Sobre la evolución en la utilización de los términos, vinculando la extensión de la expresión «responsabilidad parental» a la concepción de acuerdo con la cual las prerrogatives de los progenitores se conciben como funciones en beneficio del niño, *vid.* Sylvain GRAPALOUP, *L'enfant et sa famille dans les normes européennes*, París, L.G.D.J., 1998, pp. 314-323, esp. p. 323.

17. En realidad, en este caso del convenio no se desprende la prohibición de devolución, pero ésta podria resultar de la ausencia de una justificación para ordenar la devolución de acuerdo con el derecho de origen interno del juez que está conociendo. En el caso del derecho español, sin embargo, dado que el art. 778 quinquies. 9 de la LEC prevé que la decisión sobre la restitución o no del menor deberá hacerse «teniendo en cuenta el interés superior de éste» (del menor); podria ordenarse la restitución en un supuesto como el que se plantea en el texto.

18. *Vid. supra* núm. 11.

se el mismo argumento en la Guía de Buenas Prácticas en relación con la parte VI del Convenio, publicada en el año 2021 por la Conferencia de La Haya de DIPr[19], donde se afirma que «el traslado o la retención ilícitos de un niño son perjudiciales para su bienestar y que, a excepción de los casos limitados previstos en el Convenio, se atenderá al interés superior del niño si se lo restituye al Estado de su residencia habitual»[20]. Puede discutirse, sin embargo, si esta afirmación taxativa es cierta en todas las circunstancias[21]. Probablemente lo será en la mayoría, pero no puede descartarse que existan casos en los que el retorno, incluso sin suponer un peligro físico o psíquico para el menor o sin que lo coloque en una situación intolerable, no sea lo que responde mejor al interés del niño. De igual forma, podría ser que la sustracción, en determinados casos, fuera mejor opción, desde la perspectiva del interés superior del menor, que dejar al niño en su estado de residencia[22]. El problema podría resolverse mediante la introducción de una excepción en el convenio que permitiera denegar la restitución en aquellos casos en los que dicha restitución no respondiera al interés superior del menor, a la vez que se garantizara que en el caso de que la restitución responda efectivamente a ese interés superior del menor, será así ordenada por la autoridad competente del estado al que se ha desplazado el menor, incluso aunque no se den los requisitos previstos en el convenio para ello (ha transcurrido más de un año desde el desplazamiento y el menor se ha integrado en su nuevo país). Ahora bien, tal y como se indica en el informe explicativo del convenio, esta opción no fue incluida por considerar que supondría un aumento de los supuestos de denegación del retorno, justificándose por esta vía casos de sustracción internacional[23].

De acuerdo con lo anterior, y pese a lo que se indica en el informe explicativo del convenio de 1980 y en la guía de buenas prácticas de 2020, es difícil no concluir que el convenio da preferencia al retorno del menor sobre la garantía de su interés superior en cada caso individualizado. En el caso del

19. Puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=7059&dtid=3
20. *Vid.* núm. 14 de la Guía (p. 22).
21. Para un planteamiento de las dificultades que plantea y posibles soluciones, *vid.* María Victoria CUARTERO RUBIO, «La sustracción internacional de menores ante el juez: a vueltas con la racionalidad del Convenio de La Haya de 1980 y la ponderación», en María Victoria CUARTERO RUBIO/José Manuel VELASCO RETAMOSA (dirs.), *La vida familiar internacional en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 323-344, esp. p. 326.
22. *Vid.* Marilyn FREEMAN, *Parent Child Abductions to Third Countries*, Bruselas, Policty Department for Citizens' Rights and Constitutional Affairs, 2024, p. 9, esp. n. núm. 15.
23. *Vid.* núm. 22. *Vid. supra* n. núm. 10.

Reglamento 2019/1111, al igual que, anteriormente, en los supuestos en los que se aplicara el Reglamento 2201/2003, la prevalencia del retorno es aún más clara al reducirse la posibilidad de decidir la denegación sobre la base de la existencia de un peligro físico o psíquico para el menor en caso de retorno[24].

La postergación, al menos desde una perspectiva formal, del interés superior del menor en estos instrumentos está vinculada a un problema que solamente de manera indirecta aparece en ellos pero que, sin embargo, es de consideración necesaria para analizar los diferentes intereses en presencia y como se relacionan. Me refiero a la confianza mutua entre las administraciones de diferentes estados, así como —desde la perspectiva de la Unión Europea— la circulación de personas y decisiones. Lo examinamos a continuación.

Tal y como se acaba de recordar, en el informe explicativo del convenio de La Haya de 1980 se vincula la exclusión de referencias al interés superior del menor en el instrumento, a la utilización que se había hecho del principio para negar la devolución y, de esta forma, revisar las decisiones sobre guarda y custodia en el estado al que el menor había sido desplazado. En definitiva, temían los redactores del convenio que el reconocimiento de dicho principio fuera utilizado para una aproximación localista o provinciana a los conflictos que se regulaban, de manera que las decisiones adoptadas en el estado de origen del menor perdieran eficacia en favor de las dictadas en el estado de la nueva residencia.

Como es sabido, el convenio de La Haya se puede aplicar incluso en aquellos casos en los que no haya una decisión judicial o de autoridad sobre la custodia del menor[25]; pero en muchos supuestos lo hará o bien cuando ya existe una decisión sobre la custodia del niño o bien cuando se pretende obtener una decisión judicial o administrativa sobre la materia; de tal manera que la sustracción alteraría la competencia ordinaria de las autoridades que estuviesen llamadas a conocer.

De acuerdo con lo anterior, por tanto, no se trata tanto de una postergación del interés superior del menor como del eterno debate sobre quién

24. En palabras de María Victoria CUARTERO RUBIO (*loc. cit.*, p. 329), «El nivel de exigencia de esta solución [la devolución del menor] alcanza una cota extraordinaria en el Reglamento Bruselas II bis». *Vid.* también Rafael ARENAS GARCÍA, «Medidas frente al incumplimiento de los instrumentos internacionales en materia de sustracción internacional de menores», *CDT*, 2021, vol. 13, núm. 2, pp. 94-115, pp. 98-99.

25. *Vid.* art. 3 del Convenio: «El derecho de custodia mencionado en *a)* puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado».

está en mejores condiciones para decidir sobre ese interés. El convenio lo que intenta evitar, precisamente, es que sean las autoridades del estado al que se desplaza el menor las que se pronuncien sobre el mismo; para así impedir que el menor se utilice como instrumento de manipulación de la competencia judicial internacional.

Según esto, la solución del conflicto entre interés superior del menor y devolución de este pasaría porque fueran las autoridades del estado de la residencia originaria del menor las que se pronunciaran sobre la conveniencia o no del retorno, debiendo estar el resto de las autoridades a la decisión que adoptaran aquellas. En este marco sí que estaría justificado que las autoridades del estado al que se ha desplazado el menor pudieran, excepcionalmente, negarse a dicha devolución sobre la base de criterios específicos, entre los que, casi inevitablemente, estaría el orden público, tan difícil de obviar[26].

III. DERECHO A LA VIDA FAMILIAR E INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Cuando, en 1950, se introduce, a través del Convenio Europeo de Derechos Humanos[27] el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8) la concepción de la familia en vigor no se corresponde con la que en la actualidad es mayoritaria en los estados europeos. En 1950 la familia se concibe, básicamente, como un espacio que los poderes públicos han de respetar de manera que las relaciones que se desarrollan en su seno han de quedar al margen de cualquier interferencia e, incluso, en cierta forma, al margen del propio derecho. Es conocida la frase «el derecho de familia empieza donde acaba la familia»[28]. Dentro de la familia, las relaciones de autoridad de los padres respecto a los hijos y la capacidad de dirección del marido con relación

26. *Vid.*, en relación con la propuesta de supresión del exequàtur en el Reglamento Bruselas I, Crístian ORÓ MARTÍNEZ, «Control del orden público y supresión del exequàtur en el espacio de libertad, seguridad y justícia: perspectives de futuro», *AEDIPr*, 2009, t. IX, pp. 201-224.

27. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950, y enmendado por los Protocolos adicionales números 3 y 5, de 6 de mayo de 1963 y 20 de enero de 1966 respectivamente, *BOE*, 10-X-1979. El Convenio fue modificado por varios protocolos posteriores a los dos que figuran en el Instrumento de Ratificación por España. La situación actual del Convenio puede consultarse en el siguiente enlace: https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=005

28. *Vid.* Andrés GARCÍA INDA, «El derecho y la confianza», *Derechos y Libertades*, 2023, núm. 48 (segunda época), pp. 47-70, p. 48.

al conjunto de los miembros de la familia eran simplemente reconocidas por el derecho, limitándose las posibilidades de injerencia desde el exterior[29]. Tan solo en los casos en los que razones de interés público lo justificaran podría la administración o los tribunales penetrar en el círculo familiar. A esta concepción responde el tenor literal del art. 8 del Convenio Europeo[30].

En coherencia con lo anterior, el objeto esencial de este precepto es una obligación negativa para los poderes públicos[31]. Desde esta perspectiva, el interés del menor podría resultar relevante como justificación para la actuación de los poderes públicos en el ámbito familiar; de tal forma que dicho interés podría ser un argumento en contra de quien pretendiera utilizar el art. 8 del Convenio Europeo para oponerse a la intervención de la administración en la familia[32]. Sin embargo, también podría utilizarse el art. 8 del

29. Sobre el modelo de familia tradicional en España, desde la Edad Media hasta el siglo XIX, *vid.* Enrique GACTO FERNÁNDEZ, «Sobre el modelo jurídico del grupo familiar en el siglo XIX», *Historia. Instituciones. Documentos*, 1998, núm. 25, pp. 219-234; donde se destaca la relación entre el modelo familiar español y el romano, aunque castellanizado (*ibidem*, pp. 220-221).

30. El art. 8 no solamente cubre la vida familiar, sino también el respeto a la vida privada, al domicilio y a la correspondencia. De los cuatro intereses que recoge el precepto, aquí nos ocuparemos solamente de la vida familiar. Sobre los antecedentes y redacción del precepto, *vid.* William A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 358-366. En un principio, el precepto tenía como fin proteger a las familias de las amenazas que podían proceder del poder público, especialmente de regímenes totalitarios; no de las amenazas que pudieran surgir dentro de la misma familia, *vid.* Lucy SMITH, «Children, Parents and the European Human Rights Convention», en John EEKELAAR/Petar ŠARČEVIĆ (eds.), *Parenthood in Modern Society. Legal and Social Issues for the Twenty-First Century*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, pp. 447-461, p. 450.

31. Cf. *Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2024, https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_8_eng-pdf, p. 8.

32. *Vid.*, por ejemplo, la STEDH de 22 de marzo de 2018, *Wetjen and others v. Germany* (núms. 68125/14 y 72204/14, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-181583%22]}), núms. 77-79; donde se estableció que el riesgo de que un niño sufriera castigos físicos sistemáticos en el seno de la familia sería motivo suficiente para apartarlo de sus progenitores. En el mismo sentido, *vid.* la STEDH de 22 de marzo de 2018, *Tlapak y otros v. Germany*, núms. 11308/16 y 1134/16, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-181584%22]}, núm. 89. *Vid.* la STEDH de 8 de abril de 2021, *Vavřička and others v. The Czech Republic*, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-209039%22]}, donde se negó que el art. 8 pudiera ser base para que los progenitores se opusieran a la vacunación obligatoria de sus hijos. El argumento empleado por el tribunal fue, expresamente, el del interés superior del menor: «It is well established in the Court's case-law that in all decisions concerning children their best interests are of paramount importance» (núm. 287). «It

Convenio para fundamentar que el interés del menor se opone a medidas que suponen una injerencia del poder público en el ámbito familiar. Así, por ejemplo, en el caso *Penchevi*[33], el Tribunal de Estrasburgo interpretó que la negativa de las autoridades búlgaras a permitir el viaje de un menor desde Bulgaria a Alemania para reunirse con su madre, que estaba estudiando en ese país, constituía una injerencia ilegítima en la vida familiar[34]. En la misma línea, las medidas que impliquen apartar al menor de su entorno familiar tan solo serían compatibles con el art. 8 del convenio cuando respondan al interés superior del menor.

Junto a las obligaciones negativas, el art. 8 de la convención también implica obligaciones positivas, tal y como se estableció en la STEDH de 13 de junio de 1979, *Marckx*[35], donde se indicó que, aparte de la obligación negativa derivada del art. 8 a la que ya nos hemos referido, existían también obligaciones positivas que incluían, «entre otras», la de que la regulación de la familia en cada estado ha de hacerse de manera tal que las personas que gozan de este derecho puedan desarrollar una vida familiar normal. Esta vida familiar normal incluye la integración del niño en una familia desde su nacimiento[36]. En este caso, aunque no se mencione el concepto «interés superior del menor», podemos encontrar un vínculo entre derecho a la vida familiar e interés del menor; ya que existirá coincidencia entre este interés y la concreción del derecho a la vida familiar que implica la necesaria integración del niño en una familia desde el momento de su nacimiento; familia que, tal y como se indica en la misma sentencia, ha de incluir también a los miembros de la familia de su madre[37]. Para el Tribunal, además,

---

follows that there is an obligation on States to place the best interests of the child, and also those of children as a group, at the centre of all decisions affecting their health and development» (núm. 288). Sobre estas decisions, *vid.* Konrad DUDEN, «Parental autonomy and chil protections measures. Procedural and Substantive Standards», en Matteo FORNASIER/Maria Gabriella STANZIONE (eds.), *The European Convention on Human Rights and its Impact on National Private Law*, Intersentia, 2023, https://doi.org/10.1017/9781839703898, pp. 65-85.

33. STEDH de 10 de febrero de 2015, *Penchevi v. Bulgaria*, núm. 77818/12, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-150999%22]}.
34. *Vid.* núms. 53-58 y 71 («The Court finds that the above factors, taken together, cast doubts on the adequacy of the last instance domestic court's assessment of the child's best interests»).
35. STEDH de 13 de junio de 1979, *Marckx v. Belgium*, núm. 6833/74, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57534%22]}.
36. *Ibidem*, núm. 31.
37. *Ibidem*, núm. 45. *Vid.* Dimitri XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights*, Abingdon (RU)/Nueva York, Routledge, 2011, pp. 24-27. La decisión se pronunció sobre la reclamación contra Bélgica de una madre

en principio, responde al interés superior del niño el mantener los vínculos con su familia, salvo que ésta sea especialmente inadecuada y ese contacto pueda un implicar el riesgo de daño para el niño[38]. Además, se establece la necesidad de que el estado reconozca las situaciones familiares *de facto*, produciéndose una vulneración del art. 8 de la Convención si no procede a dicho reconocimiento sin que exista una justificación suficiente para ello[39].

La distinción entre obligaciones negativas y positivas puede no resultar sencilla[40]; pero resulta de interés en el tema que nos ocupa; puesto que deberá diferenciarse entre aquellos casos en los que el estado rehúsa devolver al menor que ha sido sustraído o en los que no poner en marcha los mecanismos de devolución previstos internacionalmente (y en los que nos encontraríamos con el incumplimiento de una obligación positiva)[41] y los supuestos en los que se decide indebidamente la devolución, en cuyo

---

soltera que, para poder ser considerada tutora de su hija, tuvo que reconocerla y solamente se pudo establecer un vínculo de filiación completo con ella tras un proceso de adopción. Sobre la historia detrás del caso *vid.* Laurens LAVRYSEN, «Remembering Paula Marckx», *Strasbourg Observers*, 1 de julio de 2020, https://strasbourgobservers.com/2020/07/01/remembering-paula-marckx/. *Vid.* también Michael Dov GOLDHABER, *A people's history of the European Court of Human Rights*, New Brunswick (Nueva Jersey), Rutgers University Press, 2007, pp. 15-25.

38. *Vid.* STEDH de 20 de septiembre de 2022, *Popadić v. Serbia*, núm. 7833/12, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-219210%22]}, núm. 83. Anteriormente, ya había establecido con claridad la prevalencia del interés superior del menor, *vid.* STEDH de 19 de septiembre de 2000, *Gnahoré v. Francia*, núm. 40031/98, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58802%22]}, núm. 59: «The Court emphasises that in cases of this type the child's interest must come before all other considerations». *Vid.* También el núm. 91 de la STEDH de 6 de septiembre de 2018, *Jansen v. Norway*, núm. 2822/16, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-185495%22]}: «Where children are involved, their best interests must be takin into account».

39. *Vid. Guide on Art. 8*, *op. cit.*, p. 84. *Vid.* núms. 71-73 de la STEDH de 26 de junio de 2014, *Labasse c. France*, núm. 65941/11, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-145180%22]}; y núms. 52 y 93-94 de la STEDH de 24 de marzo de 2022, *C.E. et autres c. France*, núms. 29775/18 y 20693/19, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-216706%22]}.

40. *Vid.* Laurens LAVRYSEN, *Human Rights in a Positive State*, Intersentia, 2016, https://doi.org/10.1017/9781780685311, esp. pp. 262-263; William A. SCHABAs, *op. cit.*, p. 368.

41. *Vid.* STEDH de 29 de julio de 2003, *Iglesias Gil y A.U.I. v. Spain*, núm. 56673/00, https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-61069&filename=CASE%20OF%20IGLESIAS%20GIL%20AND%20A.U.I.%20v.%20SPAIN.docx&logEvent=False; sobre el incumplimiento por España de su obligación, como estado de origen del menor, de poner en marcha todos los mecanismos que habilita el Convenio de La Haya de 1980 para su retorno. *Vid.* también STEDH de 25 de enero de 2000, *Ignaccolo-Zenide v. Rumanía*, núm. 31679/96, https://hudoc.echr.coe.int/en-

caso podríamos estar ante la infracción de las obligaciones negativas que se derivan del art. 8 de la convención[42].

En cualquier caso, ha de destacarse que la interpretación del derecho a la vida familiar en el art. 8 asume con naturalidad que los miembros de la familia tienen derecho a mantener el contacto con los niños que se integran en ésta y, específicamente, de los padres con sus hijos[43]; aunque reconociendo que este derecho deberá someterse a lo que resulte del interés superior del menor[44]; un principio que se encuentra en la mayoría de los estados[45] y que el Tribunal de Estrasburgo viene aplicando desde 1989, cuando se promulgó la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño[46]. Este reconocimiento del derecho del niño no implica, sin embargo, que los intereses de los progenitores no hayan de ser tenidos también en cuenta, siendo contrario al art. 8 (respeto a la vida familiar) que en los procesos relativos a la responsabilidad parental no se protejan también los intereses de los padres y sean escuchadas sus razones[47].

g#{%22itemid%22:[%22001-58448%22]} sobre inactividad de las autoridades del estado al que había sido desplazado el menor.

42. *Vid.* STEDH de 6 de julio de 2010, *Neulinger and Shuruk v. Suiza*, núm. 41615/07, https://hudoc.echr.coe.int/FRE#{%22itemid%22:[%22001-99817%22]}. STEDH de 26 de noviembre de 2013, *X v. Latvia*, núm. 27853/09, https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-138992%22]}.
43. *Vid.* STEDH *Popadić*, núm. 82-83, con cita de más decisiones en la misma línea.
44. *Vid.* el núm. 83 de la sentencia *Popadić*: «… in the balancing process between the interests of the child and those of the parents, primary consideration is to be attached to finding those arrangements which are in the child's best interests, which may, depending on their natura and seriousness, override those of the parents». *Vid. Guide on Art. 8*, *op. cit*., p. 88 y 93 y referencias contenidas en núm. 353 y 378.
45. *Vid.* núm. 40 de la STEDH de 30 de junio de 2022, *Paparrigopoulos c. Grèce*, núm. 61657/16, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-218143%22]}: «Tout en gardant à l'esprit que les autorités jouissent d'une grande latitude en matière d'autorité parentale (…), la Cour rappelle qu'elle a déjà constaté que la majorité des États membres semblent partir du príncipe que l'attribution de l'autorité parentales doit reposer sur l'intérêt supérieur de l'enfant et qu'elle doit être soumise au contrôle des juridictions internes en cas de conflit entre les parents (…)».
46. *Vid.* Rachele ZAMPERINI, «Establishing Parenthood through Adoption and Surrogacy: A Test Case for the ECtHR Use of the Best Interests of the Child Principle», *Family & Law*, 2024, DOI: 10.5553/FenR/.000064, pp. 1-2.
47. *Vid.* el núm. 85 de la sentencia *Popadić*: «Lastly, in cases concerning a parent's relationship with his or her child, the effective respect for family life requires that the decision-making procedure provide the requisite protection of parental interests». *Vid.* también el núm. 63 de la STEDH de 8 de julio de 1987, *W. v. The United Kingdom*, núm. 9749/82, https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/docx/?library=ECHR&id=001-57600&filename=CASE%20OF%20W.%20v.%20THE%20UNITED%20KINGDOM.docx&logEvent=False: «The relevant considerations to be weighed by a local

Como puede apreciarse, pese a que el interés superior del menor se ha convertido en un elemento esencial en la interpretación del art. 8, los intereses y derechos de los progenitores siguen estando muy presentes. De hecho, en su origen la interpretación del Convenio se calificó de «orientada hacia los padres»[48]; lo que se correspondería con una convención que había sido redactada pensando en los adultos, no en los niños[49]. En las últimas décadas y, sobre todo, tras la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño[50], la jurisprudencia del TEDH ha enfatizado el papel nuclear del interés superior del menor en la interpretación del art. 8 de la convención; aunque, sin renunciar, como se ha indicado, a reconocer también los derechos de los padres (y otros miembros de la familia[51]) a relacionarse con sus hijos.

De acuerdo con lo que se ha visto hasta ahora, el interés superior del menor es, desde hace décadas, el centro de la regulación interna e internacional en materia de menores. Pese a ello, en el caso de la sustracción internacional de menores el principio sobre el que descansan los dos instrumentos más relevantes para España en la materia, el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores y el Reglamento 2019/1111 tienen como principal objetivo el favorecimiento del retorno del menor y tan solo mediante una vía que podríamos calificar de forzada, se hace compatible dicho principio con la garantía del interés superior del menor. Esa vía es la presunción de que lo que mejor responde al interés superior del menor es la devolución a su estado de origen, a salvo de que se dé alguna de las causas que en el propio instrumento justifican la no devolución. En el caso del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el respeto a la vida familiar, que inicialmente no había sido concebido como un precepto orientado a garantizar el interés superior del menor, ha debido ser interpretado en una

---

authority in reaching decisions on children in its care must perforce include the views and interests of the natural parents». *Vid. Guide on Art. 8*, *op. cit.*, pp. 93-94.

48. Cf. Lucy SMITH, *loc. cit.*, p. 453: «There are no decisions indicating that the *child* has a right to access, which again shows that the Court and the Commission are "parent-oriented" in their interpretation of the Convention».

49. *Vid.* Andrew BAINHAM, *op. cit.*, p. 82; Claire FENTON-GLYNN, «Children, parents and the European Court of Human Rights», *European Human Rights Law Review*, 2019, núm. 6, pp. 643-653, p. 643.

50. Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, Instrumento de Ratificación por parte de España publicado en *BOE*, 31-XII-1990. *Vid.* Pilar RODRÍGUEZ MATEOS, «La protección jurídica del menor en la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989», *REDI*, 1992, vol. XLIV, núm. 2, pp. 465-498.

51. *Vid. Guide on Art. 8*, *op. cit.*, pp. 102-103 y referencias ahí contenidas.

forma tal que fuera compatible con dicho interés; aunque sin que esa evolución interpretativa haya supuesto dejar de reconocer que no solamente existe un derecho de los menores a relacionarse con sus progenitores y otros miembros de la familia; sino que estos últimos también tienen un derecho a la vida familiar con sus hijos u otros familiares menores; un derecho que, sin embargo, habrá de ceder ante el interés superior del menor.

IV. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y RECONOCIMIENTO

1. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y OTROS INTERESES

El análisis de los casos de sustracción internacional de menores exige considerar tres perspectivas diferentes. Por una parte, ha de identificarse cuál es el interés del menor; en segundo término, tienen que considerarse los derechos e intereses de las personas que ejercen funciones de protección o representación respecto al menor. Finalmente, ha de valorarse el papel que juega la cooperación entre autoridades de distintos países (entendida cooperación en sentido amplio)[52] en la resolución del conflicto del que es manifestación todo supuesto de sustracción internacional de menores. Los dos primeros aspectos son sustanciales (la determinación tanto del interés del menor como de las otras personas implicadas); mientras que el tercero es procesal. En este caso concreto, resulta preferible empezar por los aspectos sustanciales y dejar para el final las cuestiones procesales.

Comenzando, por tanto, por los aspectos materiales, es necesario determinar cómo se relacionan el interés del menor con el de los progenitores, otras personas vinculadas al menor y los poderes públicos con competencias en la materia. De acuerdo con lo que hemos visto en el epígrafe precedente, pese a la prevalencia generalmente admitida del interés del menor, no por ello desaparecen otros intereses relevantes y es preciso examinar qué naturaleza tienen y en qué forma se relacionan con el interés del menor.

Lo primero que ha de subrayarse es que, de acuerdo con el planteamiento que se ha ido imponiendo en los distintos países de nuestro entorno jurídico, el interés del menor y otros relevantes no se encuentran en el mismo

52. Sobre la distinción entre cooperación judicial internacional en sentido amplio y restringido de la cooperación judicial internacional, *vid.* Octavian CAPATINA, «L'entraide judiciaire internationale en matière civiles et commerciale», *R. des C.*, 1983-I, t. 79, pp. 305-413, pp. 320-325; István SZASZY, *International Civil Procedure. A Comparative Study*, Leiden, A.W. Sijthoff, 1967, pp. 643-644.

plano, ya que la relación que se establece entre los progenitores y el menor es, para aquellos, una función dirigida al cuidado, protección y educación de los hijos[53], no a la satisfacción de los intereses de los progenitores. Si de lo general pasamos al aspecto que puede presentar más interés en los casos de sustracción internacional de menores, el derecho del menor a relacionarse con sus progenitores y el de estos a relacionarse con el menor, constatamos que no tienen la misma naturaleza. Mientras que el primero no necesita más justificación que el bienestar del menor y la contribución a su desarrollo como persona; en el caso de los padres u otros familiares, este «derecho» tan solo operará como un reflejo de aquel del que goza el menor.

Tal y como hemos visto, el CEDH, a través de la interpretación del TEDH, ha ido abriéndose paso hacia este acercamiento; aunque sin renunciar a la consideración de los derechos de los otros miembros de la familia. De esta forma, pese a que se dota de preferencia al interés del menor no se llega al punto de diferenciar entre la naturaleza de unos y otros derechos, pese a que ésta es la línea hacia la que se camina en los diferentes países. Concebida la responsabilidad parental como una función que adquiere sentido en la garantía del interés superior del menor, sin que exista un interés específicamente familiar que pueda oponérsele, ya no existe fundamento para un derecho de los progenitores que se aparte de la consecución de dicho interés.

Cuestión distinta es que se asuma que lo que responde mejor a ese interés del menor es que los progenitores asuman la responsabilidad directa de su cuidado y sean ellos los que determinen, dentro del margen de opción que permite cada sociedad, cuáles son las mejores opciones para el menor. A esta idea respondería, por ejemplo, el art. 2 del Protocolo Adicional al Convenio, en el que se reconoce el derecho de los padres a asegurar la educación y enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas; ya que, en caso de conflicto entre la posición de los padres y el derecho a la educación de los hijos, este último ha de prevalecer[54]. De esta forma, el «derecho» de los

53. *Vid.* Adoración PADIAL ALBAS, *La relación materno y paterno filial en el derecho de familia catalán*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi/Thomson Reuters, 2018, p. 104. O, tal como expresa Yves-Henri LELEU (*Droit des personnes et des familles*, Bruselas, De Boeck & Larcier, 2005, p. 584), «L'autorité parentale confère des «droits-fonctions», finalisés dans l'interêt de l'enfant, tout le contraire de droits discrétionnaires. Les prérrogatives de l'autorité parentale donnet aux parents les moyens de remplir leurs obligations et constituent à tout le moins un corollaire nécessaire de celles-ci». *Vid.* también Nigel LOWE/Gillian DOUGLAS, *Bromley's Family Law*, Oxford, Oxford University Press, 10.º ed., 2007, p. 370.

54. *Vid.* William A. SCHABAS, *op. cit.*, p. 1000, con referencia a una decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 8 de septiembre de 1993, *Zénos Bernard v. Luxembourg*. *Vid.* también Ian LEIGH, «Objective, critical and pluralistic? Religious

padres se corresponde con su obligación de velar por el derecho a la educación de sus hijos[55]. Ahora bien, dado que el ejercicio de la responsabilidad parental ha de responder al interés del menor, es posible que las autoridades verifiquen si la actuación de los progenitores se encuentra dentro del marco definido por el derecho y se ajusta a ese interés superior del menor. La intervención del poder público y, en especial, de los tribunales, con el fin de constatar el adecuado ejercicio de la responsabilidad parental es inexcusable en la actualidad en nuestro entorno jurídico[56]. En los supuestos internacionales y, en concreto, en los casos de sustracción internacional de menores, esa intervención judicial será determinante, tal y como veremos a continuación.

2. SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y COOPERACIÓN DE AUTORIDADES

A. Obligación de retorno e interés superior del menor

En los casos de sustracción internacional de menores de lo que se trata, en esencia, es de determinar si ante un cambio fáctico en la residencia del menor corresponde decidir su retorno al país de origen o, por el contrario, ha de mantenerse al menor en el país al que ha sido desplazado. El problema surge porque varias personas con capacidad (legal o fáctica) de decisión sobre el menor discrepan sobre cuál ha de ser el lugar en el que resida dicho menor y trasladan esa discrepancia a las autoridades competentes. No nos ocuparemos aquí de aquellos casos en los que el traslado no es denunciado, no se solicita el retorno del menor o se consiente en dicho traslado. De acuerdo con el Convenio de La Haya de 1980, en estos casos o bien no se pondrán en marcha los mecanismos del convenio[57] o bien se podrá denegar la restitución[58]. Nos centraremos en aquellos en los que el conflicto se mantiene y ha de ser resuelto por los tribunales.

---

education and human rights in the European public sphere», en Lorenzo ZUCCA/ Camil UNGUREANu (eds.), *Law, State and Religion in the New Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 192-214, p. 208.

55. Cf. William A. SCHABAS, *op. cit.*, pp. 1000-1001: «The Court has explained that the second sentence of article 2 of Protocol 1 No. 1 speaks of the "right" of parents concernint the education of their children, but has held that they have a "natural duty towards their children-parents being primarily responsable for the «education and teaching" of their children». The right of parents «corresponds to a responsability closely linked to the enjoyment and the exercise of the right to education».
56. *Vid.* Yves-Henri LELEU, *op. cit.*, p. 608, quien destaca que el papel de los tribunales aumenta a medida que se extienden los derechos de los niños.
57. Art. 8 del convenio.
58. Art. 13.a) *in fine* del convenio.

De acuerdo con los principios que hemos examinado, la decisión judicial debería partir del interés superior del menor. Esto es, en el caso concreto se trataría de determinar qué responde a ese interés. Si es más acorde con él la restitución del menor, ésta debería ordenarse. Si, por el contrario, lo que mejor responde a dicho interés es el mantenimiento del menor en el país al que ha sido trasladado, ésta debería ser la solución.

Como hemos visto, sin embargo, el Convenio de La Haya no sigue este esquema, porque —según cuenta su Informe Explicativo— mantener en las autoridades del estado al que ha sido desplazado el menor la capacidad de decidir si el retorno de este se corresponde o no con su interés superior podría desembocar en denegaciones que respondieran más bien a planteamientos localistas orientados a proteger a la parte que tiene una mayor conexión con el estado al que ha sido desplazado el menor[59]. A partir de aquí, y tal como habíamos visto, la lógica del convenio impone presumir que lo que mejor responde al interés superior del menor es su retorno, salvo que se de alguna de los motivos de no retorno del art. 13. Ahora bien, esto, más que una presunción es una ficción, porque, como destacan LARA WALKER y PAUL BEAUMONT, el Convenio de 1980 no tiene por objeto el examen del interés superior del menor[60]; lo que lleva, potencialmente al menos a un conflicto entre las exigencias de la convención y las derivadas del CEDH en lo que se refiere al examen del interés superior del menor[61].

En la actualidad, no debería ser posible que en una cuestión que afecta a menores se deje de lado el interés superior del menor o que se asuma la ficción de que el retorno del menor responde siempre a su interés, a salvo de los casos a los que se refiere el art. 13 del convenio de 1980. La necesidad de un examen completo de la situación para constatar qué es lo que mejor

59. *Vid. supra* epígrafe II.

60. *Vid.* Lara WALKER/Paul BEAUMONT, «Shifting the balance achieved by the abduction convention: The contrasting approaches of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice», *Journal of Private International Law*, 2011, vol. 7, núm. 2, https://doi.org/10.5235/174410411796868689, pp. 231-249, p. 235: «The Convention is not designed to examine the paramount interests of the children in any particular case».

61. *Ibidem*, pp. 236-237. Hay que señalar, sin embargo, que es una ficción que también ha asumido el Tribunal de Luxemburgo en alguna de sus decisiones. *Vid.* la sentencia *Neulinger* (*supra* n. núm. 42), núm. 137: «The same philosophy is inherent in the Hague Convention, which in principle requires the prompt retorn of the abducted child unless there is a grave risk that the child's retorn woluld expose it to physical or psychological harm or otherwise place it in an intolerable situation (Article 13, sub-paragraph (b)). In other words, the concept of the child's best interests is also an underlying principle of the Hague Convention».

responde al interés superior del menor es imprescindible si no se quiere desconocer el principio que se ha consolidado como básico en la materia, sobre todo a partir del Convenio de las Naciones Unidas de 1989.

B. Decisión sobre el retorno y competencia de autoridades

Conciliar la conveniencia del retorno y la consideración del interés superior del menor sería posible si se asume que el problema no es tanto confrontar la disyuntiva entre, por una parte, el retorno del menor o su mantenimiento en el país al que ha sido desplazado y, por otra parte, el interés superior del menor; como la determinación de quién ha de verificar la compatibilidad entre el retorno y el interés superior del menor. Tal y como hemos visto, del informe explicativo del convenio se deriva que el concepto «interés superior del menor», cuando es una herramienta en manos de las autoridades del estado al que el menor ha sido desplazado, puede convertirse en un instrumento para justificar el no retorno de manera abusiva. Si ese es el problema, la solución sería que fueran las autoridades del estado desde el que el menor ha sido desplazado las que tengan que determinar la compatibilidad del retorno con el interés superior del menor.

Obviamente, esta propuesta supone un cambio en la arquitectura de la regulación y, específicamente, en el Convenio de La Haya de 1980, pues en la actualidad no se prevé que las autoridades del estado de origen se pronuncien sobre este extremo. Es cierto que el art. 15 del convenio prevé que pueda exigirse a las autoridades del estado de la residencia habitual del menor que certifiquen que el traslado o retención del menor es ilícito según lo previsto en el art. 3 del convenio; pero una cosa es que el traslado sea ilícito y otra que deba procederse a la restitución, ya que los motivos de denegación del art. 13 operan incluso aunque el traslado haya sido ilícito. Lo que aquí se propone no es que el estado de origen certifique, en su caso, el carácter ilícito del desplazamiento; sino que se pronuncie sobre la conveniencia o no del retorno teniendo en cuenta todas las circunstancias y a partir del interés superior del menor; un principio que debería introducirse de manera expresa en el texto del convenio.

A partir de lo anterior, en el estado al que se ha desplazado el menor tan solo deberá procederse al reconocimiento de la decisión relativa a la devolución que se habría adoptado en el estado de origen del menor. En principio, los motivos de denegación del reconocimiento deberían ser mínimos, tal como examinaremos un poco más adelante.

La propuesta anterior se enfrenta a dificultades prácticas y de principio; aunque entiendo que pueden ser superadas. En lo que se refiere a lo primero, las dificultades prácticas, el pronunciamiento tendrían que hacerlo autoridades que no son las del estado en el que se encuentra el menor en el momento de la adopción de la resolución; ahora bien, esto no es una novedad, puesto que en los instrumentos internacionales es habitual que se atribuya competencia para el pronunciamiento sobre medidas en relación al menor a las autoridades de un estado que puede no ser necesariamente aquel donde se encuentra en el momento de la adopción de la medida[62]. Cuestiones como la audiencia del menor podrían resolverse por medios telemáticos; sin que la distancia pueda ser ahora una dificultad insalvable.

Aparte de las dificultades prácticas apuntadas, el cambio que se propone plantea también un problema de principio: reducida la decisión sobre la devolución del menor en el estado al que ha sido desplazado al reconocimiento de la que se hubiera adoptado en el estado desde el que se hubiera desplazado al menor, los controles serían reducidos; sin que estuviera justificada una nueva verificación de la decisión al interés superior del menor, puesto que ese extremo ya habría sido valorado en el estado desde el que ha sido desplazado el menor.

Esta reducción de los controles podría no ser satisfactoria para el conjunto de los estados; pero no deberían existir razones para que no pudiera operar dentro de la UE, donde el principio de confianza mutua debería prevalecer. De esta forma, además, se podrían compatibilizar las exigencias de integración europea con las derivadas del CEDH. Por un lado, el estado al que ha sido desplazado el menor estaría obligado a ejecutar la orden de

62. *Vid*. art. 6 del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores, que establece la competencia para la adopción de medidas a las autoridades del estado de la residencia del niño, incluidos aquellos supuestos en los que haya sido desplazado ilícitamente a otro país (art. 7), limitándose la competencia de las autoridades del país en el que se encuentra el menor sin residir allí para las medidas de carácter urgente (art. 11). Además, se prevé también la posibilidad de adoptar medidas en relación al niño por parte de autoridades de estados diferentes al de la residencia o presencia del niño (arts. 8 y 10). *Vid*., en el mismo sentido, los arts. 7 y 9 (competencia de las autoridades del estado de residencia del menor y mantenimiento de dicha competencia en caso de traslado ilícito del menor), art. 15 (competencia basada en la presencia del menor para medidas urgentes), arts. 12 y 13 (competencia de tribunales diferentes a los de la residencia del menor) del Reglamento 2019/1111. A esto habría que añadir el art. 8 del mismo Reglamento, que prevé la continuidad de la competencia de los tribunales de la antigua residencia del menor durante un tiempo de tres meses tras el cambio de residencia.

devolución en caso de que ésta fuera adoptada en el estado de origen del menor. Por otro lado, se garantizaría el interés superior del menor puesto que se exigiría que en el estado desde el que había sido desplazado el niño la decisión fuera adoptada teniendo en cuenta el interés superior del menor. Finalmente, la ausencia de control de la adecuación del retorno a ese interés superior del menor se ajustaría a las exigencias del CEDH en tanto en cuanto, el Tribunal de Estrasburgo ha establecido que en los espacios de integración como la UE, la obligación de reconocimiento de las decisiones adoptadas en otro estado que forma parte del ámbito de integración, no vulneran las obligaciones del CEDH en tanto en cuanto los estándares de garantía de los derechos humanos sean equivalentes en los diferentes países del estado de integración. Lo examinaremos a continuación.

C. Conciliando devolución del menor e interés superior del menor

Hemos de comenzar recordando que el Tribunal de Estrasburgo ya había dejado sentado en el caso *Pellegrini*[63] que, respecto al art. 6 del CEDH, la revisión en el estado requerido de los procedimientos desarrollados en el estado de origen es especialmente necesaria cuando tal decisión proviene de un estado que no está vinculado por el CEDH (como era el caso en *Pellegrini*); de lo que parece derivarse que ese examen no es tan necesario cuando la decisión sí procede de un estado vinculado por el CEDH[64]. Más adelante, además, se estableció que, en los casos de reconocimiento de decisiones, era obligado, de acuerdo con el CEDH, que el afectado haya podido presentar sus argumentos bien en el estado de origen bien en el estado requerido[65]. A esto hay que añadir la clara distinción entre el proceso declarativo y ejecutivo en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, de tal manera que, si una decisión ha sido correctamente producida en el estado de origen, ninguna vulneración del convenio se producirá por su reconocimiento en otro estado[66]. De esta forma, en el caso que nos ocupa, ningún reproche podría hacerse, desde la perspectiva del CEDH, a la ejecución en el estado en el

63. STEDH de 20 de julio de 2001, *Pellegrini v. Italia*, núm. 30882/96, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-59604%22]}.

64. *Vid.* Rafael ARENAS GARCÍA, «Orden público y gobernanza multinivel», en María Paz GARCÍA RUBIO/Josep Joan MORESO (dirs), Ignacio VARELA CASTRO (coord.), *Conceptos multidimensionales del Derecho*, Madrid, De Conflictu Legum/Reus, 2020, pp. 85-112, p. 92.

65. *Ibidem*, p. 98. *Vid*. la STEDH de 23 de mayo de 2016, *Avotiņš v. Latvia*, núm. 17502/07, https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-163114%22]}.

66. *Vid.* STEDH de 29 de abril de 2008, *Jackson McDonald c. Francia*, núm. 18648/04, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-87756%22]}. *Vid.* Rafael ARENAS GARCÍA, «Orden público...», *loc. cit.*, p. 99.

que se encuentra el menor de la decisión sobre devolución adoptada en el estado de origen si esta última se adoptó correctamente.

Ahora bien, tampoco se exige al estado requerido que realice un control exhaustivo de la decisión de origen para verificar que no se produjo en el proceso ninguna vulneración de las exigencias del CEDH. Cuestión distinta es que hubiera una vulneración flagrante del instrumento; pero en ausencia de esa vulneración evidente, no habría infracción independiente del convenio en el estado requerido por la ejecución de la decisión adoptada en el estado de origen[67]. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, la responsabilidad del estado requerido se limita a aquellos casos en los que este ha ejercido algún grado de discrecionalidad[68] y cuando la protección de los derechos fundamentales en el estado de origen resultara manifiestamente deficiente[69]. Fuera de estos supuestos, podría presumirse que la protección de los derechos fundamentales en el estado de origen fue adecuada si tal estado de origen pertenece a una organización que ampara los derechos fundamentales de una forma equivalente al CEDH[70].

De acuerdo con lo anterior, en el caso de la sustracción internacional de menores, si se atribuyera al estado de la residencia anterior del menor la competencia para pronunciarse sobre su devolución, y se previera que la decisión debería tener en cuenta el interés superior del menor, se respetarían las exigencias del CEDH. En su caso, podría acudirse al Tribunal de Estrasburgo para que este se pronunciara sobre la adecuación al convenio de dicha decisión.

---

67. *Ibidem*, p. 100, con cita de la STEDH de 26 de junio de 1992, *Drozd and Janousek v. Francia y España*, núm. 12747/87, https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57774%22]}.
68. *Vid*. el núm. 103 de la STEDH de 6 de diciembre de 2012, *Michaud c. Francia*, núm. 12323/11, https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-115377%22]}: «However, a State will be fully responsable under the Convention for acts falling outside its stricto international legal obligations, notably where it has exercises State discretion».
69. *Ibidem*: «In addition, any such presumption can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient».
70. STEDH de 30 de junio de 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland*, núm. 45036/98, https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-69564%22]}, núm. 155: «In the Court's view, State action taken in compliance with such legal obligations is jutified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both sutative guaraneed offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides».

Existiendo ya una resolución sobre el retorno del menor, el tribunal del estado al que ha sido desplazado debería limitarse al reconocimiento de esta, sin adoptar propiamente otra decisión sobre la misma materia. En función del grado de integración existente, los controles en el estado requerido podrían ser mayores o menores. En el caso de la UE, y como consecuencia del principio de confianza mutua, esos controles deberían ser mínimos; pero, por supuesto, el nivel de estos dependería del grado real de esa confianza. Tomando como referencia los textos actualmente vigentes, no parece que pudiera mantenerse el control de la letra a) del art. 13 del Convenio de La Haya de 1980 (la persona que se había hecho cargo del menor no ejercía de manera efectiva la custodia o había consentido en el traslado), ya que esta es una cuestión que debería haber verificado la autoridad que había decidido sobre el retorno en el estado de origen. Estrictamente, el motivo de denegación del retorno de la letra b) del mismo precepto (grave riesgo de que la restitución del menor le exponga a un peligro físico o psíquico o que, de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable), podría ser también eliminado, puesto que se trata de una circunstancia que habría sido ya considerada en el estado de origen del menor; aunque seguramente resultaría difícil no permitir la denegación del reconocimiento cuando resulte manifiesto que la decisión adoptada en el estado de origen vulneró los derechos reconocidos en el CEDH. De esta forma, la regulación se alinearía con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que, como hemos visto, prevé que, en estos supuestos (manifiesta infracción del convenio en el estado de origen), actúen las autoridades del estado requerido, sin que puedan escudarse en el cumplimiento de las obligaciones impuestas por una obligación internacional.

El resultado de lo anterior sería que las autoridades del estado al que ha sido desplazado el menor deberían limitarse al reconocimiento y ejecución de la decisión adoptada en el estado de origen del menor sobre la devolución de este. Si la decisión ordena dicha devolución, tan solo en supuestos excepcionales, que deberían limitarse a la manifiesta infracción de los derechos recogidos en el CEDH podría (debería) negarse la ejecución de la resolución. De esta forma, la decisión misma sobre el retorno no se atribuiría a las autoridades del estado al que hubiera sido desplazado, sin que, por tanto, tuvieran que verificar éstas si se había respetado el interés superior del menor.

Por supuesto, esta propuesta exigiría reformas legislativas, unas reformas que, además, deberían limitarse al ámbito de integración de la UE o equivalente. La razón de ello es que para que tenga sentido lo que aquí se

expone, hay que partir, por un lado, de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo sobre el derecho a la vida familiar y el interés superior del menor y, por otro lado, de la existencia de un principio de confianza mutua entre las autoridades implicadas que permita a las autoridades del estado requerido descansar en el juicio emitido por las del estado de origen.

V. CONCLUSIÓN

La ausencia, en el Convenio de La Haya de 1980, de una previsión específica sobre la prevalencia del interés superior del menor puede plantear problemas en la relación de este instrumento con el CEDH. La presunción de que los motivos de denegación del retorno del art. 13 se corresponden con la garantía del interés superior del menor no deja de ser una ficción que ha llevado, en ocasiones, a decisiones que han sido consideradas incompatibles con el respeto a la vida familiar que ampara el art. 8 del convenio europeo.

En este último, la introducción del interés superior del menor como eje de la interpretación del derecho a la vida familiar cuando existen menores implicados ha sido fruto de la jurisprudencia, superando un texto que no había sido concebido como herramienta para proteger a los niños.

La articulación entre los instrumentos sobre sustracción internacional de menores y el respeto a la vida familiar, tal y como es interpretado por el Tribunal de Estrasburgo, podría mejorar si se trasladase a las autoridades del estado de origen del menor la competencia para decidir sobre el retorno, limitándose las del estado de destino al reconocimiento de la decisión adoptada en el estado en el que residía el menor antes del desplazamiento.

Un cambio como este, sin embargo, solamente sería factible en un ámbito de integración como es el de la Unión Europea.

Les droits des héritiers réservataires et la convention européenne des droits de l'homme

Compulsory inheritance rights and the European Convention on Human Rights

Amélie Benoistel
Docteur en droit
Avocat au barreau de Paris

SOMMAIRE: I. LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE EN DROIT FRANÇAIS. II. LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ. III. LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE ET LES DROITS DE L'HOMME.

RÉSUMÉ

En 2024, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu deux décisions concernant la protection des héritiers réservataires privés de leurs droits dans la succession de leur père par l'effet du conflit de lois. Les décisions de la Cour marquent une étape supplémentaire dans l'affaiblissement de la réserve héréditaire, au terme d'un raisonnement qui trace une rupture entre le droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la Convention et une institution, la réserve héréditaire, qui trouve traditionnellement son socle dans la famille.

MOTS-CLÉS : Réserve héréditaire. Droit de prélèvement compensatoire. Ordre public international. Droits fondamentaux.

ABSTRACT

In 2024, the European Court of Human Rights held two important judgments regarding the protection due to heirs deprived of their compulsory inheritance rights («*réserve héréditaire*») as a result of

the conflict of laws. The Court's decisions make one step further towards the weakening of the *réserve héréditaire*, and at the same time its reasoning cuts the link between the right to respect for family life guaranteed by Article 8 of the Convention on the one hand, and an institution, the *réserve héréditaire*, which is traditionally rooted in family bonds on the other hand.

Keywords : *Réserve héréditaire* (compulsory inheritance rights). *Droit de prélèvement compensatoire.* International public policy. Fundamental rights.

I. LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE EN DROIT FRANÇAIS

Au décès d'une personne, sa succession se divise en deux parties : la réserve, partie incompressible de la succession qui revient à ses héritiers, et la quotité disponible, partie de la succession dont le défunt a pu disposer à son gré. La réserve héréditaire pose une limite à la liberté de disposer de son patrimoine : plus la part réservée aux héritiers est grande, et moins il est possible de faire preuve de générosité envers ses proches ou des tiers. En droit français, la part se trouvant hors du champ de la volonté du défunt dépend du nombre d'héritiers : en présence d'un enfant, la réserve est de moitié (1/2) ; en présence de deux enfants, la réserve est des deux tiers (2/3) ; en présence de trois enfants et plus, la réserve est des trois quarts (3/4)[1].

La réserve héréditaire est étroitement attachée, par ses fondements, à la famille puisqu'elle est considérée comme l'expression d'une solidarité familiale qui se manifeste au premier chef par la conservation des biens dans la famille et leur transmission d'une génération à l'autre. Le Professeur Yvonne Flour explique ainsi que la réserve «*nous rappelle que transmettre ses biens à ses héritiers n'est pas essentiellement une tentative de se survivre après sa mort, un prolongement de soi-même. Mais c'est d'abord un acte de solidarité et de responsabilité envers ceux qui viendront après nous. La succession n'est pas seulement le lieu ultime de la liberté de l'individu, elle intéresse la société toute entière, parce qu'elle en conditionne le devenir. En ce sens, la réserve est le signe que le lien de famille n'est pas — pas encore complètement — soluble dans la volonté, elle exprime la fonction sociale de la transmission qui justifie le regard de la loi venant borner la liberté du disposant*»[2]. Il s'y attache également une fonction d'égalisation des rapports entre les enfants, puisque la réserve empêche

1. Art. 913, alinéa 1er du Code civil.
2. Yvonne FLOUR, «Remarques sur la généralisation de la réduction en valeur», *Dr. fam.*, 2019, nº5, comm. 22.

les parents de favoriser (en dehors de la quotité disponible) l'un ou l'autre de leurs enfants en raison de leur rang dans la filiation ou de leur sexe. La réserve protège enfin la liberté individuelle des héritiers, dans la mesure où elle couvre les enfants du risque d'une exhérédation en raison de leurs choix de vie (conjugale, professionnelle, religieuse ou autre)[3].

Ces fondements ont fourni à la réserve héréditaire un solide ancrage dans le système juridique français. Bien que diverses mesures aient abaissé ses leviers de protection (diminution du délai de prescription de l'action en réduction de 30 à 5 ans[4], introduction d'une faculté de renonciation anticipée à l'action en réduction par les héritiers présomptifs[5]), la réserve héréditaire n'en est pas moins restée un instrument de paix : «*paix des familles en ce qu'elle limite au sein de celles-ci les causes de tension et désamorce les pressions, paix sociale en ce qu'elle minimise le contentieux*»[6]. Qui connaît la pratique peut apprécier la justesse de cette affirmation. Il est en effet assez fréquent de lire au bas d'un testament une phrase par laquelle le testateur exhorte ses descendants à respecter ses volontés, comme s'il reconnaissait que les choix qu'il a exprimés dans son testament sont injustes, ou en tout cas difficilement acceptables pour l'ensemble de ses héritiers. Une injustice contre laquelle les héritiers ne peuvent pas lutter dès lors qu'elle se moule à l'intérieur de la quotité disponible.

II. LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Si la réserve héréditaire n'est pas une institution propre au droit français, elle n'existe néanmoins pas dans tous les États. Les pays de *common law* privilégient de façon notoire la liberté testamentaire[7]. Il peut donc arriver qu'une loi étrangère, applicable à la succession, prive les héritiers de toute réserve. À cet égard, le Règlement (UE) n°650/2012 du 4 juillet 2012 a

3. Sur ces trois fonctions, Michel GRIMALDI, *Droit des successions*, 8e éd., LexisNexis, 2020, p. 239 et ss.; Michel GRIMALDI, «Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire», *Defrénois*, 2012, p. 755; Yves LEQUETTE, «Quelle destinée pour la réserve héréditaire?», Cécile PÉRÈS et Philippe POTENTIER (dir.), *Annexe au Rapport sur la réserve héréditaire* p. 180.
4. Art. 921, alinéa 2 du Code civil.
5. Arts. 929 et ss. du Code civil.
6. Henri CAPITANT, François TERRÉ, Yves LEQUETTE, François CHÉNEDÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Tome 1, 14e éd., 2024, n°161, p. 996.
7. Ray MADOFF, «A Tale of Two Countries: Comparing the Law of Inheritance in Two Seemingly Opposite Systems», *Boston College International and Comparative Law Review*, 2014, p. 333.

augmenté le pouvoir de disposer de son patrimoine, puisqu'il a introduit une faculté de choix de la loi applicable à la succession que ne connaissait pas le droit français antérieur (art. 22)[8].

Face à une loi étrangère qui l'ignore, la protection internationale de la réserve héréditaire dépend alors théoriquement des outils classiques du droit international privé que sont la technique des lois d'application immédiate et l'exception d'ordre public international. Or à la suite d'un double mouvement, législatif et prétorien, non coordonné, la réserve héréditaire s'est trouvée revêtue d'un rayonnement très large à travers le droit de prélèvement compensatoire inscrit à l'art. 913, alinéa 3, du Code civil, tandis que la plus haute juridiction française lui déniait un caractère d'ordre public international.

Le droit de prélèvement compensatoire trouvait initialement sa source dans une loi du 14 juillet 1819 relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction. Cette loi permettait aux Français de réclamer sur des biens situés en France la part de la succession que leur octroyait la loi française lorsqu'ils en étaient privés par la loi étrangère applicable à la succession. Le texte de l'art. 2 était rédigé de la façon suivante : «*Dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales*». Cette disposition a été jugée contraire au principe constitutionnel d'égalité devant la loi en ce qu'elle faisait une distinction, au regard du droit de prélèvement, entre les héritiers français et étrangers[9]. Elle fut dès lors abrogée.

Quelques temps plus tard, par une loi nº2021-1109 du 24 août 2021, dite «loi confortant le respect des principes de la République», le droit de prélèvement compensatoire a été réintroduit dans le Code civil, dans un art. 913, alinéa 3. Le texte actuel dispose que : «*Lorsque le défunt ou au moins l'un de ses enfants est, au moment du décès, ressortissant d'un Etat membre de l'Union européenne ou y réside habituellement et lorsque la loi étrangère applicable à la succession ne permet aucun mécanisme réservataire protecteur des enfants, chaque enfant ou ses héritiers ou ses ayants cause peuvent effectuer un prélèvement compensatoire sur les biens existants situés en France au jour du décès, de*

8. Paul LAGARDE, «Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions», *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2012, p. 719.
9. Conseil constitutionnel, décision nº2011-159 QPC du 5 août 2011, Mme. Elke B. et autres [Droit de prélèvement dans la succession d'un héritier français].

façon à être rétablis dans les droits réservataires que leur octroie la loi française, dans la limite de ceux-ci». Comme sous l'empire de l'ancienne loi, l'exercice du droit de prélèvement est cantonné aux biens situés en France. Mais, afin d'échapper au grief de discrimination, le champ d'application de ce nouveau droit de prélèvement a été élargi : il ne concerne plus seulement les héritiers Français, mais s'applique toutes les fois que le défunt ou l'un de ses enfants avait au moment du décès la nationalité d'un État membre de l'Union européenne ou résidait habituellement dans un État membre de l'Union européenne. Cette disposition confère un rayonnement particulièrement large à la loi française et à ses règles sur la réserve héréditaire, puisqu'elle bénéficie désormais à toute personne qui réside dans un État membre de l'Union européenne, quel que soit par ailleurs le contenu de sa législation sur la réserve héréditaire et celui de la législation de l'État dont l'intéressé possède la nationalité.

Or dans l'intervalle séparant l'abrogation de l'ancien droit de prélèvement et l'introduction du nouveau, la réserve héréditaire s'est parallèlement vue dénier le caractère d'ordre public international par la Cour de cassation, à l'occasion de deux affaires relatives à la succession de compositeurs célèbres, Michel Colombier et Maurice Jarre.

Tous deux étaient décédés aux États-Unis avant le 17 août 2015 (l'un en 2004, l'autre en 2009), de sorte que leur succession échappait en France à l'application du Règlement n°650/2012 et relevait du droit international privé commun, qui distinguait la succession mobilière régie par la loi du dernier domicile du défunt et la succession immobilière régie par la loi du lieu de situation de l'immeuble. Mariés l'un et l'autre plusieurs fois au cours de leurs vies respectives, ces artistes s'étaient organisés de telle sorte que, par le jeu combiné de trusts et de testaments, leurs enfants nés de précédentes unions se trouvaient exclus de leur succession, celle-ci revenant intégralement à la dernière épouse des défunts. La loi californienne, applicable à leur succession, ignorait la réserve héréditaire. Ces enfants ont alors revendiqué le droit au prélèvement, tel qu'il était consacré dans la loi de 1819. Les dispositions de cette loi ayant été abrogées en cours de procédure, avec effet immédiat sur les procédures en cours, les juridictions françaises leur ont dénié le bénéfice du droit de prélèvement. Ils ont alors cherché à obtenir l'application des dispositions du droit français sur la réserve héréditaire sur le fondement de l'exception d'ordre public international. Dans deux arrêts du 27 septembre 2017, la Cour de cassation a jugé que la loi étrangère n'était pas contraire à l'ordre public international du seul fait qu'elle ignorait la réserve héréditaire, et qu'elle ne pouvait être écartée que si son application

concrète, au cas d'espèce, conduisait à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels. Or, selon la Cour, tel n'était pas le cas dès lors que la situation de l'espèce présentait des liens avec la Californie et que les enfants demandeurs ne se trouvaient pas dans une situation de précarité économique ou de besoin[10].

Il ne restait donc plus de la réserve héréditaire qu'un volet alimentaire, une «garantie contre l'indigence»[11], marquant ainsi une rupture avec ses fonctions de conservation des biens familiaux et d'égalisation minimale des conditions, et ce, dans les rapports entre parents et enfants qui en constituaient pourtant le noyau dur[12]. À l'égalité assurée entre les héritiers par une réserve héréditaire définie sur la base d'une quotité fixe, aveugle aux éventuels écarts de patrimoines, était ainsi substituée une compensation alimentaire fondée sur l'état de besoin. De plus, à la réserve légale, clairement déterminée par la loi, se trouvait substituée une espèce de réserve judiciaire abandonnée au pouvoir d'appréciation du juge, celui-ci ne disposant au demeurant d'aucun critère pour déterminer le seuil de l'indigence justifiant la mise en œuvre de l'exception[13].

III. LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE ET LES DROITS DE L'HOMME

La Cour européenne des droits de l'homme avait affirmé, dans l'arrêt *Marckx c. Belgique* de 1979[14], que ni l'art. 1er du Protocole nº1 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (droit au respect des

10. Cass. civ. 1re, 27 septembre 2017, nº16-13.151; Cass. civ. 1re, 27 septembre 2017, nº16-17.198.
11. Nicolas LAURENT-BONNE, «La réserve héréditaire est-elle la survie de l'obligation alimentaire? La réponse de l'histoire», *Tribonien*, 2021, nº6, p. 15.
12. Les fondements classiques de la réserve héréditaire avaient déjà révélé leurs limites vis-à-vis du conjoint survivant, auquel la loi confère le statut d'héritier réservataire lorsque le défunt ne laisse aucun enfant à sa succession (art. 914-1 du Code civil français; sur ce point, v. Cécile PÉRÈS et Philippe POTENTIER, *Rapport du groupe de travail. La Réserve héréditaire*, 2019, pp. 93 et ss.; Yves LEQUETTE, «Quelle destinée pour la réserve héréditaire ?», *ibid*., p. 181). La notion de conservation des biens dans la famille n'a plus ici la même signification, et celle d'égalisation minimale des conditions n'en a plus aucune puisque le conjoint survivant est, par définition, seul héritier (Cécile PÉRÈS et Philippe POTENTIER, *Rapport du groupe de travail. La Réserve héréditaire*, 2019, *ibid*., p. 93). On a pu dès lors justifier la réserve du conjoint survivant par une attention au maintien de ses conditions d'existence (Yves LEQUETTE, «Quelle destinée pour la réserve héréditaire ?», *ibid*., p. 181).
13. Michel GRIMALDI, «Editorial: La réserve à la casse ?», *Defrénois*, 12 octobre 2017, nº22, p. 1.
14. CEDH, 13 juin 1979, req. nº6833/74.

biens), ni l'art. 8 de la Convention (droit au respect de la vie familiale), ne garantissaient le droit d'acquérir des biens par voie de succession *ab intestat* ou de libéralités[15]. Les enfants Jarre et Colombier ont néanmoins tenté de s'en prévaloir à la faveur d'un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme, mais leur stratégie fut vaine.

Les enfants Jarre ont invoqué une atteinte au droit au respect des biens (art. 1er du Protocole nº1) et au droit à un procès équitable (art. 6, §1), engendrée par l'application immédiate, sans modulation de ses effets dans le temps, de la décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2011 ayant abrogé l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819 qui prévoyait l'ancien droit de prélèvement. La Cour européenne des droits de l'homme écarta les deux griefs, considérant, s'agissant du droit au respect des biens, que, si les requérants pouvaient invoquer tout au plus une espérance légitime d'obtenir une part dans la succession au titre du droit de prélèvement, aucune violation ne pouvait être constatée du fait de l'absence de modulation des effets dans le temps de la décision d'abrogation pour les litiges en cours. La Cour a estimé que les juridictions internes, en respectant l'effet obligatoire des décisions du Conseil constitutionnel, n'avaient fait qu'appliquer le droit en vigueur, et qu'elles avaient tenu un juste équilibre entre l'objectif d'intérêt général poursuivi à travers cette abrogation (éliminer une norme discriminatoire de l'ordre juridique) et la protection du droit aux biens, en vérifiant que les requérants ne se trouvaient pas dans une situation de précarité économique ou de besoin et en respectant la liberté testamentaire du défunt. La Cour écarta de la même manière toute violation du droit au procès équitable.

Les enfants Colombier arguèrent quant à eux d'une violation du droit au respect de la vie familiale (art. 8 de la Convention) résultant de la privation de toute part réservataire dans la succession de leur père. La Cour européenne des droits de l'homme écarta le grief, jugeant que les juridictions internes françaises avaient ménagé là encore un juste équilibre entre les intérêts en présence à partir d'éléments de faits qu'elles étaient les mieux à même d'apprécier, en relevant que les requérants n'étaient pas dans une situation de précarité économique ou de besoin. Elle releva également que la situation dans laquelle les requérants se sont trouvés a été créée par des choix individuels, qu'elle n'avait pas à apprécier, et non par une quelconque défaillance des autorités. La Cour écarta enfin l'existence d'une discrimination au sens de l'art. 14 de la Convention, considérant que les juridictions

15. *Ibid*., §§50 et 53.

internes, par leurs décisions, n'avaient pas créé de différence de traitement entre des personnes se trouvant dans une situation analogue ou comparable et n'avaient pas non plus manqué à une obligation qui leur incombait de remédier à une telle différence de traitement.

Les droits fondamentaux ne viennent dès lors pas au secours des enfants déshérités et ils ne permettent pas de combler le vide résultant de la conjonction entre, d'une part, l'abrogation de l'ancien droit de prélèvement contenu dans la loi du 14 juillet 1819 et, d'autre part, l'application du nouveau droit de prélèvement aux seules successions ouvertes après l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 2021, soit le 1er novembre 2.