

SESIÓN IV

PONENCIAS

Aplicación del Derecho Civil a los Extranjeros

Ignacio Martínez Lasierra

PAG.285

(In)seguridad jurídica, reenvío sucesorio, prueba del Derecho extranjero y Derechos territoriales españoles

Javier Pérez Milla

PAG. 307

La Aplicación del Derecho Civil a los extranjeros (Artículos 9.5 y 9.6 del Código Civil) Adopción y Tutela

Montserrat Vicens Burgués

PAG. 327

Coloquio (IV Sesión)

PAG. 347

APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL (ARAGONÉS) A LOS EXTRANJEROS

POR IGNACIO MARTÍNEZ LASIERRA

SUMARIO:

I.- PLANTEAMIENTO. II.- LA APLICACIÓN HOY DE LA LEY DE LA NACIONALIDAD EN EL ARTÍCULO 9 Cc. 1.- Capacidad y estado civil (Artículo 9.1). 1.1 Capacidad (consentimiento para contraer matrimonio). 1.2. Derechos de la personalidad. 1.3 Mayoría de edad. 1.4 Efectos del matrimonio (Artículo 9.2). A) Aplicación del artículo 107 Cc. B) Solicitud de medidas a pesar de sentencias dictadas en el extranjero. 1.5 Pactos o capitulaciones (Artículo 9.3). 1.6 Filiación (Artículo 9.4). 2.- Sucesiones (Artículo 9.8). 2.1 Validez de los títulos extranjeros.

I.- PLANTEAMIENTO:

Trataremos de abordar lo que constituye un problema de Derecho Internacional Privado consistente en comprobar si es aplicable a los extranjeros, y en qué forma y medida, el Derecho civil español, y por ello el Derecho civil aragonés en tanto en cuanto Derecho civil español aplicable a los aragoneses –no tanto aplicable en Aragón-, teniendo en cuenta que, como principio general, nuestro Derecho civil tiene una evidente vocación de eficacia personal. Dice el art. 14.1 Cc. que la sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil (no por la residencia en territorio foral).

Se trata, como se deduce de la introducción anterior, de un problema común a todos los derechos civiles forales, que tienen esa misma vocación de eficacia personal y que se aplican, por lo tanto, a los ciudadanos que tienen alguna de las vecindades civiles de los territorios con Derecho civil propio. En realidad debemos decir que el problema es cómo y en qué medida se aplica a los extranjeros el Derecho civil español, teniendo en cuenta

que ese Derecho civil es en parte común a todos los ciudadanos españoles y en parte específico de quienes tienen la vecindad civil de determinados territorios.

Si se tiene en cuenta el punto de partida del artículo 9.1 del Cc. parece que pronto terminaríamos con las dudas: *“La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte”*. Es decir, que todo lo relativo a la capacidad, el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte viene regido por la ley nacional de los extranjeros cuando actúan (realizan actos jurídicos) en España o cuyos actos deben surtir efectos en España. Si se aplica su ley nacional a todos esos aspectos parece que pocas posibilidades existen de que les sean de aplicación los derechos forales.

Comprobaremos que no es así porque, a pesar de esa conexión personal en cuya virtud los aspectos mencionados vienen regidos por la ley nacional de cada individuo excluyendo la aplicación de los derechos civiles del territorio, tiene cada vez más importancia la conexión territorial que exige con frecuencia, también en este ámbito, la aplicación de la ley de la residencia habitual de la persona o la ley del lugar de situación de los bienes.

La Exposición de Motivos del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, que aprobó el texto articulado del nuevo Título Preliminar del Cc., afirmaba que *“se ha mantenido el criterio, a la vez tradicional y generalizado, del imperio de la ley nacional en todo lo concerniente a la persona y a las relaciones jurídicas donde tienen acogida los derechos inherentes a ella”*. Parecía adecuado dicho criterio a un país de poca inmigración y mucha emigración pero ya señalaba entonces MIAJA DE LA MUELA citado por MARIANO AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO¹ que las condiciones sociológicas habían variado porque la emigración española se dirigía fundamentalmente a países europeos también regidos por la ley nacional y porque los extranjeros venían a España sólo como turistas de paso y para ellos era igualmente conveniente la aplicación de la ley personal. Hoy la tendencia se ha invertido completamente, aquellas apreciaciones ya no son aplicables al momento actual y la movilidad de las personas, además de complicar extraordinariamente la aplicación de la ley personal, hace dudar de la conveniencia del criterio. Como ya se ha anticipado e iremos viendo, el mismo artículo 9 Cc. ya contiene reglas para la aplicación supuestamente subsidiaria de la conexión territorial: ley de residencia habitual de cualquiera de los cónyuges, o la común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio, o la del lugar de celebración (artículo 9.2); para la separación y divorcio ley de residencia habitual del matrimonio a falta de nacionalidad común (artículo 107 Cc.), etc.

La ley personal viene determinada por la vecindad civil (artículo 16.1. regla 1ª Cc.) y la vecindad civil determina la sujeción al derecho foral (artículo 14.1 Cc.) por lo que no parecería en principio que la regulación de la ley española en estas materias (estado, capacidad, matrimonio, régimen económico, sucesiones) hubiera de tener incidencia en los actos de los extranjeros, que se ajustarán a su respectiva ley nacional, pero esta regla no resulta tan segura.

Por otra parte, las legislaciones forales españolas tienen vocación personal, pero tampoco es evidente pues los respectivos Estatutos o distintas normas sobre el ámbito de aplicación de los derechos forales contienen reglas con criterios distintos.

¹ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, EDERSA, tomo I, 1ª edición, 1.978, página 139.

Se han vertido críticas a las normas autonómicas que contienen reglas sobre solución de conflictos interregionales (art. 4 de la Ley de Derecho civil de Galicia, art. 2 de la Compilación de Derecho civil balear, etc.)² y ³.

Si nos referimos concretamente a Aragón el principio general lo expresa ahora el art. 9.2 del Estatuto de Aragón aprobado por L.O. 5/2007, de 20 de abril, conforme al cual el Derecho foral de Aragón tendrá eficacia personal y será de aplicación a todos los que ostenten la vecindad civil aragonesa, independientemente del lugar de residencia. Se produce así una remisión al artículo 14 Cc. cuyos criterios de personalidad no serán aplicables a los extranjeros, que nunca tendrán vecindad civil aragonesa salvo que dejen de ser extranjeros, pero el artículo 9.2 del Estatuto establece seguidamente la excepción de las disposiciones con eficacia territorial, como podrían ser las del artículo 9 Cc.

Por lo demás, el artículo 9.3 del Estatuto de Aragón señala una regla residual de atribución de vecindad civil a los extranjeros que se nacionalicen, ligada a la vecindad administrativa en Aragón, poco probable (ver el art. 14 Cc.) y discutible, aunque sea una Ley Orgánica del Estado, puesto que la regulación de las normas de conflicto para el Derecho Internacional Privado y para el Derecho interregional son de la competencia exclusiva del Estado (149.1.8^a CE).

II.- LA APLICACIÓN HOY DE LA LEY DE LA NACIONALIDAD EN EL ARTÍCULO 9 CC. (EN CUANTO LEY PERSONAL APLICABLE).

Haremos un recorrido por las reglas del artículo 9 (por mi parte sólo las de los números 1, 2, 3, 4 y 8) para comprobar en qué medida sigue vigente la ley personal como criterio de aplicación de las normas en los actos de las personas en el ámbito del Derecho privado.

1.- Capacidad y estado civil (Artículo 9.1).

En buena medida lo relativo a la capacidad se encuentra incluido en el concepto de estado civil, si consideramos estados civiles, como criterio convencional, los de familia (matrimonio y filiación), la nacionalidad y la vecindad civil, y las situaciones generales de capacidad, a saber, la menor edad y, en su caso, la incapacitación⁴. Veamos el requisito de capacidad exigido para algunos de los actos en los que intervienen extranjeros y su tratamiento por los tribunales y por la DGRN en sus resoluciones.

1.1 Capacidad (consentimiento para contraer matrimonio).

Partimos de que el art. 50 Cc. permite el matrimonio en España entre extranjeros en la forma prescrita para los españoles, con la exigencia, según la RDGRN de 29 de agosto de 1.992 (EDD 1992/8513), de que al menos uno debe tener su domicilio en territorio

² ALVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, Estudios de Derecho interregional, Universidad de Santiago de Compostela, 2007, págs. 17 y siguientes, con citas de DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, en Comentario al art. 14 del Código civil, Comentarios a las reformas del Cc., coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid 1993, pp. 511-512, pues la regulación de los conflictos de leyes en esta materia son competencia exclusiva del Estado (art. 149.1.8 CE).

³ Ver también DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, en Comentarios al Cc., I, Título Preliminar, coordinador J. Rams Albesa, Madrid, 2000, p. 424). Ver pág. 30 de ALVAREZ GONZÁLEZ, obra citada, sobre opinión de DELGADO respecto a reiteración de reglas sobre competencias en normas autonómicas.

⁴ Elementos de Derecho civil Lacruz, Parte General, Volumen segundo, Personas, edición revisada y puesta al día por Jesús Delgado, Dykinson 1.988, página 25.

español ya que sólo entonces es competente el juez o funcionario para autorizarlo, por ser necesariamente el del domicilio de uno de los dos (art. 57 Cc.).

Tanto si se entiende que la ley aplicable a su celebración es la que regula la capacidad y consentimiento matrimonial (art. 9.1 Cc.) como si se entiende que es la ley que regula la forma de celebración (arts. 49 y 50 Cc.), la ley aplicable es la determinada por la nacionalidad de los cónyuges. Así lo expresa, para un supuesto de conflicto judicial matrimonial (nulidad del matrimonio), la SAP Barcelona, Sección 18ª, de 20-6-2006 (EDJ 2006/383177), que se refiere a la legislación aplicable para examinar la validez del consentimiento matrimonial prestado por los contrayentes, marroquíes, aunque ninguna de las partes había suscitado este problema de la legislación aplicable sino que el demandante había planteado la nulidad al amparo del artículo 73 Cc. (falta de consentimiento, por matrimonio de conveniencia). Confirma la sentencia de instancia y declara la nulidad del matrimonio pero no por el artículo 73 Cc. sino por el artículo 57 del Código de Familia de Marruecos. Es también reseñable que el propio demandante acusa la nulidad por su propia conducta, al denunciar que el matrimonio con su esposa fue un montaje para legalizar la presencia de ella en España.

La DGRN estudia el asunto desde la perspectiva del expediente matrimonial previo. En la Resolución de 16 de marzo de 2007 (EDD 2007/348235) se plantea una solicitud de autorización de matrimonio civil entre nigeriano y polaca. El Encargado, tras el trámite de la audiencia personal, reservada y de cada contrayente por separado, llega a la conclusión de que hay simulación y no autoriza el matrimonio. La Resolución parte de que la capacidad de los contrayentes se rige por su ley personal por considerar que el consentimiento matrimonial, como elemento esencial en la celebración del matrimonio (art. 45 Cc.), es materia directamente vinculada al "estado civil" y como tal sujeta al mismo estatuto personal de los contrayentes. Pero (fundamento sexto) ...en ejecución de la regla de excepción del orden público internacional... deberá dejar de aplicarse la norma foránea cuando deba concluirse que tal aplicación pararía en la vulneración de principios esenciales, básicos e irrenunciables de nuestro ordenamiento jurídico. Y dado que, conforme al art. 1º del Convenio de Nueva York de 10 de diciembre de 1962 (BOE de 29 de mayo de 1969) relativo al consentimiento para el matrimonio, se exige para la validez el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, lo que debe ser considerado de orden público, debe rechazarse la simulación aun cuando los interesados estén sujetos por su estatuto personal a legislaciones que admitan en sede matrimonial una suerte de consentimiento abstracto, descausalizado o desconectado de toda relación con la finalidad institucional del matrimonio (art. 12.3 Cc.) y, porque un consentimiento simulado supone una voluntad matrimonial inexistente, no cabe excusar la práctica de la audiencia reservada. Sin embargo, dice que de las respuestas no se aprecian grandes contradicciones y, en aplicación del "*ius nubendi*" como derecho fundamental de la persona, revoca el auto y autoriza el matrimonio por ese motivo.

En un supuesto de matrimonio entre español y marroquí la DGRN (Resolución de 27 de marzo de 2007, EDD 2007/20376) revoca el acuerdo del Juez Encargado que, habiendo advertido que se trataba de una marroquí menor de edad, denegó la autorización por no acreditar la dispensa del impedimento conforme a la legislación española. Entiende la DGRN que, conforme al artículo 9.1 Cc., no puede ser aplicada la legislación española pues la capacidad para contraer matrimonio de la ciudadana marroquí la determina su legislación y no nos encontramos ante un supuesto de aplicación de la

cláusula de orden público, por permitir el Derecho español el matrimonio del mayor de 14 años.

La cláusula de orden público tuvo especial repercusión y relevancia en relación con el matrimonio homosexual entre extranjeros en la Resolución de la DGRN de 10-11-2006 (también Circular de 29 de julio de 2.005). Según el juez Encargado no está reconocido en la ley británica y por ello sería nulo en su país (resolución claudicante) y contrario al orden público internacional pero, por el contrario, tal posibilidad no integra el concepto español de orden público internacional por lo que no puede rechazarse la aplicación de la ley que no lo contempla. Para la DGRN la discusión es si se trata de una cuestión de capacidad –no está en los impedimentos, arts. 46, 47 Cc.- o elemento constitutivo o esencial del matrimonio y no requisito subjetivo de capacidad; no habiendo norma de conflicto sobre requisitos objetivos del matrimonio se tiene en cuenta el principio de “vinculación más estrecha” con la ley del país con el que la situación de hecho presente vínculos más estrechos (domicilio en España). La capacidad se rige por la ley nacional, salvo que resulte contraria al orden público (matrimonio poligámico, entre personas ya casadas, discriminatorio entre personas de distintas religiones, entre transexuales con cambios no reconocidos, matrimonio entre niños), y éste tiene fundamento constitucional por fomentar la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad (9.2 y 10.1 CE), por lo que forma parte del “orden público internacional español”. Y en el derecho comunitario es posible que una norma de un país vulnere el orden público internacional de otro país (Italia frente a la ley holandesa que admite el matrimonio homosexual).⁵

1.2. *Derechos de la personalidad.*

JOSE LUIS IRIARTE ANGEL⁶ plantea la duda de si el régimen de los derechos de la personalidad, y especialmente el derecho al honor y la intimidad, son parte del estatuto personal, dentro del ámbito del artículo 9.1 Cc. Afirma que, en cuanto derechos fundamentales inherentes a todas las personas, se plasman en Convenios internacionales de alcance universal y que la reparación de su infracción se plantea habitualmente dentro del campo de la responsabilidad civil no contractual y se somete a su régimen. Si se acepta este planteamiento estos derechos de la personalidad pueden llegar a verse sustraídos del estatuto personal en cuanto se permite su defensa más allá de la legislación propia.

ALFONSO LUIS CALVO CARAVACA y JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ⁷, ante la laguna de la legislación española por no especificar la ley aplicable a estos derechos en los casos internacionales, señalan diversas tesis posibles: la de la ley personal conforme a la cual estos derechos deben regularse por la ley personal del sujeto, por su inherencia a la persona; la de las normas imperativas conforme a la cual estos derechos deben regirse en todo caso por la ley española; la tesis mixta, por la que la existencia y contenido de estos derechos debe regularse por la ley personal del sujeto en tanto que la vulneración de los mismos se regirá por la norma de conflicto que regula la responsabilidad civil no contractual; y la de la responsabilidad civil no contractual según la cual estos derechos deben regirse, íntegramente, por la ley aplicable a la responsabilidad civil no contractual, que es la ley del país donde ha ocurrido el hecho vulnerador de los

⁵ Ver, en relación con el orden público, el estudio de Ana Quiñones Escámez “Límites internacionales a la autorización del matrimonio entre personas del mismo sexo”, (El Derecho 2005, EDB 2005/83357).

⁶ Comentarios al Código civil coordinados por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Editorial Bosch 2000, Tomo I, pág. 413.

⁷ Derecho Internacional Privado, Volumen II, octava edición, Editorial Comares 2007, página 37.

derechos de la personalidad (art. 10.9.I Cc.). Estos autores se muestran partidarios de esta última tesis por lo que la ley aplicable a la vulneración de estos derechos debe fijarse por la norma de conflicto que señala la ley aplicable a la responsabilidad no contractual.

Surgen dudas de si para el ejercicio de estos derechos, y no sólo para su defensa en caso de infracción, debe aplicarse la ley del territorio donde se ejercitan y de si ésta coincidirá con la de residencia de su titular, o la ley nacional dado que tales derechos se encuentran ligados al estatuto personal. Piénsese en el consentimiento preciso para los actos que afecten al derecho al honor, intimidad y propia imagen, para actos médicos, operaciones quirúrgicas, etc.

En la legislación aragonesa el art. 4.1.a) de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona (ver también artículos 17 y 21 sobre intromisión de terceros en derechos de la personalidad), capacita al menor con suficiente juicio, por sí solo, sin representación ni asistencia, para el ejercicio de los derechos de la personalidad. Véase sobre el alcance de esta legislación lo expuesto por CARMEN BAYOD en este mismo Foro⁸. Téngase también en cuenta el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño ratificada por instrumento de 30 de noviembre de 1.990: *1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por un representante o de un órgano apropiado en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.*

Se trata, en principio, de cuestiones ligadas al estatuto personal y, por lo tanto, sujetas a la ley nacional. Piénsese en una niña nacional de país islámico residente en Aragón que, parece, no podrá con 14 años, ni con 16 ni probablemente con 18, decidir por sí en materias de cirugía estética, menos aún de aborto. ¿Habría que averiguar para estos supuestos qué representantes o complemento de capacidad precisan en su ley nacional?. Quizás habría tendencia a aceptar su derecho a decidir en tales asuntos si cuentan con la mayoría de edad del Código civil. Pero ¿por qué lo admitiríamos con la mayoría del Cc. o con las reglas previstas en la legislación sectorial específica, y no con las reglas de la Ley aragonesa? ¿Aplicamos para estos actos en Aragón el Cc. u otras normas estatales sólo para los extranjeros? Y ¿si están absolutamente prohibidos en su ley nacional tales actos médicos o intervenciones quirúrgicas? Y ¿si los parientes llamados a ello no están presentes y la situación es urgente? ¿Qué ley será de aplicación? ¿La nacional española, la aragonesa, pública o privada? ¿Se produce alguna vía de derogación del estatuto personal? Si la mujer mayor de 18 años, o casada, precisa determinados consentimientos ¿es discriminatorio por razón de sexo? Cuestiones todas ellas que suscitan serias dudas, que para los extranjeros cobran gran relevancia si de la aplicación, o no, de estas normas, se deriva algún tipo de discriminación en sus derechos fundamentales.

En materia de nombre y apellidos la RDGRN de 29 de agosto de 2006 (EDD 2006/112703) los vincula al estatuto personal y, por ello, sometidos a la ley nacional (art. 219 RRC), aunque tengan también una finalidad identificatoria por lo que se ha sostenido la función de control público de la identidad del individuo y la aplicación de la *lex*

⁸ Carmen Bayod López, Derechos de la personalidad de los menores en Aragón, Decimoctavos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, 11 de noviembre de 2.008, publicación en estas mismas Actas.

fori en atención a esa función de control y policía, pero prima el aspecto personal y la aplicación de la ley nacional. Los preceptos sobre apellidos (art. 109 Cc., por Ley 40/1999, de 5 de noviembre) y nombre y apellidos (55 LRC y 194 y 219 RRC) se aplican sólo a los españoles

1.3 *Mayoría de edad.*

Se aplica la ley nacional. Quien la haya adquirido con arreglo a su ley nacional no la pierde por el cambio de ley personal (9.1.II Cc.). Pero la situación que plantea hoy más problemas es la contraria, la de quien no es mayor conforme a su ley personal y, sin embargo, lo es conforme a la ley del territorio de residencia.

Las dudas se plantean respecto al menor con arreglo a su ley nacional pero mayor para la ley española. Por ejemplo, no podría contraer matrimonio en España, salvo que se considerara que los requisitos de capacidad para contraer matrimonio son materia de orden público (véase lo dicho sobre matrimonios homosexuales). En cuanto a la realización de otros actos jurídicos también se plantean dudas.

Así, respecto a los contratos onerosos: El art. 10.8 Cc. permite los celebrados en España por extranjero incapaz según su ley nacional si la causa de incapacidad no estuviese reconocida en la ley española: Deroга, para estos contratos, la regla de la ley personal del art. 9.1.⁹

Se trata de la doctrina o excepción del interés nacional (regulada por el art. 11 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1.980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que desplaza a las normas internas en la materia, como el art. 10.5 Cc.), por la que se sustituye la ley personal por la del lugar donde se ha celebrado un contrato con el fin de salvaguardar la buena fe negocial o, en general, proteger la seguridad en el tráfico jurídico. Es la doctrina derivada del caso LIZARDI en Francia, cuando a mediados del siglo XIX un mejicano de 23 años compra joyas en Francia y su tutor pretende la nulidad por ser menor conforme a su ley personal, 25 años. La Corte de Casación francesa da la razón a los joyeros franceses por ser el comprador mayor conforme a la ley francesa, la del lugar de celebración del contrato, por contratar el comprador fiado en la aparente capacidad, protegiéndose así la buena fe del que contrata con la debida diligencia y en base a la salvaguarda de la seguridad en el tráfico jurídico.

Véase al respecto el comentario de JOSE LUIS IRIARTE ANGEL sobre el artículo 11 del Convenio de Roma de 19 de junio de 1.980¹⁰ que sólo permite invocar la incapacidad conforme a la ley nacional del sujeto si en el momento de la celebración del contrato la otra parte hubiera conocido la incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia por su parte.

El art. 156.8º del Reglamento Notarial obliga al notario a incorporar su afirmación sobre la capacidad de los otorgantes y el art. 10.8 Cc. matiza para los contratos onerosos al art.168.4ª del Reglamento, que expresamente exige comprobar la capacidad del extranjero mediante certificación del Cónsul o representante diplomático.

El artículo 10.8 Cc. otorga validez a los contratos onerosos celebrados por extranjero incapaz si la causa de incapacidad no está reconocida por la ley española. Por ejemplo,

⁹ CALVO CARAVACA A.L., Comentarios al Cc. y Compilaciones Forales, tomo I, volumen 2º, 2ª edición, Madrid 1.995, pp. 710-728.

¹⁰ Jose Luis Iriarte Ángel, Comentarios al Cc. coordinados por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Editorial Bosch 2000, Tomo I, página 484.

la mujer sujeta a legislación de país islámico que contrata por sí sola, sin consentimiento del marido, supuesto que su ley lo exija: además de que pueda aplicarse la cláusula de orden público, es una excepción específica a la aplicación de la ley personal en materia de capacidad, pero no por discriminación sino sólo por seguridad del tráfico. Habrá que entender que la ley donde no esté reconocida la incapacidad será la ley española aplicable en el territorio donde se contrata, por lo tanto la ley de los territorios con derecho propio si en ellos tiene lugar la contratación. Se plantearán dudas, por ejemplo, en los casos de contratos otorgados en Aragón por mayor de 14 años casado que, conforme a la norma aragonesa es mayor de edad. En los casos de transacciones con menores de edad mayores de 14 años, si no se aceptara la aplicación de la norma aragonesa para los extranjeros, el comerciante en Aragón debería observar una conducta distinta según la nacionalidad de la otra parte del contrato.

1.4 Efectos del matrimonio (Artículo 9.2).

El texto vigente del art. 9.2 Cc., párrafo primero, fue redactado por Ley 11/1990, de 15 de octubre, para eliminar discriminaciones por razón de sexo, según declaración expresa de su Exposición de Motivos. En la redacción anterior dada por Ley de 31 de mayo de 1.974, de reforma del Título Preliminar, las relaciones personales entre los cónyuges se regían por su última ley nacional común durante el matrimonio y, en su defecto, por la ley nacional del marido al tiempo de la celebración; y, conforme al artículo 9.3 Cc., las relaciones patrimoniales de los cónyuges, a falta o por insuficiencia de capitulaciones patrimoniales, se regían por la misma ley que las relaciones personales (subsidiariamente por la ley del marido). Dada su vigencia hasta 1.990, los matrimonios celebrados hasta entonces quedaron regulados por dicha norma que, finalmente, fue declarada inconstitucional por STC 39/2002, de 14 de febrero, pero el TC no resolvió directamente el problema de conocer cuál era el régimen económico aplicable a los mismos, a pesar de la inconstitucionalidad del precepto por aplicación directa de la CE, que seguía siendo el resultante de la norma inconstitucional, salvo en caso de conflicto, en cuyo caso ha sido el TS el que ha aplicado la regla, subsidiaria en la vigente redacción, de la residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio.

Por lo tanto, lo que antes eran relaciones personales y relaciones patrimoniales quedan agrupadas en el término de “efectos del matrimonio” y, dado que las relaciones personales quedan reservadas a la esfera íntima del matrimonio (vivir juntos, fidelidad, etc.), y son incoercibles, la relevancia de estos efectos se concentra en el aspecto patrimonial, y concretamente en el régimen económico del matrimonio. Éste tiene una primera posibilidad de regulación, que es la del pacto (art. 9.3) y, en su defecto, por los puntos de conexión del art. 9.2. Y el régimen matrimonial primario (obligaciones de mantenimiento y contribución que incumben a ambos cónyuges, poderes de administración y representación recíprocos, responsabilidad frente a terceros por deudas asumidas por cualquiera en interés de la familia, etc.) también se determina por el art. 9.2.

Con la regulación actual los efectos personales y patrimoniales en las relaciones entre los cónyuges extranjeros sólo podrán resultar regidos por la ley española, normalmente, en los supuestos de residencia habitual en España inmediatamente posterior a su matrimonio, en cuyo caso quedarán sujetos al régimen económico matrimonial legal del territorio en el que fijen su residencia y, si es en Aragón, entre otros efectos, también al usufructo de viudedad universal. Se produce por esta vía una aplicación de las legislaciones forales a través del punto de conexión territorial, por la residencia habitual.

En cuanto a la viudedad, la celebración del matrimonio atribuye a cada cónyuge el usufructo de viudedad: art. 10 y art. 89 de la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, sea cual sea el régimen económico (art. 89.3). Dice CARMEN BAYOD¹¹ que se trata de un efecto civil del matrimonio y que, en virtud de su naturaleza familiar, corresponderá a los cónyuges unidos en matrimonio cuyos efectos civiles se rijan por el Derecho civil aragonés, conforme al art. 9.2 Cc. en relación con el art. 16.2 Cc., por lo que cuando cualquiera de los puntos de conexión que establece el art. 9.2 Cc. señale como ley rectora de los efectos del matrimonio la ley civil aragonesa, aun no siendo aragoneses y cualquiera que sea su régimen económico matrimonial, tendrán atribuida, como un efecto más del matrimonio, la viudedad foral aragonesa y, por el mismo motivo, no corresponderá a matrimonios regidos por una ley distinta, aunque alguno de los cónyuges sea aragonés si su ley del régimen económico no es la aragonesa.

Pero el principio general en situaciones de conflicto entre extranjeros en esta materia de efectos del matrimonio es el de la ley personal común de los cónyuges, que los tribunales españoles han de aplicar. Señala JOSE LUIS IRIARTE ANGEL¹² que esta conexión puede ser contraria al principio de proximidad (matrimonios con muchos años de residencia en España y con todos sus intereses aquí) por lo que los tribunales han flexibilizado la rigidez de la conexión nacional acudiendo a las normas del artículo 12 Cc. o a la aplicación facultativa de la norma de conflicto. En muchas ocasiones los tribunales rechazan la aplicación de la ley extranjera por falta de la cumplida acreditación de la misma que corresponde a quien la alegue. La otra alternativa sería, ante la falta de prueba de la ley extranjera, la desestimación de la demanda. (Sobre este tema ver la exposición en este mismo Foro de JAVIER PÉREZ MILLA).

Aplica el derecho extranjero la SAP Huesca de 14 de diciembre de 2005, recurso 110/2005 (EDJ 2005/233694), en procedimiento de formación de inventario para liquidación del régimen económico entre cónyuges marroquíes, tras separación, con amplia explicación de la necesidad de prueba del mismo y forma de cumplir tal prueba, lo que lleva a la aplicación del régimen de separación legal marroquí.

También lo hace la STS 1ª de 2 de diciembre de 2004, recurso 3054/1998 (EDJ 2004/192465), en la que la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, cuya tesis acoge el TS, estima la demanda de la viuda de un ciudadano cubano con el que había contraído matrimonio en Cataluña en 1.943, que falleció en 1.988 con testamento otorgado en 1.983 en el que, supuestamente bajo el régimen legal de separación de bienes, legaba unos bienes a su esposa e instituía herederos universales a sus hermanos (demandados en el procedimiento). La sentencia de la AP de Barcelona reconocía que cuando nació el causante en Cuba sus padres habrían perdido la nacionalidad española por aplicación del Tratado de Paz con USA, pero en el expediente ante el Registro Civil en 1.970 se reconocía su nacionalidad española, y se le debía aplicar la legislación catalana por ser de esa vecindad civil. El TS niega la nacionalidad española en 1.943, fecha del matrimonio, aunque se le pudiera atribuir desde 1.970, por lo que el régimen económico del matrimonio sería el de gananciales aplicable en Cuba en los términos de los artículos 1344 y

¹¹ Carmen Bayod López, Manual de Derecho civil aragonés dirigido por Jesús Delgado Echeverría, 2ª edición, El Justicia de Aragón 2007, página 462.

¹² Comentarios al Cc. coordinados por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Editorial Bosch 2000, Tomo I, página 418.

1345 Cc., y confirma la sentencia de instancia que anuló el inventario y la adjudicación de herencia realizados conforme al régimen legal catalán de separación de bienes.

En muchos supuestos (no en este último) el conflicto se plantea en procedimientos de liquidación de bienes del matrimonio por los trámites de los artículos 806 y ss. LEC tras los procedimientos de separación o divorcio. Procesalmente, para la liquidación del régimen económico matrimonial, el camino viene marcado por el artículo 806 LEC al prever *la liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo...*

Distinto es que, por la remisión del párrafo segundo del art. 9.2 Cc. al artículo 107 Cc., se deba tener en cuenta que la separación y el divorcio (y sus efectos, como se dice para la nulidad) se regirán por otros criterios, procesales: la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda –extranjera si son ambos extranjeros-, y a falta de nacionalidad común por la ley de residencia habitual común del matrimonio en el momento de la presentación de la demanda. Esta situación atraerá, a falta de nacionalidad común, la competencia para el procedimiento y sus efectos –los que se derivan del procedimiento, es decir, los que debe señalar la sentencia como definitivos, y previamente como provisionales los de los artículos 102 y 103 Cc., sobre patria potestad (autoridad familiar) y custodia, uso de la vivienda familiar y ajuar, contribución a cargas y administración de bienes comunes. Pero la liquidación del régimen económico habrá de ajustarse a la ley que corresponda conforme al art. 9.2 Cc. Así pues, en caso de litigio, para los supuestos de nacionalidad común se aplica la legislación extranjera, con la residencia habitual y la normal aplicación de la carga de la prueba de la misma o, en su defecto, aplicación de la ley española.

Dada la dicción literal del art. 806 LEC se puede plantear la duda de si es también el procedimiento aplicable en supuestos en que no hay régimen económico matrimonial propiamente dicho (parejas de hecho), o rige el régimen de separación de bienes. Lo trata la SAP Barcelona, Sección 12ª, de 28 de abril de 2006, recurso 904/2005 (EDJ 2006/283527), en el que muchos años después de la separación uno de los cónyuges plantea la división de varios inmuebles comunes ejercitando la *actio communi dividundo* por el procedimiento ordinario correspondiente a la cuantía. Estima la AP que no es el procedimiento adecuado, rebatiendo la discusión doctrinal que opondría tal procedimiento por aplicarse sobre unos bienes comunes en relación con un “no régimen”, el de separación de bienes. Argumenta que la realidad social impone dar adecuada respuesta a los nuevos modelos de convivencia (parejas de hechos, regímenes extranjeros) para los que el procedimiento del art. 806 LEC dota de mejores medios para la liquidación (inventario, valoración nombramiento de contadores, etc.). Aparte de que el régimen de separación no es un “no régimen” (existe siempre el régimen matrimonial primario), y el art. 43 del Codi de Família catalán, para la división de los bienes proindiviso, se encuentra dentro del Título II, de los regímenes económicos matrimoniales, Capítulo Primero del régimen de separación de bienes, ciertamente el procedimiento se adapta mejor a lo que requiere la división de estos bienes en común tras el matrimonio o la convivencia, aunque en el caso concreto catalán se haga referencia a la acción de división de cosa común a ejercitar simultáneamente con la de nulidad, separación o divorcio y, en el caso de ser estimada, proceder a su división en la ejecución de sentencia. Pero señala la AP Barcelona que el precepto catalán es anterior a la LEC y el procedimiento de ésta se adapta mejor a la liquidación de un patrimonio de esta naturaleza.

La Ley aragonesa 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen Económico y Viudedad, nada prevé sobre el asunto, ni tampoco la Ley 6/1999, de 26 de marzo, de Parejas estables no casadas, salvo en el artículo 75 de la primera en el que se establece como régimen supletorio para la comunidad que continúa tras la disolución, el régimen jurídico de la comunidad hereditaria. Es posible que se pudieran hacer las mismas reflexiones anteriores, aunque existe un procedimiento específico para la división de la herencia (arts. 782 y ss. LEC) y, en cuanto a las parejas no casadas, la aplicación del art. 806 y ss. plantea el problema de no ser un régimen económico matrimonial, que es lo que expresamente dice el art. 806.

A) Aplicación del artículo 107 Cc.

De esta doble conexión se puede derivar alguna diferencia en cuanto a estos efectos. Por ejemplo, la sentencia AP Barcelona, Sección 12ª, de 19 de abril de 2006, recurso 905/2005 (EDJ 2006/292503), decreta la separación de unos cónyuges alemanes y acuerda medidas en el orden personal, asignación del domicilio conyugal al demandante para residir con el hijo común y pensión compensatoria a favor de la esposa. El esposo recurre el montante de la pensión compensatoria y la esposa por no haberle concedido el Juzgado la compensación económica por razón de trabajo para la casa o para el otro cónyuge del art. 41 CF catalán, que sistemáticamente se encuentra en el Título II, de los regímenes económicos matrimoniales, capítulo primero, sección primera, del régimen de separación de bienes. En el Título III (arts. 76 y siguientes) se regulan los efectos de la nulidad del matrimonio, del divorcio y de la separación judicial y, concretamente en su artículo 84, la pensión compensatoria, similar a la del art. 97 Cc., pero con indicación en su apartado 2.d) de que para fijar su importe se debe tener en cuenta, entre otras circunstancias, la compensación económica del art. 41.3. Hago notar que en la ley aragonesa, a diferencia de la ley catalana, no hay normas sobre efectos de las sentencias, aunque sí naturalmente para la disolución y liquidación en procedimiento no judicial.

La sentencia argumenta que, rigiéndose los cónyuges desde sus capitulaciones matrimoniales en 1.975, por el régimen de separación de bienes alemán, no es de aplicación la compensación regulada en el art. 41 del CF de Cataluña, por ser un derecho típico del régimen de separación de bienes catalán que no puede ser trasvasado por analogía a otros sistemas jurídicos, a diferencia de otras instituciones jurídicas como la pensión compensatoria por desequilibrio del artículo 84 CF, pues tal prestación es de aplicación cualquiera que sea el régimen económico del matrimonio, dada su inserción sistemática en la regulación de los efectos de la crisis conyugal, siempre que sea de aplicación el CF catalán a tenor de las reglas del art. 107 Cc. En este caso se concedió porque el recurrente no discutió en el pleito, aunque lo intentó en el recurso, si procedía tal pensión (ambos eran alemanes), sino sólo su cuantía.

Se da a entender por lo tanto que, en aplicación del art. 9.2, primer párrafo, Cc., los efectos del matrimonio, en concreto las reglas del régimen económico, deben seguir la ley personal común de los cónyuges, por lo que no se les puede aplicar la compensación del art. 41 CF sólo prevista para los casados bajo el régimen de separación catalán, en tanto que para la regulación de los efectos de la separación y divorcio, cuando por aplicación del artículo 107 Cc. y por la remisión de éste, se aplique el CF catalán, también corresponderá la pensión compensatoria del art. 84 CF. Hay que matizar que no se aplicará la pensión compensatoria del art. 84 CF por analogía sino, como se dice, porque a este precepto se llegaría por el art. 107 Cc.

Visto que pueden aplicarse regulaciones distintas según se trate de regir la actividad y, en su caso disolución y liquidación, del régimen económico matrimonial de los cónyuges, o de los efectos que han de producir las sentencias en los procedimientos de nulidad, separación o divorcio, en el caso anterior sería rechazable la pensión compensatoria del artículo 84 CF., como sería igualmente rechazable la del art. 97 Cc., dado que el art. 107 Cc. señala como primer punto de conexión la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, que era la alemana, sin perjuicio de que la competencia del Juzgado fuera la del art. 769 LEC, del domicilio conyugal, pues para regular los efectos de la sentencia sólo a falta de nacionalidad común regiría la ley de la residencia habitual común del matrimonio en el momento de la presentación de la demanda.

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, ha introducido en el art. 107 Cc. un último párrafo y sus subapartados por el que se atrae a la ley sustantiva española la decisión sobre la separación y el divorcio, y sus efectos, en los casos de que uno de los cónyuges sea español o resida en España cuando las leyes que resultaran aplicables conforme a la conexión de la nacionalidad no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público (apartado c del párrafo añadido). La Exposición de Motivos de la ley explica que la finalidad de la misma es garantizar la protección de las mujeres extranjeras, fundamentalmente las de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio que no permitiría la legislación aplicable por su nacionalidad o lo haría de forma discriminatoria. Opina MARTA GONZALO QUIROGA¹³ que la nueva redacción ha plasmado una solución normativa específica que no hubiera hecho falta pues se hubiera podido eludir la aplicación de la ley extranjera discriminatoria por su contrariedad con el orden público, utilizando el mecanismo ya previsto de acudir al art. 12.3 Cc., como cláusula de exclusión de la ley extranjera por motivos de orden público.

Esta es la solución que se aplicaba en muchos de estos casos, antes de la modificación del art. 107 Cc. en 2003, mediante la cláusula del orden público. Así la SAP Barcelona, Sección 12ª, de 18 de junio de 2002, recurso 218/2002 (EDJ 2002/64584) en la que se entiende aplicable la *lex civilis fori* del domicilio frente a la ley nacional común en un supuesto de matrimonio entre marroquíes en el que se decreta la separación, no reconocida en la legislación marroquí. Cita la SAP de Madrid de 1 de julio de 1.997, siguiendo la STS de 5 de abril de 1.996 que acudía a la excepción del art. 12.3 Cc. “*cuando la ley extranjera contraría los principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales o incluso religiosos que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social de un pueblo y en una época determinada*”, lo que, dice la SAP Barcelona, se ha de aplicar con gran cautela y de modo restringido pues, llevado a sus últimas consecuencias, nunca posibilitaría la aplicación de leyes promulgadas por otros Estados o ejecutar sentencias dictadas por tribunales extranjeros. La sentencia declara la separación, concede una cantidad en concepto de alimentos para la esposa (aplica los Convenios de Nueva York de 20 de junio de 1.956 y de La Haya de 2 de octubre de 1.973 en materia de alimentos, aplicable, dice, con independencia de cualquier condición de reciprocidad) y el uso de la vivienda familiar pero no la indemnización compensatoria del art. 41 CF de Cataluña, porque no concurre el régimen de separación catalán. Aquí podría haber concedido, si se dieran los requisitos del desequilibrio y los demás exigidos, la pensión compensato-

¹³ Crisis matrimoniales extracomunitarias: novedades legislativas y aplicación práctica (Boletín de Legislación El Derecho nº 308, El Derecho Editores, pág. 1 y ss., publicado el 22 de diciembre de 2003.

ria del art. 84 CF de Cataluña (de la misma naturaleza que la del art. 97 Cc.) porque, a diferencia del caso anterior de matrimonio entre alemanes en el que debía aplicarse su ley nacional común al tiempo de la presentación de la demanda, aquí se excluye, al menos desde la modificación del art. 107 Cc. en 2003, la aplicación en su totalidad de la ley discriminatoria, para aplicar la del domicilio (en este caso la catalana).

B) Solicitud de medidas a pesar de sentencias dictadas en el extranjero.

Se han planteado también supuestos de matrimonios de extranjeros con sentencias de separación o divorcio en sus países que han pretendido que se adoptaran medidas en España sin previo reconocimiento de eficacia de dichas sentencias en España. Por ejemplo, la SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 4 de enero de 2006, recurso 3/2006, (EDJ 2006/13231) resuelve una solicitud de una madre marroquí de medidas sobre y guarda y custodia y alimentos a favor de una hija menor de edad existiendo una sentencia de divorcio en Marruecos cuya ejecución no se ha instado, solicitud denegada en primera instancia por no haberse instado la ejecución. Dice la sentencia de la AP que es cierto que lo que se pretende en realidad es la modificación de la sentencia de divorcio, por lo que no se debía acceder, a pesar de que se presenta un documento de acuerdo entre las partes que siempre sería oponible en una solicitud de ejecución de la sentencia. Pero, en virtud del principio *pro actione* y dado que el tribunal conoce el derecho marroquí, que es el aplicable, aprueba el convenio, que viene a constituirse en el fundamento, y adopta las medidas del mismo que, dice, en nada desvirtúa la eficacia de la sentencia. Había argumentado con base en el art. 9.2 Cc. que la legislación aplicable era la marroquí, que el tribunal declara conocer (aunque nada se dice de las partes la hayan alegado). Concreta que el art. 111 del Estatuto personal marroquí, de forma análoga al art. 135 del CF de Cataluña o al art. 94 Cc., establece que el padre no custodio tiene derecho de visitas, a menos que el juez decida lo contrario en interés del menor. El art. 135 CF se encuentra dentro del Título VI, sobre la potestad del padre y la madre, cuyo art. 134 se refiere a la intervención judicial (similar al art. 7 Ley de Derecho de la persona de Aragón más preciso) permitiendo tal intervención judicial en cualquier proceso. Resulta algo confusa: Procesalmente acepta que es una modificación de una sentencia de divorcio extranjera por lo que podría la parte contraria instar la ejecución de un título que no ha sido instada (y que ahora se va a modificar de hecho), y en cuanto al fondo aplica (parece que de oficio) una legislación extranjera, que es la aplicable pero quizás no esgrimida por las partes.

Otra sentencia de la misma AP Barcelona, pero de la Sección 12ª, de 24 de enero de 2008, recurso 54/2008 (EDJ 2008/18167), también en pleito de separación entre cónyuges marroquíes, manifiesta que la ley aplicable es la marroquí, nacional común de las partes, concretamente el nuevo CF marroquí denominado La Mudawana. El Juzgado de Primera Instancia, ante la falta de invocación y prueba del mismo desestimó la pretensión de separación pero concedió medidas para los hijos menores con fundamento en los arts. 158 Cc. (en sede de relaciones paterno filiales, muy similar al art. 7 Ley aragonesa de Derecho de la persona éste en sede de mayoría y minoría de edad) y art. 134 CF catalán, que permiten hacerlo incluso de oficio. La AP revoca porque en ausencia de prueba del derecho marroquí el Juzgado debió aplicar la legislación española y, con base en los arts. 267 y 259 CF catalán, mantiene la pensión de alimentos para los hijos.

La SAP de Alicante de 23 de marzo de 2006, rec. 108/2006 (EDJ 2006/338233), entre colombianos divorciados en su país, manifiesta que las partes debieron promover la homologación de la sentencia colombiana y su posterior modificación (que debió ser lo

que intentó el demandante para que le atribuyeran la guarda que en sentencia tenía la madre, y el Juzgado de Primera Instancia no concedió), pero en procedimiento del art. 753 LEC en disposiciones generales de procesos de capacidad, filiación, matrimonio y menores, otorgó medidas por las que atribuyó la guarda al padre. La AP manifiesta que son cuestiones relacionadas con la protección del menor, materia de orden público, por lo que pueden ser adoptadas por el juez español y que es una cuestión meramente formal que esta sentencia entrañe o no modificación de la de divorcio dictada en Colombia. Nada se dice sobre la legislación aplicable en cuanto al fondo (indudablemente debería ser la colombiana salvo por cuestión de orden público) ni parece que las partes la alegaran por lo que, sin más, sin cita de precepto sustantivo alguno, confirma la nueva custodia a favor del padre.

En un supuesto de matrimonio entre armenios, SAP Barcelona, Sección 12ª, de 19 de marzo de 2008, recurso 935/2007 (EDJ 2008/43176), la sentencia de instancia acuerda la nulidad del matrimonio (no se dice si con aplicación de la legislación armenia), y la guarda y custodia para la madre con visitas para el padre y pensión alimenticia. No se pronuncia sobre el uso de la vivienda familiar porque nada hay previsto en la legislación armenia. La SAP nada dice sobre la legislación aplicable hasta el fundamento tercero sobre el domicilio familiar en el que estudia el CF de Armenia y dice que al no constar en el mismo previsión que permita atribuir el uso del domicilio a ninguno, no lo hace por esta sentencia de carácter matrimonial pero dice que el mismo vendrá determinado por la propiedad, que es del marido, a quien se le atribuye). Se dice que se aplica Derecho armenio pero para la custodia se hace referencia al art. 82.2 CF catalán y en cuanto a la vivienda se ignora lo que dice el derecho armenio pero se le atribuye al propietario y se resuelve en términos de justicia material (la madre vive con sus padres y el niño).

La SAP de Barcelona, Sección 18ª, de 22 de febrero de 2007, recurso 233/2006 (EDJ 2007/106919), con cita de otra de la Sala de 23 de octubre de 2006, en procedimiento de separación y medidas subsiguientes entre cónyuges marroquíes, no aplica la legislación marroquí porque las dos partes sólo alegaron legislación catalana como aplicable. Resulta lógico si la aplicación del derecho extranjero se produce por la alegación y prueba de las partes. Dice que algún sector de la doctrina concluye que la conexión es particularmente negativa para los emigrantes extranjeros que viven en España y que están occidentalizados, cuando la nacionalidad común sea un mero ligamen formal, en que cabe defender la presencia de una laguna axiológica en el art. 107 (conexión primera), por lo que se podrá pasar a la siguiente conexión, de residencia habitual común. En materia de pensión de alimentos para los hijos aplica la regla de los arts. 267.1 y 264 CF catalán.

Un supuesto que tras la modificación (ampliación del art. 107 Cc.) hubiera sido distinto: Cónyuges suizos que interponen demanda de separación de mutuo acuerdo, aunque su legislación no admitía esta posibilidad en el momento de la interposición de la demanda ni en el momento de dictarse sentencia de instancia. La primera sentencia desestima la demanda porque o no existe o no se ha probado la norma de derecho material suizo que permita instar la separación de mutuo acuerdo. En apelación la SAP Gerona de 19 de mayo de 2000, recurso 113/1999, (EDJ 2000/24144), declara que cuando no es posible fundar con seguridad absoluta la aplicación del derecho extranjero, los tribunales juzgarán conforme al derecho patrio (STS 27 de enero de 1999). La Sala solicitó al Estado suizo información y así se hizo en el sentido de que hasta el 1 de enero de 2000 no entró en vigor la posibilidad de separación o divorcio de mutuo acuerdo por lo que, ante la falta de norma que lo amparara, no cabe la demanda de mutuo acuerdo.

Tampoco por economía procesal aplica tal posibilidad con efecto retroactivo porque una de las partes se apartó de la apelación. Luego, se desestima no por falta de prueba del derecho extranjero sino porque, precisamente en aplicación del mismo, no había norma que amparara la petición. Solución que parece correcta en aquel momento y que ahora sería posible por aplicación del art. 107.2.II.b) en el caso de petición por ambos cónyuges, no sólo de uno, por no reconocerse en su legislación nacional común la separación. Curiosamente está pensada la modificación para matrimonios de países árabes o magrebíes, no para los suizos.

Así pues, hemos visto resoluciones de nuestros tribunales distinguiendo entre a): aplicación de legislación extranjera como medidas de las sentencias de nulidad, separación o divorcio (art. 9.2.II Cc. remitiendo al art. 107 y sus reglas de ley común en el momento de presentación de la demanda o ley de la residencia habitual común en ese momento), con muchas quiebras en la aplicación del derecho extranjero y propensión a la aplicación del derecho español, bien por desconocimiento o falta de prueba del derecho extranjero o por aplicación de la cláusula de orden público y, además, con la posibilidad tras la modificación del art. 107 de aplicar la ley española en esos casos cuando un cónyuge sea español o resida en España; b): la aplicación de ese derecho extranjero en supuestos de liquidación de bienes, como efectos del matrimonio del art. 9.2, del derecho de la ley personal común al tiempo de contraer matrimonio.

Por ello estos puntos de conexión son criticados por la doctrina¹⁴ porque no permite elegir la ley aplicable, da relieve exagerado a una conexión obsoleta como la nacionalidad común frente a más realistas como la residencia habitual común, pero es legefornista fomentando sentencias españolas claudicantes o inefectivas en otros países.

Resoluciones en los conflictos notariales-registrales:

En embargos sobre bienes de extranjeros cuando se pretenden embargos sobre mitades indivisas de un cónyuge: La RDGRN de 22 de enero de 2008 (EDN 2008/4638), manifiesta que no se puede anotar dicho embargo sin dirigir la demanda también contra el otro cónyuge si la inscripción de la propiedad del matrimonio se hizo sin determinación de cuotas y si no se acreditan las normas aplicables según el régimen económico matrimonial se debe dirigir la demanda contra ambos cónyuges. Es doctrina de la DGRN consolidada.

Otra cuestión es, dada la frecuencia de las adquisiciones de bienes inmuebles por extranjeros, la averiguación y constancia de su régimen económico. La reciente RDGRN de 9 de enero de 2008, BOE 32/2008 de 6 de febrero (EDD 2008/2845) acuerda, estimando el recurso del notario, inscribir la escritura de compraventa a favor de cónyuges extranjeros (chileno y argentina), aun no acreditada la inscripción de los capítulos matrimoniales en el Registro Civil. Argumenta la Resolución que los matrimonios entre extranjeros celebrados en el extranjero no tienen acceso al Registro civil ni, por lo tanto, cabe el asiento sobre los capítulos, que exigía el Registro. En este caso, con mayor razón, en que los adquirentes habían otorgado los capítulos ante el mismo notario con el número anterior.

1.5 Pactos o capitulaciones (Artículo 9.3).

El art. 9.3 concede validez a los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico (aspecto patrimonial) conforme a la ley que rija los efectos del matrimonio (art. 9.2), o por la ley de la nacionalidad de cualquiera de

¹⁴ Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa, obra citada, pág. 141.

ellos, o de la residencia habitual de cualquiera de ellos al tiempo del otorgamiento. Se señalan puntos de conexión alternativos u opcionales (cualquiera de ellos es válido). Impera en esta materia el *favor validitatis*.

Por lo tanto, como situación más habitual, la inscripción se hará con indicación del régimen económico que corresponda conforme a los criterios del art. 9.2, pero sin ninguna duda los cónyuges extranjeros pueden otorgar capítulos con arreglo a cualquiera de los puntos del 9.3, y en la mayoría de los casos sería aconsejable que lo hicieran (cuando no conocen los pormenores de su ley sobre el régimen económico).

En cuanto a la capacidad de los capitulantes, la duda se plantea entre la de su ley personal o la de la ley que están eligiendo conforme al art. 9.3 Cc. En principio la capacidad se regirá, según el art. 9.1 Cc., por la ley nacional de cada uno de los cónyuges. Así opina JOSE LUIS IRIARTE ANGEL¹⁵, que en cuanto a la forma se remite al art. 11 Cc.

1.6 Filiación (Artículo 9.4).

El Art. 9.4 Cc. en su redacción de 1974 establecía que las relaciones paterno filiales se regían por la ley nacional del padre y, en defecto de éste, o si sólo hubiere sido reconocida o declarada la maternidad, por la de la madre. La ley 21/1987, de 11 de noviembre, que modificó la materia de la adopción, también lo hizo con este apartado, atribuyendo desde entonces a la ley personal del hijo el carácter y contenido de la filiación y las relaciones paterno filiales. Incorpora un valor jurídico sustantivo, el *favor filii*, y por ello se considera idónea esta conexión, generalmente¹⁶. Se dice que evita discriminaciones entre los progenitores y hace gravitar la institución sobre el sujeto de la relación, que debe ser objeto de especial protección. En el caso de hijos extranjeros normalmente coincidirá la nacionalidad con la de los padres, en cuyo caso el problema puede ser menor aunque supone la aplicación por el juez español de una legislación extranjera. En tal caso se adaptará mejor la situación al grupo familiar pero la situación puede ser más difícil si no coincide la nacionalidad de hijos y padres, sobre todo porque no necesariamente será más favorable la ley de la nacionalidad del hijo, y la mejor o peor protección será aleatoria. Tendemos a pensar que será más favorable en muchas ocasiones la ley del territorio (español), sobre todo respecto a extranjeros no comunitarios y en particular de países musulmanes.

La SAP de Lleida, Sección 1ª, de 2 de mayo de 2002, recurso 113/2001 (EDJ 2002/50415) resuelve el supuesto de una madre de nacionalidad portuguesa de un niño nacido en Lleida sin consignación de filiación paterna, que posteriormente contrae matrimonio con súbdito marroquí quien, unos días después del matrimonio, reconoce al niño. La acción de reclamación de paternidad no matrimonial contra un español y simultánea de impugnación de la paternidad paterna por subsiguiente matrimonio, se estiman y se impone la obligación de alimentos al padre natural. Éste recurre, aparte por los motivos de fondo, porque la legislación aplicable sería la portuguesa del niño, la misma que la de la madre al tiempo de nacer. Señala la Audiencia que la alegación nueva en la apelación sería improcedente pero, dado que los jueces deben velar por la aplicación del derecho que corresponda con arreglo a la ley, examinan el derecho portugués aplicable en el momento del nacimiento, ocurrido en noviembre de 1.997 (Ley 37/81 de la nacionalidad), conforme al cual el hijo de padre o madre portugueses naci-

¹⁵ Comentarios al Cc. coordinados por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, Editorial Bosch 2000, Tomo I, pág. 420.

¹⁶ José Luis Iriarte Angel, op. cit. pág. 422, con cita de J.D. González Campos.

do en el extranjero debe ser inscrito en el Registro Civil portugués a fin de obtener la nacionalidad portuguesa y que, según la RDGRN de 24 de mayo de 1.994, significa que no se adquiere automáticamente la nacionalidad portuguesa, pues para ello es necesaria una declaración de voluntad, bien expresa, bien tácita y derivada de su inscripción en el RC portugués. En definitiva se viene a conceder valor constitutivo a la inscripción en el Registro Civil, se niega la nacionalidad portuguesa y, en aplicación del art. 17.Cc., se declara que el niño es español, de vecindad catalana dado su nacimiento en Lleida y, por lo dispuesto en el art. 14.1 en relación con el 16.1.1 Cc. y art. 9.4, debe registrarse por la ley catalana. Se está atribuyendo una nacionalidad española al niño, que no era objeto del pleito, aunque sí presupuesto para la aplicación del derecho español (en este caso catalán). Es de suponer que no vale como atribución de nacionalidad sino como tal presupuesto para este pleito, pero las consecuencias resultan imprevisibles. Se comprueba la resistencia a la aplicación del derecho extranjero, en este caso aplicación quizás "interesada" para conseguir la aplicación del derecho del territorio, con consecuencias de difícil previsión, como saber si se puede hacer valer esta nacionalidad española a otros efectos.

2.- Sucesiones (Artículo 9.8).

El art. 9.8 Cc. mantiene su redacción desde la reforma del Título Preliminar de 1.974, salvo el último inciso referido a los derechos del cónyuge supérstite (Ley 11/1990, de 15 de octubre), y proclama el principio de unidad y universalidad de la sucesión (*cualquiera que sean...*), pero inmediatamente se observan excepciones.

El criterio fue habitualmente alabado por la ventaja de la simplicidad de una sola masa sucesoria y una única ley aplicable¹⁷, frente a la dualidad de leyes aplicables según la naturaleza de los bienes (muebles o inmuebles) y la situación de los mismos, de forma que en estos casos se podían aplicar distintas legislaciones a unos u otros, normalmente a los inmuebles la ley del lugar de su ubicación, criterio que también tiene sus ventajas pues, de otra manera, la aplicación del principio de universalidad plantea su dudosa efectividad respecto a los bienes inmuebles situados en un país cuyo sistema atribuya la competencia a la ley del territorio de situación.

En una situación de poca movilidad de la población el criterio de la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento simplifica, efectivamente, y establece reglas con criterios de unidad que, además, se adaptan bien a la idea del heredero como sucesor universal del causante, en todos sus bienes y derechos, con arreglo a una sola ley.

Destaca la doctrina¹⁸ que el precepto abarca todo tipo de sucesión por causa de muerte, tanto la testamentaria como la legítima (legal en la terminología de la Ley de Sucesiones aragonesa) y la contractual, y se aplica al fondo de la misma (capacidad, forma, contenido y ejecución), quedando al margen aspectos como la regulación de la competencia judicial.

Pone de manifiesto ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ¹⁹ que el art. 9.8 Cc. soluciona el problema del conflicto móvil al utilizar el punto de conexión determinado por la nacionalidad al tiempo del fallecimiento, si bien teniendo en cuenta que las disposicio-

¹⁷ Mariano Aguilar Gómez de Lugo, op. cit. pág. 190.

¹⁸ Iriarte, op. cit., página 442, con cita de A. L. Caravaca y P. Blanco-Morales Limones.

¹⁹ Derecho Internacional Privado dirigido por Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, Editorial COMARES 8ª edición 2007, Volumen II, página 288.

nes testamentarias y los pactos sucesorios otorgados conforme a la ley de ese momento conservan su validez aunque sea distinta la ley que haya de regir la sucesión.

La aplicación de la concepción unitaria y universalista de la sucesión, regida por una ley única, la nacional del causante en el momento de su fallecimiento, resultaba adecuada a épocas de escasa movilidad de la población y, en particular, para España, un país de emigración, con la pretensión de protección al nacional dondequiera que estuviera y de reforzar la soberanía española sobre estos ciudadanos. Sin embargo, en el momento actual, dado el notable incremento de población inmigrante, ello supone la aplicación muy frecuente de legislación extranjera que puede resultar difícil y, en ocasiones, contraria al orden público.

En nuestro país el fenómeno migratorio se viene reflejando, por lo que se refiere al ámbito de los conflictos jurídicos de derecho privado, de dos maneras diferentes según el sector de población afectado. De una parte, hay ya una población extranjera asentada en el litoral e islas que proviene, fundamentalmente, de países europeos, residentes y con bienes raíces en España, que dan lugar normalmente a problemas sucesorios; de otra, inmigrantes por razón de trabajo provenientes de algunos países centroeuropeos (Rumanía, Bulgaria...), de América Latina, del Magreb y de Africa subsahariana. En estos últimos casos se detectan conflictos, por lo que se refiere al Derecho privado, en el ámbito matrimonial y también como consecuencia de la paulatina adquisición de bienes.

En el ámbito del derecho sucesorio es imprescindible tener en cuenta la doctrina del reenvío (Ver la exposición de JAVIER PÉREZ MILLA en este Foro y su publicación en estas Actas), conforme a lo dispuesto en los artículos 9.8 y 12.2 Cc. La aplicación de la ley nacional del causante, sin más, llevaría siempre a la aplicación del derecho extranjero, pero en ocasiones estos derechos remiten, a su vez, a la ley del lugar de situación de los bienes inmuebles o, para los muebles a la ley de residencia del causante, y de ahí la regla del art. 12.2 Cc. que sólo acepta que ese reenvío de otros derechos se haga a la ley española por lo que ésta sería la aplicable en esos supuestos.

Con arreglo a la doctrina del Tribunal Supremo en esta materia (Sentencias de 15 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1.999 y 23 de septiembre de 2002), se aplica el reenvío a la ley española pero, si con ello se produce la fragmentación de la universalidad de la herencia porque existen bienes inmuebles en España y en otros países, no se acepta el reenvío, se sigue la ley del causante y no se aplica el sistema de legítimas español, que va contra la libertad de testar de aquellos países (USA y GB). Sin embargo, en la última sentencia citada, de 23 de septiembre de 2002 (ciudadano británico cuya herencia la componían exclusivamente bienes inmuebles en España), se argumenta que en tal caso no hay fragmentación en la universalidad de la herencia porque no había otros bienes, se acepta el reenvío a la ley española y se aplica el sistema legitimario español a favor de la hija que lo reclamaba.

De esta forma, explica el notario EMILIO GONZÁLEZ BOU²⁰ que, ante la disyuntiva de si el reenvío es de aplicación obligatoria o facultativa, el TS ha optado por el carácter facultativo del mismo, que no se aplicará cuando implique fraccionar la sucesión y, por el contrario, se admitirá cuando no provoque el fraccionamiento y se respete el principio de unidad y universalidad de la herencia.

²⁰ Llei aplicable a la sucesió: fenòmens migratoris y llei personal del causant, XV Jornades de Dret Catalá a Tossa, septiembre de 2008, <http://civil.udg.edu/tossa/>

En el debate entre la aplicación o no de la legislación extranjera se encuentran siempre los intereses de las partes y, en la medida en que tal aplicación suponga la aceptación de sistemas de mayor libertad de testar, entrará en contradicción con las pretensiones de quienes defienden los sistemas legitimarios.

No obstante, se observa siempre la resistencia a la aplicación de la ley extranjera por la vía de la falta de prueba de la misma. Para la materia que estudiamos la STS de 30 de abril de 2008 (recurso 1832/2001, EDJ 2008/48900), en un supuesto de cónyuges estadounidenses, fallecido el esposo en Arizona en 1985, con testamento otorgado allí en 1977 en el que legó a su esposa todos los bienes usados por él como residencia, ésta acepta la herencia en España en junio de 1.991 y, entre los bienes, un chalet en Colmenarejo sobre parcela comprada por ambos por mitad y edificado igualmente por mitades e iguales partes indivisas, que vende a continuación a un tercero. Una hija (al menos del causante, no se dice si también de la esposa demandada) pretende la declaración de nulidad de la aceptación de herencia y posterior compraventa por vulneración de los arts. 9.8 y 12.2 Cc. al desconocer que, en la misma fecha que el testamento, los cónyuges hicieron una declaración de "Trust" que obligaría a considerar que el chalet era propiedad indivisa de la viuda y de los herederos del causante hasta proceder a la división o adjudicación a una de las partes (en la declaración de trust se decía que en el caso de tener el declarante interés en bienes raíces en España, dicho interés debía atribuirse en su totalidad al trust del que era beneficiaria su hija Julia). La sentencia hace un detenido estudio de lo que es el trust pero señala a continuación que es una institución desconocida en España y, por lo tanto, inaplicable. Así que aplica en parte el contenido del testamento pero desconoce el trust y rechaza el recurso de casación confirmando las sentencias de primera instancia y de la AP que habían desestimado la demanda por falta de prueba del derecho extranjero.

En otras ocasiones se aplica la legislación extranjera con vacilaciones. La SAP Alicante, Sección 6ª, de 27 de febrero de 2004, recurso 674/2002 (EDJ 2004/7209) estudia el caso de unas hijas del primer matrimonio del causante a las que en el testamento de su padre otorgado en Denia, conforme a la normativa del Derecho civil español, se les atribuía la legítima estricta, frente a otras dos hijas del segundo matrimonio a las que se les atribuía la legítima amplia. El Juzgado desestima la demanda (y no se dice que, en su defecto, se aplique la ley española), pero la AP entiende suficientemente acreditado el derecho alemán y lo mezcla con la voluntad del testador al decir que *"además, si se interpreta la voluntad del causante ...entendiendo que el testador quiso desheredar a las tres hijas de su primer matrimonio al haber manifestado en su testamento el deseo de dejarles la menor porción posible de su patrimonio, entonces igualmente se llega a la solución jurídica de la que se parte en la demanda...que no es otra que la de hacer aplicación del art. 2303 del BGB -cuando un descendiente del causante está excluido de la sucesión por disposición de causa de muerte, puede exigir del heredero la legítima; la legítima estará constituida por la mitad de la porción hereditaria legítima-*". Y llega a la conclusión de que a las tres hijas peor tratadas en el testamento les corresponderá 1/20 parte del valor de la herencia, frente a la 1/10 correspondiente a las otras dos hijas, conforme a la solución del BGB. Nada se dice sobre el art. 9.8 Cc., que da validez a las disposiciones testamentarias conforme a la ley nacional del testador (no a éstas conformes a la ley española), si bien las legítimas deben ajustarse a la ley de la sucesión (la alemana), que en este caso da ese resultado previsto en el BGB. Pero no parecía necesario referirse a la voluntad del testador, que testa conforme

a la ley española y no a la suya, por lo que quizá se debió aplicar directamente la ley del causante conforme a la primera proposición del art. 9.8 Cc.

En el supuesto de la SAP Tarragona, Sección 1ª, de 13 de mayo de 2004, recurso 571/2003 (EDJ 2004/81605) se aplica la ley belga, ley nacional del causante al fallecimiento, existiendo bienes radicados en España, porque no se admite el reenvío de la ley belga a la española, al no haberse probado la norma concreta de reenvío, pero no porque ello hubiera supuesto un fraccionamiento de la herencia. De haberse probado la norma de reenvío sería aplicable la ley española, en este caso la catalana. Dos hijas a quienes su madre en el testamento otorgado en España sólo les legaba la legítima estricta y mínima, demandan a su otra hermana, la heredera: la sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda (en lo sustancial) y declara el derecho legitimario de cada una de las actoras en la tercera parte de la herencia del padre y en la tercera parte de la herencia de la madre (divide la herencia a partes iguales y lo hace en aplicación del derecho belga, que se declara probado en cuanto al fondo). La heredera demandada se oponía pretendiendo la eficacia del reenvío de la ley belga a la ley de situación de los bienes inmuebles (Cataluña) y que se aplicara el Codi de Sucesions, que otorga una legítima menor (una cuarta parte del caudal para todos los legitimarios). La sentencia rechaza esta pretensión de la demandada afirmando que no puede aplicarse la ley catalana en cuanto al contenido de las legítimas por no haberse acreditado el contenido y vigencia de la concreta norma belga de reenvío, y aplica la ley belga (ley nacional del causante) en cuanto al fondo, que en este aspecto sí da por probada porque las demandantes habían aportado con la demanda documento suficiente sobre el contenido de la ley belga y su limitación de la facultad de disposición existiendo hijos.

Sentada la aplicación de la ley del causante (belga), vale que se pueda rechazar el reenvío de la misma a la española (en este caso la catalana) por falta de prueba de la norma específica de reenvío, aunque se admite la prueba aportada sobre el fondo, que ha de llevar a una aplicación de las legítimas conforme a la ley belga y no conforme al testamento. Pero finalmente, en aplicación del 9.8 Cc., las legítimas han de ajustarse a la ley del causante en el momento del fallecimiento, aun en contra de su voluntad expresada en el testamento o pacto.

En este punto se han producido fundadas críticas en el ámbito del derecho interregional²¹ plenamente reproducibles en el internacional privado: El aragonés que otorga testamento y deja su patrimonio a uno solo de sus descendientes y que, tras cambiar de vecindad civil, fallece siendo de vecindad común. Conforme al 9.8 Cc. se respeta el contenido del testamento salvo en el contenido de las legítimas que deberán seguir el régimen del Cc. Por ello la autora, haciéndose eco de la doctrina crítica, por incluir en el ámbito de la ley sucesoria el sistema legitimario a pesar de ser otra la ley bajo la que se ha dispuesto, propone la aplicación de una única ley, la del título sucesorio (testamento o pacto). También se producen críticas en otros autores²².

El mismo problema, de la dualidad de legislaciones aplicables a una misma sucesión, se plantea en el supuesto anterior de la AP de Tarragona en el que, frente al propósito de la testadora expresado en el testamento, se aplicó el régimen igualitario belga de las legítimas aunque, ciertamente, en ese caso no parece que se hubiera producido con-

²¹ Elena Zabalo Escudero, Actas de los Décimos Encuentros del Foro de Derecho aragonés, El Justicia de Aragón 2000, páginas 109 y 110.

²² ALVAREZ GONZALEZ, Santiago, op. cit. página 59.

flicto móvil por cambio de nacionalidad del causante, que es el presupuesto expreso del art. 9.8 Cc.

2.1 Validez de los títulos extranjeros. y posibilidades de actuación de los notarios españoles en la regulación de los derechos sucesorios de extranjeros.

El tema de la forma de las disposiciones testamentarias también fue estudiado por la profesora ZABALO²³ para el derecho interregional partiendo del Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1.961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias (BOE de 17 de agosto de 1.988), en el sentido más favorable al *favor testamentii*, por la libertad que expresa el art. 1º del Convenio al dar validez al testamento conforme al lugar donde el testador hizo la disposición, o a la nacionalidad, domicilio o residencia habitual del testador, tanto en el momento de la disposición o en el del fallecimiento, o del lugar de situación de los inmuebles en lo relativo a la forma de los mismos, por lo que afirma que cualquiera de estas leyes puede validar el testamento. Plantea también si el Convenio desplaza al artículo 11 Cc. (que señala la forma de la ley del país en que se otorguen, como primer punto de conexión, y que a continuación concede también validez a los otorgados con las formas y solemnidades de la ley aplicable a su contenido, o a la ley personal del disponente o la común de los otorgantes), y se manifiesta la autora en sentido favorable a la extensión de la mayor flexibilidad de las soluciones del Convenio al derecho interregional, pues si son válidos los testamentos de los españoles otorgados fuera de España también habrán de serlo los otorgados, por ejemplo, por aragoneses en Cataluña.

Por lo que se refiere a la validez de los documentos notariales otorgados en el extranjero, el notario GONZÁLEZ BOU²⁴ cita las resoluciones de la DGRN de 7 de febrero y 20 de mayo de 2005 (EDD 2005/16177 y 2005/119136) como las más exigentes pues no admiten la inscripción de determinadas escrituras otorgadas en el extranjero (concretamente por notarios alemanes en ambos casos) para la transmisión de inmuebles y su posterior inscripción en los Registros españoles porque, sin negar la posibilidad de que dichos actuarios extranjeros puedan dar fe del consentimiento y de la capacidad de las partes, más problemática es su intervención cuando se exige como un requisito de eficacia del acto, como ocurre cuando se trata de la transmisión de la propiedad y de derechos reales sobre inmuebles pues, dada la disparidad de sistemas de transmisión del dominio, debe estarse al control de legalidad de la misma conforme al derecho español, para su inscripción, lo que sólo puede otorgar el notario español: art. 17.bis de la Ley del Notariado. Según las resoluciones comentadas, los documentos ante notario extranjero facultarán a los contratantes para compelerse recíprocamente a otorgar la escritura ante notario español, como ratificación de la anterior pero cumpliendo este último la función del control de legalidad con arreglo al derecho español. Sin perjuicio de que a la sucesión le deberá ser aplicada la ley del causante, evitando en lo posible el fraccionamiento de la sucesión.

Es de interés la resolución de 24 de octubre de 2007 (EDD 2007/194548) relativa a un ciudadano británico que otorgó testamento ante notario español en 2004 designando heredera de los bienes sitos en España a su esposa, la cual acepta la herencia también ante notario español (Adeje, diciembre de 2006), del único bien inmueble en España, concretamente en Canarias. Señala que la ley aplicable es la española pues la remisión

²³ op. cit. páginas 116 y ss.

²⁴ Jornades de Dret Catalá a Tossa, septiembre de 2008, ponencia citada, página 9.

del art. 9.8 Cc. a la ley del causante (inglés) permite aceptar en este caso el reenvío de ésta a la española por ser la del lugar de situación de los inmuebles (art. 12.2 Cc.), dado que no se produce fraccionamiento de la sucesión. Admitido el reenvío al Derecho civil español –*común en este caso, pues el inmueble se encuentra situado en la C.A. de Canarias*– la resolución plantea dos problemas, el de la validez del título sucesorio y el cumplimiento material de los requisitos exigidos en el *iter* sucesorio en que deben ser tenidas en cuenta ambas legislaciones. Resalto que, aun expresado como de pasada (argumento *obiter dicta*), la remisión debe ser entendida al derecho español vigente en el lugar de situación del inmueble, que podría ser cualquier otro con legislación civil propia.

Al fin y al cabo el artículo 1 del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias (BOE de 17 de agosto de 1988), ya dice en su art. 1 “... a los fines del presente Convenio, si la ley nacional consiste en un sistema no unificado, la ley aplicable quedará determinada por las normas vigentes en dicho sistema y, en defecto de tales normas, por el vínculo más efectivo que tuviera el testador con una de las legislaciones que componen este sistema”. De la misma forma que el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias de La Haya de 2 de octubre de 1973 (BOE de 16 de septiembre de 1986) dice que “Cuando deba tomarse en consideración la ley de un Estado que, en materia de obligaciones alimenticias, tenga dos o más sistemas jurídicos de aplicación territorial o personal –como pueden ser los supuestos en los que se hace referencia a la ley de la residencia habitual del acreedor o del deudor o a la ley nacional común–, se aplicará el sistema designado por las normas en vigor en dicho Estado o, en su defecto, el sistema con el cual los interesados estuvieran más estrechamente vinculados”.

En lo demás, lo relativo a la coordinación material de ambas leyes sucesorias, no se duda de la validez del título sucesorio (art. 11.1 Cc. y Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961), y para la inscripción se debe estar a la ley española en cuanto a la adquisición del dominio sobre inmuebles (aceptación, adjudicación y, en su caso, partición hereditaria), y en lo demás (legítimas, reservas, derechos viduales o cuotas hereditarias), a la sucesión por la ley del causante, que en lo posible no debe fragmentarse.

(IN)SEGURIDAD JURÍDICA, REENVÍO SUCESORIO, PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO Y DERECHOS TERRITORIALES ESPAÑOLES.

DR. JAVIER PÉREZ MILLA

INTRODUCCIÓN.

La estructura del Derecho Internacional Privado es elemental. Prueba de ello está en su origen moderno, pues bastaron un par de páginas dentro de una obra enciclopédica para establecer los fundamentos de la disciplina¹ o en la escasa media docena de artículos que dedica el legislador del Código Civil a su regulación². Como suele ocurrir, la sencillez no es sinónimo de simplicidad y el desarrollo internacional del Derecho privado es deudor de la cuestión compleja a las que trata de dar respuesta: la coherencia jurídica de situaciones privadas heterogéneas³.

Un ejemplo de esta tensión intrínseca del Derecho internacional privado (en adelante, Dopr.) es el objeto de este Foro: la aplicación de los distintos Derechos territoriales españoles a personas de nacionalidad extranjera. La respuesta parece simple, pues todo consistirá en analizar aquellas conexiones de las normas de conflicto españolas que, por su carácter territorial o fáctico (residencia habitual, lugar de celebración, lugar de situación del bien,...), ordenen la aplicación del correspondiente Derecho autonómico vigente donde se localiza la situación jurídica. Sin embargo, el Ponente general ya nos ha dado buenos ejemplos de cómo cuando se desarrolla este esquema, se producen complejas consecuencias. Mi intervención partirá de una distorsión que ocurre en la estructura primaria del Dopr.: la norma de conflicto aplicable a la situación jurídica remite a un Derecho extranjero pero, por motivos extrínsecos (reenvío de retorno o falta de prueba

¹ Vid., F. C. Savigny, *Sistema de Derecho Romano*, 2ª ed., T. 6, Madrid, s/f, pp. 136 y 138.

² Arts. 8 a 12, 16 y 107 del Código Civil.

³ Vid., W. Wengler, "The General Principles of Private International Law" en *Recueil des Cours*, T. 104, 1961, pp. 273 a 275 y Julio D. González Campos, *Derecho internacional privado. Introducción*, Madrid, 1984, p. 11.

del Derecho extranjero), el juez termina solucionando el litigio en aplicación del “Derecho patrio”⁴.

REENVÍO.

Operatividad del Renvío de retorno.

Técnicamente, la cuestión del reenvío⁵ se plantea porque la norma de conflicto del foro ordena la aplicación integral de un Derecho extranjero, comprendiendo también sus normas de Dopr., y ocurre que la correspondiente norma de conflicto extranjera remite (reenvía) la regulación de la situación al Derecho material del foro (*Lex materialis fori*)⁶.

Desde la trascendente Sentencia de 15 de noviembre de 1996⁷, el Tribunal Supremo español determina que el art. 12.2 CC configura el reenvío como un expediente condicionado: “«tener en cuenta» quiere decir «tener presente, considerar», y ello es lo que debe hacer esta Sala: considerar si el reenvío (que ya ha sido alguna vez admitido por nuestros Tribunales de instancia) ha de aceptarse en el presente caso”. El reenvío se convierte desde entonces en casuístico, tópic y las condiciones de las que depende la operatividad del reenvío se deducirán de principios estructurales de la materia sobre la que se aplica (en definitiva, cómo un ordenamiento jurídico considera la institución internacional). La Jurisprudencia española ha desarrollado este planteamiento, fundamentalmente, en relación al reenvío en sucesiones internacionales *mortis causa*.

En Derecho comparado existe una concepción dual de la sucesión internacional. En algunos ordenamientos se caracteriza por ser un método de adquisición de relaciones patrimoniales en el que la transmisión se produce a través de la sustitución del anterior titular por otro, persistiendo el mismo vínculo jurídico y permaneciendo inalterada la relación; esta concepción se centra en el elemento subjetivo de la relación jurídica y origina normas de conflicto con un único punto de conexión personal. Para otros sistemas jurídicos, la sucesión se entiende como fenómeno fundamentalmente traslativo de los bienes, desligado de connotaciones personalistas y tienden estos sistemas fragmentados a conexiones relacionadas con los bienes de la sucesión (la *lex situs* para bienes inmuebles y la *lex domicilii* que es donde se localizan los bienes muebles). De este panorama comparado, resulta que existen tres modelos básicos de regulación de la sucesión internacional: un modelo unitario basado en la nacionalidad (caso-tipo: España) o en el domicilio (caso-tipo: Dinamarca) o un modelo fragmentado en el que la norma de con-

⁴ Expresión común en la Jurisprudencia española.

⁵ El reenvío es “suelo sagrado en el templo de los conflictos de Leyes”; *vid.*, Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, “Sucesión internacional y reenvío” en *Estudios de Deusto: revista de la Universidad de Deusto*, Vol. 55, n.º 2, 2007, p. 60. Recoge amplísima bibliografía en nota 7. En pp. 74 a 80 se explican las 3 etapas en las que cabe reducir la historia de las posiciones doctrinales encontradas sobre el reenvío. Sobre su futuro en España, *vid.*, Alegría Borrás Rodríguez, “L’approche du renvoi dans un système d’unité de la succession” en *Mélanges en l’honneur de Mariel Revillard. Liber amicorum*, París, 2007, pp. 31 a 34; y desde la opinión de la deseable desaparición de esta figura en el futuro, *vid.*, Sixto Sánchez Lorenzo, “Ambito del reenvío en la determinación de la Ley aplicable a la Sucesión hereditaria” en *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, 2004, pp. 1144 a 1146

⁶ La unificación de normas de conflicto en un espacio jurídico imposibilitaría el reenvío. En la Unión europea, el camino de unificación en materia sucesoria se ha iniciado con el *Libro verde Sucesiones y testamentos* –Bruselas, 01.03.2005 COM(2005) 65 final–. Sobre el futuro Derecho europeo de sucesiones, *vid.*, Nerea Magallón Elósegui, *La proyección del sistema español de Derecho interregional sobre el Derecho civil guipuzcoano*, Cizur Menor, 2008, p. 189 a 269.

⁷ RJ 1996\8212.

flicto remite a la *Lex domicilii* para la sucesión de bienes muebles y a la *Lex situs* para la sucesión de bienes inmuebles (caso-tipo: Inglaterra)⁸.

Si centramos el análisis en el primero de estos modelos, resulta que del ordenamiento jurídico español se deducen tres principios estructurales que serán relevantes en orden a la operatividad del reenvío: unidad de la *Lex successionis*/universalidad de la sucesión, personalidad de la sucesión y respeto a la última voluntad del causante⁹. No significa ello que no puedan existir más directrices, como por ejemplo la Justicia del caso concreto, que podría matizar la aceptación del reenvío (nunca su rechazo, pues éste se produce como consecuencia de que ya ha sido quebrantado algún principio estructural, lo que obliga a su inadmisibilidad) y que permitiría que, aún dándose las condiciones para aceptar el reenvío, éste sea excluido si con ello se incrementa, siempre en un muy alto grado, la Justicia material.

Esquemáticamente, el juego conjunto de estos tres principios del Derecho español de las sucesiones internacionales, simplifica y automatiza la aceptación o no del reenvío en un gran número de supuestos-tipo¹⁰, como muestra el presente cuadro.

DIPR. EXTRANJERO	ÚLTIMO DOMICILIO	INMUEBLES	ÚLTIMA VOLUNTAD	REENVÍO
Ley nacional	indiferente	indiferente	indiferente	NO
<i>Lex domicilii</i>	España	indiferente	Testada	NO/SI (en función de la voluntad del causante)
<i>Lex domicilii</i>	España	indiferente	Intestada	SI
<i>Lex domicilii</i>	extranjero	indiferente	indiferente	NO
Fragmentado	España	España	Intestada	SI
Fragmentado	España	España	Testada	NO/SI (en función de la voluntad del causante)
Fragmentado	España	España y extranjero	Indiferente	NO
Fragmentado	España	extranjero	Indiferente	NO
Fragmentado	extranjero	indiferente	Indiferente	NO

⁸ Utilizan la nacionalidad del causante: Alemania, Cuba, Italia, Servia, Grecia, Japón, Alemania, Marruecos, Suecia, Egipto, Checoslovaquia, Polonia, Portugal, Hungría, Turquía, Yugoslavia, Austria, Holanda o España; prefieren el domicilio: Chile, Colombia, República Argentina, Paraguay, Perú, Brasil, Israel, Suiza, o Dinamarca. Otros sistemas jurídicos utilizan la *lex situs* para la sucesión de bienes inmuebles y la *lex domicilii* para la sucesión mobiliaria. La fragmentación de la ley aplicable a la sucesión se produce tanto en sistemas jurídicos de *Civil Law* (Francia, Bélgica o Luxemburgo), como en sistemas de *Common Law* (Reino Unido, Estados Unidos, Irlanda, Australia o Canadá). Esta doble concepción de la sucesión provoca la existencia de dos modelos normativos, regido por principios contrapuestos y con normas de conflicto también diferentes y la dualidad no se corresponde con la tradicional división *Common Law/Civil Law*. Vid., Jacques Heron, *Le morcellement des successions internationales*, Económica, París, 1986, p. 108. Vid., Georges A.L. Droz, "Commentaire du Questionnaire sur le droit international privé des successions" en V.V.A.A., *Actes et documents de la Seizième session T. II, Successions-loi applicable*, Bureau Permanent de la Conférence, La Haye, 1990, pág. 18 y Esperanza Castellanos Ruiz, "Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el derecho sucesorio antes y después de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2002" en *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, 2004, pp. 240 a 247.

⁹ Vid., Miguel Virgós Soriano, "Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español" en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 42, 2004, pp. 201 a 203.

¹⁰ La combinatoria hace que se encuentre solución hasta a 27 supuestos diferentes. El desarrollo de estos tres principios en el ámbito del Derecho sucesorio internacional es objeto de otro estudio todavía en fase de publicación.

Fase de individualización del reenvío de retorno.

Los Derechos territoriales: respuestas doctrinales y jurisprudenciales.

En España, por tener un sistema plurilegislativo, la cuestión del reenvío no termina con su aceptación o rechazo sino que, cuando se acepta el reenvío al Derecho español, es preciso concretar qué Derecho Civil territorial de los vigentes es el aplicable.

La respuesta de la doctrina española a esta cuestión es doble, en función de si se acepta o no la operatividad del art. 12.5 CC (“Cuando una norma de conflicto remita a la legislación de un Estado en el que coexistan diferentes sistemas legislativos, la determinación del que sea aplicable de entre ellos se hará conforme a la legislación de dicho estado”). Este artículo establece, *ad extra*, un sistema de remisión indirecta (aplicación del sistema extranjero de solución de conflictos internos) para determinar qué Ordenamiento jurídico de un Estado plurilegislativo extranjero es el aplicable. La cuestión es si el mismo sistema de remisión indirecta puede ser proyectado, analógicamente, *ad intra* para solucionar supuestos en los que se produce un reenvío al Derecho español de sucesiones.

Frente al modelo de remisión indirecta, existe otra solución vía remisión directa que utiliza el punto de conexión de la norma de conflicto extranjera para indicar qué Derecho territorial español es aplicable y cuyos orígenes judiciales se remontan al Auto del Juzgado del Distrito del Hospital de Barcelona de 3 de agosto de 1900¹¹. Forner destaca que la remisión directa “es respetuosa con la doctrina del reenvío y su sesgado fundamento, el principio de armonía internacional, así como con el principio de aplicación íntegra del derecho extranjero designado por la norma de conflicto del foro” aunque también afirma ser “la solución indirecta acogida en el *dipr* español en los preceptos citados”¹².

Siguiendo el modelo indirecto del art. 12.5 CC, Calvo Caravaca y Carrascosa consideran que “se debe recurrir al Derecho interregional español para precisar si se aplica el Derecho civil común o el foral o especial”; sin embargo, puesto que el Derecho interregional utiliza masivamente (y específicamente, en materia sucesoria) el criterio de la vecindad civil de la que carecen los extranjeros, la solución operativa consistirá en la aplicación analógica del art. 15 del CC por lo que “el extranjero puede “elegir” por una vecindad determinada... Para el caso de que el sujeto extranjero no pueda ya elegir –supuestos sucesorios–, el juez decidirá la aplicación del Derecho de aquella Comunidad más estrechamente vinculada con el caso”¹³. Desde el mismo esquema de utilización del art. 12.5 CC, Zabalo Escudero argumentó la sustitución de la vecindad civil por la residencia habitual por la “aplicación analógica en estos casos del artículo 9.10.º, del Código civil considerando como conexión subsidiaria la residencia habitual, criterio que, por otra parte, viene a coincidir con el retenido por la norma de conflicto extranjera”¹⁴. Magallón Elósegui sumándose a la misma dirección tradicional, concluye

¹¹ Vid., Alegría Borrás Rodríguez, “Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel” en *Recueil des Cours de l’Académie de Droit international*, vol. 249 (1994-V), pp. 328 a 329.

¹² Vid., Joaquim J. Forner i Delaygua, 2007, pp. 142 a 143.

¹³ Vid., Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, V. I, 2008, p. 305.

¹⁴ Vid., Elena Zabalo Escudero “Comentario al art. 16, apartados 1º del Cc.”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales* (dirs.: M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), T. I, vol. 2º, arts. 8 a 16 del Cc., Madrid, 1995, p. 1279. Font Segura también opta por la residencia habitual, fundamentado en el art. 9.10 CC que “pretende establecer la conexión para determinar la ley personal para aquellos casos en que la conexión nacionalidad, o vecindad civil, no es operativa”. Vid., Albert Font i Segura, “La pluralidad interna visita el reino del Derecho internacional privado. Comentario a la Resolución de la Dirección General de Dret i Entitats Jurídiques de 18 de septiembre de 2006” en *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, nº 2, 2007, pp. 13 y 15.

que el Derecho español “debería incluir una conexión de este tipo” (“introducción de una conexión subsidiaria que complete el contenido del art. 12.5”)¹⁵.

La otra dirección doctrinal considera fundamental el factor de que los extranjeros no tengan vecindad civil y ello implica que “no cabe aplicar a este supuesto el artículo 12.5 del Código Civil de forma analógica”. Por ello, para aquellos supuestos en los que la conexión establecida por la norma de conflicto extranjera es el domicilio (que es por la que se produce el reenvío al Derecho español), la solución consiste en utilizar (remisión directa) esta conexión (“en el caso de que se individualice uno de los ordenamientos en presencia”) para que señale, directamente, el Derecho territorial español aplicable, solución que “no resulta forzada” puesto que el derecho español considera la residencia habitual como “conexión subsidiaria general” para determinar la ley personal “de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada” (art. 9.10 CC)¹⁶. Emilio González Bou es partidario de un sistema de remisión directa expansiva, de tal forma que cuando se localiza cualquier conexión (“residencia y/o lugar de situación de los inmuebles”) en un territorio, conllevará la aplicación del Derecho territorial vigente¹⁷.

Virgós, más pragmático, se refiere a que las distintas vías de solución coinciden en el resultado de tal forma que “se aplicará una de las legislaciones sucesorias vigentes en España (sea el Derecho común o el foral) no como ley de la vecindad civil, sino, según el caso, como ley de la residencia habitual o, en su caso, del *situs*; en todo caso, respetando los principios de unidad y personalidad de la sucesión, que también valen en la remisión *ad intra* (de modo que prima la residencia habitual del causante en una Comunidad y territorio determinados, aunque la herencia contenga bienes inmuebles sitos en un territorio de Derecho civil diferente)”¹⁸.

Existe aún otra respuesta, extraña pues introduce un elemento argumentativo ecléctico, que proviene de la Resolución de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas de Cataluña de 18 de septiembre de 2006¹⁹; en puridad, esta última referencia no está basada ni en el sistema de remisión directa ni en la remisión indirecta del foro, sino en la utilidad en España del Derecho extranjero de solución de conflictos internos. Font argumenta que tomar en consideración el sistema de solución de conflictos internos de la Ley nacional del causante es respetuoso con la armonía de soluciones: “Si se ha aceptado el reenvío parece lógico que se proceda como lo habría hecho un juez belga, en este caso, y que, por lo tanto, sea la norma de remisión belga la que lleve a determinar cuál de los derechos civiles españoles es el aplicable”²⁰.

Por terminar con las propuestas doctrinales, de *lege ferenda*, se plantea que la anhelada reforma del Dipr. español regule específicamente estos supuestos, individualizando

¹⁵ Vid., Nerea Magallón Elósegui, 2008, p. 267.

¹⁶ Citas en Alegría Borrás Rodríguez, *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, Barcelona, 1984, p. 68. El requisito de que la conexión sea de tal naturaleza que permita individualizar uno de los Derechos en presencia, aparece en p. 64.

¹⁷ “si el punt de connexió està situat a Catalunya (residència i/o lloc de situació dels immobles) les lleis espanyoles aplicables són les de Catalunya i no les comunes”; *vid.*, Emilio González Bou (“Llei aplicable a la successió: fenòmens migratoris i llei personal del causant”, XV Jornades de Dret Català a Tossa, 2008, accesible en <http://civil.udg.edu/tossa/2008/textos/pon/1/egb.htm>).

¹⁸ Vid., Miguel Virgós Soriano, 2004, p. 210.

¹⁹ JUR\2007\236325.

²⁰ Vid., Albert Font i Segura, 2007, p. 14.

directamente el Derecho español aplicable en función de la residencia habitual o de la ley que presente los vínculos más estrechos²¹.

Si la doctrina española muestra trayectorias divergentes, fruto de la inexistencia de un parámetro legal claro desde el que solucionar estos casos, las respuestas no esconden la coincidencia de señalar, mayoritariamente, la residencia habitual del causante como el elemento central a utilizar para determinar la aplicabilidad de los correspondientes Derechos territoriales; excepcionalmente, se hace referencia al lugar de situación de los bienes inmuebles o a los vínculos más estrechos. Tal vez el examen de la Jurisprudencia actual oriente acerca de qué soluciones son adecuadas o, al menos, utilizadas en la praxis. Con carácter previo, es de señalar que los supuestos donde la Jurisprudencia moderna²² española acepta el reenvío son escasos pero no es excepcional que en alguno de ellos, la aplicación de un determinado Derecho territorial se realice con omisión de cualquier fundamentación jurídica. Así ocurre con la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 18 diciembre de 1996²³ que, por reenvío aplica el directamente y sin argumentar el Derecho del Código Civil a los problemas sucesorios de un inglés con domicilio e inmuebles en Málaga.

En otros supuestos sí existe algún tipo de fundamento. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de octubre de 2007²⁴ acepta el reenvío en un supuesto-tipo del sistema fragmentado (inglés cuya sucesión se compone de un único inmueble en España) y para determinar el Derecho territorial aplicable utiliza el modelo de determinación directa en función de la localización del inmueble: *“partiendo de la operatividad del reenvío de la ley sucesoria inglesa al Derecho civil español –común en este caso, pues el inmueble se encuentra situado en la Comunidad Autónoma de Canarias–, ...”*.

Pero la principal referencia en esta materia, por su actualidad y por la profusa dedicación a la cuestión objeto de este análisis, es la Resolución de la Dirección General de Derecho y de Entidades Jurídicas de Cataluña de 18 de septiembre de 2006. Al margen de la valoración individualizada de cada uno de los argumentos o del difícil encaje constitucional de la competencia que se atribuye este Centro²⁵, esta Resolución afirma la aplicabilidad del Derecho sucesorio catalán en una situación de reenvío de retorno al Derecho español. Es interesante observar cómo se articula la lógica argumental puesto que demuestra una brecha en la coherencia argumentativa al pasar de forma inconsistente del modelo indirecto al directo:

Premisa-Argumento de utilización del modelo de remisión indirecta (*ad intra*): *“el principio que establece el artículo 12.5 del Código civil español es aceptado de manera general en materia de derecho internacional privado no sólo por la doctrina que lo trata, sino también, por multitud de tratados internacionales”*.

Argumento-Continuación del modelo de remisión indirecta (en los Derechos español y belga) al sistema de Derecho interregional: *“el artículo 16.1 del mismo texto legal dispone ... De manera similar se expresa el artículo 17 del Código belga de derecho internacional privado de 2004 mencionado antes. De estas normas se deduce que cuando una norma de conflicto*

²¹ Vid., Ana Paloma Abarca Junco (dir.) y otros, *Derecho internacional privado*, v. I, Madrid, 2007, p. 204.

²² La modernidad la marca la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996.

²³ AC 1996\2441, ratificada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 septiembre de 2002 (RJ\2002\8029).

²⁴ BOE de 20 de Noviembre de 2007

²⁵ Vid., Joaquim J. Forner i Delaygua, 2007, pp. 141 a 145 y Albert Font i Segura, , 2007, pp. 12 a 15.

de un estado extranjero remita a la legislación española, la determinación de la que es aplicable entre los diversos ordenamientos españoles es la española”.

Argumento-Salto al modelo de remisión directa: “puesto que el conflicto de Leyes se produce entre la Ley belga y la española teniendo en cuenta el punto de conexión de la situación de los inmuebles y de la última residencia habitual del difunto, puesto que tanto los unos como la otra están situados en Cataluña, las Leyes españolas aplicables son las de Cataluña”.

Argumentos de individualización del Derecho territorial aplicable (proximidad o vinculación efectiva y *Lex magistratus*): “el Derecho catalán es el derecho español más próximo y mejor conectado al caso y es el derecho material más próximo a las autoridades, funcionarios o tribunales que lo tienen que aplicar; (...) y está claro que este vínculo más efectivo es con la legislación catalana”.

Argumentos de individualización del Derecho territorial aplicable (unilateralidad, ¿territorialidad? y vecindad hipotética): “De acuerdo con el artículo 7.2 del Estatuto de autonomía de Cataluña (actual 14.2)²⁶, y también de acuerdo con el artículo 111-3.1²⁷, apartado 2 del Código Civil de Cataluña, los extranjeros que adquieren la nacionalidad española están sometidos al Derecho civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifiesten su voluntad en contra... El señor R. O. P. no adquirió la nacionalidad española, es cierto, pero de haberla adquirido, su vecindad civil habría sido la catalana necesariamente”.

El último domicilio del causante en España como criterio que determina el Derecho territorial aplicable.

La cuestión de cómo individualizar el Derecho territorial español cuando se acepta el reenvío sucesorio encuentra soluciones dispares tanto en la doctrina como en la Jurisprudencia: residencia habitual del causante y/o lugar de situación de los bienes inmuebles, vínculos más estrechos, argumentación unilateral o de vecindad hipotética y todo ello condimentado por la utilidad del art. 12.5 CC o la solución vía remisión directa. Al respecto, es preciso considerar que no existe una solución legal (ni jurisprudencial) expresa para solucionar estos supuestos y sin duda, la ausencia de parámetros legales y jurisprudenciales propicia la especulación teórica.

De las diferentes y múltiples opciones, la residencia habitual del causante obtiene una aprobación doctrinal y jurisprudencial mayoritaria. Además, la construcción del reenvío sucesorio hace que sólo sea aceptable si el causante ha tenido su último domicilio en España por ser éste el criterio de proximidad razonable²⁸. Por tanto, la solución a la que llegar aparece nítida: será la residencia habitual del causante (*rectius*, su último

²⁶ El actual art. 14 tiene dos párrafos; el primero, que se reproduce en el Código Civil de Cataluña (art 111-3.1), dice que “Las normas y disposiciones de la Generalitat y el derecho civil de Cataluña tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad”. En el segundo: “Los extranjeros que adquieren la nacionalidad española quedan sometidos al derecho civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifiesten su voluntad en contra”.

²⁷ Reproducimos este artículo porque no está claro qué es el “art. 111-3.1 apart. 2” y de ahí las dudas de si se está barajando la utilidad de la territorialidad/ extraterritorialidad o, como parece por la referencia al “artículo 7.2 del Estatuto de autonomía de Cataluña”, se refiere al párr. 3º relacionado con la “vecindad administrativa”: “Artículo 111-3. Territorialidad. 1. El derecho civil de Cataluña tiene eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad. 2. Lo establecido por el apartado 1 se aplica también al derecho local, escrito o consuetudinario, propio de algunos territorios o poblaciones, en la medida en que la ley remita al mismo. 3. Las personas extranjeras que adquieran la nacionalidad española quedan sometidas al derecho civil catalán mientras mantengan la vecindad administrativa en Cataluña, salvo que manifiesten su voluntad en contra (...)”.

²⁸ El desarrollo de esta afirmación se contiene en otro estudio todavía en fase de publicación.

domicilio en España), el elemento adecuado para individualizar qué Derecho español aplicar. Los problemas aparecen no tanto en qué criterio utilizar sino en cómo llegar a él con lógica jurídica.

El punto de partida es valorar el modelo indirecto y la operatividad del art. 12.5 CC en estos casos. Su aplicación en los supuestos de reenvío de retorno es por analogía (el sistema indirecto *ad extra*, se utiliza analógicamente, *ad intra*) pero la vía del 12.5 CC no tiene ninguna utilidad si no es forzando el sistema de Derecho inter-autonómico previsto en el art. 16 CC, al que remite, y en esta operación el anacrónico sistema se resiente gravemente.

En primer lugar, se altera un sistema que se basa en la conexión de la vecindad civil para afirmar que, en relación a los extranjeros que carecen de vecindad, la conexión pasará a ser la residencia habitual. Este cambio se justifica con fundamentos varios (art. 9.10 CC, 15 CC, art. 14.2 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña o incluso, normativa autonómica como el “artículo 111-3.1, apartado 2 del Código Civil de Cataluña”). Interesa no tanto la razón subyacente en cada uno de los argumentos, sino lo que todos tienen en común: son razonamientos indirectos (por analogía, por ser solución residual, por vecindad hipotética, por aplicación unilateral, etc.). La argumentación forzosamente debe ser indirecta (débil) porque está causada por una distorsión que se produce desde el origen.

La utilización del Derecho interregional, vía art. 12.5 CC, supone tergiversar un sistema previsto para solucionar “conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional” (conflictos internos) y emplearlo para resolver conflictos internacionales (*rectius*, internacionales/interterritoriales) o, en palabras de Borrás Rodríguez, “supuestos en los que junto a la cuestión de tráfico internacional se superpone un conflicto de carácter interno”²⁹. No hay que olvidar que los problemas de los que trata este análisis no se refieren a sucesiones interregionales sino internacionales; por ello, acudir al art. 16 CC para resolverlo definitivamente (la fase de individualización del Ordenamiento jurídico territorial), no puede generar sino disfunciones, traducidas en argumentaciones jurídicas débiles.

El tercer problema de la construcción indirecta *ad intra* es operativo: el art. 12.5 CC remite al art. 16 CC y sin embargo, según dispone este artículo en su párrafo 1.2^a, “no será aplicable lo dispuesto”... en el art. 12.2 del CC. Es decir, el sistema del art. 16 CC, que ya ha sido forzado para solucionar el conflicto internacional, se vuelve a violentar cuando se aplica para solucionar una cuestión (el reenvío) que el propio artículo rehúsa; en definitiva, cuando el art. 12.5 CC se proyecta *ad intra* para solucionar la cuestión del reenvío mediante el sistema de Derecho Interregional, se contraviene la prohibición expresa del art. 16.1.2^a CC. Esta afirmación se fundamenta por considerar que la individualización del Derecho español aplicable no es un problema aislado de la causa que lo origina. El determinar si se aplica finalmente el Ordenamiento jurídico aragonés o vasco o el común o cualquier otro cuando se acepta el reenvío de retorno, sólo es hallar la solución última al problema planteado en el art. 12.2 CC. La individualización del Derecho territorial español aplicable a la sucesión, no es sino averiguar qué significa “ley española” en este artículo 12.2 CC (“otra ley que no sea la española”) y por tanto, esta fase

²⁹ Vid., Alegría Borrás Rodríguez, 1984, p. 6; “se trata de un problema pendiente y que debería abordarse en un reforma de nuestra normativa” (p. 64).

final también forma parte del reenvío³⁰. Y como el propio art. 16.1.2^a CC opta por auto-excluirse respecto del reenvío, ello significa que el reenvío no sólo no opera en el ámbito interregional³¹ sino que también se niega su viceversa de forma que el sistema interregional no puede utilizarse en ninguna de las fases de resolución de un supuesto de reenvío internacional. La conclusión no puede ser otra sino que el art. 12.5 CC *ad intra*, no puede conducir a la aplicación del art. 16 CC y, por tanto, la utilidad del modelo indirecto termina en vía muerta.

Queda por analizar la conveniencia del sistema de remisión directa. Su aptitud para resolver las cuestiones que plantea el reenvío parece propicia: su utilización jurisprudencial, su raigambre histórica, su justificación doctrinal e incluso, sus conexiones con la quimérica armonía internacional de soluciones. Es innegable que el legislador español no recoge expresamente este modelo directo aunque tal vez el problema no sea tal. Es sencillo acudir a una mera interpretación literal del art. 12.2 CC de forma que cuando el artículo se refiere al “reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer”, nada impide entender que esas normas de conflicto extranjeras puedan hacer aplicable (reenviar) *directamente* una concreta Ley territorial española. Llegados a este punto, a mi entender, cabe generalizar la solución de la remisión directa pues ésta está prevista legalmente y por ello, serán las conexiones utilizadas por el Dipr. extranjero las que designen e individualicen el concreto Derecho español aplicable a la sucesión internacional.

Los puntos de conexión extranjeros desde los que sucede el reenvío de retorno son dos: el lugar de situación de los bienes inmuebles y/o el domicilio del causante. De estas conexiones, la influencia de los principios de unidad/universalidad sucesoria, y sobre todo, de la personalidad de la sucesión conducen a la utilización, no sólo preferente, sino exclusiva, del último domicilio del causante para individualizar el Derecho territorial español. La unidad/universalidad obliga a la aplicación de un único Derecho territorial. La personalidad ordena que este Derecho se determine en función de una conexión personal: el último domicilio del causante.

Este planteamiento permite resolver definitivamente los tres casos posibles que se originan cuando se acepta el reenvío de retorno. La sucesión del danés (sistema unitario basado en la *Lex domicilii*) con último domicilio en España, se regirá por el Derecho territorial español correspondiente a este domicilio, con independencia (evidentemente) de la situación de los inmuebles. A la sucesión del inglés (sistema fragmentado) con domicilio e inmuebles en España, se le aplicará el Derecho territorial de su domicilio. Finalmente, el supuesto más complejo derivaría del anterior: cuando la remisión directa de la norma de conflicto inglesa señale distintos territorios españoles de Derecho civil (por ejemplo, domicilio del causante en Canarias pero con bienes inmuebles en Aragón), sólo se utilizará el Derecho territorial vigente del lugar del domicilio del causante³².

³⁰ Míaja consideró la individualización como la última fase del reenvío; en un supuesto de reenvío, para proceder a la individualización del concreto Derecho territorial aplicable, opta por utilizar el sistema de Derecho interregional pero dice que “es probable que esta solución encuentre la dificultad de que el nuevo art. 16 declara inaplicable la regla sobre el reenvío a los conflictos interregionales” (*vid.*, Adolfo Míaja de la Muela, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1979, p. 537). Sin embargo, Alegría Borrás diferencia entre reenvío y “remisión” y considera que esta exclusión del art. 16.1.2^a sólo se refiere a conflictos internos de tal forma que la dificultad de Míaja “desaparece desde el momento en que se separa el problema de la remisión a un ordenamiento plurilegislativo (en este caso el español) en un conflicto de leyes de carácter internacional y el problema del reenvío en un conflicto puramente interno y precisamente la disposición del art. 16 se refiere a los conflictos exclusivamente internos” (*vid.*, Alegría Borrás Rodríguez, 1984, p. 67).

³¹ Por todas las razones expuestas ya en Alegría Borrás Rodríguez, 1984.

³² En el mismo sentido, *vid.*, Miguel Virgós Soriano, 2004, p. 210 y Joaquim J. Forner i Delaygua, 2007, pp. 144 y 145.

PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO.

Status quaestionis.

Las columnas que cimentan la siguiente materia son la soberanía legislativa, la imperatividad de la norma de conflicto, la tutela judicial efectiva y, como se dirá, el respeto a los derechos adquiridos. Nos encontramos ante la “accidentada”³³ cuestión de la alegación y prueba del Derecho extranjero que se regula en la Ley de Enjuiciamiento Civil con un deliberado modelo indeterminado (o flexible o de textura abierta) y que tiene un desarrollo jurisprudencial vacilante³⁴.

El tratamiento procesal del Derecho extranjero bascula entre dos concepciones encontradas: o bien, desde un modelo dispositivo, no se trata como Derecho (pues sólo el Derecho patrio lo es realmente) sino como hecho y como tal debe ser probado por las partes, o bien, desde un modelo imperativo, se considera que la imperatividad de la norma de conflicto conduce a la imperatividad del Derecho extranjero aplicable y por tanto el juez debe aplicarlo de oficio. En este último modelo, la aplicación de oficio del Derecho extranjero da coherencia y consolida la imperatividad de la norma de conflicto (art. 12.6, párr. 1º CC); en palabras de Virgós y Garcimartín, “lo más coherente con un sistema de aplicación *ex officio* de las normas de conflicto es la obligación del juez de informarse también del contenido del Derecho extranjero. De lo contrario, bastaría que las partes no invocasen o probasen el Derecho extranjero para que el juez nacional no pudiese resolver conforme a ese ordenamiento y, por lo tanto, para frustrar la aplicación *ex officio* de la norma de conflicto. Por eso, en este modelo, las partes normalmente no tienen la carga de probar el Derecho extranjero”³⁵.

³³ Vid., Laura Carballo Piñeiro, “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional” en *Anuario español de derecho internacional privado*, Nº 1, 2001, p. 485.

³⁴ Vid., por todos, Miguel Virgós Soriano, Francisco José Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional: litigación internacional*, 2007, p. 520 (sobre la importancia del desarrollo judicial de esta materia, *vid.*, p. 518). En la doctrina española existe una especie de consenso sobre el modelo actual de alegación y prueba del Derecho extranjero vigente; en palabras de Calvo y Carrascosa: “El legislador eligió otro camino: proporcionar las «líneas maestras» del régimen jurídico de la prueba del Derecho extranjero, dejando intencionadamente a los tribunales la tarea de elaborar respuestas concretas a las cuestiones no reguladas en la LEC. Por ello, la regulación española sobre la prueba del Derecho extranjero es una mezcla de «regulación legal básica» y de «regulación jurisprudencial de desarrollo». Esta opción en favor de un «sistema flexible» debe ser valorada de modo muy positivo, pues ello permite que la tradicional rigidez de las normas de Derecho internacional privado deje paso a un régimen jurídico «inteligente», capaz de adaptarse a las situaciones privadas internacionales en el contexto cambiante de la globalización propio del siglo XXI. Sistemas rígidos y regulaciones reglamentistas de la prueba del Derecho extranjero son inconvenientes” (*vid.*, Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 2, 2005, p. 1881). Sin embargo, cabe otra relectura (también numerosa en la doctrina) sobre este “deliberado modelo abierto”: “Sospecho, no obstante, que más bien se trató de una muestra más del desinterés legislativo por la cotidianeidad del proceso con elemento extranjero” para terminar calificando de “postmodernista modelo actual, donde todo parece valer, salvo la *seguridad jurídica*” (*vid.*, Santiago Álvarez González, “Aplicación judicial del Derecho extranjero: la desconcertante práctica judicial, los estériles esfuerzos doctrinales y la necesaria reforma legislativa” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 3, 2005, p. 2004 y 2007) y al art. 281.2 LEC como “aconstitucional” (deudor de parámetros históricos pero no de las necesidades del moderno tráfico externo) (*vid.*, Pedro Pablo Miralles Sangro, *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, 2007, pp. 101 a 107).

³⁵ Vid., Miguel Virgós Soriano, Francisco José Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional: litigación internacional*, 2007, p. 519. Sobre las interesantes relaciones entre la prueba del Derecho extranjero y la imperatividad de la norma de conflicto, *vid.*, Miguel Gómez Jené, “Sucesión hereditaria y aplicación del Derecho extranjero (TS 1.ª S 5 marzo 2002)” en *Tribunales de justicia: Revista española de derecho procesal*, Nº 7, 2003, pags. 31 a 36 y Ana Paloma Abarca Junco y Miguel Gómez Jené, “De nuevo sobre la alegación y prueba del Derecho extranjero en el procedimiento legal: a propósito de la STS (Sala de lo Social) de 4 de noviembre de 2004” en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, Nº 126, 2005, pags. 119 a 132.

En esta disyuntiva conceptual, el art. 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sustituyó la anterior regulación legal contenida en el art. 12.6 CC párr. 2^o³⁶, expresando que “El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia, pudiendo valerse el tribunal de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación”. En principio³⁷, varios datos apuntaban a que el artículo 281.2 LEC suponía una evolución hacia la aplicación *ex officio iudicis* del Derecho extranjero, sumándose España al mismo modelo de Austria, Alemania, Bélgica, Italia, Suiza, Holanda o México³⁸:

a) por plantear un tratamiento *sui generis* del Derecho extranjero ya que se diferencia entre prueba de los hechos (párr. 1^o) y prueba del Derecho extranjero (párr. 2^o) y por tanto, el Derecho extranjero no es considerado igual que un hecho sino como un *tertium genus*;

b) porque el artículo utiliza la forma pasiva, lo que indetermina el sujeto que debe realizar la actividad probatoria y aunque la integración de este párrafo con el anterior implica que serán las partes quienes realizan la prueba, la elipsis sería significativa;

c) ya que, en relación con el anterior art. 12.6.2^o CC, se ha eliminado la dualidad –las partes “deben” mientras que el juez “puede”– y el término “además” que justificaba la labor de complementariedad del juez;

d) por utilizar el término probar (“dar seguridad de que alguna persona o cosa es lo que representa o parece”) frente al anterior de acreditar (“justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa”³⁹) lo que conllevaría rebajar cualitativamente el deber de la parte de probar la exacta entidad del Derecho extranjero vigente, su alcance y autorizada interpretación y su aplicación al caso litigioso⁴⁰ y acrecentaría la obligación del juez para completar la prueba;

e) además, se facilitaría esta labor probatoria puesto que el art. 281 LEC establece la posibilidad de utilizar “cuantos medios de investigación considere necesarios”, ampliando los medios de prueba “admitidos por la ley española” mencionados en el art. 12.6.2^o CC.

prueba documental (copias de legislación, sentencias...)

certificaciones expedidas por las embajadas u Consulados o por el Ministerio de Justicia a través de la Oficina de cooperación jurídica internacional,

como prueba pericial, dirigida a probar la interpretación, el dictamen conforme de dos juriconsultos extranjeros del país cuya legislación se trata de probar.

cualquier otro tipo de prueba como un dictamen de expertos o el conocimiento que aporta el propio juez⁴¹.

³⁶ Según el párr. 2^o “La persona que invoque el derecho extranjero deberá acreditar su contenido y vigencia por los medios de prueba admitidos en la ley española. Sin embargo, para su aplicación, el juzgador podrá valerse además de cuantos instrumentos de averiguación considere necesarios, dictando al efecto las providencias oportunas”.

³⁷ No es objeto de este trabajo analizar el modelo español en materia de prueba del Derecho extranjero sino desarrollar alguna de las consecuencias a las que conducen el actual art. 281.2 LEC. Un estudio pormenorizado del estado de la cuestión de la prueba del Derecho extranjero en Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, 2008, pp. 307 a 338 (con amplia bibliografía) y Miguel Virgós Soriano, Francisco José Garcimartín Alférez, 2007, pp. 517 a 534.

³⁸ Y, en menor medida, Portugal y Francia; *vid.*, sobre la aplicación de oficio en estos países, Pedro Pablo Miralles Sangro, 2007, pp. 150 a 166.

³⁹ Diccionario de la RAE.

⁴⁰ Así era interpretado por la Jurisprudencia española el “acreditar su contenido y vigencia” del art. 12.6.2 CC (*vid.*, por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 4 julio 2006 –RJ 2006\6080–).

⁴¹ *Vid.*, ATS de 19 julio 2005 (JUR 2005\214682).

Sin embargo, la relectura doctrinal y jurisprudencial⁴² del art. 281.2 LEC no concibió un modelo imperativo puro que obligase a la aplicación *ex officio* del Derecho extranjero sino que, lastrada por la Historia⁴³, se mantuvo el sistema de colaboración partes-juez donde la carga de la prueba de este Derecho recae, ahora con matices constitucionales⁴⁴, sobre las partes y la actuación del juez sigue siendo, como antaño, complementaria. El resultado era un modelo que “acusa cierta “irrazonabilidad” o incoherencia”⁴⁵ puesto que la imperatividad de la norma de conflicto se acompaña de la prueba *ex parte* (y no *ex officio* por el juez) del Derecho extranjero. Esta estructuración, amorfa, producirá controversias en la Doctrina y en la Jurisprudencia y por ello no es extraño que se esté invocando una nueva regulación de la materia porque “la solución vigente no es adecuada porque su interpretación judicial es problemática y ha deparado lecturas radicalmente dispares”⁴⁶.

La perturbación del sistema ocurre en las consecuencias del modelo híbrido; en concreto, en cuál era la solución correcta para aquellos litigios en los que la parte no ha mostrado la diligencia debida en probar el Derecho extranjero (prueba insuficiente).

El 22 de mayo de 2001⁴⁷, el Tribunal Supremo sorprende en casación aceptando como solución la desestimación de la demanda: “*si la norma de conflicto española establece que el Derecho aplicable es el extranjero, esta conclusión imperativa no puede desplazarse como consecuencia de la mayor o menor diligencia probatoria de las partes en el proceso, porque esto convertiría en disponible algo que no lo es y favorecería además las conductas estratégicas... Por lo demás, esta conclusión no puede considerarse contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, pues la parte ha tenido oportunidad a lo largo del proceso de probar el Derecho aplicable y las dificultades que esta prueba pudiera plantear no justifican en ningún caso la exclusión del Derecho aplicable según la norma de conflicto*”. Sorprende, pues modifica la anterior Jurisprudencia pero no hay sorpresa lógica pues la desestimación de la demanda es la consecuencia

⁴² Aunque con excepciones; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 junio de 2008 (JUR\2008\266498) es muestra del modelo “casi” *ex officio*: “*De todo ello se desprende que la imperatividad de las normas de conflicto faculta a los jueces y Tribunales a introducir la aplicación del Derecho extranjero que se derive de las normas del procedimiento, de manera que no es imprescindible que su aplicación sea alegada por las partes, sino que puede ser introducida de oficio por el juez*”. Esta Sentencia se apoya en la del Tribunal Supremo de 10 junio de 2005 (RJ 2005\6491); no obstante, en esta resolución, el TS sólo se refería a la imperatividad de la norma de conflicto.

⁴³ *Vid.*, la historia de la prueba del Derecho extranjero en Pedro Pablo Miralles Sangro, 2007, pp. 21 a 114.

⁴⁴ El principal matiz lo introdujo la muy citada STC de 17 de enero de 2000 (RTC 2000\10) donde el Tribunal obligó al órgano judicial a intervenir y completar la prueba del Derecho extranjero, alegada e intentada por las partes, puesto que su no intervención provocaría la vulneración de la tutela judicial efectiva. Numerosos trabajos doctrinales profundizan sobre la vinculación entre prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva; *vid.*, María Victoria Cuartero Rubio, “Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva” en *Derecho privado y Constitución*, N° 14, 2000, pp. 21 a 62, Laura Carballo Piñero, 2001, pp. 485 a 504, Javier Maseda Rodríguez, “La aplicación judicial del Derecho extranjero: El nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Actualidad civil*, N° 1, 2002, pp. 413 a 446, Luis Francisco Carrillo Pozo, “Alegación y prueba del derecho extranjero en el ámbito laboral y tutela judicial efectiva: (comentario a la Sentencia del TC de 2 de julio de 2001)” en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, N° 111, 2002, pp. 451 a 473. Las consecuencias de la Jurisprudencia constitucional en la solución de hasta 6 distintos supuestos-tipo de insuficiencia de prueba del Derecho extranjero en Luis Francisco Carrillo Pozo, “Una doctrina constitucional sobre alegación y prueba de la ley extranjera: (A propósito de la sentencia del TC 33/2002 de 11 de febrero)” en *Aranzadi social*, N° 7-8, 2003, pp. 75 a 84.

⁴⁵ SAP de Islas Baleares de 15 julio de 2002 (JUR 2002\245265).

⁴⁶ *Vid.*, Santiago Álvarez González, 2005, p. 2007. No está de más recordar, que los mismos problemas que se plantean con la regulación actual ya surgían desde hace tiempo con el anterior art. 12.6 del CC (*vid.*, por ejemplo, Adolfo Miaja de la Muela, “Cuestiones referentes a la norma de conflicto: El reenvío” en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 21, 1978, p. 178). Por ello, es válida la conclusión de que en el año 2000 (LEC) tampoco se solucionaron adecuadamente los problemas, que parecen enquistados en nuestro Ordenamiento.

⁴⁷ RJ 2001\6477.

razonable para evitar la incoherencia del sistema. Así, se conforma un “modelo mixto”⁴⁸ de corte imperativo, donde la imperatividad de la norma de conflicto se acompaña de la obligación de prueba *ex parte* (con la colaboración del juez) y, de cumplir insuficientemente tal obligación, la consecuencia es la desestimación de la demanda⁴⁹.

Pocas semanas después⁵⁰, el Tribunal Constitucional, interpretando o no cuestiones de “legalidad ordinaria”⁵¹, rectifica con suavidad esta doctrina del Supremo: “*el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige*”. La corrección del Constitucional reconduce la situación hacia un “modelo mixto”, ahora de corte facultativo, donde la imperatividad de la norma de conflicto se flexibiliza con la disponibilidad (no obligatoriedad) *ex parte* en la prueba del Derecho extranjero, acompañada de la intervención-colaboración constitucionalizada del juez y, como solución de cierre si la prueba es insuficiente, la aplicación sustitutoria del Derecho español. Aún a regañadientes⁵², el resultado final y vigente en la actualidad es “reencontrarse con la vetusta jurisprudencia civil”⁵³ donde “*no se estima constitucionalmente aceptable que el Tribunal del Orden Jurisdiccional Social no lleve a cabo un pronunciamiento de fondo cuando no queda acreditada la legislación extranjera, en caso de que –como aquí ocurre– la norma de conflicto la señala como aplicable, pues en tal caso ha de aplicarse subsidiariamente la lex fori*”⁵⁴.

Omitiendo cualquier valoración sobre la oportunidad de los razonamientos constitucionales, la discordancia con un sistema basado en la imperatividad de la norma de conflicto, el legefórismo al que conduce, los problemas de “*Lex shopping/System shopping*”⁵⁵ que conlleva, los efectos invalidantes sobre instituciones reguladas por Derecho extranjero no probado, cómo pierde interés y se desvirtúa la prueba del Derecho extranjero o la dejación que supone en la aplicación de normativa comunitaria o Convenios internacionales, me centraré en la consecuencia legal del modelo: “*Existe reiterada doctrina jurisprudencial, ratificada por el Tribunal Constitucional en el sentido de que los órganos judiciales españoles, ante la falta de prueba del Derecho extranjero aplicable deberán aplicar el Derecho Patrio*”⁵⁶.

⁴⁸ Vid., Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, 2008, pp. 310 a 311.

⁴⁹ En defensa de la solución de la desestimación de la demanda, *vid.*, específicamente, Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 2, 2005, pp. 1880 a 1896.

⁵⁰ STC de 2 de julio de 2001 (RTC 2001\155) e inmediatamente posteriores como la de 11 febrero de 2002 (RTC 2002\33).

⁵¹ Vid., Aurelio Desdentado Bonete, “¿Otro cierre en falso?: la prueba del Derecho extranjero” en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 1, 2005, pp. 1789 a 1790.

⁵² “La Sala acata esta doctrina, aunque no la comparte”. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 20 julio 2007 (RJ 2007\6961).

⁵³ Vid., Ana Paloma Abarca Junco y Miguel Gómez Jené, 2005, p. 121.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 4 noviembre 2004 (RJ 2005\1056).

⁵⁵ De forma paralela a lo que ocurre en el *forum shopping*, la disponibilidad en la prueba del Derecho extranjero hace que las partes utilicen esta posibilidad para “buscar” el Derecho aplicable. Vid., en otro ámbito, Johan Meeusen “System shopping in European private international law in family matters” in J. Meeusen, M. Pertegás, G. Straetmans and F. Swennen (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2007, pp. 239 a 278.

⁵⁶ Por citar una de las últimas que siguen este planteamiento, SAP de Tarragona de 29 abril de 2008 (JUR\2008\205973).

Individualización del “Derecho patrio” por prueba insuficiente del Derecho extranjero.

Si por la fuerza de la tutela judicial efectiva hay que subsanar la consecuencia de la norma de conflicto cuando la prueba de este Derecho extranjero no es suficiente, en el sistema plurilegislativo español se debe plantear, como ocurre en el reenvío, qué Derecho territorial de los vigentes es el “Derecho patrio” aplicable. Se puede adelantar que las soluciones jurisprudenciales a esta cuestión son dispares (*rectius*, erráticas) mientras que las doctrinales son inexistentes⁵⁷.

Aunque son supuestos ajenos a la falta de prueba del Derecho extranjero, es interesante valorar en primer lugar, qué argumentos jurisprudenciales son utilizados para individualizar el Derecho territorial español aplicable en todos aquellos supuestos en los que la norma de Dipr. autónomo haga referencia a “Derecho español” o “Ley española”. Así ocurre en materia de adopción según el art. 18 de la Ley de adopción internacional⁵⁸ (o en el derogado art. 9.5.2 CC); en aplicación de este último artículo, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 febrero de 2008⁵⁹ argumenta que *“la regla general de aplicación de la Ley española -y por lo que respecta a Catalunya, que es la comunidad autónoma en donde residen los tres desde hace más de cinco años, el Codi de Família catalán-”*. Ocurre otro tanto en materia de protección de menores del art. 9.6 (párr. 2º y 3º) y así dispone el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 22 de julio de 2004⁶⁰ que aplica el Derecho catalán en función del principio de territorialidad: *“Ciertamente el único Derecho aplicable aquí es el Codi de Família, Ley 9/98, y la Ley de protección de menores desamparados 37/91, ambos del Parlament de Catalunya, legislación de carácter territorial por lo que respecta a la protección de los menores que se encuentren en Catalunya, sea cual sea su vecindad civil y aun sin distinción de nacionalidad (art. 1 Ley 37/91 y 9.6 in fine del CC que al llamar a la Ley española se entiende –art. 12.5 CC– que lo hace a la Ley catalana aplicable territorialmente)”*.

También se argumenta cómo individualizar el “En todo caso, se aplicará la Ley española” del art. 107 del CC. El ordenamiento territorial finalmente aplicable se relaciona con conexiones próximas, de carácter personal (residencia habitual común) o en función de la aplicación territorial del Derecho autonómico: *“más en concreto el Codi de Família al tener las partes su última residencia habitual en Castelldefels”*⁶¹ o *“surgiendo a renglón seguido si ha de ser el Código Civil o el Codi de Família, inclinándose esta Sala por éste último por ser el derecho vigente y de aplicación preferente en Cataluña, dada la vecindad de los litigantes, residentes en Figueres”*⁶². El argumento unilateral/territorial es utilizado por otros Tribunales españoles; la SAP de Navarra de 29 enero de 2008⁶³ que conoce de la “impugnación de reconocimiento realizado con vicio en el consentimiento (error afirmado por parte Don. Agustín), en el “reconocimiento de la paternidad”, del niño José, nacido en Córdoba el 17 de octubre de 1996, pretensión impugnatoria que se rige en el derecho civil propio de

⁵⁷ O, al menos, no han sido encontradas por el autor.

⁵⁸ BOE de 29 diciembre 2007.

⁵⁹ AC 2008\888.

⁶⁰ AC 2004\1458.

⁶¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 junio de 2008 (JUR\2008\266498).

⁶² Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 6 octubre de 2006 (JUR 2007\140620).

⁶³ JUR\2008\124204.

esta Comunidad Foral aplicable por razón de territorialidad en la Ley 70.C (del Fuero Nuevo)”.

Pero también existen soluciones divergentes que consideran que el “Derecho español” es el “común” del CC; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 27 enero 2003⁶⁴, en un supuesto de reclamación de derechos de alimentos por causa de la separación matrimonial dispone la aplicación del CC en tanto que “Derecho común” y no el Derecho catalán –lugar de la residencia habitual común del matrimonio–, argumentando genéricamente que: *“Sentada la necesidad de establecer una pensión alimenticia a favor del menor Luis Andrés, procede determinar en primer término cuál es la ley aplicable para hacerlo. En este sentido, parece claro que deberá tenerse en cuenta lo previsto los artículos 93 del Código civil invocado por la parte apelante y no 267 del Codi de Família, toda vez que resulta aplicable la Ley española por tener el matrimonio residencia habitual en España, concretamente en la localidad de Calella (véase la fotocopia del contrato de arrendamiento obrante al folio 9), pero los padres tienen distinta ley personal y el matrimonio se celebró en Holanda, residiendo la familia en aquel país en el período inmediatamente posterior a dicha celebración, por lo que resulta de aplicación el derecho común (cfr. artículos 107, 12.5, 9.2 y 16.3 del Código civil)”*

Ahora ya específicamente en materia de prueba del Derecho extranjero, existen supuestos donde la insuficiencia de la prueba no plantea ningún problema por la ausencia de plurilegislación autonómica. Así ocurre en materia laboral, que es de competencia exclusiva del Estado y como ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 febrero de 2007⁶⁵. En aquellos supuestos en los que la falta de prueba del Derecho extranjero aplicable supone la aplicación (e individualización) del Derecho español, es una situación repetida que el juez aplique su propio ordenamiento jurídico directamente (en tanto que *¿Lex fori? ¿Lex magistratus? ¿Ley territorial vigente?*), sin tener en cuenta el problema de la coexistencia de las diferentes legislaciones del territorio español. Así ocurre en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 28 mayo de 2008⁶⁶ donde se considera no probado el “Family Code” de California (*“El dossier o extractos de páginas web que la parte acompaña a los autos se muestran insuficientes para cumplir con ese deber de prueba del derecho cuya aplicación se invoca”*) y se aplica, directamente y carentes de fundamento, los *“artículos 76, 82, 84 y concordantes del Codi de Família”* catalán. Parelela es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 6 septiembre de 2007⁶⁷, donde la prueba insuficiente del Derecho inglés sobre una cuestión de legitimación activa en materia sucesoria, genera la aplicación directa del CC, sin ninguna justificación.

Una variación de la solución anterior la encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 mayo de 2008⁶⁸ donde, no probado el Derecho extranjero, se realiza la calificación conforme al Derecho español de lo que resulta que, para determinar la titularidad de un bien adquirido constante matrimonio aunque separados de hecho, se aplica la regulación de obligaciones y contratos del CC (*“porque descartada la aplicación del derecho civil peruano y de sus normas matrimoniales no hay porque aplicar las nor-*

⁶⁴ JUR 2003\109639.

⁶⁵ AS\2007\2702.

⁶⁶ JUR 2008\266908.

⁶⁷ JUR\2008\285308. Un supuesto similar se plantea en la SAP de Asturias de 1 septiembre de 2005 (JUR 2005\220269), donde la falta de prueba del Derecho estadounidense conlleva la aplicación del Código Civil en relación a la legitimación sucesoria.

⁶⁸ JUR\2008\224111.

mas matrimoniales del Código Civil español a un matrimonio que no esta formado por españoles ni regido ni celebrado por las disposiciones de dicho Código, y tan solo las normas relativas a las obligaciones y contratos, o en su defecto del derecho de propiedad y de ellas no se desprende en modo alguno que la demandante tenga ningún derecho de propiedad sobre el bien adquirido por su esposo, y desde luego en forma alguna puede declararse la existencia de una sociedad de gananciales, pues el matrimonio no está regido por las previsiones del Código y no les es de aplicación las normas reguladoras del régimen económico matrimonial español”).

Otro modelo para determinar el “Derecho patrio” aplicable a falta de prueba del Derecho extranjero es proporcionar una respuesta *ad hoc* que se deriva de la aplicación acumulativa del CC y otro Derecho territorial; así ocurre en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 26 octubre de 2005⁶⁹: *“si la parte que recurre considera que la nacionalidad suiza de los hijos de Doña. Marí Trini y el régimen económico matrimonial de comunidad de bienes bajo el cual se encuentran casados, tenía alguna trascendencia a los efectos de la acción ejercitada, más allá de los propios del derecho español aplicable, por ser el lugar donde se halla la finca, tenía que haberlo alegado la propia parte, concretando los efectos que la Ley extranjera que considerase de aplicación, atribuían al régimen de comunidad de bienes, acreditándolo a través de los medios de prueba admitidos por la Ley española. Al no hacerse así, no queda en modo alguno justificada la pretensión legitimadora de los consortes de los herederos codemandados, respecto al litigio sobre los bienes que, con origen en sucesión “mortis causa”, tienen la consideración de privativos, art. 1346.2º del Código Civil, de aplicación conforme al art. 12.6 del mismo Código, y art. 68.1.b) del Codi de Família de Catalunya, y al no acreditarse otro derecho concreto de aplicación, su contenido y su vigencia”.*

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 1 septiembre de 2006⁷⁰ propone como solución peculiar que, no probado el Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto, se utilice el siguiente punto de conexión, lo que directamente lleva a la aplicación del CC. Así, *“El Art. 107 C.C. establece que, a falta de Ley nacional común, (supuesto que debe equipararse al de la falta de prueba, y aportación) el derecho aplicable será el de la residencia habitual común, esto es, Talavera de la Reina, y por tanto el Derecho español”.*

Existe otra Jurisprudencia que sí justifica la aplicación de un Derecho territorial concreto. En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 18 julio de 2007⁷¹, la falta de prueba del Derecho matrimonial extranjero (pues sólo se adjuntan *“unas fotocopias de un fragmento de un libro relativo al derecho de familia islámico y a la normativa marroquí sobre esta materia”*) conlleva *“la aplicación de la normativa española”* y más concretamente, en función de la residencia habitual común y la utilidad de una alegada *professio iuris*, *“Dentro de los distintos sistemas normativos civiles existentes en España, procede aplicar el derecho catalán, ya que ambos residen en Catalunya, por lo demás, continuamente invocado por ambas partes en sus respectivas alegaciones”.* En la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 28 mayo de 2008⁷², no probado el Derecho nacional de las partes, la aplicación del CC vuelve a depender de la voluntad de las partes, coincidente con otras circunstancias de proximidad derivadas de la conducta jurídico- institucional de las partes: *“resitúa la cuestión en términos que exceden cualquiera posibles restricciones de derecho procesal o sustantivo relativas a lo dispuesto por el art. 107 CCv., siendo así que la actora claramen-*

⁶⁹ JUR 2006\81046.

⁷⁰ JUR 2006\224583.

⁷¹ JUR\2007\364847.

⁷² JUR\2008\274810.

te ha optado por la aplicación del ordenamiento jurídico español, lo que por lo demás concuerda con una conducta jurídico- institucional aceptante puesta de relieve en haber acudido a la forma civil de matrimonio, celebrado en Fuengirola, e inscribirlo en el Registro Civil (doc. 1 de la demanda), e igualmente por haber procedido a la inscripción en el mismo de los hijos habidos de aquél”.

Finalmente, existen supuestos donde la falta de prueba del Derecho extranjero conlleva la aplicación del Derecho español pero, sorpresivamente, esto genera el desconocimiento (no validez para el Derecho español) de esa institución extranjera. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 febrero 2005⁷³ desestima el recurso contra la negativa del registrador de la propiedad a inscribir una escritura de manifestación y adjudicación de herencia y ello a pesar de que existe prueba de los derechos del cónyuge viudo según el Derecho extranjero (“*declaración jurada suscrita por abogado de Nueva York ante Notario público, traducida por intérprete jurado*”)⁷⁴. A pesar de ello, se considera que “*En el presente caso no se ha probado adecuadamente el derecho extranjero conforme a las anteriores consideraciones. Por lo tanto se desconoce la relación del régimen económico de los esposos con la sucesión de uno de ellos, según la Ley aplicable, así como si ésta prevé o no reenvío al lugar del domicilio último del causante o al de situación de los inmuebles*”. La solución consiste en avalar la negativa del Registrador e impedir la modificación de la titularidad registral de los bienes inmuebles.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 30 abril de 2008⁷⁵ desnaturaliza el régimen sucesorio establecido de un ciudadano estadounidense: “*Hay que reiterar la necesidad en que se encuentra el juez español de aplicar al caso su propio ordenamiento jurídico a falta de prueba adecuada sobre el derecho extranjero, que resultaría aplicable según la norma de conflicto; por lo que, no siendo reconocida la figura jurídica del trust ni compatible con nuestras normas de derecho sucesorio, se ha de limitar a aplicar las disposiciones del causante contenidas en su testamento en cuanto resultan válidas y conformes con nuestro derecho*”. No existe justificación de qué Derecho español es el aplicable “*falta de prueba el contenido del derecho extranjero aplicable, ha de rechazarse la validez del “trust”, desconocido en el derecho español*” aunque el supuesto de si era válida la adjudicación hereditaria de un inmueble sito en Madrid, se resolvió en aplicación directa del CC.

El último ejemplo es llamativo. El Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 18 diciembre de 2007⁷⁶ denegó la validez a un pacto sucesorio: “*no se ha acreditado la validez y eficacia de semejante disposición mortis causa según el derecho belga, nacionalidad de la fallecida Sra. María, no habiéndose propuesto por la promovente del expediente medio de prueba alguno al respecto. A mayor abundamiento, se afirma por el magistrado “a quo” que, aún admitiendo que la falta de acreditación del derecho extranjero conllevara la aplicación de la lex fori, nos encontramos que en el derecho patrio no se otorga validez a un contrato por el que se regula la sucesión de los contratantes respecto de un determinado bien*”. Con independencia de que “*en definitiva, el juez “a quo” esta demandando una probatio diabólica al exigir la prue-*

⁷³ RJ 2005\2451.

⁷⁴ “En dicha declaración se sostiene que según la Ley del Estado de Nueva York las titularidades dominicales conjuntas –«property which is held in joint»–, pasan a la muerte de uno de los titulares, por Ley, directamente al otro al margen de la Ley sucesoria. Respecto de los bienes no adquiridos en esta forma, tras el pago de las deudas, gastos de funeral y de administración, el cónyuge superviviente recibirá los primeros cincuenta mil dólares y los bienes no adquiridos conjuntamente serán recibidos por la viuda respecto de la mitad correspondiendo la otra mitad a los hijos”.

⁷⁵ RJ\2008\2685.

⁷⁶ JUR\2008\81751.

ba de que el derecho belga permite los pactos sucesorios, puesto que si no los prohíbe es que están permitidos”, la curiosidad de este Auto es que no es cierto que el “Derecho patrio” prohíba los pactos sucesorios. Esto ocurre de aplicar el Código Civil (art. 1271) pero sí están contemplados por el Derecho balear⁷⁷ (el inmueble objeto del supuesto radica en Calviá) u otros ordenamientos territoriales (Derecho aragonés, navarro, gallego o catalán). La segunda sorpresa que nos depara el Auto es que no se aplica el Derecho que coincide con el territorio del juez (balear) y que hubiera validado el pacto sucesorio, sino (parece que) otro ajeno, como es el Código Civil.

En estos últimos supuestos, la aplicación del Derecho español como solución subsidiaria produce la aplicación de reglas españolas que conducen a la “invalidez relativa” de la institución. Si esta consecuencia podría ser aceptable cuando la solución de todos los Derechos territoriales españoles es común (prohibición en todos los ordenamientos), debe ser repudiada cuando las soluciones son dispares (en unos se contempla y en otros no) y es inaceptable para aquellos supuestos en los que, simplemente porque no se conoce la institución extranjera –*trust*–, se invalida. El “respeto a los derechos adquiridos”, la concepción del Dopr. como un Derecho de comunicación cultural, rechaza esta respuesta.

Esquemáticamente, los argumentos utilizados por la Jurisprudencia para la individualización del “Derecho patrio” por prueba insuficiente del Derecho extranjero, serían:

NO PROBLEMA	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 febrero de 2007
NO ARGUMENTO	Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 28 mayo de 2008
	+ Calificación conforme al Derecho español Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 20 mayo de 2008
ARGUMENTOS	
Aplicación acumulativa	Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 26 octubre de 2005
Siguiente conexión	Audiencia Provincial de Toledo de 1 septiembre de 2006
Residencia habitual común y <i>professio iuris</i>	Sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 18 julio de 2007
<i>Professio iuris</i> + circunstancias de proximidad	Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 28 mayo de 2008
No validez para el Derecho español	Sentencia del Tribunal Supremo de 30 abril de 2008 Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 febrero 2005.
No validez según el CC	Auto de la Audiencia Provincial de Islas Baleares de 18 diciembre de 2007

⁷⁷ Vid., Arts. 72 y ss. de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears.

NO CONCLUSIONES.

Termino sin conclusiones, pues creo que se necesitaría una profunda reflexión para analizar qué respuestas debe y puede dar el Estado de la Autonomías a los problemas descritos en estas páginas. En los tiempos actuales, donde la globalidad muestra su cara de crisis feroz, es perentorio buscar solución a las diversas circunstancias tratadas en este estudio que están generando un escenario de grave inseguridad jurídica. Ya hace tiempo que el Tribunal Constitucional avisó de la necesidad de modificar el sistema (“en tanto no se dicte una ley postconstitucional para solucionar estos posibles conflictos”⁷⁸), no aprovechando el legislador momentos claves en los que podía acometer tal empresa (“en tiempos de reforma del Estado territorial, es posible que exista sitio para la búsqueda, análisis y test de una propuesta apropiada. O no”⁷⁹).

Finalizo agradaciendo a este Foro de Derecho aragonés la oportunidad de reflexionar (y contribuir en la medida de lo posible) sobre estas importantes materias que forman parte de las profundidades del Derecho Interregional.

⁷⁸ STC de 29 de Julio de 1983. El anhelo de tal tipo de norma data desde el Congreso de Derecho civil de Zaragoza en 1946.

⁷⁹ Javier Pérez Milla, “De las incertidumbres de la economía social autonómica en el tráfico externo” en Revista Electrónica de Estudios Internacionales, N° 9, 2005, p. 18 (accesible en <http://www.reei.org/reei9/articulos9.htm>).

LA APLICACIÓN DEL DERECHO CIVIL A LOS EXTRANJEROS (ARTÍCULOS 9.5 Y 9.6 DEL CODIGO CIVIL). ADOPCIÓN Y TUTELA

POR MONSERRAT VICENS BURGUES

EL ARTÍCULO 9.5 DEL CODIGO CIVIL

El actual artículo 9.5 del Código Civil ha sido modificado recientemente por la nueva Ley de Adopción Internacional (Ley 54/2007, de 28 de diciembre de 2007), que queda redactado: "La adopción internacional se regirá por las normas contenidas en la Ley de Adopción Internacional. Igualmente, las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional".

De este modo, deberíamos tratar de analizar, aunque sea someramente, el contenido de la nueva Ley de Adopción para determinar de qué modo y manera, si es el caso, resulta aplicable la legislación española y la foral aragonesa. Ello nos va a resultar imposible, y entiendo que el foro al que me dirijo conoce, o puede conocer el contenido de la ley, por lo que trataremos de dar solo unas pinceladas sobre el tema, y comentar alguna jurisprudencia sobre el tema.

La Ley de Adopción Internacional ha comportado un cambio radical en el régimen jurídico de la adopción internacional. Una de las cuestiones más relevantes que ha recibido una regulación nueva es la relativa a la determinación de la «Ley aplicable» a la adopción internacional.

La LAI contiene una regulación completamente nueva de la Ley reguladora de la adopción internacional constituida ante autoridad española. La nueva Ley aplicable a la adopción Internacional se asienta sobre un principio básico: **la adopción debe regirse por la Ley de la sociedad en la que está o va a estar integrado el adoptando**. Es decir, se opta, en todo caso, por la Ley del país en cuya sociedad el adoptando tiene o va a tener próximamente su centro social de vida.

Concepto de "adopción": La LAI define la adopción en su artículo 1.2 como "el vínculo de filiación que presenta un elemento extranjero derivado de la nacionalidad o de

la residencia habitual de adoptantes o adoptandos”; por tanto, el legislador contempla un concepto muy extenso de “adopción”.

De esta forma:

El concepto de adopción internacional exige la existencia de un vínculo de “filiación”. Por tanto, el concepto de adopción internacional cubre todo tipo de adopción que genera dicho vínculo de filiación, tanto la adopción “plena” como la adopción “simple” o menos plena (situaciones jurídicas que generan un vínculo de filiación, pero no todos los efectos jurídicos propios de la adopción plena española). Ello es consecuencia de que existen distintos modelos legales de adopción en el derecho comparado, unos regulan y aceptan las adopciones simples y adopciones plenas, o exclusivamente simples o plenas. El vínculo jurídico de filiación debe derivar de la ley, pero esta ley no tiene que ser necesariamente la española.

El concepto de adopción internacional cubre tanto la adopción de menores como la adopción de mayores; aunque cierto es que se centra más en la protección y regulación de la adopción de menores.

OTRA NORMATIVA APLICABLE A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

- El Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación internacional. En principio se aplica cuando un niño con residencia habitual en un Estado contratante (el Estado de origen) ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado contratante (el Estado de recepción), bien después de su adopción en el estado de origen por cónyuges o por una persona con residencia habitual en el estado de recepción, bien con la finalidad de realizar tal adopción en el Estado de recepción o en el Estado de origen.

- Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989

- Ley Orgánica del Protección Jurídica del Menor (Ley 1/1996, de 15 de enero).

- Normativa autonómica relativa al todo el tema administrativo previo; y en concreto en Aragón:

.- Ley aragonesa de la Infancia y la Adolescencia (Ley 12/2001, de 2 de julio).

.- Decreto 188/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores.

.- Decreto 16/1997, de 25 de febrero, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la habilitación de entidades colaboradoras de adopción internacional.

.- DECRETO 188/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores.

COMPETENCIA DE LOS JUZGADOS ESPAÑOLES PARA LA CONSTITUCIÓN DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

El artículo 14 de la LAI establece la competencia judicial internacional para la constitución de adopción en supuestos internacionales:

1. Con carácter general, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la constitución de la adopción en los siguientes casos:

- a) Cuando el adoptando sea español o tenga su residencia habitual en España.
- b) Cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España.

2. La nacionalidad española y la residencia habitual en España se apreciarán, en todo caso, en el momento de la presentación de la solicitud de adopción a la Entidad Pública competente.

Por su parte, el **artículo 15 de la LAI** establece la competencia judicial internacional para la modificación, revisión, declaración de nulidad o conversión en adopción plena de una adopción en supuestos internacionales:

1. Los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la declaración de nulidad de una adopción en los siguientes casos:

- a) Cuando el adoptado sea español o tenga su residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud.
- b) Cuando el adoptante sea español o tenga su residencia habitual en España en el momento de presentación de la solicitud.
- c) Cuando la adopción haya sido constituida por autoridad española.

2. Si la ley aplicada a la adopción prevé la posibilidad de adopción simple, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes para la conversión de adopción simple en adopción plena en los casos señalados en el apartado anterior.

3. Los Juzgados y Tribunales españoles serán también competentes para la modificación o revisión de una adopción en los mismos casos señalados en el apartado primero y también cuando, además, la adopción haya sido constituida por autoridad extranjera, siempre que dicha adopción haya sido reconocida en España.

4. A efectos de lo establecido en esta Ley, se entenderá por adopción simple o menos plena aquella constituida por autoridad extranjera competente cuyos efectos no se correspondan sustancialmente con los previstos para la adopción en la legislación española.

Por último, el **artículo 16 de la LAI**, establece la competencia objetiva y territorial del órgano jurisdiccional, que al tratarse de un procedimiento de jurisdicción voluntaria nos remite a las normas de jurisdicción voluntaria y en el caso de no poder determinarse por esas normas, permite la posibilidad de elegir el foro a los adoptantes.

Por supuesto que, antes de llegar al juez, es preciso haber recorrido el camino previo: el del expediente administrativo que culmina en la conformidad del Ente respecto a la idoneidad del adoptante y a la adecuación entre éste y el adoptando en los términos expresados en la propuesta.

Dicho procedimiento, se entiende regulado en el **artículo 5 y siguientes de la LAI**. En principio, dicho artículo hace referencia a las “Entidades Públicas competentes”. El término “competencia” hace referencia al poder que confiere la Comunidad Autónoma correspondiente a uno de sus organismos para ocuparse de esta materia, pero no nos dice cuáles son las condiciones que tiene que reunir el sujeto para poder cursar su solicitud ante ellos. De este modo, cada Comunidad Autónoma, podría disponer de sus propios criterios de “competencia administrativa internacional”, debido a la disparidad de regulación de cada Comunidad. Por ejemplo, Andalucía asume la tramitación cuando el

adoptante reside en dicha comunidad; Extremadura, utiliza como criterio el de la mera presentación de la instancia; Madrid, no se pronuncia al respecto.

En Aragón se sigue el criterio de la residencia siempre que la persona adoptante cumpla los requisitos del artículo 175 del Código Civil, es decir, ser mayor de 25 años y tener al menos 14 años más que el adoptando.

La **Disposición Final Quinta de la LAI**, bajo la rúbrica de Título competencial, determina que: *Los arts. 5, 6, 7, 8, 10, 11 y la disposición final primera (que modifica el contenido de algunos artículos del Código Civil) se dictan al amparo de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil reconocida por el art. 149.1.8 de la CE, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan y de las normas aprobadas por éstas en ejercicio de sus competencias en esta materia.*

Un vistazo a estos artículos nos ilustra sobre típicas materias cuya regulación ha sido efectuada (y en la mayoría de las ocasiones con más generosidad y detalle que la propia Ley) por las Comunidades Autónomas, en función de la competencia que éstas (en general al amparo del artículo 148.1.20 de la Constitución) han asumido en materia de Asistencia Social y, dentro de ésta, protección de menores. Los temas hacen referencia a la intervención de las entidades públicas de protección de menores, actividad de intermediación en la adopción internacional, acreditación, seguimiento y control de las Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional (ECAIs), relación de los solicitantes de adopción y las ECAIs, idoneidad de los adoptantes, obligaciones postadoptivas de los adoptantes y modificación de determinados artículos del Código civil. El conflicto resulta obvio.

Lo establecido por la Disposición final quinta viene a decir que sólo las Comunidades Autónomas con competencias en materia de Derecho civil pueden regular lo que la ley regula. Las otras no. Y resulta también obvio que el legislador estatal es consciente de la abundante normativa autonómica (en Comunidades con competencias en materia de Derecho civil y *en las demás*) que regula, hasta ahora plácidamente, lo que la nueva ley pretende regular. ¿Cómo salir de este embrollo? Pues ya lo veremos....

Como **conclusión** sobre el tema, si damos por constitucionalmente válidas las actuales normas que regulan en cada Comunidad Autónoma las funciones de sus Entidades Públicas, la acreditación, funcionamiento y control de las ECAIs, y las condiciones para la tramitación de las adopciones internacionales, la Ley invade competencias autonómicas y el legislador estatal no ha establecido mecanismos eficaces de coordinación y homogeneización de procesos y condiciones en todas las Comunidades Autónomas. Para llevar a la ley simples consejos, basta la práctica extralegal que parece existir en la actualidad. La Ley no resuelve los problemas de diferencias en las condiciones de adopción internacional en las distintas CCAA. La homogeneización de dichas condiciones no se garantiza. No resuelve tampoco los problemas que pudieran derivarse de la actividad interterritorial de ECAIs con actividad en más de una Comunidad Autónoma. No establece, a pesar de la prometedora rúbrica del su art. 8, el tipo de relación contractual que se establece entre los futuros adoptantes y las ECAIs; aspecto éste que ya ha llegado en algún caso a los Tribunales.

LA LEY REGULADORA DE LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL- APLICACIÓN DE LA LEY ESPAÑOLA

Dispone el **artículo 18 de la LAI** que la adopción constituida por juez español se registrará por lo dispuesto en la ley material española en estos dos casos:

a) Cuando el adoptando tenga su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción;

b) Cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España. Esta misma solución es aplicable cuando se trate de adopción constituida por cónsules españoles.

Así: Primer supuesto: **Residencia habitual del adoptando en España:** Cuando el adoptando tiene su residencia habitual en España, la sociedad española es la sociedad en la que, real y actualmente, se halla integrado el sujeto en el momento presente. Dicha residencia habitual debe valorarse en el momento de constitución de la adopción y no en el momento de iniciarse la fase administrativa de la adopción.

La residencia habitual del adoptando puede definirse como el lugar donde éste tiene su centro social de vida. Exige verificar la presencia física del adoptando en España y su intención de permanecer en tal lugar.

Segundo supuesto: **Residencia habitual futura del adoptando en España:** El inciso b) del artículo 18.1 de la LAI indica que la adopción se constituirá con arreglo a la Ley material española “cuando el adoptando haya sido o vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España”.

Para que pueda aplicarse la Ley española a título de “Ley de la futura residencia habitual del adoptando”, es preciso acreditar que el adoptando ha sido o va a ser trasladado a España; y que dicho traslado se realiza con la finalidad de establecer la residencia habitual del adoptando en territorio español. Con frecuencia, los *adoptandos* cambian de país de residencia habitual con ocasión, precisamente, de su adopción (la adopción, por españoles con residencia habitual en España, en relación con un menor que tiene su residencia habitual en el extranjero suele comportar el traslado de la residencia habitual del adoptando a España y su integración en una familia que participa en la sociedad «española»). Por ello, esta «conexión anticipada» es necesaria para evitar la aplicación de la Ley de un país en cuya sociedad el adoptando muy pronto dejará de estar integrado. En consecuencia, carece de sentido aplicar el Derecho de una sociedad que se corresponde con un país que el adoptando va a abandonar de modo inmediato o muy próximo. Esta razón explica que el art. 18.1 b) LAI haya preferido la aplicación de la Ley española cuando es España el país en cuya sociedad el adoptando va a integrarse (Ley del país que corresponde a la sociedad de «integración real» del adoptando).

El traslado del sujeto a España y la intención de establecer su residencia habitual en España constituyen dos extremos que deben ser valorados y acreditados por el juez español competente para la constitución de la adopción internacional. Pero el art. 18 LAI no precisa «cómo proceder» a la acreditación de ambos extremos, serán los jueces los que deben integrar el silencio legal mediante la elaboración de pautas de solución diseñadas para los casos concretos.

El traslado del adoptando a España podrá acreditarse mediante cualquier dato o medio admitido en Derecho, igualmente deberá acreditarse la residencia habitual futura del adoptando en España: Los jueces deberán ponderar todos los datos que puedan coadyuvar a acreditar dicha residencia habitual futura en España.

Casos cubiertos por el art. 18.1.b) LAI. El art. 18.1.b) LAI cubre, realmente, dos supuestos:

(1) El adoptando ya ha sido trasladado a España y queda acreditado que dicho traslado es definitivo, en el sentido de que tiene «la finalidad de establecer su residencia habitual en España». El adoptando se encuentra físicamente en España en el momento de constitución de la adopción, aunque no ha «adquirido» todavía su residencia habitual en España (porque realmente no ha tenido tiempo para ello o no concurren las circunstancias que permite acreditar que, realmente, el sujeto tiene ya en España su «centro social de vida»). Pues bien, este primer supuesto es relativamente sencillo. En efecto, el juez puede comprobar que el adoptando ya no se encuentra físicamente en el país de su residencia habitual «actual», sino que se halla físicamente en España. Ha abandonado el país de su centro social de vida (país donde, normalmente estaba escolarizado, donde tenía radicados sus vínculos personales, etc.);

(2) El adoptando no ha sido todavía trasladado a España (no se encuentra en España en el momento de la adopción), pero el juez queda convencido y acredita que el adoptando va a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España.

Excepciones a la regla general

La regla básica (que consiste en la aplicación de la Ley material española a la constitución de la adopción cuando es España el país de residencia habitual presente o futura del adoptando) experimenta dos excepciones importantes previstas en los artículos 19 y 20 de la LAI. Estas excepciones ordenan o permiten al juez español la aplicación o la toma en consideración de Leyes extranjeras en la constitución de una adopción que se rige por la Ley española. Ello es para tratar de evitar las adopciones válidas en España pero inválidas en otros países también conectados con la concreta adopción internacional.

A) LEY REGULADORA DE LA CAPACIDAD DEL ADOPTADO Y DE LOS CONSENTIMIENTOS NECESARIOS (artículo 19 LAI):

La capacidad del adoptado y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción, se regirán por la ley nacional del adoptando y no por la ley sustantiva española: 1º Si el adoptando tuviera su residencia habitual fuera de España en el momento de la constitución de la adopción y 2º Si el adoptando no adquiere, en virtud de la adopción, la nacionalidad española, aunque resida en España.

La razón de ser de esta aplicación de la Ley nacional del adoptando radica en el deseo del legislador de reforzar la validez internacional de la adopción.

Se trata de hacer aplicable o de tomar en consideración, en relación con ciertos aspectos de la constitución de la adopción, la Ley nacional del adoptando porque, de ese modo, se potencia la validez, en dicho país, de la adopción internacional constituida en España. El art. 19.2 LAI indica que la aplicación de la ley nacional del adoptando procederá, únicamente, cuando la autoridad española competente estime que con ello se facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando. El juez español debe proceder a un juicio anticipatorio de la validez de la adopción constituida en España, en el país de la nacionalidad del adoptando. El juez debe quedar convencido de que la aplicación de la Ley nacional del adoptando potencia y/o asegura, en un alto grado, los efectos legales de la adopción en dicho país. En caso contrario, no tendría ningún sentido aplicar la Ley nacional de adoptando, pues ello sólo complicaría inútilmente la constitución de adopción internacional en España.

La Ley del país cuya nacionalidad ostenta el adoptando no rige «la adopción». Rige sólo «la capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción». Se produce, por tanto, una “aplicación distributiva de Leyes”. Que opera del siguiente modo: la Ley española (Ley de la residencia habitual futura del adoptando) rige todas las cuestiones relativas a la constitución de la adopción, salvo las cuestiones atinentes a la «capacidad del adoptando y los consentimientos necesarios de todos los sujetos intervinientes en la adopción». Tales aspectos quedan regulados, exclusivamente, por la Ley nacional del adoptando.

Por último, el art. 19.3 LAI dispone que no procede la aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el art. 19.1 LAI cuando se trate de *adoptandos* apátridas o con nacionalidad indeterminada, que en estos casos la adopción se constituirá con arreglo, exclusivamente, a la Ley material española si los adoptandos tienen su residencia habitual presente o futura en España.

Existen numerosos países en cuyos ordenamientos jurídicos se prohíbe la adopción (caso de países como Argelia, Bangladesh, Libia, Marruecos, Mauritania, Pakistán, Sudán, etc., pues es sabido que en el Derecho musulmán clásico no existe la adopción). Otros países no regulan ni contemplan la adopción. La pregunta que surge es: ¿puede, en estos casos, constituirse la adopción en España si el adoptando tiene su residencia habitual «actual» o «presente» fuera de España pero tendrá su «residencia habitual futura» en España?. Pues bien, la cuestión de la adopción en España de un sujeto con residencia habitual presente o futura en España pero nacionalidad de un Estado cuyas Leyes prohíben o desconocen la adopción debe ser resuelta con atención al art. 19.2 LAI. Este precepto indica que «*la aplicación de la ley nacional del adoptando prevista en el párrafo primero de este artículo [art. 19 LAI] procederá, únicamente, cuando la autoridad española competente estime que con ello se facilita la validez de la adopción en el país correspondiente a la nacionalidad del adoptando*». En efecto, el adoptando está integrado o va a integrarse próximamente en la sociedad «española». En España tiene su centro social de vida. En consecuencia, la adopción se debe regir por la Ley sustantiva española y por tanto, la adopción será perfectamente posible, aunque la «Ley nacional del adoptando» no contemple la adopción o la prohíba. La aplicación de Leyes extranjeras por el juez español sólo procede si ello potencia la validez extraterritorial de la adopción. Y, naturalmente, la «aplicación» o «toma en consideración» de las Leyes de los países que prohíben o no contemplan la adopción, en nada ayuda y en nada potencia la validez extraterritorial de la adopción constituida en España. En efecto, el ajuste de una adopción a constituir en España a los términos de una Ley extranjera que prohíbe o no contempla la adopción, no coadyuva a hacer válida en dicho país. El interés superior del menor que tiene su residencia habitual en España impone permitir su adopción en España con arreglo a la Ley española.

Por otra parte, la capacidad de los adoptantes, sean quienes fueren, se rige siempre por la Ley material española si el adoptando tiene o va a tener su residencia habitual en España. Por ello, la adopción será posible aunque la Ley nacional del adoptante la prohíba.

B) LEY REGULADORA DE OTROS CONSENTIMIENTOS, AUDIENCIAS O AUTORIZACIONES (Art. 20 LAI)

El juez español que constituye la adopción podrá exigir, además, que se presten y lleven a cabo “los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por la ley nacional o por la ley de la residencia habitual del adoptante o del adoptando”.

Para poder exigir la observancia de estos extremos requeridos por estas Leyes extranjeras, es preciso que concurren estas circunstancias:

(1) Que la exigencia de tales consentimientos, audiencias o autorizaciones repercuta en interés del adoptando. Y se entenderá que concurre «interés del adoptando», particularmente, si la toma en consideración de las leyes extranjeras facilita, según criterio judicial, la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto y sólo en la medida en que ello sea así.

(2) Que la exigencia de tales consentimientos, audiencias o autorizaciones sea solicitada por el adoptante o por el Ministerio Fiscal. Estos sujetos son los garantes del interés del adoptando, y por ello son ellos los que deben solicitarlo y valorar si, en el caso concreto, es pertinente «complicar» la constitución de la adopción en España mediante la observancia de Leyes extranjeras, porque ello puede, al final, beneficiar la situación jurídica del menor.

APLICACIÓN DE LA LEY EXTRANJERA (ART. 21 LAI)

Ya hemos manifestado que la adopción debe regirse por la Ley de la sociedad en la que está o va a estar integrado el adoptando. Es decir, se opta, en todo caso, por la Ley del país en cuya sociedad el adoptando tiene o va a tener próximamente su «centro social de vida».

De esta forma, cuando el adoptando no tenga su residencia habitual en España, y además no haya sido o no vaya a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en España, la constitución de la adopción se regirá a tenor de lo establecido en el artículo 21 de la LAI:

1.º Por la ley del país al que ha sido o al que va a ser trasladado el adoptando con la finalidad de establecer su residencia habitual en dicho país (Ley de la residencia habitual futura del adoptando en país extranjero);

2.º En defecto del criterio anterior, por la ley del país de la residencia habitual del adoptando (Ley de la residencia habitual actual del adoptando).

Residencia habitual presente del adoptando en España versus residencia habitual futura del adoptando en país extranjero. La tensión entre la residencia habitual presente del adoptando en España y la residencia habitual futura del adoptando en país extranjero se resuelve, a tenor del artículo 18 LAI, en favor de la residencia habitual presente del adoptando en España Explicación: para el juez español, la acreditación de la residencia habitual futura del adoptando en país extranjero reviste una dosis de incertidumbre notable (comprobar y documentar una residencia habitual «futura» es siempre más complicado que acreditar una residencia habitual «presente» y acreditar una residencia habitual en el extranjero es siempre más difícil, para un juez español, que acreditar una residencia habitual en España). La acreditación de una residencia habitual futura en país extranjero comporta un riesgo de error más elevado. Ello aconseja la aplicación de la Ley de la residencia habitual presente del adoptando en España y no la aplicación de la Ley del país de residencia habitual futura del adoptando en otro país (art. 18 LAI). Se trata, en todo caso, de dar aplicación a la Ley del país más vinculado con el

supuesto concreto de adopción internacional. El juez español debe tener en cuenta dicha directriz que inspira toda norma de conflicto. Y podrá hacerlo a la hora de verificar la concurrencia de la «residencia habitual» del adoptando. En efecto, la verificación de la residencia habitual del adoptando en España no sigue reglas fijas. Un juez español puede estimar, con atención a las circunstancias de un caso concreto, que un adoptando que reside en España pero que va a ser trasladado a un país extranjero con el objetivo de establecer en dicho país extranjero su residencia habitual, ha perdido ya su «residencia habitual» en «España». De ese modo, la Ley española no se aplicará y entrará en escena el art. 18 LAI, con lo que la constitución de la adopción se regirá por la Ley extranjera que corresponde al país en cuya sociedad va a integrarse el adoptando.

Residencia habitual futura del adoptando en España versus residencia habitual presente del adoptando en país extranjero. La tensión entre la residencia habitual futura del adoptando en España y la residencia habitual actual en país extranjero se resuelve en favor de la residencia habitual futura del adoptando en España. Explicación: el juez se encuentra en una posición óptima para acreditar una «residencia habitual futura en España» (país en cuya sociedad el adoptando quedará, «realmente integrado»). En tal caso, puede afirmarse que el juez está en condiciones de garantizar que la residencia habitual futura del adoptando se concretará en España. Por ello, la Ley española rige la adopción (art. 18 LAI).

Residencia habitual presente del adoptando en país extranjero versus residencia habitual futura del adoptando en otro país extranjero. La tensión entre la residencia habitual presente del adoptando en país extranjero y la residencia habitual futura del adoptando en otro país extranjero se resuelve en favor de la aplicación de la Ley del país de la residencia habitual futura del adoptando. El art. 21 LAI entiende, con razón, que interesa en mayor medida la aplicación de la Ley del país en cuya sociedad va a quedar «realmente integrado» el adoptando (que es la sociedad en la que se establecerá su residencia habitual). Ahora bien, el juez debe proceder a una evaluación de todas las circunstancias del supuesto concreto y debe quedar convencido, sin margen de duda razonable, de que el adoptando va a establecer su residencia habitual en un país extranjero concreto (residencia habitual futura). En tal caso, el juez debe ofrecer una «motivación reforzada». La razón de ello estriba en que la acreditación de una residencia habitual «futura» exige una motivación judicial mucho más exigente que la motivación necesaria para acreditar la residencia habitual «presente».

Adoptando con residencia habitual presente. En el caso de que el adoptando tenga su residencia habitual en un país extranjero y no quedare acreditado el futuro traslado del menor a otro país ni tampoco se acredite la intención del establecer la residencia habitual del adoptando en otro país, la Ley de la residencia habitual presente del adoptando regulará la constitución de la adopción internacional.

LEY DE UN PAIS QUE NO CONTEMPLA O PROHIBE LA ADOPCIÓN

Si la Ley del país extranjero de la residencia habitual presente o futura del adoptando no contempla la adopción o la prohíbe, se denegará la constitución de la adopción en España. En efecto, proceder en este caso a la adopción comportaría un «atentado injustificado contra los modelos jurídicos de organización social de otros países» (SAP Cádiz 3 marzo 2006 pretendida adopción en Ceuta de adoptando marroquí por marroquíes).

La adopción, en este caso, repercute en la sociedad de un país extranjero, sociedad regida por una Ley extranjera. El legislador extranjero tiene derecho a organizar «su sociedad» como tenga por conveniente, sin intervenciones imperialistas de la Ley española. El mismo art. 21 CDN 1989 asume que existen Estados que no admiten ni regulan la adopción y que tienen todo el derecho a no hacerlo. Cada Estado regula su sociedad como considera adecuado, en sintonía con los *standards* sociales, morales e ideológicos de dicho país. Por otro lado, la aplicación de estas Leyes extranjeras no resulta contraria al orden público internacional español. Explicación: el caso está claramente «desvinculado de España» o, como dice el art. 23 LAI, el supuesto no presenta «vínculos sustanciales» con España, por lo que activar el orden público internacional español carece de sentido (la sociedad española no se ve amenazada por la aplicación de ninguna Ley extranjera, ya que dicha Ley no regula un supuesto integrado en la sociedad española, sino en la sociedad de otro país extranjero). Además, el interés del menor está salvaguardado, pues en dichas Leyes extranjeras existen otras instituciones de protección del adoptando, presumiblemente, un menor, como la tutela, defensor judicial, proahijamiento o semejantes. El potencial adoptando no queda jurídicamente desprotegido. Ejemplo: un matrimonio español con residencia habitual en Ceuta desea adoptar, ante juez español de dicha ciudad, a un menor de nacionalidad marroquí con residencia habitual en Tánger. Pues bien, si los adoptantes no acreditan que la futura residencia habitual del adoptando se va a concretar en España, la Ley marroquí regirá esta adopción (art. 21 LAI). Y como la Ley marroquí prohíbe la adopción, ésta no podrá ser constituida por el juez español.

Por el contrario, si el menor reside en España o se acredita que va a ser traslado a nuestro país en virtud de la adopción, se podrá constituir la adopción de dicho menor ante el juzgado español. En este sentido **Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18ª, de 8 de julio de 2008 dictada en el recurso 230/2008 (LA LEY 135812/2008)**: Se solicita la adopción de un menor nacido en Marruecos. La adoptante obtiene el certificado de idoneidad emitido por la entidad competente; mediante sentencia de un Juzgado de Primera Instancia de Marruecos se declara que el menor es un niño abandonado; por resolución de ese mismo Juzgado de Marruecos designa la Tutela Dativa “Kafala” a la adoptante; el menor se traslada a España con la adoptante. Nos encontramos ante un supuesto en el que hay un menor residiendo en España, bajo la guarda y cuidado de la adoptante, a quien se ha otorgado la kafala por la autoridad judicial competente del país de origen del menor, que solicita ante las autoridades judiciales españolas la constitución de la adopción. Dispone el mencionado Auto que el artículo 9.5 del Código Civil, después de la redacción otorgada por la Ley 24/2007, que la adopción internacional se regirá por las normas contenidas en dicha Ley y que las adopciones constituidas por autoridades extranjeras surtirán efectos en España con arreglo a las disposiciones de la citada Ley de Adopción Internacional. La competencia para la constitución de la adopción a los Juzgados y Tribunales españoles la atribuye el artículo 14 de la LAI. Son los artículos 18 y 19 de la referida Ley los que determinan la legislación aplicable al presente supuesto, que es la Ley española, en tanto el adoptando tiene su residencia habitual en España en el momento de constitución de la adopción (artículo 18.a) y adquirirá, en virtud de la adopción, la nacionalidad española (artículo 19.1 b). Residiendo adoptante y adoptado en Catalunya, la legislación aplicable es la contenida en el Codi de Família. Resuelve dicho Auto acordando la adopción del menor.

Por el contrario, la **Sentencia del TSJ de Madrid, de 31 de enero de 2008, Sección 3ª, Recurso 2423/2007**, reconoce la prestación de orfandad por fallecimiento de la madre en acogimiento de dos niños marroquíes, en base a que la Ley marroquí (KAFALA) no admite la adopción. Establece que procede su reconocimiento al contemplar un acogimiento de menores similar al que se atribuye en la legislación española a la adopción prescindiendo del requisito de filiación. La negativa por no existir la filiación exigida al adoptado implicaría una discriminación ante la igualdad de derechos socio-económicos reconocidos en ambas situaciones, ya que la adopción como filiación no existe en la ley marroquí.

EL REENVÍO DE RETORNO EN EL ARTÍCULO 21 LAI

El legislador ha dejado abierta la puerta, con plena conciencia, a un «reenvío de retorno» en el art. 21 LAI. Esta decisión del legislador va dirigida a obtener una más justa solución en la determinación de la Ley aplicable a la adopción internacional. La LAI evita el «reenvío» cuando la adopción se rige por la Ley española. En efecto, el art. 18 LAI se refiere con toda claridad, a la *ley material española*, por lo que el reenvío es imposible. La frase que contiene el art. 18.1 LAI ([l]a adopción constituida por la autoridad competente española se regirá por lo dispuesto en la *ley material española* en los siguientes casos [...] puede, en efecto, a primera vista, parecer sin sentido en lo que se refiere a la expresión «*ley material española*». Porque, naturalmente, se puede pensar que la remisión que hace el art. 18 LAI en favor de la Ley española como Ley aplicable a la adopción no puede ser más que en favor de la Ley «material» española. Pero esto es sólo una impresión que se obtiene si dicho precepto se lee de modo aislado. Una atención más cuidada en la lectura del precepto permite descubrir que, mientras que el art. 18 LAI se remite a la Ley «material» española, el art. 21.1 LAI se remite, sin más, a la Ley de la residencia habitual del adoptando, sin incluir la expresión «*Ley material del país de la residencia habitual*». Esta diferencia, significa que cuando el art. 21 LAI remite a la Ley de un país extranjero en cuyo territorio el adoptando tiene o va tener su residencia habitual, se podrá aceptar, en su caso, el reenvío que las normas de conflicto del país extranjero correspondiente a la residencia habitual del adoptando, puedan hacer en favor de la Ley material española. En efecto, la posibilidad de aceptar un reenvío de retorno que las normas de conflicto extranjeras puedan hacer en favor de la Ley material española (art. 12.2 CC)), queda abierta en el caso de que la Ley reguladora de la adopción sea una Ley extranjera (art. 21 LAI). La utilización de la expresión Ley material en el artículo 18 de la LAI evita toda duda sobre si el reenvío de primer grado es o no es posible: el reenvío es posible.

Ahora bien, el reenvío de retorno no es un mecanismo «obligatorio». Es una herramienta, un instrumento al servicio de las normas de conflicto. El juez utilizará el reenvío si estima que permite alcanzar resultados convenientes y justos (utilización «selectiva» del reenvío). En particular, el juez puede aceptar el reenvío que las normas de conflicto extranjeras hacen en favor del Derecho sustantivo español si observa que el reenvío «perfecciona» y «ajusta» la «localización» o selección del Derecho aplicable regulador de la adopción. Todos los legisladores del mundo localizan la adopción en un concreto país con la intención de hacer aplicable la Ley del país más vinculado con la adopción (Ley del país cuya sociedad se entiende más afectada por la concreta adopción, que es también la Ley del país cuya aplicación comporta los «costes de transacción conflictuales» más reducidos para los sujetos implicados en la adopción). Todos los legislado-

res del mundo creen disponer de las normas de conflicto que mejor realizan el «principio de proximidad». Pero a partir de ahí, se disparan las diferencias entre los legisladores estatales. El legislador español entiende que el criterio «residencia habitual del adoptando» garantiza en mayor medida el objetivo perseguido (el principio de proximidad), pues la residencia habitual del adoptando apunta directamente a la aplicación de la Ley del país en cuya sociedad se integra la nueva familia. Si dos adoptantes alemanes con residencia habitual en España adoptan en España a un menor marroquí con la intención de residir de modo estable y permanente en España, es la Ley española y no la Ley alemana ni la marroquí, la Ley de la sociedad donde habita y reside habitualmente la familia. Por el contrario, otros legisladores estatales prefieren sujetar la constitución de la adopción a la Ley nacional de los adoptantes (Italia, Francia, Bélgica, etc.). Lo hacen porque consideran que la Ley nacional del adoptante corresponde a la Ley del país en el que va a habitar el adoptando, país del que, normalmente, dicho adoptando será ciudadano en el inmediato futuro. Ahora bien, todo legislador puede cometer errores en su «propósito localizador». También el legislador español. Por ello, en ocasiones, la adopción puede quedar sujeta, *ex art. 21 LAI*, a una Ley extranjera (en general, Ley del país de la residencia habitual del adoptando), pero puede apreciarse que el adoptando se va a integrar en el país de la nacionalidad de los adoptantes. El juez español aceptará el reenvío si con dicho mecanismo se puede descartar la aplicación de la Ley extranjera cuando sea España, y no dicho país extranjero, el país más estrechamente vinculado con la adopción (el país cuya sociedad se encuentra afectada, en mayor grado, por la adopción, que coincidirá con el país cuya Ley esperaban ver aplicada los sujetos intervinientes en la adopción). El reenvío de segundo grado (la remisión que las normas de conflicto del país de la residencia habitual del adoptando pueden hacer en favor de las Leyes de otros países que no sean España), está prohibido en todo caso (*vid. art. 12.2 CC a sensu contrario*).

Puede afirmarse que la constitución de la adopción queda regulada por un Derecho extranjero porque así lo ordena la norma de conflicto española. Sin embargo, se aprecia que la «conexión real» de dicha situación con tal Derecho extranjero es muy débil. Con otros términos, puede subrayarse que todos los datos del supuesto lo vinculan con España, salvo el punto de conexión empleado por la norma de conflicto española, que vincula el caso con un Derecho extranjero. Puede entonces afirmarse que la norma de conflicto española localiza «incorrectamente» el supuesto en un país y en un Derecho extranjero. Pues bien, en tales casos, el reenvío puede operar para «reajustar» la localización y hacer aplicable a la constitución de la adopción, la Ley del país más conectado con el supuesto, que es la Ley española.

Un ejemplo puede ayudar a comprender las ventajas de un reenvío funcional en materia de constitución de la adopción internacional. Un menor de nacionalidad marroquí con residencia habitual en Bayona (Francia) es adoptado ante juez español de Pamplona por adoptantes españoles con residencia habitual en dicha ciudad. Los adoptantes no acreditan que la futura residencia habitual del adoptando se vaya a concretar en España. La Ley francesa rige esta adopción (art. 21 LAI: Ley de la residencia habitual «actual» del menor). Ahora bien, las normas de conflicto francesas indican que la adopción se rige por la «Ley nacional de los adoptantes». Ello conduce a la Ley material española, pues ambos adoptantes ostentan la nacionalidad española. El legislador francés entiende que el menor quedará integrado en la sociedad española. En efecto, el menor adquiere la nacionalidad española en virtud de la adopción *ex art. 19 CC* y puede razonablemente pensarse que existe una cierta posibilidad de que el menor se integrará en

la sociedad española y que puede venir a vivir a España. Las normas de conflicto francesas efectúan un «reenvío de retorno» en favor de la Ley española. El juez español acreditará si, en efecto, las circunstancias del supuesto permiten pensar que la familia se integrará en España. En caso afirmativo, el juez español aceptará el reenvío de retorno (art. 12.2 CC) en favor del Derecho español y aplicará la Ley sustantiva española a la constitución de la adopción.

CONSTITUCIÓN DE ADOPCIONES SIMPLES POR AUTORIDAD JUDICIAL ESPAÑOLA

Estas adopciones simples o menos plenas se caracterizan por estos datos.

- (a) Crean vínculos de filiación entre adoptando y adoptantes;
- (b) No suponen la ruptura de los vínculos jurídicos con la familia de origen;
- (c) Suelen ser revocables;
- (d) Con frecuencia, no producen los mismos efectos que la adopción plena en lo que se refiere al «contenido de la filiación».

En la actualidad, estas adopciones simples o menos plenas no existen en Derecho Civil español. En 1987, el legislador español estimó oportuno eliminar este tipo de adopciones del Ordenamiento Jurídico español (salvo ciertos supuestos transitorios). La protección de la infancia y el régimen de la adopción en la «sociedad española» son cuestiones que deben quedar sujetas al Derecho español y el Derecho español, como se ha indicado, no admite las «adopciones simples». Dicho esto, es también cierto que ello no comporta necesariamente «cerrar los ojos» a la realidad de las adopciones simples en otros países. Porque tales adopciones simples existen en otros Ordenamientos Jurídicos estatales. Sin embargo, el legislador español si establece los filtros y las condiciones en las que pueden penetrar en España y en la sociedad española estas adopciones.

El artículo 30.1 LAI refleja la opción del legislador español respecto de las adopciones simples «extranjeras»: éstas sobreviven en España como tales «adopciones simples»

La cuestión más polémica se refiere a la posibilidad de que las autoridades judiciales españoles puedan constituir adopciones simples en el caso de que una Ley extranjera que las contemple sea aplicable *ex art. 18 LAI*. Pues bien, el art. 1.2 LAI incluye, sin duda ninguna, en el concepto de «adopción internacional», tanto la adopción plena como la adopción simple.

En el caso de que el adoptando tenga su residencia habitual presente o futura en España, la Ley que rige la adopción es la Ley sustantiva española, por lo que no cabrá constituir una adopción simple por juez español (esa adopción se integra en la sociedad española y la sociedad española se rige por la Ley española, que no admite la adopción simple).

En el caso de que el adoptando tenga su residencia habitual presente fuera de España y no vaya a ser trasladado a España para fijar su residencia habitual en España, la adopción se regirá por una Ley extranjera. Si en dicha Ley se contempla la adopción simple, el juez español podrá constituir dicha adopción simple. El juez español podrá, sin embargo, rechazar la constitución de tal adopción simple regida por una Ley extranjera si considera que dicho ordenamiento produce consecuencias contrarias al orden público internacional español y en particular porque la adopción simple no encaje con el interés superior del menor.

EL ART. 9.6 DEL CÓDIGO CIVIL

Establece el **artículo 9.6 del Código civil** que: “La tutela y las demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la Ley nacional de éste. Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la Ley de su residencia habitual.

Las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la Ley española.

Será aplicable la Ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español.”

Hay que diferenciar dos supuestos:

Incapaces mayores de edad y menores acompañados: en este caso se aplicará siempre la ley personal del incapaz o menor.

Menores de edad no acompañados: se aplicará la ley española, bien por aplicación del último párrafo del artículo 9.6, bien por aplicación imperativa de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba su reglamento de ejecución.

A) Incapaces mayores de edad y menores acompañados

De primera lectura del artículo 9.6 Código Civil se deduce que la tutela y demás instituciones de protección del incapaz (incluyendo menores) se regularán por su Ley nacional. Por lo tanto, cuando se plantee ante un Juzgado español una demanda de incapacitación de un extranjero, un acogimiento, o cualquier otra figura jurídica de protección de un incapaz extranjero, deberá aplicarse siempre su propia ley Nacional, con la dificultad de conocer dicha Ley nacional y la prueba de su aplicación ante los Juzgados españoles.

No obstante, el procedimiento de constitución y demás formalidades se regirán siempre por la Ley española. Pero una cosa es esa, y otra que el juez español debe aplicar la legislación española, (Código civil o legislación foral si es el caso). Se deberá estar siempre a la ley nacional del menor o incapaz.

Es claro el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Auto número 93/2007 de 15 de septiembre JUR\200860601). Unos abuelos pretenden constituir una tutela sobre su nieto, de nacionalidad marroquí, residentes todos en España. El juez de primera instancia número 4 de Ceuta dictó Auto acordando desestimar la solicitud presentada por los demandantes, declarando no haber lugar a la constitución de la tutela de un menor marroquí. Se pretende la tutela de un menor de nacionalidad marroquí, y por tanto habrá que estar a su ley personal.

El Código de familia marroquí establece que el tutor del menor es el padre, si ha fallecido o está privado de capacidad, la madre, y en tercer lugar el tutor testamentario, designado por el padre o por la madre mayor de edad o la persona en quien delegue. En su defecto corresponde al Juez de menores que nombra un representante que actúa bajo su supervisión.

Entiende el mencionado Auto que, para que exista desamparo y se adopten medidas de protección de acuerdo con la Ley española es preciso que conforme al artículo 172.1, párrafo segundo el menor esté privado de la necesaria asistencia moral o material, lo que aquí no puede sostenerse pues en los documentos que se aportan precisamente se señala que el menor está perfectamente atendido en todos los extremos posibles por sus dos abuelos. No existe posibilidad de utilizar el término desamparo ni la adopción de medidas de protección, único supuesto en que de acuerdo con el artículo 9 del Cc y respecto de menores abandonados, cabría aplicar la ley española (conforme a ésta habría una guarda de hecho), Como se dijo con anterioridad siendo el menor de nacionalidad marroquí la tutela y demás instituciones de protección se rigen por su ley personal, por lo que es absolutamente inapropiado solicitar, por el hecho de que se hallen en territorio español, la constitución de la tutela conforme a la ley española. Si entiende la parte que no es de aplicación la ley de la kafala, debió acreditar que norma del derecho marroquí es de aplicación al supuesto en cuestión, conforme establece el artículo 281 de la LEC, lo que si es cierto es que desde el 4 de febrero de 2004 está vigente, y es obligatorio para todos los marroquíes, el Código de Familia en Marruecos (Moudawana) que determina la tutela en las personas dichas sin que puedan ser nombrados los abuelos existiendo un orden preceptivo antes apuntado no constando que hayan fallecido ni que hayan perdido su capacidad sus padres.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de fecha 14 de septiembre de 2004 (JUR\2006\94014). Esta sentencia si bien no es propiamente de derecho civil, es muy interesante, por cuanto que reconoce autorización de residencia a un menor marroquí acogido a la Kafala islámica; entiende que la Kafala reúne los elementos necesarios para producir efectos en territorio español y equipara la kafala a la tutela de menores en España. La Administración denegó el permiso de residencia al menor al considerar que la figura jurídica de la Kafala no es equiparable a la tutela de menores en España ya que la patria potestad sigue siendo ejercida por los padres, y por tanto carecería de los elementos para producir efectos en territorio español. Establece la sentencia que teniendo en cuenta que el artículo 27.4 de la L.O. 4/2000 establece que el ejercicio de la potestad, de otorgamiento de denegación de visados se sujetará a los compromisos internacionales vigentes en la materia, no cabe duda, que estando reconocida la kafala islámica en el artículo 20 de la Convención de los Derechos del Niño asumido por España como una institución de protección del menor y aunque efectivamente no sea equiparable a la tutela regulada en el Código Civil (artículos 172 y siguientes), ello no puede impedir el reconocimiento de la exención de visado del menor que se encuentre en España al cuidado de su tía residente legal, en virtud de una institución legal propia del ordenamiento del menor que produce plenos efectos jurídicos tanto para el menor como para la actora que sumió su guarda y garantía de todos sus derechos legales y administrativos entre los que se encuentra el de protección a través de la Kafala islámica.

B) Incapaces menores no acompañados

Establece el último párrafo del artículo 9.6 del Código Civil que “será aplicable la Ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces abandonados que se hallen en territorio español.”

Es decir, cuando nos encontramos ante un menor (constado que efectivamente sea menor de edad por medio de las distintas pruebas de determinación de la edad), debe-

ría la administración, a través de los servicios públicos de protección de menores correspondiente y, en aplicación del mencionado artículo y de acuerdo con las leyes españolas, asumir la tutela de dicho menor.

Sin embargo, la legislación civil choca con la Ley Orgánica 4/2000 (artículo 35.3) y su Reglamento de ejecución (artículo 92.4 RD 2393/2004) que establece el procedimiento a seguir cuando los Cuerpos y Seguridad del estado localicen a un menor extranjero indocumentado.

Como en su condición de menor de edad no puede ser sancionado con la expulsión (como se hace con los extranjeros en situación irregular mayores de edad), lo que procede hacer a los MENA es un expediente de repatriación con la finalidad de que dichos menores se reagrupen con sus familiares, bien en sus países de origen, bien en el lugar donde estos se encuentren, o subsidiariamente, la tutela por los servicios de protección de menores de su país de origen.

La normativa de extranjería va dirigida a propiciar que el menor retorne a su país de origen. Pero la repatriación está sujeta a una serie de **requisitos** para asegurar el respeto al principio de interés superior del menor. Dichos requisitos se encuentran recogidos en el artículo 92 del R.D. 2393/2004 (Reglamento de Extranjería):

- El primer requisito a cumplir consiste en la necesaria localización de la familia del menor o, en su defecto, de los servicios de protección de menores de su país de origen, para lo que deberán verificarse las gestiones necesarias por parte de la Comisaría General de Extranjería ante las Embajadas y Consulados correspondientes. Esto salvo que no exista representación diplomática en España, en cuyo caso, estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación.

- Como segunda garantía a cumplir, ha de respetarse el derecho del menor a ser oído en el expediente de repatriación; que incluye no solo el derecho a preguntarle su opinión al respecto, sino el derecho previo a ser informado sobre sus derechos, las circunstancias en las que se encuentra, las decisiones que respecto a él pueden ser acordadas y los medios y vías de recurso con las que cuenta (Recogido en el Informe del Defensor del Pueblo sobre Asistencia jurídica a extranjeros en España). Este trámite de audiencia la menor debe verificarse con las garantías debidas y, en particular, con asistencia jurídica independiente a la de la Administración. (Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca de fecha 13 de octubre de 2006 dictada en P.A. 296/2006 que, entre otras causas estimó la demanda interpuesta contra la resolución de la Subdelegación del Gobierno en Huesca que ordenaba la repatriación por haberse vulnerado el trámite de audiencia al menor).

- Otra garantía igualmente relevante en orden a resolver si el menor debe reintegrarse con su familia o, al menos, retornar a su país de origen se vincula a la información que necesariamente debe conseguirse respecto a su identidad y circunstancias personales y socio-familiares. Y es que, aún en el caso de haberse localizado a la familia del menor o, en su defecto a los servicios de protección de menores del país de origen, el Reglamento prevé que la repatriación solo se acordará si se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen y, adicionalmente, que no procederá la repatriación de verificarse la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o de sus familiares. Por ello, aunque la reintegración familiar sea, en principio, lo más conveniente para el menor, tal decisión no puede ser adoptada

sino tras la realización de un informe de los servicios de protección de menores a cuyo cargo se encuentra el menor, individualizado de las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

- La legalidad del proceso de repatriación se garantiza también por la intervención del Ministerio Fiscal, al que se le comunican todas las actuaciones llevadas a cabo en el curso del mismo, en cuanto que le corresponde la defensa de los derechos e intereses de los menores. En relación con la intervención del Ministerio Fiscal en la repatriación de los MENA, la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado, ordena a los fiscales verificar que en la tramitación de los expedientes de repatriación se ha respetado el contenido mínimo establecido por la normativa de extranjería y, por ende, el interés del menor; esto es que se ha respetado el derecho del menor a ser oído, que se ha evacuado el informe por los servicios de protección de menores, que la repatriación se ha acordado por el Delegado o Subdelegado del Gobierno, que se dan las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen y que no se haya verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares.

En todo caso, la decisión de repatriación debe atender al interés superior del menor; de forma, que aunque, a priori, el interés del menor se encuentre vinculado a su derecho a no ser separado de su familia, no siempre la reintegración familiar es lo que más interesa al menor.

En definitiva, en la vigente normativa de extranjería se articula un marco legal que establece mecanismos de control para evitar que lo que es una repatriación en interés del menor se convierta en una expulsión de hecho. No obstante, la práctica demuestra que en los expedientes de repatriación tales garantías no son siempre respetadas, habiéndose detectado importantes irregularidades al respecto. El problema ha llegado a los Tribunales y se están dictando resoluciones judiciales que están resolviendo en el sentido de impedir las repatriaciones de menores cuando no son acordadas en interés del menor, sino como medidas de expulsión carentes de cobertura jurídica.

Acordada la repatriación esta es susceptible de ejecución como cualquier otro acto administrativo, si bien la resolución puede ser objeto de impugnación ante los tribunales por parte de los interesados, quienes igualmente podrán solicitar la adopción de medidas cautelares dirigidas a la suspensión de la decisión de repatriación.

En tanto se tramita el expediente de repatriación, se lleve a cabo esta o no, **el Estado español tiene la obligación de proteger a todos los menores que se encuentren en su territorio en igualdad de condiciones que los menores españoles**, en virtud de los tratados internacionales de los que España forma parte (Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos del Niño) y de las propias normas nacionales (L.O. 1/1996 de Protección del Menor, o incluso el propio artículo 9.6 del Código Civil).

De este modo, deberá asumirse la tutela por la entidad pública de protección, aunque sea de forma provisional. No obstante, la Administración en numerosas ocasiones se limita a asumir una mera guarda de hecho.

En caso de no procederse a la repatriación del menor a su país de origen, bien porque se haya resuelto la permanencia de éste en España o bien porque se haya acordado la repatriación y ésta no haya podido ejecutarse, el menor quedará a cargo de los servicios de protección de menores con carácter permanente hasta su mayoría de edad o su emancipación. Es el momento oportuno para que la Administración declare el desam-

paro y asuma la tutela ex lege del menor, en caso de no haberlo hecho todavía y además proceda a regularizar su situación en España.

Establece el artículo 92.5 del Reglamento de Extranjería que “transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, de acuerdo con el apartado 2, y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiera sido posible, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero. En todo caso, el hecho de no contar con autorización de residencia no supondrá obstáculo para el acceso del menor a aquellas actividades o programas de educación o formación que, a criterio de la entidad de protección de menores competente, redunden en su beneficio. El hecho de que se haya autorizado la residencia no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente pueda realizarse conforme a lo previsto en este artículo. En el caso de menores tutelados por la entidad de protección de menores competente que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de residencia y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, a la que se hará extensivo lo dispuesto en el artículo 40.j de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero”.

En cuanto a la forma de ejercer la guarda de los MENA por parte de la Administración tutora, se ha optado preferentemente por el acogimiento residencial, sobre todo cuando se trata de menores a partir de determinadas edades (que son la mayoría), aunque en ocasiones se constituyan acogimientos familiares con familias de su misma etnia o religión.

El modo de proceder en Aragón respecto de los MENA: desde el momento en que un menor extranjero es localizado, incluso antes de la prueba de la determinación de la edad, la Administración asume la tutela provisional, una tutela cautelar, que prevé la Ley 12/2001, de 2 de julio, de la Infancia y la adolescencia en Aragón, y luego, una vez determinada la edad, los declaran en desamparo y asumen la tutela automática de modo formal, independientemente de que los pretendan repatriar igualmente.

A mi modo de ver, el tema de los menores ya sean acompañados o no, no ofrece mucha problemática, por cuanto que en un caso se aplicará la ley personal y se adoptarán las medidas de protección determinadas por su ley personal y asumirán su tutela los parientes cercanos (realmente estos casos no son muy frecuentes y como ya hemos visto con la Sentencia de Cádiz nombrada con anterioridad, la jurisprudencia es clara y hay que acreditar la ley personal) o la propia administración en el caso de que el menor permanezca en España.

Planteamiento distinto del tema sería el caso de los mayores incapaces. Se va a plantear y de hecho ya se está planteando con los extranjeros comunitarios que pueblan nuestras costas, el tema de las incapacitaciones de estos extranjeros cuando llegan a la tercera edad y sufran demencias seniles. ¿Qué pasará con estos extranjeros, y me estoy refiriendo no a los comunitarios, sino a los de otras nacionalidades cuando haya que incapacitarlos? En principio y conforme a lo establecido en el artículo 9.6 del Código Civil la tutela se rige por la ley personal y habrá que estar a dicha legislación. Desconozco lo que pasará cuando no se pruebe dicha ley personal, imagino que la casuística dará soluciones para todos los gustos.

No obstante, en cuanto a lo que son medidas de protección, por ejemplo, temas de internamientos urgentes por razones psiquiátricas, por aplicación de las normas de derecho internacional privado, se aplica la normativa del lugar de residencia.

Si se trata de un mayor incapaz en situación de desamparo, en aplicación del artículo 9.6 in fine deberá aplicarse las normas españolas y debería ser tutelado por la propia Administración.

BIBLIOGRAFÍA Y ESTUDIOS DOCTRINALES UTILIZADOS PARA LA ELABORACIÓN DE LA PRESENTE PONENCIA:

1.- *“Matching y Función pública autonómica en la Adopción Internacional. Los casos Berta”*. Javier Pérez Milla. Profesor Titular de Derecho Internacional Privado. Universidad de Zaragoza.

2.- *“Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre: aplicación de la Ley extranjera”*. Alfonso-Luis Calvo Caravaca. Catedrático de Derecho Internacional privado, Universidad Carlos III de Madrid. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación. Profesor Titular de Derecho Internacional privado, Universidad Murcia; y Javier Carrascosa González. Profesor Titular de Derecho Internacional privado. Universidad de Murcia.

3.- *“Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre: Aplicación de la ley española”* Alfonso-Luis Calvo Caravaca. Catedrático de Derecho Internacional privado, Universidad Carlos III de Madrid. Vocal permanente de la Comisión General de Codificación. Profesor Titular de Derecho Internacional privado, Universidad Murcia; y Javier Carrascosa González. Profesor Titular de Derecho Internacional privado. Universidad de Murcia.

4.- *“Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción Internacional”*. Santiago Álvarez González. Universidad Santiago de Compostela.

5.- *“Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción Internacional”*. José María Espinar Vicente, Catedrático de Derecho Internacional Privado. Universidad de Alcalá.

6.- *“El tratamiento de los menores extranjeros no acompañados en Derecho español”*. Aurora López Azcona. Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza.

**COLOQUIO
DE LA CUARTA SESIÓN**

FERNANDO GARCÍA VICENTE (JUSTICIA DE ARAGÓN):

Señor presidente del Tribunal Superior, señor fiscal; señor decano del Colegio de Abogados de Zaragoza (que los decanos son siempre decanos, y sé que está don Javier Hernández: los decanos son siempre decanos); señor decano del Colegio Notarial (pues los decanos de Colegio Notarial son siempre decanos): señor teniente fiscal de la Fiscalía de Huesca... Señor presidente de la Audiencia de Huesca (que como está aquí, no lo he citado antes); señoras y señores; queridos amigos:

Mi participación aquí es solamente para mostrar mi satisfacción, que yo creo que se me nota en la cara, de estar de nuevo en Huesca. La verdad es que es de las cosas agradables que hago cada vez que vengo a Huesca. Y cuando vengo al Foro, porque me encuentro con muchos viejos amigos: con gente que conozco hace mucho tiempo, y que a pesar de que ya no estoy en el día a día aquí, sigo manteniendo la misma excelente relación.

Y no sólo por eso, sino por la satisfacción que produce ver que junto a los clásicos, que somos ya unos cuantos, se incorpora gente nueva al foro que de pronto tomarán el relevo de lo que estamos haciendo nosotros.

Y dar las gracias a todos los que han venido, de aquí o de fuera, por venir, y la satisfacción de ver que hay un número considerable de personas, lo cual quiere decir que el estudio del Derecho Aragonés sigue interesando, y especialmente, en Huesca, que es la cuna, que es de donde surgió todo este Derecho.

Y sin más, cedo la palabra a mi amigo Santiago Serena, para que modere esta mesa. Nada más y cuando quieras.

SANTIAGO SERENA PUIG (Presidente de la Audiencia Provincial de Huesca):

Buenas noches.

Bueno, hoy nos corresponde hacer la cuarta sesión de las jornadas del Foro de Derecho Aragonés. En esta, digamos, jornada descentralizada que vienen haciendo ya desde unos años, desde hace unos años, en Teruel y en Huesca, y que hoy nos corresponde la conferencia de *La aplicación del Derecho civil a los extranjeros*.

Van a actuar como ponentes Ignacio Martínez Lasierra, que es magistrado de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, muy conocido por sus largos años de profesión como abogado en Zaragoza; y desde hace unos meses, magistrado de la Sala Civil elegido por las Cortes de Aragón.

También tengo a mi derecha el profesor Javier Pérez Milla, profesor titular de Derecho Internacional Privado, de la Universidad de Zaragoza, y como componente también, a Montserrat Vicens Burgués, abogada de este Ilustre Colegio de Abogados de Huesca. Y ellos nos van a desarrollar el tema. Me parece que en primer lugar va a intervenir el ponente Ignacio Martínez Lasierra. Tiene la palabra.

IGNACIO MARTÍNEZ LASIERRA (magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Aragón):

Buenas tardes. Bienvenidos...
[Ponencia de Ignacio Martínez Lasierra]
[...]

SANTIAGO SERENA PUIG (Presidente de la Audiencia Provincial de Huesca):

Muchas gracias, Ignacio.
Para seguir un orden lógico de la exposición, pues ahora le corresponde intervenir a Montserrat Vicens, con la adopción y tutela.

MONTSERRAT VICENS BURGUES (Abogada):

Muchas gracias. *[Ponencia de Montserrat Vicens]*
[...]

SANTIAGO SERENA PUIG (Presidente de la Audiencia Provincial de Huesca):

Muchas gracias, Montserrat.
Y sin levantar mano, y sin más dilación, le damos entrada al profesor Javier Pérez Milla, que nos va a dar el punto de vista de la universidad, el académico.

JAVIER PÉREZ MILLA (Profesor titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Zaragoza):

Muchas gracias.
[Ponencia de Javier Pérez Milla]
[...]

SANTIAGO SERENA PUIG (Presidente de la Audiencia Provincial de Huesca):

Bueno, muchas gracias, profesor Pérez Milla.
Bueno, como es tradicional, se abre ahora un momento para el que quiera hacer alguna intervención o alguna pregunta, aunque, en fin. Pocas porque... Realmente, son ya las diez menos veinte, y es muy avanzada la hora.
Si alguien quiere intervenir o preguntar algo...

FERNANDO GARCÍA VICENTE (Justicia de Aragón):

Yo muy brevemente voy a decir una cosa, después de felicitar a los tres ponentes. Quiero decir que... Bueno, para resolver un problema que hay ahí, que es: ¿Cuál es el régimen económico aplicable a los que se casan con distinta vecindad o nacionalidad? Que la solución actual es absurda, porque es: el lugar donde se van a vivir después de contraer matrimonio, y si se casa un aragonés con una catalana y se van a vivir a Galicia, pues resulta que se aplica el régimen de Galicia, y si se van a vivir a Estados Unidos, no se sabe qué régimen es el que se va a aplicar.

Le propuse al Ministro de Justicia una cosa que es muy sencilla, que es que cuando dos se casan, con distinta vecindad o distinta nacionalidad, les pregunte, como hacen en Italia, ¿usted qué qué régimen económico quiere? Y que pongan una cruz. Con lo cual, eso se puede publicar en el Registro Civil, y lo saben no sólo los contrayentes sino que lo saben terceros, que contratan con ellos, y que prácticamente les resulta imposible saber qué régimen económico tiene una persona treinta años después de haberse casado. Porque es imposible saber dónde se fueron a vivir después de haber contraído matrimonio. Nada más.

SANTIAGO SERENA PUIG (Presidente de la Audiencia Provincial de Huesca):

¿Alguien más quiere hacer alguna intervención?

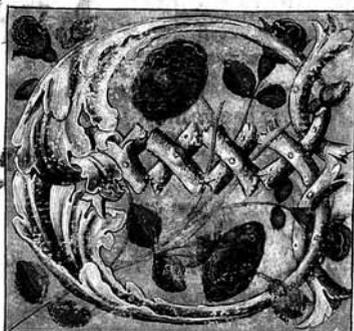
De acuerdo. Bueno, pues yo creo que ya podemos dar por concluida esta sesión. Agradecerles a los ponentes sus brillantes y estudiadas ponencias. Y ya con esto concluimos el ciclo de conferencias del Foro de los decimoctavos encuentros del Foro de Derecho Aragonés, y me parece que estaremos convocados para los decimonovenos, el año que viene, si Dios quiere.

Muchas gracias a todos por su presencia.

Zaragoza, 25 de noviembre de 2008.



Actos de cort: fechos en la villa de alcáñiz en el ayro de abril quatro
cientos treynta y seys: por el Señor Rey don Johan: Rey de nauarra:
lugar tenient general: por el Señor Rey don alfonso: e por los
quatro brazos del Regno de aragon: ~



¶ Capitulo primo: ~

S: ASABER: ONE: LOS: DIOV^{ta}
dos haxyan poder: e puedan costreñir al
arrendador e arrendadores del general
e sus fianças: e los herederos e successo
res de aquellos a pagar los precios de
las arrendaciones: en sus tiempos: al ad
ministrador: e a complir e seruar las co
sas contenidas en los contractos de las
arrendaciones: et a los parconeros: et a otras partes qualesque
re: en las arrendacion o arrendaciones de las generalidades: e otros
die ytos del Regno: assi passados como presentes o venideros a pagar
su part o partes de los precios segunt las obligaciones que fe ytos son
o seran: ~

¶ Capitulo Segundo: ~

Tem. haxyan poder de costreñir todas: e cada unas personas de
qual quere dignitat: preheminencia: estado o condicion hian a pa
gar a los ditos arrendadores los ditos die ytos: e fer les complir las
cosas contenidas en los ditos contractos de las ditas arrendaciones: ~

¶ Capitulo tercero: ~

Tem. haxyan poder de fer pagar: todos e qualesquiere deudos
e restas del general: por qualesquiere personas e vniuersidades de
tos e deudas: e todas e qualesquiere quantias por las ditas razones
e qual quere dellas restantes a pagar: et oyr de palabra e fines
de scripto qualesquiere questiones: e impelros e rebates: que por la
dita razon: se moueran: o faran e aquellas: fasta su buen arbi
trio: e conciencias: declarar e determinar: e aquello executar: ~

¶ Capitulo quarto: ~

