
ESTUDIOS	Acuerdos prematrimoniales: Ley aplicable y Derecho Comparado <i>Prenuptial agreements: Comparative Law and Applicable Law</i>	
	ISABEL ANTÓN JUÁREZ	5
	Competencia externa exclusiva de la Unión Europea y Derecho Internacional Privado <i>Exclusive external competence of the European Union and Private International Law</i>	
	CELIA CARRILLO LERMA	46
	La poligamia e i ricongiungimenti di famiglie poligamiche in Spagna e Italia <i>Polygamy and the reunification of polygamous families in Spain and Italy</i>	
	FEDERICA DI PRIETO	56
	Una aproximación al Tribunal Supremo y <i>certiorari</i> norteamericano <i>Considerations regarding the U.S. Supreme Court and certiorari</i>	
	IBON HUALDE LÓPEZ	71
	Testamentary trusts in English Law: an introductory approach <i>Aproximación a los trusts sucesorios en el Derecho Inglés</i>	
	RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ	96
	Brevi considerazioni sulle interazioni fra diritto internazionale privato e diritti umani <i>Some reflexions on the interactions between private international law and human rights</i>	
	SILVIA MARINO	112
	I provvedimenti provvisori e cautelari nel nuovo regolamento Bruxelles I-bis <i>Provisional measures in the new Brussels I Regulation</i>	
	NICOLÒ NISI	128
	La protección de bienes culturales robados e ilícitamente exportados a EE.UU. Incorporación del Artículo 7 de la Convención de la Unesco de 1970 al Ordenamiento Jurídico Estadounidense <i>Protection of stolen and illicitly exported cultural property to U.S. Incorporation of Article 7 of the 1970 Unesco Convention to the United States Legal System</i>	
	M. ESTHER PORTELA VÁZQUEZ	142
	Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho europeo de la competencia <i>Pharmaceutical patents and private enforcement of Competition Law</i>	
	JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO	186

La sucesión *mortis causa* de ciudadanos ingleses residentes en España: problemas y nuevas perspectivas
Succession mortis causa of English citizens residents in Spain: problems and new perspectives

ALFONSO YBARRA BORES

226

VARIA

Los derechos sucesorios del cónyuge viudo en Derecho Internacional Privado: la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 abril 2014

Inheritance rights of the surviving spouse in private international law: the judgment of the Spanish Supreme Court of 28 april 2014

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

256

Convenio de Roma 1980 y Reglamento Roma I. Ley aplicable a las obligaciones contractuales. El contrato de transporte de mercancías y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

The Rome Convention and the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations. Contracts for the carriage of goods and the European Court of Justice

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

269

SOBRE CDT

Normas de publicación

277

Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)

ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt

Directores

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
(Univ. Carlos III de Madrid)

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Secretaría de Redacción

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ
(Univ. Carlos III de Madrid)

Consejo Asesor

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES
(Univ. Extremadura)

MARÍA DEL PILAR DIAGO DIAGO
(Univ. Zaragoza)

DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO
(Univ. Complutense de Madrid)

FEDERICO F. GARAU SOBRINO
(Univ. Islas Baleares)

PEDRO-PABLO MIRALLES SANGRO
(Univ. Nacional de Educación a Distancia)

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT
(Univ. Pablo de Olavide)

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
(Univ. Carlos III de Madrid)

Comité Científico

CARMEN ALONSO LEDESMA
(Univ. Complutense de Madrid)

TITO BALLARINO †
(Univ. Padova)

STEFANIA BARIATTI
(Univ. Milano)

JÜRGEN BASEDOW
(Max Planck Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht, Hamburg)

CRISTINA CAMPLIGIO
(Univ. Pavia)

JEAN-YVES CARLIER
(Univ. Louvain / Univ. Liège)

ANGELO DAVI
Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

PIETRO FRANZINA
(Univ. Ferrara)

HELÈNE GAUDEMET-TALLON
(Univ. Paris II - Panthéon-Assas)

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO
(Letrado DGRN)

STEFAN LEIBLE
(Univ. Bayreuth)

LUÍS DE LIMA PINHEIRO
(Univ. Lisboa)

ULRICH MAGNUS
(Univ. Hamburg)

PETER MANKOWSKI
(Univ. Hamburg)

HEINZ PETER MANSEL
(Univ. Köln)

DIETER MARTINY
(Univ. Frankfurt a.O.-Viadrina)

JESÚS R. MERCADER UGUINA
(Univ. Carlos III de Madrid)

RUI MANUEL MOURA RAMOS
(Univ. Coimbra)

DÁRIO MOURA VICENTE
(Univ. Lisboa)

HORATIA MUIR-WATT
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

JORGE OVIEDO ALBÁN
(Univ. La Sabana)

LUCIANO PAREJO ALFONSO
(Univ. Carlos III de Madrid)

CATHERINE PRIETO
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

JUANA PULGAR EZQUERRA
(Univ. Complutense de Madrid)

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO
(Univ. Carlos III de Madrid)

MARCOS SACRISTÁN REPRESA
(Univ. Valladolid)

FRANCESCO SALERNO
(Univ. Ferrara)

LUIS A. VELASCO SAN PEDRO
(Univ. Valladolid)

ALESSANDRA ZANOBBETTI
(Univ. Bologna)

Comité de Evaluación

SERGIO CÁMARA LAPUENTE
(Univ. de La Rioja)

ÁNGEL GARCÍA VIDAL
(Univ. de Santiago de Compostela)

FRANCESCO SEATZU
(Univ. degli studi di Cagliari)

EDUARDO VALPUESTA GASTAMINZA
(Univ. de Navarra)

Área de Derecho Internacional Privado - Despacho 4.0.42

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

c/ Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

Teléfono: +34 91 624 89 35

Correo electrónico: celiamaria.caamina@uc3m.es

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

Composición: tallergraficoyeditorial.com - Universidad Carlos III de Madrid

ESTUDIOS

ACUERDOS PREMATRIMONIALES: LEY APLICABLE Y DERECHO COMPARADO

PRENUPTIAL AGREEMENTS: COMPARATIVE LAW AND APPLICABLE LAW

ISABEL ANTÓN JUÁREZ

Doctora en Derecho

*Profesora ayudante de Derecho Internacional privado
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 02.02.2015 / Aceptado: 06.02.2015

Resumen: Los acuerdos celebrados antes del matrimonio permiten a los futuros cónyuges regular aspectos patrimoniales y también personales derivados de su unión. Estos pactos, de tradición anglosajona, pueden resultar muy útiles en caso de ruptura debido a que ya no sólo permiten regular aspectos tan controvertidos como la liquidación económica del matrimonio sino que sobre todo mantienen a los tribunales al margen. Sin embargo, no es oro todo lo que reluce, y a pesar de su utilidad son pactos muy controvertidos. Aunque su admisibilidad es aceptada en muchos ordenamientos no obsta para que los tribunales cuando se tienen que enfrentar a este tipo de pactos deban reflexionar mucho sobre la validez de las cláusulas que el pacto incluye. Esto es así debido a la materia tan delicada que en estos pactos se trata. Todo ello se complica un poco más al aparecer un elemento extranjero, ya que, a la dificultad del análisis que conlleva el pacto se le añade la de determinar la ley aplicable a estos acuerdos.

Palabras clave: Acuerdo prematrimonial, Conflicto de leyes, Ley aplicable, Derecho inglés, Derecho Americano.

Abstract: The prenuptial agreements allow prospective spouses regulate financial and personal aspects about their marriage. These agreements are Anglo-Saxon tradition. They could be very useful in case of rupture because not only can regulate such controversial issues as the economic liquidation of marriage but also can keep to courts outside. However, all that glitters is not gold, despite its usefulness are controversial agreements. Although its admissibility is accepted in many systems it does not avoid the courts should think hard about the validity of their content. This is due to these agreements deal with a very delicate matter. This becomes more complicated when a foreign element appears.

Keywords: *Prenup*, prenuptial agreement, Conflicts of law, Applicable Law, English Law, American Law.

Sumario: I. Introducción. II. Los prenuptial agreements en Derecho comparado. 1. Los acuerdos prematrimoniales en EE.UU. A) Consideraciones generales. B) Los case law más relevantes: desde Posner v. Posner hasta Simeone v. Simeone. C) La regulación sobre prenups en EE.UU. a) Introducción. b) *Uniform Premarital Agreement Act 1983* y *Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012*. c) *Principles of the Law of Family dissolution*. D) El régimen actual de los prenups en EE.UU. E) Consideraciones finales. 2. Los acuerdos prematrimoniales en Inglaterra. A) Aproximación inicial; B) La consideración de los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés antes del asunto Radmacher vs. Granatino. C) El asunto Radmacher v. Granatino. a) Los hechos. b) El test a superar por un prenup para ser válido ante los tribunales ingleses. D) El estado de la cuestión tras Radmacher v. Granatino. E) Consideraciones finales. III. Los acuerdos prematrimoniales en Derecho material español. 1. Regulación legal del prenup en Derecho civil español. 2. La cabida legal de los prenups en el ordenamiento jurídico español. 3. Contenido de los acuerdos prematrimoniales. 5. Formalidades requeridas a un acuerdo prematrimonial. 6 Consideraciones finales. IV. La Ley aplicable a los acuerdos prematrimoniales en Derecho Internacional privado español. 1 Introducción. 2. La calificación del acuerdo prematrimonial.

I. Introducción

1. Los acuerdos prematrimoniales también conocidos como *prenups* son acuerdos entre futuros cónyuges que pueden tener como fin regular tanto aspectos económicos como personales derivados de su unión matrimonial¹. El objetivo de los acuerdos prematrimoniales puede ser triple: 1) Fijar el régimen económico matrimonial por el que se van a regir durante el matrimonio; 2) Evitar la intervención judicial en el reparto del patrimonio de los cónyuges una vez se produce la ruptura. De este modo, el *prenup* es un instrumento que puede servir para atribuir propiedades, renunciar a derechos como la pensión compensatoria o fijar el uso de la vivienda habitual; 3) Regular cuestiones personales e incluso relativas a hijos que todavía no han nacido. *Ad. ex.*, establecer régimen de visitas o cuestiones relativas a su educación.

2. Este tipo de acuerdos de origen anglosajón están en incipiente auge y cada vez menos se ve como una figura exótica relegada a personajes de Hollywood o ricos magnates que buscan proteger su fortuna de su futuro cónyuge. Algunas de las razones por las que los acuerdos prematrimoniales son cada vez más utilizado por el común de los mortales son: 1) *Matrimonios mixtos*. Los matrimonios donde los cónyuges no comparten la nacionalidad son muy frecuentes. Para este tipo de matrimonios el acuerdo prematrimonial es una vía excelente para fijar la Ley que va a regir los efectos del matrimonio, fijar el régimen económico matrimonial y así restar inseguridad a un posible divorcio internacional; 2) *Alto índice de divorcios*. España es un ejemplo de país donde existe un alto índice de divorcios². Las parejas son cada vez más conscientes de que un *prenup* es una vía para mitigar los efectos de una ruptura. La previsión de sus efectos económicos de antemano puede ser una gran ventaja; 3) *Segundas y sucesivas nupcias*. La necesidad de un *prenup* tras un fracaso amoroso anterior puede ser imperiosa. Hijos de anteriores relaciones, ser socio de la empresa familiar, bienes que ha costado mucho esfuerzo conseguir, etc. son motivos que animan a futuros contrayentes a pensar en un acuerdo prematrimonial.

3. España no es un país donde haya existido una larga tradición respecto a la utilización de este tipo de acuerdos, a diferencia de lo que sucede en países como Inglaterra o EE.UU.³. El acuerdo prematrimonial es una figura que tiene su origen en los ordenamientos anglosajones. Una de las explicaciones se debe a la diferente concepción sobre la familia y el matrimonio que se ha tenido en estos países si se compara con los de la Europa continental. En estos últimos, la concepción patriarcal basada en ideas judeo cristianas tenía, y sigue teniendo, influencia en la forma de concebir la familia. En concreto esta concepción arraigada en la sociedad española hacía el matrimonio indisoluble y para toda la vida. Así, el divorcio hasta hace poco más de treinta años estaba prohibido, por lo que un *prenup* quizás no resultaba demasiado útil.

Actualmente, la concepción que se tiene sobre la familia es diferente. El concepto patriarcal de la familia se ha ido dejando atrás, lo que ha permitido nuevos modelos de familia⁴. El modelo tradicional de padre y madre convive con otros donde sólo hay un progenitor o en los que la pareja se forma por miembros del mismo sexo. Así, se puede decir que el modo actual de entender la familia ha hecho que existan cambios también en el modo de concebir las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Otro aspecto que ha tenido bastante importancia tanto en la forma de entender la familia como en las cuestio-

¹ *Vid.* entre otros sobre el término de acuerdo prematrimonial, L. AGUILAR RUIZ, “Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, Aranzadi, 2014, pp. 107-108; B. CLARK, “Prenuptial contracts in English Law: capricious outcomes or legislative clarification”, *Journal of Social Welfare & Family Law*, Vol. 32, nº 3, September 2010, p. 239; M^a. P. GARCÍA RUBIO, “Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil”, *Anuario de Derecho civil*, IV, 2003, p. 1655; J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)”, *Boletín de Derecho de familia*, nº 81, julio 2008, p. 11; C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 78 y ss.; A. J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones matrimoniales. Convenio regulador. Procedimiento consensual*, Lex nova, Valladolid, 2009, p. 43.

² Estudio sobre los índices de divorcio por países <http://www.businessinsider.com/map-divorce-rates-around-the-world-2014-5> (consultado el 3 de diciembre de 2014).

³ *Vid.* J. FERRER-RIBA, “Marital Agreements and Private Autonomy in Spain”, en J. M. SHERPE, *Marital agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oregon, 2012, p. 360.

⁴ Sobre como la nueva concepción sobre la familia influye en el régimen jurídico del matrimonio *vid.* C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales*, Tecnos, Madrid, 2011, pp. 29 y ss.

nes patrimoniales de la misma ha sido la salida de la mujer al mercado laboral. Los ingresos propios con los que cuenta la mujer, su profesión y su dedicación no exclusiva a las tareas domésticas han ido provocando un cambio en los roles sociales clásicos que se habían asignado al matrimonio. En definitiva, el hombre, ya no es por regla general el único que aporta dinero a la familia. Este hecho es importante a la hora de concebir los regímenes económicos matrimoniales.

4. La utilización de este tipo de pactos implica que los tribunales españoles tengan que conocer de asuntos de derecho internacional privado de familia –divorcios, liquidación de regímenes económicos matrimoniales, reclamación de alimentos, etc.– en los que las partes habían firmado un *prenup*. Pero que se reconozca la posibilidad de pactar entre los cónyuges incluso antes del matrimonio no está exento de problemas, ya que, en cuestiones de familia especialmente cuando hay menores no es tan fácil determinar *a priori* la validez de un acuerdo prematrimonial con total rotundidad. Así, a un juez español que se le plantea la validez de un acuerdo prematrimonial entre Suizo y española firmado en Suiza dos meses antes de la celebración del matrimonio y que ahora deciden divorciarse tras diez años de casados se le podrían plantear cuestiones como qué formalidades deberían tener en cuenta las partes para llevar a cabo un *prenup*, cuán amplia es la autonomía de la voluntad de las partes o si se pueden acordar cuestiones relacionadas con los hijos como su educación, sus alimentos o régimen de visitas incluso antes de que estos hijos existan.

5. Para poder entrar a estas cuestiones de fondo lo primero que habría que determinarse es la Ley que va a regir este tipo de acuerdos. El tribunal español una vez determinada su competencia lo primero que debería hacer es determinar la ley aplicable al acuerdo prematrimonial, ya que ésta le permitirá saber si el pacto es válido o no y cómo influye en las pretensiones de las partes. Pero para eso será necesario que determine la norma de conflicto a aplicar al acuerdo prematrimonial.

6. El presente trabajo se va a dividir en tres partes. Esta estructura persigue proporcionar al lector una visión clara sobre la figura conocida como *prenups*. Para ello se estudiarán los ordenamientos de donde proceden o donde existe una mayor tradición en la realización de este tipo de pactos. Por tanto, la primera parte irá dirigida al análisis de los acuerdos prematrimoniales en Derecho comparado, en concreto, en Derecho americano o estadounidense y en Derecho inglés. La segunda parte consiste en el estudio de estos acuerdos en Derecho civil español. El análisis del Derecho interno nos permitirá determinar cuestiones como si los *prenups* están regulados o no en Derecho español, si existen figuras afines en caso de no contar con regulación expresa o el contenido que el Derecho español admite para este tipo de pactos. El estudio del Derecho civil español es crucial porque es lo que nos va a permitir calificar el acuerdo prematrimonial y así especificar la norma de conflicto aplicable en nuestro sistema de Derecho Internacional privado para estos pactos. Así, la tercera parte del trabajo, aunque más breve que las anteriores pero no por ello menos importante, ya que queda abierta a futuras investigaciones, se ocupará de determinar la ley aplicable al *prenup* cuando existen elementos extranjeros en la relación.

II. Los *prenuptial agreements* en Derecho comparado

7. Si buscamos en Derecho comparado ordenamientos con una larga tradición en la regulación y aceptación de los acuerdos prematrimoniales puede ser que no encontremos ninguno. Estos acuerdos son relativamente recientes, tanto en el *Civil Law* como en el *Common Law*⁵. Pero sí que es cierto que en este último sistema de Derecho, especialmente en Estados Unidos (en adelante, EE.UU.) sí que existe un mayor uso, y por tanto, de *Case Law* si se comparara con la Europa continental⁶. El *prenup* surge en las sociedades inglesas, concretamente en las familias adineradas de los siglos XVII y XVIII, con el fin de

⁵ Para un mayor detalle sobre cómo funcionan los sistemas del *Common Law* a diferencia de los del *Civil Law* *vid.*, F. GALGANO, *Atlas de Derecho Privado Comparado*, Fundación Cultural del Notariado, Madrid, 1999, pp. 25-82.

⁶ Una de las razones clave que justifican que en EE.UU. sea más común que los futuros cónyuges pacten es la concepción que han tenido sobre el matrimonio y el divorcio, *vid.* para un estudio de la evolución del matrimonio y el divorcio en EE.UU. C. BIEMMILLER, “The uncertain enforceability of prenuptial agreements: Why the “extreme” approach in Pennsylvania is the right approach for review”, 6 *Drexel L. Review*, 133, 2013-2014, pp. 137 y ss.

proteger el patrimonio de la mujer⁷; patrimonio que generalmente había adquirido antes del matrimonio. Este tipo de acuerdos permitía a la mujer conservar y gestionar la titularidad de sus bienes, en definitiva, era una forma de compensar el diferente trato que la ley brindaba a hombres y a mujeres en aquella época. Hoy en día, el Derecho de igualdad entre los cónyuges ha paliado esta situación.

1. Los acuerdos prematrimoniales en EE.UU.

A) Consideraciones generales

8. EE.UU. es una nación con un sistema plurilegislativo, no hay un único ordenamiento jurídico sino tantos como Estados federales. Así, podemos decir que en EE.UU. existen 51 ordenamientos jurídicos –los ordenamientos de cada uno de los Estados más el del Distrito de Columbia–. El Derecho de familia es una materia federal lo que implica que cada Estado puede regular dicha materia, y por tanto, que existan 51 regulaciones distintas. Sin embargo, no es así del todo, ya que, sin obviar matices, se puede decir que la regulación estadounidense respecto al Derecho de familia es similar entre Estados, *ad ex.*, el régimen económico matrimonial imperante es el de separación de bienes, salvo en tres Estados, California, Nuevo México y Louisiana⁸. Tres razones podrían sustentar la idea de que el derecho de familia en EE.UU. entre Estados guarda semejanzas importantes⁹: 1) *La fuerza unificadora de la constitución*. El Tribunal Supremo de EE.UU. mediante la interpretación de la constitución ha ido desarrollando un conjunto de principios comunes en los que se basa el sistema y que los legisladores federales tienen presente a la hora de legislar; 2) *El importante peso de determinadas asociaciones*. El Derecho de familia es un sector que se ha visto afectado por la presencia de importantes instituciones como la *American Law Institute* o la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws* que promueven la creación de leyes lo más uniformes posible entre Estados; 3) *La influencia que ejercen determinados Estados sobre el resto*. En EE.UU. como en otros muchos Estados del mundo con una organización territorial semejante hay unos Estados que tienen mayor peso bien en lo político, económico, jurídico, etc., esto hace que tengan gran influencia sobre el resto y que marquen tendencia jurídica, así *ad ex.* se puede decir que los Estados de Massachussets, Nueva York, California, Florida y Texas son importantes fuentes de inspiración para el resto.

9. Los puntos comunes en Derecho de familia entre Estados va a influir, como es lógico, en el tratamiento legal que reciban los acuerdos prematrimoniales. Así, se podría decir que por regla general los acuerdos prematrimoniales se admiten en los 50 Estados¹⁰. A continuación, se expondrá una panorámica general de la regulación de estos acuerdos entre cónyuges en EE.UU.

B) Los *case law* más relevantes: desde *Posner v. Posner* hasta *Simeone v. Simeone*

10. Si se habla de acuerdos prematrimoniales y EE.UU no es posible olvidarse del asunto *Posner v. Posner* del año 1972, ya que podría considerarse el primer caso en el que se admitió un pacto prematrimonial en previsión de ruptura¹¹. Hasta esta fecha la regla general fue la inadmisión de los acuerdos prematrimoniales entre cónyuges en los que se preveían los efectos de una posible separación

⁷ Vid. sobre la existencia de acuerdos prematrimoniales antes del siglo XX, L.A. ANGUITA VILLANUEVA, “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, *Estudios sobre validez e ineficacia*, nº 1, 2010, pp. 6 y ss. Disponible en: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=806> (consultado el 9 de diciembre de 2014).

⁸ Vid. I. MARK ELLMAN, “Marital Agreements and Private Autonomy in the United State”, en J.M Sherpe, *Maritel Agreements and Private Autonomy in comparative perspective*, Hart Publishing, Oregon, 2012, p. 405.

⁹ Vid. L.A. ANGUITA VILLANUEVA, “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, *Estudios sobre validez e ineficacia*, nº 1, 2010, pp. 10-11. Disponible en: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=806> (consultado el 9 de diciembre de 2014).

¹⁰ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, decimoquinta ed., Comares, Granada, p. 183.

¹¹ *Posner v. Posner*, 233 So. 2d . 381, [Fla,1970].

o divorcio. La razón que generalmente se solía aducir por los tribunales era que este tipo de pactos vulneraba el orden público por ir en contra de la institución del matrimonio¹².

11. El asunto *Posner v. Posner* tuvo lugar ante el Tribunal Supremo del Estado de Florida, los hechos básicamente fueron los siguientes: pacto celebrado 14 días antes de contraer matrimonio en primeras nupcias, el Sr. Posner se comprometía al pago de una pensión de alimentos para su futura esposa e hijos –en el caso de que los hubiera–. Ambas partes habían recogido en el pacto la cantidad de 600 dólares mensuales para la esposa y de 600 dólares para cada hijo. Tras 6 años de matrimonio y dos hijos en común, el matrimonio se rompe haciendo la esposa valer el pacto. El Sr. Posner se niega a pagar dichas cantidades alegando la falta de obligatoriedad del acuerdo.

El Tribunal Supremo de Florida no llegó a la misma conclusión que el exesposo. Dos aspectos importantes a destacar respecto al razonamiento del tribunal: 1) *Vulneración del orden público*. El tribunal consideró que prever los efectos del divorcio no puede ser considerado contrario al orden público debido a que en dicha sociedad ya entonces el divorcio era muy habitual; 2) *Validez del pacto*. Los argumentos del tribunal para considerar válido el acuerdo fueron principalmente dos: el consentimiento válidamente prestado por ambas partes y la ausencia de cambio en las circunstancias. En base a una sentencia anterior del año 1962 –asunto *Vechio v. Vechio* que también versaba sobre la validez de un acuerdo prematrimonial pero no en previsión de ruptura si no en caso de fallecimiento– en la que se admitió la validez de un acuerdo prematrimonial, el Tribunal consideró que el pacto entre los Posner debía considerarse válido y vinculante debido a que el mismo se celebró con el consentimiento de ambas partes. Consentimiento emitido de forma libre y consciente de las implicaciones del pacto. El tribunal manifestó que únicamente el acuerdo se tendría por no vinculante el caso de que las circunstancias hubieran cambiado y esto provocara que el pacto fuera desproporcionado. Sin embargo, no sucedía tal cosa en dicho asunto, debido a que tras analizar el patrimonio de los cónyuges existente antes y después del matrimonio el tribunal llegó a la conclusión que no habían existido grandes cambios, y que por tanto, el marido debía cumplir con lo pactado. De esta forma el Tribunal Supremo de Florida abre la puerta a la validez de los acuerdos prematrimoniales en EE.UU., puesto que es a partir de ese momento cuando se empieza a considerar que los *prenups* no son contrarios al orden público.

12. Tras este asunto vinieron otros más que han permitido que se forje el tratamiento que hoy día reciben los *prenups* en los tribunales norteamericanos. En el asunto *In re Marriage of Dawley* que tuvo lugar en 1976 ante el Tribunal Supremo del Estado de California consideró que un acuerdo prematrimonial no puede declararse nulo en base a criterios subjetivos de la partes¹³. Es decir, que las partes considerasen que su matrimonio no iba a durar para siempre en el momento de la firma del acuerdo no significa que el acuerdo sea nulo por vulnerar el orden público debido a que con ese “sentir” se estaba fomentando la separación o el divorcio¹⁴. La validez del acuerdo sólo es posible verificarla conforme a criterios objetivos, *ad ex.*, si existió o no consentimiento o si este estaba viciado. En palabras del tri-

¹² Entre muchas *vid. Norris v. Norris*, 174 N.W.2d 368 (Iowa 1970); *Crouch v. Crouch*, 53 Tenn. App. 594 (1964); *Fricke v. Fricke*, 257 Wis. 124 (1950); *Fox v. Davis*, 113 Mass. 255, 257-258 (1873).

¹³ *In re Marriage of Dawley*, 17 Cal.3d 342 [1976, Cal].

¹⁴ Los hechos de este caso son curiosos, la Sra. Betty Johnson, maestra y el Sr. James Dawley, ingeniero de profesión mantienen una relación sentimental de varios años. Esta relación se acaba pero al poco tiempo la Sra. Johnson descubre que está embarazada. Ante esta situación, ambos deciden contraer matrimonio para evitar dañar sus carreras profesionales y la presión social de tener un hijo fuera del matrimonio. Los futuros cónyuges son conscientes de sus desavenencias, y por ello, recogen en un *prenup* dos cuestiones claves: 1) el Sr. Dawley se comprometía durante 14 meses a mantener a la Sra. Johnson, al futuro hijo común y a la hija de la Sra. Johnson fruto de una relación anterior. El fin de este período coincidía con la reincorporación de la Sra. Johnson a su trabajo después de haber tenido a su hijo; 2) Estricta separación de bienes. Ambos cónyuges pactan mantener los patrimonios separados durante el matrimonio excluyendo expresamente el régimen de comunidad de bienes que operaba en California. A pesar de las pésimas expectativas iniciales, el matrimonio acaba a los siete años de firmar el acuerdo. La esposa impugna el pacto por considerarlo nulo. Su fin era que el régimen de separación de bienes recogido en el acuerdo no fuera tenido en cuenta y así aplicar en su lugar el de comunidad de bienes, que era el régimen supletorio en California en aquel momento.

bunal, si se atendieran a ese tipo de consideraciones subjetivas ningún acuerdo prematrimonial podría sobrevivir tras la ruptura¹⁵.

13. Otro asunto a destacar donde se trata otro aspecto importante respecto a la regulación de los *prenups* es el de *Osborne v. Osborne*¹⁶. Aquí uno de los ejes centrales del acuerdo pivota en torno a la renuncia de derechos patrimoniales que pudieran surgir tras una ruptura futura. En este caso dos jóvenes que se conocen en la facultad de medicina deciden contraer matrimonio después de unos años de noviazgo. Él es un médico con expectativas de una buena carrera profesional pero sin patrimonio relevante, ella, sin embargo, es una rica heredera cuya familia tenía un patrimonio valorado en 17.000.000 de dólares. A pocas horas del enlace ambos firman un acuerdo prematrimonial donde establecen separación de bienes y renuncian a cualquier pensión de alimentos que pudieran corresponderle tras el divorcio. Durante el matrimonio, la Sra. Osborne pagó diferentes propiedades con dinero que procedía de un fondo otorgado por su familia. Tras la ruptura, el Sr. Osborne considera que el pacto es nulo debido a que se firmó bajo presión a unas pocas horas del enlace, y por tanto, que tendría también derecho sobre las propiedades adquiridas durante el matrimonio. El tribunal lo tuvo claro. Así, consideró que las partes podían establecer mediante un acuerdo prematrimonial la cuantía de los alimentos o fijar el reparto de bienes adquiridos durante el matrimonio de forma diferente a como se establece en la ley. Este reparto debía cumplir un requisito: ser equitativo en dos momentos, tanto en el momento de la firma del pacto como en el momento de hacerlo valer¹⁷. En el caso de que las circunstancias hubieran cambiado e implicara que dicho reparto no era equitativo, el tribunal podría modificar lo pactado por las partes¹⁸. De este modo, el Tribunal Supremo de Massachusset entendió que el acuerdo no había sido celebrado bajo coacción y que al Sr. Osborne no le correspondía ninguna de las propiedades adquiridas durante el matrimonio. Lo primero debido a que la pareja antes del enlace había mantenido diferentes conversaciones sobre el acuerdo, por lo tanto, él era consciente de lo que firmaba. Lo segundo, todas las propiedades se pagaron con dinero de la esposa, él nunca aportó ninguna cantidad para adquirirlas, y en ningún caso, pudo justificar que hubieran sido regaladas por la esposa¹⁹.

14. Un asunto a reseñar que ha sido citado en numerosos asuntos posteriores es *Scherer v. Scherer*²⁰. Este caso fue resuelto por el Tribunal Supremo del Estado de Georgia en 1982. La fama de este asunto es debido a que el tribunal analiza una serie de factores para considerar si el acuerdo prematrimonial es válido o no lo es. Es decir, en base a resoluciones anteriores sobre la materia que han tenido lugar en diferentes tribunales de distintos Estados se llega a un “test” que el *prenup* debe superar para ser considerado válido. Este test o examen a superar por el *prenup* consiste en analizar tres aspectos²¹: 1) El acuerdo debe haberse formado bajo un consentimiento válido y libre emitido por ambas partes. Así,

¹⁵ “A rule measuring the validity of antenuptial agreements by the subjective contemplation of the parties hazards the validity of all antenuptial agreements. No agreement would be safe against the risk that a spouse might later testify that he or she anticipated a marriage of short duration when he or she executed the agreement. Disputes concerning the validity of the agreement may arise” [In re Marriage of Dawley, 17 Cal.3d 352].

¹⁶ *Osborne v. Osborne*, 384, 591 1981 (Mass. 1981). Vid. P.M.DONNA, “Antenuptial Contracts Governing Alimony or Property Rights Upon Divorce: *Osborne v. Osborne*”, *Boston College Law Review*, vol. 24, 469, 1983.

¹⁷ *Osborne v. Osborne*, 384 (Mass.1981), p. 599.

¹⁸ El mismo tribunal pone ejemplos de cuándo se considera que las circunstancias han cambiado, así señala: “where it is determined that one spouse is or will become a public charge, or where a provision affecting the right of custody of a minor child is not in the best interests of the child” [*Osborne v. Osborne*, 384 Mass., p. 599].

¹⁹ *Osborne v. Osborne*, 384 (Mass. 1981), pp. 601-605.

²⁰ *Scherer v. Scherer*, 249 GA. 635, 292 S.E.2d 662 (1982). Entre los asuntos recientes resueltos por el Tribunal Supremo de Georgia en los que se decide conforme “el test Scherer” vid. *Mallen v. Mallen*, 622 S.E.2d 812 (2005); *Cobertt v. Cobertt*, 628 S.E.2d 585 (2006); *Blige v. Blige*, 283 GA 65 (2008); *Dove v. Dove*, S09A0197, S09X0198 (2009), *Quarles v. Quarles*, S09A0928 (2009).

²¹ *Scherer v. Scherer*, 249 GA. p. 640, apartado 3, “In those jurisdictions which have begun enforcing antenuptial agreements in contemplation of divorce, it has been held that such contracts, as others, should not be given carte-blanche enforcement. Rather, the cases hold that the trial judge should employ basically three criteria in determining whether to enforce such an agreement in a particular case: (1) was the agreement obtained through fraud, duress or mistake, or through misrepresentation or nondisclosure of material facts? (2) is the agreement unconscionable? (3) Have the facts and circumstances changed since the agreement was executed, so as to make its enforcement unfair and unreasonable? (...)”

el error, fraude o la coacción impiden que el acuerdo sea válido y vinculante; 2) El acuerdo no debe ser desproporcionado. El tribunal no precisa nada más, ni qué se debe entender por “*unconsciable*” ni en qué momento debe apreciarse, si en el de celebración, en el momento de hacerlo valer o en ambos; 3) El acuerdo no puede devenir en injusto debido a que las circunstancias o hechos de los cónyuges han cambiado tan considerablemente como para llegar a tal extremo. En este caso en concreto, en base al test señalado, la *Court Supreme* del Estado de Georgia dio la razón a la esposa que era la que pretendía que el pacto fuera vinculante.

15. Por último, el asunto *Simeone v. Simeone*²². Este es un asunto a destacar debido a que ha fijado una corriente propia, apartada del tratamiento general que han recibido los *prenups* en USA. Es más, el actual *Divorce Code* del Estado de Pensilvania recoge la visión establecida en *Simeone v. Simeone* sobre los acuerdos prematrimoniales²³. El Tribunal Supremo de Pensilvania consideró que las partes tienen total libertad para regular los efectos de su ruptura como mejor consideren sin que sean de aplicación los mecanismos de protección utilizados en el Derecho de familia. Los acuerdos prematrimoniales son considerados un tipo más de contratos.

Los hechos que dan lugar a este caso podrían resumirse en lo siguiente: el Sr. Simeone, cirujano de 39 años, firma con su prometida, enfermera desempleada de 23 años un acuerdo prematrimonial la noche antes del enlace. Él sí cuenta con asesoramiento legal, de hecho su abogado estaba presente en el momento de la firma, pero ella no. El acuerdo prematrimonial recoge una pensión de alimentos a favor de la futura esposa de 200 dólares semanales hasta un máximo de 25.000 dólares. Tras siete años, el matrimonio hace aguas y deciden separarse. Desde ese momento hasta que se interpone la demanda de divorcio, el Sr. Simeone cumple el pacto y paga a su exmujer la pensión acordada. Tras dos años separados, la Sra. Simeone inicia un procedimiento de divorcio en el que solicita *alimony pendente lite*, a lo cual había renunciado en el *prenup*. La *Supreme Court of Pennsylvania* lo tiene claro, el acuerdo es válido y por lo tanto ejecutable²⁴. El argumento de la esposa para hacer nulo el acuerdo –no haber recibido asesoramiento legal– no es admitido debido a que el tribunal considera que el acuerdo prematrimonial es un contrato. De este modo, supeditar la validez de un acuerdo prematrimonial a tal requisito iría en contra de los principios sobre los que descansa el Derecho de los contratos²⁵.

El razonamiento anti-paternalista del tribunal, en base al cual los cónyuges son completamente iguales, dejando atrás la consideración de que la mujer es más débil que el hombre. Este parecer ha sido seguido en numerosas ocasiones posteriores a la sentencia como argumento a favor de la libertad de pacto y sin cortapisas en los acuerdos entre cónyuges²⁶.

²² *Simeone v. Simeone*, 581 A.2d 162 (Pa,1990).

²³ 23 PA. CONS. STAT. ANN 3106(West 2012).

²⁴ *Simeone v. Simeone*, 581 A.2d 162 (Pennsylvania,1990), p. 400.

²⁵ *Simeone v. Simeone*, 581 A.2d 162 (Pennsylvania,1990), p. 401.

²⁶ “*There is no longer validity in the implicit presumption that supplied the basis for Geyer and similar earlier decisions. Such decisions rested upon a belief that spouses are of unequal status and that women are not knowledgeable enough to understand the nature of contracts that they enter. Society has advanced, however, to the point where women are no longer regarded as the “weaker” party in marriage, or in society generally. Indeed, the stereotype that women serve as homemakers while men work as breadwinners is no longer viable. Quite often today both spouses are income earners. Nor is there viability in the presumption that women are uninformed, uneducated, and readily subjected to unfair advantage in marital agreements. Indeed, women nowadays quite often have substantial education, financial awareness, income, and assets. Accordingly, the law has advanced to recognize the equal status of men and women in our society. See, e.g., Pa. Const. art. 1, § 28 (constitutional prohibition of sex discrimination in laws of the Commonwealth). Paternalistic presumptions and protections that arose to shelter women from the inferiorities and incapacities which they were perceived as having in earlier times have, appropriately, been discarded. See Geyer, 516 Pa. at 509-14, 533 A.2d at 431-33 (dissenting opinion of Mr. Chief Justice Nix setting forth detailed history of case law evidencing a shift away from the former paternalistic approach of protecting women towards a newer approach of equal treatment). It would be inconsistent, therefore, to perpetuate the standards governing prenuptial agreements that were described in Geyer and similar decisions, as these reflected a paternalistic approach that is now insupportable. Further, Geyer and its predecessors embodied substantial departures from traditional rules of contract law, to the extent that they allowed consideration of the knowledge of the contracting parties and reasonableness of their bargain as factors governing whether to uphold an agreement. Traditional principles of contract law provide perfectly adequate remedies where contracts are procured through fraud, misrepresentation, or duress. Consideration of other factors, such as the knowledge of the parties and the reasonableness of their bargain, is inappropriate. See Geyer, 516 Pa. at 516-17, 533 A.2d at 434-35 (Flaherty, J. dis-*

16. En definitiva, en esta primera época los acuerdos prematrimoniales ya dejan de ser considerados contrarios al orden público por fomentar las rupturas matrimoniales. Las separaciones o divorcios entre los años 70 y los 80 eran una realidad social de la que los jueces eran conscientes. Por tanto, permitir un acuerdo antes del matrimonio para regular los efectos de una posible ruptura no debería ser prohibido *per se*, ya que la institución del matrimonio no tiene por qué verse negativamente afectada.

C) La regulación sobre *prenups* en EE.UU.

a) Introducción

17. Las sentencias de los Estados que se han señalado influyeron en decisiones posteriores. Dichas decisiones judiciales fijaron un precedente a favor de la validez de los acuerdos entre cónyuges. Sin embargo, en aquella época todavía había mucho camino por recorrer. Los criterios para admitir los acuerdos prematrimoniales no eran unánimes, especialmente en lo referido entre Estados. Así las cosas, todavía seguía existiendo mucha incertidumbre sobre la validez de los acuerdos celebrados antes del matrimonio. Con el fin de paliar dicha situación surge la *Uniform Premarital Agreements Act* en el año 1983²⁷. Este texto vino de la mano de la *Uniform Law Commission* también conocida como *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*. El objetivo de esta norma era unificar el régimen jurídico de los acuerdos prematrimoniales en los diferentes Estados. Sin embargo, el éxito del proyecto ha sido relativo, puesto que lo adoptaron 26 Estados de 50, algunos de ellos lo adoptaron con modificaciones en atención a su derecho de familia y además el alcance del texto era bastante limitado debido a que sólo se refería a los acuerdos celebrados antes del matrimonio, no incluía ni los acuerdos postnupciales, ni los de separación y mucho menos los que se celebraban entre parejas de hecho.²⁸

18. En el año 2012, después de casi 30 años desde el *Uniform Premarital Agreements Act*, la *Uniform Law Commission* ha publicado otro texto sobre acuerdos entre cónyuges denominado *Uniform Premarital and Marital Agreements Act*²⁹. La justificación del cambio radica en aportar una mayor seguridad jurídica a la materia. El tratamiento de los acuerdos entre cónyuges varía de Estado en Estado. Hay en algunos donde no ha habido apenas casos y otros en los que ha habido muchos. Aún así, sostienen que hasta incluso donde ha habido asuntos sobre estos temas, las decisiones de los tribunales no han sido unánimes. Esta situación crea incertidumbre especialmente cuando las parejas se trasladan de unos Estados a otro. Este texto actualmente adoptado por 3 Estados –Dakota del Norte, Colorado, Mississippi– más el Distrito de Columbia surge con el fin de adaptar el texto anterior del año 1983 a los tiempos actuales, y así, dotar a los acuerdos celebrados antes y después del matrimonio de un mismo régimen jurídico³⁰.

senting). *Prenuptial agreements are contracts, and, as such, should be evaluated under the same criteria as are applicable to other types of contracts. See Geyer, 516 Pa. at 508, 533 A.2d at 431 (“These agreements are nothing more than contracts and should be treated as such.” (Nix, C.J. dissenting)). Absent fraud, misrepresentation, or duress, spouses should be bound by the terms of their agreements”, Simeone v. Simeone, 581 A.2d 162 (Pa, 1990), pp. 399 y 340.*

²⁷ Disponible en la webpage de la *Uniform Law Commission*, http://www.uniformlaws.org/shared/docs/premarital%20agreement/upaa_final_83.pdf (consultado el 16 de diciembre de 2014).

²⁸ Sobre el alcance limitado del *Uniform Premarital Agreements Act* 1983 y como los Estados lo han ido adoptando con variaciones *Vid.* A. CURRY, Comment, “The Uniform Premarital Agreement Act and Its Variations throughout the States,” 23 *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 355 (2010), disponible en http://www.aaml.org/sites/default/files/MAT206_3.pdf (consultado el 16 de diciembre de 2014).

²⁹ Disponible en la webpage de la *Uniform Law Commission*, http://www.uniformlaws.org/shared/docs/premarital%20and%20marital%20agreements/2012_pmaa_final.pdf (consultado el 16 de diciembre de 2014).

³⁰ La *Uniform Law Commission* en el título preliminar del *Uniform Premarital Agreements Act* 2012 señala que “*The general approach of this act is that parties should be free, within broad limits, to choose the financial terms of their marriage. The limits are those of due process in formation, on the one hand, and certain minimal standards of substantive fairness, on the other (...). This act chooses to treat premarital agreements and marital agreements under the same set of principles and requirements. A number of states currently treat premarital agreements and marital agreements under different legal standards, with higher burdens on those who wish to enforce marital agreements (...)*”.

19. Junto con los textos mencionados anteriormente es necesario destacar otro texto de gran influencia para los juristas norteamericanos en el Derecho de familia, este se conoce como *Principles of the Law of Family dissolution* del año 2002. El capítulo séptimo es el que se ocupa de los acuerdos entre cónyuges. A continuación se detallará la regulación que realiza cada uno de estas normas respecto a los acuerdos prematrimoniales.

b) *Uniform Premarital Agreement Act 1983 y Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012*

20. Como ya se ha señalado la *Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012* es una renovación del texto del año 1983. Por ese motivo, se va a estudiar la regulación del texto del año 2012 haciendo únicamente mención al texto de 1983 en relación a los aspectos en los que se diferencian.

21. Una diferencia a destacar es que el ámbito de aplicación se amplía con el texto de 2012. Este resulta aplicable no sólo a acuerdos prematrimoniales sino también a postnupciales, a diferencia del de 1983 que únicamente iba dirigido a acuerdos prematrimoniales³¹. Sin embargo, quedan fuera los acuerdos de separación y los acuerdos entre convivientes o parejas de hecho³².

22. El régimen para los *prenups* que recoge el *Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012* se podría resumir en dos importantes aspectos: 1) Requisitos para su validez; 2) Contenido.

1) *Requisitos para su validez*. El acuerdo debe firmarse por ambas partes y recogerse en un soporte que permita inscribirlo en un medio tangible o almacenarlo en un soporte electrónico o en cualquier otro medio que permita acceder a él. En el *Uniform Premarital Agreement Act 1983* se exigía la forma escrita. En el texto actual, es válida cualquier forma, escrita u oral, ambas están permitidas, lo importante es que el acuerdo quede recogido fehacientemente en un medio que permita comprobar su existencia. Actualmente, en la práctica totalidad de los Estados se exige que el acuerdo prematrimonial se realice por escrito, *ad ex.* el Estado de California³³.

La *Section 9* del *Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012* recoge una serie de criterios que son necesarios para que el acuerdo pueda ser eficaz entre las partes. Entre ellos se podrían destacar los siguientes: *a)* el consentimiento debe ser libre, no obtenido mediante coacción; *b)* las partes deben haber sido asesoradas de forma independiente³⁴; *c)* se puede renunciar a derechos que por ley corresponden a los cónyuges, pero en ese caso, es necesario diferenciar dos supuestos: 1) que la renuncia se realice contando con un asesoramiento legal independiente al momento de la firma del acuerdo; 2) que si la renuncia se realiza sin haber contado con asesoramiento legal, se recoja claramente en el acuerdo a qué se está renunciando; *d)* cada parte debe haber sido informada del patrimonio del otro antes de la firma del acuerdo³⁵; *e)* es posible renunciar a la pensión de alimentos salvo que dicha renuncia provoque que uno de los cónyuges quede en tal situación económica que tenga que intervenir el Estado para ayudarle a subsistir. En líneas generales los requisitos exigidos para que el acuerdo puede ser válido son muy semejantes a lo establecido en el texto de 1983, excepto en un aspecto. El nuevo texto incluye la *Second Look*

³¹ Sección 2 del *Uniform Premarital Agreement Act 1983*.

³² El legislador en el comentario a la Sección 2 explica la naturaleza diferente entre los *marital agreements* y los *separation agreements* y cómo afecta la misma en su *enforcement*.

³³ Family Code, Section 1611, "*A premarital agreement shall be in writing and signed by both parties. It is enforceable without consideration*".

³⁴ La *Section 9*, letra b establece cuándo se considera que ha habido asesoramiento legal independiente. Textualmente señala que "*A party has access to independent legal representation if: (1) before signing a premarital or marital agreement, the party has a reasonable time to: (A) decide whether to retain a lawyer to provide independent legal representation; and (B) locate a lawyer to provide independent legal representation, obtain the lawyer's advice, and consider the advice provided; and (2) the other party is represented by a lawyer and the party has the financial ability to retain a lawyer or the other party agrees to pay the reasonable fees and expenses of independent legal representation*".

³⁵ La *Section 9*, letra d señala que se considera que ha existido información sobre el patrimonio de la otra parte si: "*(1) receives a reasonably accurate description and good-faith estimate of value of the property, liabilities, and income of the other party; (2) expressly waives, in a separate signed record, the right to financial disclosure beyond the disclosure provided; or (3) has adequate knowledge or a reasonable basis for having adequate knowledge of the information described in paragraph (1)*".

doctrine, es decir, se va a controlar que el acuerdo no sea desproporcionado ni momento de la firma ni en el momento de hacerlo valer³⁶. Esta doctrina está muy extendida en el Derecho de familia norteamericano, ya que permite evitar situaciones injustas como consecuencia del cambio de circunstancias con el paso del tiempo³⁷. La propia naturaleza de este tipo de acuerdos –regular los efectos de una futura ruptura de acuerdo a las circunstancias o condiciones actuales– puede dar lugar a que las circunstancias bajo las que se pactaron hayan cambiado y que los términos del pacto se conviertan en injustos o desproporcionadas pasados una serie de años. Esta preocupación por los efectos del acuerdo en las partes en el momento de ejecutarlo también la comparten los jueces ingleses como podremos observar más adelante.

2) *Contenido*. El *Uniform Premarital Agreement* 1983 recogía en la *Section 3* un contenido mínimo u orientativo sobre lo que podía versar el acuerdo, no era lista *numerus clausus*³⁸. Sin embargo, el texto de 2012, a diferencia de su antecesor, no recoge una lista de materias a incluir en el *prenup*, sino que señala en la *Section 10* una serie de contenido o cláusulas que de incluirse en el acuerdo serían inejecutables. Este tipo de cláusulas no son vinculantes bien porque perjudican a los hijos, o porque penalizan a una de las partes por solicitar antes los tribunales la separación o el divorcio, o por restringir alguna de las compensaciones o remedios que la ley del Estado establece en los casos de violencia de género. Además, en esa misma *section* señala que los aspectos que las partes fijen en el acuerdo sobre los derechos y deberes respecto a la custodia de los hijos no son vinculantes para el tribunal. Por lo tanto, en base *Uniform Premarital and Marital Agreements Act* 2012 los cónyuges tienen total libertad para estipular tanto las cuestiones personales como patrimoniales que consideren oportunas, siempre como límite el orden público y el no perjuicio de los hijos.

c) *Principles of the Law of Family dissolution*

23. Los *Principles of the Law of Family dissolution* (en adelante, *PFD*) es un texto publicado en el año 2002 por el *American Law Institute*. Este texto ha presentado una gran influencia en los juristas estadounidenses, ya que se puede decir que en sus más de 1000 páginas se recogen los aspectos más significativos o importantes del Derecho de familia en EE.UU.³⁹.

24. El capítulo siete es el que se ocupa de los acuerdos entre cónyuges. Este capítulo regula no sólo los acuerdos prematrimoniales y postmatrimoniales sino también los de separación y divorcio además de los acuerdos entre convivientes. Por lo tanto, el ámbito de aplicación de los *PFD* es mayor que el del *Uniform Premarital Agreement Act* 1983 y del *Uniform Premarital and Marital Agreements Act* 2012. En definitiva, el capítulo siete de los *PFD* busca dar respuesta a cuestiones sobre el tratamiento de los acuerdos entre cónyuges que el *Uniform Premarital Agreement Act* 1983 no respondía, *ad ex*. número de días previos necesarios para celebrar el acuerdo antes del enlace o la equiparación en el tratamiento de los acuerdos entre parejas de hecho con los acuerdos entre cónyuges.

³⁶ Respecto a la *Second Look Review* *vid.*, I. MARK ELLMAN, “Marital Agreements and Private Autonomy in the United State”, en J.M SHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in comparative perspective*, Hart Publishing, Oregon, 2012, pp. 427-429.

³⁷ Section 9, letra f, “A court may refuse to enforce a term of a premarital agreement or marital agreement if, in the context of the agreement taken as a whole: (1) the term was unconscionable at the time of signing; or (2) enforcement of the term would result in substantial hardship for a party because of a material change in circumstances arising after the agreement was signed.”

³⁸ “(a) Parties to a premarital agreement may contract with respect to: (1) the rights and obligations of each of the parties in any of the property of either or both of them whenever and wherever acquired or located; (2) the right to buy, sell, use, transfer, exchange, abandon, lease, consume, expend, assign, create a security interest in, mortgage, encumber, dispose of, or otherwise manage and control property; (3) the disposition of property upon separation, marital dissolution, death, or the occurrence or nonoccurrence of any other event; (4) the modification or elimination of spousal support; (5) the making of a will, trust, or other arrangement to carry out the provisions of the agreement; (6) the ownership rights in and disposition of the death benefit from a life insurance policy; (7) the choice of law governing the construction of the agreement; and (8) any other matter, including their personal rights and obligations, not in violation of public policy or a statute imposing a criminal penalty. (b) The right of a child to support may not be adversely affected by a premarital agreement”.

³⁹ *Vid.* M. R. CLISHAM/R. FRETWELL WILSON, “American Law Institute’s Principles of the Law of Family Dissolution, Eight Years After Adoption: Guiding principles or Obligatory Footnote”, *Family Law Quarterly*, volume 42, nº 3, 2008, pp. 573- 575.

25. El apartado 7.01 y 7.02 de los *PDF* dejan entrever la naturaleza que los acuerdos prematrimoniales tienen en el ordenamiento jurídico estadounidense. Estos acuerdos son contratos mediante los cuales los cónyuges o parejas asimilables pueden fijar derechos y obligaciones entre ellos de forma diferente a lo que la ley establece⁴⁰. Sin embargo, el acuerdo prematrimonial no es un contrato cualquiera y así se refleja en los apartados siguientes de los *PDF* con los aspectos que regula⁴¹. De éstos, merecen especial atención dos aspectos que de hecho actualmente tienen bastante influencia en la validez de un acuerdo prematrimonial ante tribunales norteamericanos:

1) *Consentimiento libre e informado*. El apartado 7.04 recoge que la parte que quiere hacer valer el acuerdo es la que debe probar que el consentimiento emitido por la otra parte fue informado y obtenido sin coacción. El propio texto recoge una serie de requisitos que permiten presumir si se cumplen que el consentimiento fue libre e informado⁴². El hecho de que se invierta la carga de la prueba y sea la parte que pretenda hacer efectivo el pacto la que deba probar la validez del consentimiento permite afirmar que el régimen jurídico de los *prenups* no es el mismo que el de cualquier contrato⁴³. Para los *PDF* en este tipo de acuerdos la libertad de pacto está acotada, no es sin límites, como se sostuvo en el asunto *Simeone v. Simeone*⁴⁴.

2) *Injusticia sustancial*. Un acuerdo prematrimonial no va a poder ser vinculante si presenta una “injusticia sustancial” para alguno de los cónyuges al momento de hacerlo valer. En definitiva, esto es la *Second Look doctrine* que señalábamos en los *Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012*⁴⁵. Los propios *PDF* establecen quién debe probar que el pacto provoca tal injusticia y qué criterios podrían demostrarlo. Así, en el apartado 7.05 número dos se señalan tres aspectos que de tener lugar y ser probadas por la parte que impugna la validez del acuerdo podrían indicar al juez que el pacto o alguna de sus cláusulas provoca resultados injustos. Estos son los siguientes: a) *transcurso de una serie de años desde el acuerdo*. Esto es una realidad, a mayor número de años, más posibilidades de que las circunstancias de los cónyuges cambien. Pero, sin embargo también, hay que tener en cuenta que en sí mismo el paso de los años no implica que el pacto se haya convertido en injusto para una de las partes⁴⁶; b) *la existencia*

⁴⁰ El apartado 7.01 define acuerdo prematrimonial como “*an agreement between parties contemplating marriage that alters or confirms the legal rights and obligations that would otherwise arise under these Principles or other law governing marital dissolution*”. El apartado 7.02 señala que el objetivo del capítulo siete es: “*The objective of this Chapter is to allow spouses, those planning to marry, and those who are or plan to become domestic partners, to accommodate their particular needs and circumstances by contractually altering or confirming the legal rights and obligations that would otherwise arise under these Principles, or other law governing marital dissolution, subject to constraints that recognize both competing policy concerns and limitations in the capacity of parties to appreciate adequately, at the time of the agreement, the impact of its terms under different circumstances*”.

⁴¹ El comentario d. al apartado 7.01 de los *PDF* señala sobre la naturaleza de los acuerdos entre cónyuges lo siguiente: “*A premarital or marital agreement is a contract, and must therefore satisfy the applicable requirements of contract law. A comprehensive statement of contract principle is, however, beyond the scope of this Chapter. Its subject is instead those additional principles required by the special nature of the contracts to which the Chapter applies*”.

⁴² Los requisitos que señala el apartado 7.04 son: 1) Celebración del acuerdo al menos 30 días antes del matrimonio; 2) La posibilidad de haber recibido asesoramiento jurídico independiente; 3) y en el supuesto de no haberlo recibido que el acuerdo esté redactado de tal forma que permita comprender a un adulto de inteligencia normal a qué derechos está renunciando con el acuerdo y las consecuencias perjudiciales que podría implicar. Además, en el caso de que se limite o se renuncie a los pagos compensatorios o se pacte un régimen diferente al de comunidad de bienes se exige que se informe al otro cónyuge del patrimonio existente al momento de la firma del acuerdo. El mismo apartado 7.04 señala que se considera que el otro cónyuge ha sido informado cuando antes de firmar el acuerdo se le presenta una lista escrita precisando los activos más importantes y su valor en ese momento, los ingresos anuales de los tres años anteriores y la información de cualquier adquisición futura o cambio en los ingresos.

⁴³ *Vid.* en este sentido, L.A. ANGUIA VILLANUEVA, “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, *Estudios sobre validez e ineficacia*, n° 1, 2010, pp. 6 y ss. Disponible en: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=806> (consultado el 13 de enero de 2014), pp. 27-28.

⁴⁴ *Simeone v. Simeone*, 581 A.2d 162 (Pennsylvania, 1990).

⁴⁵ El *Uniform Premarital Agreement Act 1983* no tenía en cuenta el cambio de circunstancias y los efectos que provocaban en los cónyuges, en la renovación de 2012 y siguiendo a los *PDF*, se ha incluido este extremo tal y como se ha señalado previamente.

⁴⁶ *Vid.* L. A. ANGUIA VILLANUEVA, “Acuerdos prematrimoniales: del modelo de los Estados Unidos de América a la realidad española”, *Estudios sobre validez e ineficacia*, n° 1, 2010, pp. 6 y ss. Disponible en: <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/docannexe.php?id=806> (consultado el 13 de enero de 2014), p. 29.

de hijos comunes. Que el pacto no prevea la existencia de hijos es considerada en los *PFD* un indicio de injusticia sustancial. Esta previsión no tiene quizás demasiado sentido cuando las cuestiones relativas a los hijos son consideradas de orden público. Ningún acuerdo que perjudique a los hijos comunes va a poder sobrevivir, pero no tanto porque las circunstancias desde el momento de la firma al momento de hacerlo valer han cambiado sino por la materia tan delicada sobre la que se está pactando; *c) situaciones imprevistas*. El cambio de circunstancias desde la firma del acuerdo hace que la ejecución del pacto provoque resultados injustos respecto a uno de los cónyuges o los hijos en el momento de hacerlo valer. Los hechos que han sucedido y no se han previsto en el acuerdo han podido ser positivos o negativos –la ruina económica de uno de los cónyuges, una enfermedad que impide trabajar, ganar un importante premio en la lotería, etc.–, lo relevante es que dichos hechos, muy diferentes a los que motivaron el acuerdo, provocan que el acuerdo o alguna de sus cláusulas sean injustas.

D) El régimen actual de los *prenups* en EE.UU.

26. Los textos analizados posteriormente –*Uniform Premarital Agreement 1983, Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012 y Principles of the Law of Family Dissolution*– aunque diferentes entre sí, han permitido perfilar el régimen general de los acuerdos prematrimoniales en EE.UU. De este modo, podríamos decir que la regla general es que este tipo de pacto son totalmente lícitos en los 50 Estados, ya que la consideración de ser contrarios al orden público por atentar contra el matrimonio se dejó atrás hace más de 30 años. Sin embargo, sí que es cierto, que aunque se consideren válidos, su régimen no es el de cualquier contrato, sino que tienen un régimen especial adaptado a sus particularidades⁴⁷. Particularidades como la relación de las partes entre sí –futuros cónyuges– o la materia objeto de los *prenups* –régimen económico matrimonial, cuestiones relativas a hijos, renuncia de derechos, etc.–. Esta ha sido la visión tradicional y que actualmente siguen la mayoría de los Estados. Frente a esta visión, existe otra mucho menos garante de las partes. Esta posición fue reflejada en el asunto *Simeone v. Simeone*, que considera que los acuerdos prematrimoniales no deben considerarse contratos especiales, y que por tanto, su régimen debe ser el aplicable a cualquier contrato⁴⁸.

27. Así, el régimen jurídico actual de los acuerdos prematrimoniales se podría decir que oscila entre la visión tradicional –los *prenups* deben regirse por un régimen diferente a los contratos civiles o mercantiles– y una visión nueva, menos garantista con las partes –los *prenups* deben ajustarse al régimen general de los contratos sin más peculiaridades que la que concierne a la necesidad de informar a la otra parte sobre el patrimonio–⁴⁹. Se podría decir que el *Uniform Premarital Agreement 1983* está más cerca de esta última visión, mientras que los *PFD* más cerca de la visión tradicional⁵⁰. De este modo, el régimen que los tribunales han venido aplicando a los acuerdos prematrimoniales podría quedar resumido en cuatro aspectos:

28. 1) *Contrato formal*. El acuerdo prematrimonial no puede celebrarse oralmente, debe ser recogido por escrito, así lo establecen las normativas de los distintos Estados que regulan este tipo de acuerdos. Además, en algunos de ellos se exige no sólo la forma escrita sino la presencia de testigos como se exigió por el Tribunal Supremo de Georgia en el asunto *Dove v. Dove*⁵¹. Otro aspecto que per-

⁴⁷ Esta visión se puede extraer de los requisitos que exigen las numerosas sentencias sobre la materia para que un *prenup* sea válido, desde *Sherer v. Sherer*, 249 GA. 635, 292 S.E.2d 662 (Georgia, 1982), pasando por *Button v. Button*, 388 N.W.2d 546 (Wisconsin, 1986) hasta llegar a otras más recientes como *Blige v. Blige* 283 GA 65 (2008), *Sailer v. Sailer*, Nº. 20100038, (N. Dakota, 2010); *Braha v. Braha*, Nº 718-625-6777, (New York, 2014).

⁴⁸ *Simeone v. Simeone*, 581 A.2d 162 (Pennsylvania, 1990).

⁴⁹ En el asunto *Stoner v. Stoner*, 819 A. 2d 529 (Pennsylvania, 2003) la *Pennsylvania's Supreme Court* añadió un único requisito aparte del régimen general aplicable a los contratos. Este era que en los acuerdos entre cónyuges debe existir información sobre el patrimonio existente en el momento de la celebración.

⁵⁰ *Simeone v. Simeone*, 581 A.2d 162 (Pennsylvania, 1990). *Vid.* I. MARK ELLMAN, “Marital Agreements and Private Autonomy in the United States”, en M. Sherpe, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012, p. 415

⁵¹ *Dove v. Dove*, S09A0197, S09X0198 (Georgia, 2009).

mite considerar a los acuerdos prematrimoniales como formales es el hecho de que deban celebrarse con una serie de días previos al enlace. El sentido de este plazo es que existe una presunción de que firmar el acuerdo a pocos días del enlace puede implicar vicios en el consentimiento⁵². Como vimos, ni el *Uniform Premarital Agreement 1983* ni su sucesor recogen nada al respecto a diferencia de lo que sucede con los *PFD* que señalan expresamente la necesidad de que el *prenup* se celebre al menos con 30 días de antelación al enlace. Sin embargo, la necesidad de unos días previos entre la firma del acuerdo y la celebración del enlace han sido tenidos en cuenta por los tribunales de forma orientativa, ya que ha habido casos en los que se ha considerado que el acuerdo prematrimonial era válido a pesar de que había sido firmado a pocos minutos del enlace⁵³. Por lo tanto, aunque existe un plazo de referencia será el caso concreto el que en base a otros factores como si las partes contaron con asesoramiento legal independiente, si habían hablado sobre el pacto en privado o si existió información patrimonial entre los cónyuges los que determinarán si el pacto es válido o no lo es.

29. 2) Consentimiento libre e informado. El consentimiento libre, sin intimidación ni coacción, es un requisito esencial en el Derecho de los contratos de cualquier ordenamiento. Como es lógico, esta regla también es aplicable a los acuerdos entre cónyuges. Sin embargo, como ya se adelantaba, a los acuerdos prematrimoniales se les exige también que dicho consentimiento para ser considerado libre y sin ningún tipo de vicio que se haya forjado contando con una información suficiente. Información que permite ser consciente de las implicaciones de lo que se va a firmar para la vida familiar y personal de los cónyuges. De este modo, es necesario que las partes cuenten con asesoramiento legal independiente y con información sobre el patrimonio del otro. Respecto al asesoramiento legal independiente la jurisprudencia no es unánime sobre si el asesoramiento “independiente” se cumple contando con el servicio de un abogado para cada futuro cónyuge o si con uno para ambos es suficiente. En asuntos como *Ware v. Ware*, la Corte de Apelación del Estado de Virginia consideró inválido un acuerdo prematrimonial debido a que ambas partes habían sido asesoradas por el mismo abogado⁵⁴. Sin embargo, en asuntos como *In re the State of Kinney* se valora no tanto el hecho de que haya habido asesoramiento sino la oportunidad o posibilidad de haber contado con el mismo⁵⁵. Como señala la profesora M^a. DOLORES CERVILLA GARZÓN, lo que pretenden evitar los tribunales es que la validez del pacto quede supeditada a la decisión de una de las partes de aún pudiendo recibir asesoramiento no lo reciban con el fin de guardarse una baza para posteriormente impugnar el acuerdo por falta de asesoramiento⁵⁶. A parte de contar con asesoramiento profesional, recae en cada cónyuge la obligación de informar al otro sobre los bienes que conforman su patrimonio actual. En base a las numerosas sentencias sobre la materia se puede decir que la inexistencia de esta información no es un factor que en sí mismo conlleve la nulidad del acuerdo en todo caso, pero sí que junto con otros factores, *ad ex.* renuncia a una posible pensión compensatoria, puede cobrar bastante importancia a la hora de decidir sobre la validez del acuerdo⁵⁷. Esto es así, ya que, en ocasiones, esta falta de información da lugar a que los efectos del *prenup* sean desproporcionados para una de las partes⁵⁸. En definitiva, el objetivo de la información es que ambas partes sean plenamente conscientes respecto a qué se están comprometiendo firmando el *prenup* con el fin que su consentimiento sea libre e informado.

⁵² Vid. en este sentido J. T. OLDHAM, “With All my Wordly Goods I Thee Endow, or Maybe Not: A reevaluation of the Uniform Premarital Agreement Act After Three Decades”, 19 *Duke J. Gender L. & Pol’y* 83, pp. 88-89.

⁵³ *Kornega v. Robinson*, N° COA05-131 (N. Carolina, 2006).

⁵⁴ *Ware v. Ware*. N° 34720 (2009). En el mismo sentido, *Owen v. Owen*, N° 13-0467 (2014).

⁵⁵ *In re State of Kenney*, N° A05-1794. En relación a que la inexistencia de asesoramiento legal no hace inválido el acuerdo de forma automática, *Brennan-Duffy v. Duffy*, 22 AD3d 699, 700, 847 NYS2d 136 [2d Dept 2005].

⁵⁶ Vid. M^a. D. CERVILLA GARZÓN, *Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura: un estudio de derecho comparado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 114-115.

⁵⁷ El grado de exigencia por los tribunales es variado. Así, ha habido asuntos en los que se ha considerado inválido el acuerdo prematrimonial a pesar de que se había informado a la otra parte sobre el patrimonio, debido a que dicha información se consideraba incompleta (*Stemler v. Stemler*, N° 2080021, 2009), mientras que en otros con proporcionar una información aproximada se considera suficiente (*Gordon v. Gordon*, N° 4D08-604, 2009; *Cannon v. Cannon*, N° 48, Sept. Term, 2005).

⁵⁸ *Chaplain v. Chaplain*, N° 2582-08-01 (2008).

30. 3) *Límites de contenido*. En cuanto a las previsiones que se pueden incluir en un acuerdo prematrimonial se podría destacar que los cónyuges disponen de bastante libertad material. Los aspectos a recoger pueden ser de índole muy variada, desde cuestiones económicas, personales hasta las que tengan que ver con hijos que puede que ni tan si quiera hayan nacido. Pero, sí que es cierto, que si se analiza la jurisprudencia y los textos sobre acuerdos entre cónyuges a los que nos hemos estado refiriendo es posible señalar que la materia sobre la que se puede pactar ya no sólo está constreñida por la máxima de orden público. Otros principios como la protección de los menores o evitar beneficiarse de las ayudas públicas. De este modo, es posible destacar tres tipos de materias en la que los cónyuges tienen limitada la posibilidad de pactar: a) *Previsiones relativas a los hijos*. El acuerdo prematrimonial en ningún caso puede perjudicar a los hijos, así se recoge tanto en los *PFD* como en el *Uniform Premarital Agreements Act 1983* y su sucesor de 2012⁵⁹. Los futuros cónyuges siempre podrán pactar cuestiones que beneficien a los hijos, estableciendo deberes para los progenitores que la Ley no contempla, *ad ex.* asumir el coste de una buena educación, si va a ser de carácter público o privado la institución elegida o incluso si el menor va a recibir educación religiosa. Así, se podría decir que respecto a las cuestiones sobre las que se puede pactar en relación a los hijos podríamos diferenciar de dos ídoles. Una relativa a la educación y la otra relativa al cuidado de los mismos en el caso de ruptura. En cuanto a la primera, las partes tienen amplia libertad para pactar aspectos muy variados sobre la educación de sus hijos teniendo siempre presente que el bienestar de los menores no se menoscaba. Este tipo de cláusulas son comúnmente aceptadas por los tribunales. Respecto al cuidado de los hijos, los progenitores pueden pactar sobre la custodia de los hijos. La cuestión es que sobre este asunto los tribunales no están obligados a aplicar lo que establezcan los cónyuges en el *prenup*. El acuerdo puede ser tenido en cuenta e incluso vinculante pero la última decisión en cuanto a la custodia la tiene el juez⁶⁰; b) *Previsiones relativas a la renuncia de la pensión de alimentos*. La renuncia a la pensión de alimentos ha estado generalmente menos aceptada por los tribunales que la renuncia a otros derechos que por razón del matrimonio podrían corresponder a uno de los cónyuges⁶¹. Estas reticencias podrían derivarse de la visión estadounidense sobre la función de las ayudas públicas. Así, que uno de los cónyuges renuncie en un acuerdo prematrimonial a la pensión de alimentos y que esto luego provoque la asistencia del Estado no es concebible ni tampoco, de hecho, está permitido. Tanto el *Premarital Agreement Act 1983* como su sucesor de 2012 recogen que el tribunal puede obligar a una de las partes a prestar alimentos a la otra aunque en el pacto establezca lo contrario⁶². Es más, de los 26 Estados que adoptaron el *Premarital Agreement Act 1983* algunos de ellos modificaron dicha previsión para hacerla todavía más restrictiva⁶³. *Ad ex.* Estado de Iowa y de Nuevo México donde se señala que el Derecho a recibir alimentos no puede ser negativamente afectado por un acuerdo prematrimonial⁶⁴. Los Estados que no han aprobado ninguno de los textos anteriores también se muestran reticentes a dar validez a renunciaciones de pensiones de alimentos⁶⁵. No obstante, a pesar de las reticencias es necesario acudir al caso concreto para observar los efectos que la renuncia provoca a las partes. Algunos tribunales como la *Superior Court of Los Ángeles* han establecido que la renuncia a la pensión de alimentos no convierte el acuerdo en inejecutable⁶⁶; c) *Previsiones relativas a las causas que justifican el fin del matrimonio*. Los tribu-

⁵⁹ Section 3, letra b *Uniform Premarital Agreement Act 1983*; Section 10, letra b *Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012*, apartado 7.06 *Principles of the Law of Family dissolution*.

⁶⁰ Vid. I. MARK ELLMAN, "Marital Agreements and Private Autonomy in the United States", en M. Sherpe, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012, p. 413.

⁶¹ *Ibidem*, p. 414.

⁶² Section 9, letra e) *Uniform Premarital and Marital Agreements Act*, "If a premarital agreement or marital agreements modifies or eliminates spousal support and the modification causes a party to the agreement to be eligible for support under a program of public assistance at the time of separation or marital dissolution, a court, on request of that party, may require the other party provide support to the extent necessary to avoid that eligibility".

⁶³ Vid. I. MARK ELLMAN, "Marital Agreements and...", p. 414.

⁶⁴ Vid. New Mexico Stat Ann 40-3A-4 (2009) y Iowa Code Ann 596.5 (2009).

⁶⁵ *Lane v. Lane*, 202 SW 3D 577 (Ky 2006). En este asunto el tribunal consideró que la renuncia a la pensión de alimentos por parte de la esposa era desproporcionada, debido a que mientras que ella se había quedado al cuidado del hogar y de los hijos, él se había labrado una exitosa carrera profesional haciendo una importante fortuna.

⁶⁶ *In Re marriage of Pendleton and Fireman*, 24 Cal. 4th 39 (2000).

nales de los diferentes Estados no se han mostrado demasiado partidarios a que las partes establezcan causas diferentes a las que la Ley recoge para disolver el matrimonio⁶⁷. Ejemplo de ello es *Diosdado v. Diosdado*⁶⁸. En este asunto las partes establecían en un acuerdo celebrado tras el matrimonio que ambas partes debían cumplir el deber de fidelidad. Además, establecían que en el caso de no cumplir dicho deber, el incumplidor debía indemnizar a la otra parte con 50.000 dólares. El Tribunal consideró que dicha cláusula era contraria al orden público porque penalizaba el divorcio, lo cual no era posible conforme a la ley del Estado de California debido a que el divorcio se concede sin que medie culpa (*no-fault divorce*)⁶⁹.

31. 4) Cambio de circunstancias. El “*Test Scherer*” ya establecía como tercer requisito para la validez de un *prenup* que el acuerdo no deviniera en injusto como consecuencia de un cambio en las circunstancias de los cónyuges. La apreciación del cambio de circunstancias es consecuencia de la aceptación por los tribunales de la *Second Look doctrine* que se recoge tanto en los *PFD* como en los *Uniform Premarital and Marital Agreements Act 2012*. Aunque la práctica judicial es variada en cuanto a considerar en qué casos un cambio de circunstancias da lugar a la ineficacia de un acuerdo, un criterio si que es compartido, y es el hecho de que el cambio debe ser de tal envergadura que provoque que un acuerdo válidamente celebrado se convierta en injusto o desproporcionado⁷⁰. Es decir, no sirve un mero cambio de circunstancias consecuencia del devenir de la propia vida, sino cambios importantes que provoquen que lo pactado años atrás sea perjudique a una de las partes⁷¹. Se podría afirmar que revisar lo justo o injusto que es un pacto prematrimonial válidamente celebrado en el momento de ejecutarlo lo aleja de considerarlo un mero contrato para acercarlo más a un régimen mixto, donde la libertad contractual se entremezcla con la protección de intereses esenciales que afectan a la familia.

E) Consideraciones finales

32. En definitiva, los criterios de validez que se vienen exigiendo a los acuerdos prematrimoniales en los diferentes Estados de EE.UU. son requisitos que buscan la justicia o equidad entre las partes en dos momentos diferentes, el momento de la celebración del acuerdo y el momento de su ejecución. El *prenup* es considerado un contrato, los futuros cónyuges disponen en términos generales de gran libertad para pactar el contenido del acuerdo, ya que, salvo cuestiones relativas a la custodia de los hijos, el resto de materias que les afecten son susceptible de pacto. Así, podemos decir que la visión estadounidense sobre los acuerdos prematrimoniales es *amplia*. Aún así, a pesar de la extensa autonomía de la voluntad de la que disponen las partes, las particularidades o circunstancias del caso concreto pueden junto con la búsqueda de una solución justa para los cónyuges que un *prenup* que cumple todas las formalidades en el momento de la celebración sea declarado inválido al momento de su ejecución.

2. Los acuerdos prematrimoniales en Inglaterra

A) Aproximación inicial

33. El estudio de los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés requiere una mínima aproximación al régimen jurídico aplicable al matrimonio en ese ordenamiento. El punto de partida es que en Derecho inglés no existen los regímenes económicos matrimoniales que tenemos en el Derecho continental. El régimen de gananciales, de participación o de separación de bienes son figuras desco-

⁶⁷ Vid. I. MARK ELLMAN, “Marital Agreements and Private Autonomy in the United States”, en M. SHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012, p. 414.

⁶⁸ *Diosdado v. Diosdado*, 97 Cal. App. 4th 470 (2002).

⁶⁹ *Diosdado v. Diosdado*, p. 475.

⁷⁰ *Crews v. Crews*, N° SC 18176 (2010).

⁷¹ Para un razonamiento más detallado de por qué el cambio de circunstancias hace necesario revisar el *prenup*, vid. M.A. EISENBERG, “The limits of Cognition and the Limits of Contract”, 47 *Stanford Law Review*, 211, 1995, pp. 254-258.

nocidas en el ordenamiento jurídico inglés⁷². Es decir, el hecho de contraer matrimonio no implica que el patrimonio de los cónyuges se unifique, sino que los patrimonios continúan de forma individual y separada⁷³. Patrimonialmente, los cónyuges son dos extraños. Sin embargo, que los patrimonios de los esposos no queden sujetos a ningún régimen económico matrimonial no implica que no haya deberes económicos entre ellos. Es más, hay determinados bienes que se asignan al matrimonio o a la familia, igual que ciertas deudas contraídas por cualquiera de ellos⁷⁴. La falta de un sistema estable de gestión del patrimonio de los cónyuges crea bastante inseguridad jurídica, lo que da lugar a que cuando el matrimonio hace aguas sean los tribunales los que decidan cómo se va proceder en el reparto del patrimonio. La falta de precisión en las normas inglesas sobre la materia hace que exista una alta litigiosidad en materia de divorcio. De hecho, Londres es considerada “la capital del divorcio” debido a la fama que tienen sus tribunales de conceder generosas sumas de dinero a las esposas de ricos personajes públicos⁷⁵. El motivo de esta falta de precisión es que, a pesar de que existen algunas normas que pretenden fijar los derechos y deberes de los cónyuges, las consecuencias tanto patrimoniales como personales de las separaciones, nulidades y divorcios son imprecisas, ya que, la apreciación del tribunal de los datos del caso no es posible saber *a priori* cómo será⁷⁶. Esto ha dado lugar que los tribunales ingleses hayan ido forjándose un poder para reajustar los patrimonios individuales y así conceder pensiones compensatorias, sumas de dinero o incluso propiedades al cónyuge menos pudiente. Este poder de actuación conferido a los tribunales para repartir el patrimonio de los cónyuges se deriva de la *Matrimonial Causes Act 1973*⁷⁷.

⁷² Vid. N. LOWE, “Prenuptial agreements: the English position”, *Indret*, enero 2008, p. 3, disponible en: http://www.indret.com/pdf/508_en.pdf (consultado el 20 de mayo de 2014).

⁷³ Vid. J. MILES, “Marital Agreements and Private Autonomy in England and Wales”, en M. SHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012, p. 90.

⁷⁴ Vid. A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, decimocuarta ed., Comares, Granada, 2013, p. 149; Vid. J. MILES, “Marital Agreements and...”, p. 90.

⁷⁵ <http://www.theguardian.com/money/2013/mar/03/london-status-divorce-capital>. Esta fama se ha venido desarrollando desde el asunto *White v. White* en el que el Tribunal Supremo inglés consideró que el miembro de la pareja que aporta el dinero no debería quedarse con todo el patrimonio una vez colmadas las necesidades económicas del otro cónyuge, sino que debería repartirse entre los dos. Esto ha dado como resultado que en los últimos años haya sentencias en las que las mujeres de personajes ricos reciban importantes sumas de dinero.

⁷⁶ Los propios jueces ingleses reconocen la dificultad de impartir justicia en los casos de familia, apartados 4-6 asunto *Milles v. Milles; McFarlane v. McFarlane* [2006, UKHL 24], “*Fairness is an elusive concept. It is an instinctive response to a given set of facts. Ultimately it is grounded in social and moral values. These values, or attitudes, can be stated. But they cannot be justified, or refuted, by any objective process of logical reasoning. Moreover, they change from one generation to the next. It is not surprising therefore that in the present context there can be different views on the requirements of fairness in any particular case. At once there is a difficulty for the courts. The Matrimonial Causes Act 1973 gives only limited guidance on how the courts should exercise their statutory powers. Primary consideration must be given to the welfare of any children of the family. The court must consider the feasibility of a ‘clean break’. Beyond this the courts are largely left to get on with it for themselves. The courts are told simply that they must have regard to all the circumstances of the case. Of itself this direction leads nowhere. Implicitly the courts must exercise their powers so as to achieve an outcome which is fair between the parties. But an important aspect of fairness is that like cases should be treated alike. So, perforce, if there is to be an acceptable degree of consistency of decision from one case to the next, the courts must themselves articulate, if only in the broadest fashion, what are the applicable if unspoken principles guiding the court’s approach*”.

⁷⁷ *The Matrimonial Causes Act 1973* es la Ley del divorcio que existe en el Derecho inglés y galés. En esta Ley se recogen las causas de divorcio y los aspectos a tener en cuenta por el tribunal para ejercer la discrecionalidad que le permite fijar los efectos económicos del divorcio o separación judicial. Así, la sección 25 de la parte II del *Matrimonial Causes Act 1973* señala que el tribunal puede: “(1) *it shall be the duty of the court in deciding whether to exercise its powers under section 23, 24 [F2, 24A or 24B] above and, if so, in what manner; to have regard to all the circumstances of the case, first consideration being given to the welfare while a minor of any child of the family who has not attained the age of eighteen.*

(2) *As regards the exercise of the powers of the court under section 23(1)(a), (b) or (c), 24 [F3, 24A or 24B] above in relation to a party to the marriage, the court shall in particular have regard to the following matters—*

(a) *the income, earning capacity, property and other financial resources which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future, including in the case of earning capacity any increase in that capacity which it would in the opinion of the court be reasonable to expect a party to the marriage to take steps to acquire;*

(b) *the financial needs, obligations and responsibilities which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future;*

(c) *the standard of living enjoyed by the family before the breakdown of the marriage;*

(d) *the age of each party to the marriage and the duration of the marriage;*

(e) *any physical or mental disability of either of the parties to the marriage;*

Las reclamaciones económicas que se puede invocar en los procesos de separación, nulidad y divorcio en Inglaterra y Gales son conocidas como “*ancillary relief*”⁷⁸.

34. La reciente propuesta de la *Law Commission* –órgano creado por *Law Commissions Act 1965* con el fin de promover la reforma de las leyes– en materia de acuerdos matrimoniales señala que “*ancillary relief*” es “*the term formerly used to describe financial orders made on divorce and dissolution, and excluding financial orders made under schedule 1 of the Children Act 1989*”⁷⁹. Es decir, son las reclamaciones económicas que generalmente hace uno de los cónyuges al otro en un proceso de separación, nulidad o divorcio y que nada tienen que ver con las pensiones de alimentos que le corresponden a los hijos. El término “*ancillary*” significa auxiliar o secundario, dentro del contexto se puede decir que son cuestiones económicas auxiliares o subordinadas a la petición principal, que no es otra cosa que la disolución del matrimonio. En nuestro ordenamiento, las “*ancillary relief*” podrían englobar las reclamaciones de naturaleza económica, *ad ex.*, la pensión compensatoria o la pensión de alimentos a favor de uno de los cónyuges.

35. En el Derecho inglés y de Gales es posible diferenciar tres categorías de acuerdos entre cónyuges: prematrimoniales, postmatrimoniales y de separación⁸⁰. En atención a la *section 34* de la *Matrimonial Causes Act 1973* los cónyuges pueden pactar contractualmente los efectos económicos de su separación o divorcio. Por lo tanto, los acuerdos de separación son válidos en el Derecho inglés.

36. Como se adelantaba, en el Derecho inglés por el hecho de contraer matrimonio no se modifica o altera el patrimonio de los cónyuges. El resultado es que cada cónyuge va a poder actuar en el tráfico jurídico como un individuo particular más al que se le van a aplicar las normas generales de los contratos. Así, surge fácil la pregunta de si pueden pactar los términos de su ruptura en lo referente a su patrimonio y a cuestiones personales. Y ya no sólo pactar, sino que lo pactado sea obligatorio para las partes. Si fuera así, el poder de los tribunales en la ordenación del patrimonio de los cónyuges en aras de una solución más justa y equitativa en los procesos de disolución matrimonial podría verse limitado por lo estipulado en un *prenup*.

B) La consideración de los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés antes del asunto *Radmacher vs. Granatino*

37. Durante el siglo XIX los acuerdos celebrados antes o después del matrimonio en los que se hacía una ordenación del patrimonio en el caso de que hubiera una ruptura no estaban bien vistos por los tribunales. En esa época la sociedad inglesa estaba influenciada por ideas religiosas según las cuales el matrimonio era indisoluble. Los tribunales consideraban que un acuerdo de ese tipo fomentaba la ruptura del matrimonio por lo que el reconocimiento de la obligatoriedad del *prenup* era prácticamente inexistente debido a que iba en contra del orden público. A decir verdad, los tribunales no sólo consideraban los acuerdos matrimoniales *unenforceable* por ir en contra de la institución del matrimonio, también como forma de proteger a la mujer, que generalmente salía mal parada con la firma de este tipo de acuerdos.

(f) *the contributions which each of the parties has made or is likely in the foreseeable future to make to the welfare of the family, including any contribution by looking after the home or caring for the family;*

(g) *the conduct of each of the parties, if that conduct is such that it would in the opinion of the court be inequitable to disregard it;*

(h) *in the case of proceedings for divorce or nullity of marriage, the value to each of the parties to the marriage of any benefit F4... which, by reason of the dissolution or annulment of the marriage, that party will lose the chance of acquiring”.*

⁷⁸ Vid. J.MILES, “Marital Agreements and...”, pp. 90- 91.

⁷⁹ La propuesta de *Law Commission* sobre acuerdos matrimoniales que se estudiará a lo largo del trabajo con más detalle ha sido publicada en febrero de 2014. Esta propuesta está disponible en <http://lawcommission.justice.gov.uk/areas/marital-property-agreements.htm>. (consultado el 7 de mayo de 2014).

⁸⁰ Vid. S. HARRIS-SHORT/ J.MILES, *Family Law: Text, Cases and Materials*, 2nd ed., Oxford, 2011, pp. 493 y ss.

38. Este tratamiento de los acuerdos entre cónyuges duró hasta prácticamente la mitad del siglo XX. A partir de este momento, es necesario diferenciar en el ordenamiento jurídico inglés y de Gales tres categorías de acuerdos entre cónyuges: acuerdos prematrimoniales, acuerdos postmatrimoniales y acuerdos de separación⁸¹. Estos tres tipos de acuerdos no han recibido el mismo tratamiento jurídico por el legislador ni tampoco por los tribunales.

Respecto a los acuerdos de separación, –acuerdos celebrados una vez que el matrimonio está roto–, decir que son legales desde la entrada en vigor de la *Matrimonial Causes Act 1973*. De acuerdo con la *section 34*, donde se recogen los *maintenance agreements*, los cónyuges pueden pactar contractualmente los efectos económicos de su separación o divorcio⁸².

39. Los acuerdos prematrimoniales y postmatrimoniales siempre han estado peor vistos que los acuerdos de separación, ya que se consideraba que prever la separación antes de que existiera cualquier problema entre los cónyuges o antes incluso de contraer matrimonio iba en contra de un principio básico del matrimonio: la obligación de convivir⁸³. En cambio, pactar los términos de la separación cuando el matrimonio ya está roto no ha tenido una consideración tan negativa para los tribunales como los *prenups*. Un aspecto a tener en cuenta es que tanto los acuerdos prematrimoniales como los postmatrimoniales no disponían, ni tampoco disponen actualmente, de una regulación legal expresa. Esto ha dado lugar a que los tribunales hayan sido los que han ido forjando los criterios para su validez en los casos en los que se les han ido planteando.

El primer asunto a destacar es *Hyman v. Hyman* del año 1929, aunque no versa sobre la validez de un acuerdo prematrimonial propiamente dicho, se considera el primer precedente del siglo XX en esta materia⁸⁴. El asunto tenía que ver con un acuerdo entre los cónyuges mediante el cual pactaban los términos de su separación. La esposa quería separarse debido a que el marido estaba viviendo con otra mujer pero el adulterio en aquél momento no era causa de separación. Para reconducir la situación, los cónyuges pactan una cantidad económica en concepto de pensión de alimentos para la esposa (20 Libras por semana de por vida) y excluyen así la intervención de los tribunales. El problema aparece cuando la legislación cambia –entra en vigor *the Matrimonial Causes Act 1923*– y la esposa puede acudir a los tribunales a solicitar el divorcio invocando como causa el adulterio y solicitando una pensión de alimentos⁸⁵. El marido se opone alegando la obligatoriedad del acuerdo. Sin embargo, el tribunal considera que en base a la obligación que existe en el Derecho de familia inglés de que el marido mantenga a su esposa hasta incluso después del matrimonio, el pacto es contrario al orden público. El razonamiento del tribunal no sólo se basa en la protección a la esposa sino también en la protección de los intereses de terceros e incluso del propio Estado⁸⁶. Así, en un acuerdo entre cónyuges que se recoja la exclusión los tribunales para regular los efectos de su matrimonio no tiene mayor peso que el que las partes le quieran dar, ya que los tribunales no van a quedar fuera porque se haya pactado dicho extremo⁸⁷. Es más, lo pactado entre los cónyuges no vincula al tribunal en ningún sentido, puede acabar fallando en el sentido opuesto a lo estipulado por los cónyuges. Esta visión sobre los acuerdos entre cónyuges ha estado presente en numerosas resoluciones posteriores.

⁸¹ Vid. S. HARRIS-SHORT/ J.MILES, *Family Law: Text, Cases and Materials*, 2nd ed., Oxford, 2011, pp. 493 y ss. Para un mayor detalle sobre los acuerdos de separación o separation agreements vid. J.MILES, “Marital Agreements and Private Autonomy in England and Wales”, en M. SHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012, pp. 107-114.

⁸² Para un mayor detalle sobre los acuerdos de separación, vid. S. HARRIS-SHORT/ J.MILES, *Family Law: Text...*, pp. 492-496.

⁸³ *Radmacher v. Granatino*, [2010] UKSC 42, apartado 31.

⁸⁴ *Hyman v. Hyman*, [1929] AC 601.

⁸⁵ A partir de 1923, las mujeres pueden acudir a los tribunales a solicitar el divorcio.

⁸⁶ Vid. N. LOWE, “Prenuptial agreements: the...”, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁷ *Hyman v. Hyman* [1929], AC 601, donde uno de los ponentes sostuvo que “*However, this may be, it is sufficient for the decision of the present case to hold, as I do, that the power of the court to make provision for a wife on the dissolution of her marriage is a necessary incident of the power to decree such a dissolution, conferred not merely in the interests of the wife, but of the public, and that the wife cannot by her own covenant preclude herself from invoking the jurisdiction of the court or preclude the court from the exercise of that jurisdiction.*’ *The existence of the covenant did not preclude the wife from making an application to the court: ‘this by no means implies that, when this application is made, the existence of the Deed or its terms are not the most relevant factors for consideration by the court in reaching a decision’.*”

Ya en fechas más recientes es posible destacar *F v. F*⁸⁸. Asunto que podría denominarse como el primero respecto a los acuerdos prematrimoniales pero con consideraciones hacia el acuerdo muy semejantes a las ya mencionadas. En este caso, el acuerdo prematrimonial dejaba a la esposa en una situación de desventaja respecto al marido. De este modo, el tribunal consideró que la relevancia de este tipo de acuerdos es mínima a la hora del reparto de bienes entre los cónyuges, ya que lo establecido en las leyes prevalece a lo recogido en el acuerdo⁸⁹. En definitiva, los tribunales no consideraron que el acuerdo fuera obligatorio. La razón era que consideraban que las partes no podían excluir la intervención judicial con un pacto, y evitar así, la aplicación de la normativa al respecto. En la misma línea se sucedieron asuntos en los que se consideró que un acuerdo prematrimonial tenía escaso valor para el tribunal, sobre todo cuando el acuerdo perjudicaba a uno de los cónyuges⁹⁰.

40. Con el cambio de siglo, se pudo observar un tímido cambio de tendencia. Así, se ha pasado de que el acuerdo sea ignorado por los tribunales a que el acuerdo se tenga en consideración a la hora de decidir. *Ad ex.*, en el asunto *M v. M*, el tribunal manifestó que iba a tener en cuenta el *prenup* para llegar a una decisión debido a que dicho acuerdo era una de las circunstancias más relevantes del caso⁹¹. Un paso más allá se da en el asunto *Milles v. Milles; McFarlane v. McFarlane* no tanto en relación a la validez y obligatoriedad de los acuerdos prematrimoniales propiamente dichos, sino en relación a un aspecto crucial que indirectamente influye en dichos acuerdos: el reparto de los bienes entre los cónyuges⁹². El tribunal, con una claridad pasmosa, en base a la necesidad de justicia establece tres criterios a tener en cuenta a la hora del reparto de los bienes entre los cónyuges una vez el matrimonio ha acabado: 1) *las necesidades económicas de los cónyuges*: aquí se incluirían las necesidades de los cónyuges que surgen a raíz del matrimonio. El tribunal especialmente destaca la vivienda y los gastos para subsistir. El problema es que en la mayoría de los casos no es posible repartir con justicia cuando no hay bienes para mantener dos hogares. Los aspectos que tuvo en cuenta fueron la edad, el nivel de vida de la familia, la capacidad de generar ingresos en el futuro o la discapacidad⁹³; 2) *la compensación*: consiste en la compensación económica que podría percibir cualquiera de los cónyuges que tras la ruptura quedara en una situación de desventaja respecto al otro. Esta situación puede darse en los casos en los que el marido ha aportado el dinero al matrimonio, mientras que la mujer se ha quedado en casa al cuidado del hogar y los hijos⁹⁴; 3) *el reparto de los bienes*: los frutos del matrimonio deben ser repartidos en partes iguales entre los cónyuges. Esta es una de las partes más delicadas dentro de un proceso de divorcio o separación. El Tribunal destaca que aunque la Ley en Inglaterra y en Gales no diferencia entre los bienes matrimoniales y no matrimoniales –bienes adquiridos mediante donación, herencia, etc.– sería conveniente tener en cuenta esta distinción en el momento del reparto. Por un lado, los bienes

⁸⁸ *F v. F*, [1995] 2FLR 45.

⁸⁹ *F v. F*, [1995] 2FLR 45, apartado 66, “*The rights and responsibilities of those whose financial affairs are regulated by statute cannot be much influenced by contractual terms which were devised for the control and limitation of standards that are intended to be of universal application throughout our society (...) For the purposes of my determination I do not attach any significant weight to those contracts*”.

⁹⁰ *S v. S*, [1997] 1 WLR 1200; *K v. K*, [2003] 1 FLR 120.

⁹¹ *M v. M*, [2002] 1 FLR 654. En el apartado 26 el Tribunal recoge lo siguiente sobre la consideración que tiene sobre el acuerdo: “*The circumstances of this case illustrate vividly that the existence of a prenuptial agreement can do more to obscure rather than clarify the underlying justice of the case. On the one hand this husband would not have married the wife unless she signed the agreement. On the other hand this wife signed the agreement because she was pregnant and did not relish single parenthood either for herself or for her child and because she wanted to marry the husband. In my view it would be as unjust to the husband to ignore the existence of the agreement and its terms as it would be to the wife to hold her strictly to those terms. I do bear the agreement in mind as one of the more relevant circumstances of this case, but the court’s overriding duty remains to attempt to arrive at a solution which is fair in all the circumstances, applying s 25 of the Matrimonial Causes Act 1973*”.

⁹² *Milles v. Milles; McFarlane v. McFarlane* [2006] UKHL 24.

⁹³ *Milles v. Milles; McFarlane v. McFarlane*, [2006] UKHL 24, apartados 10-12.

⁹⁴ *Milles v. Milles; McFarlane v. McFarlane*, [2006] UKHL 24, apartado 23, en el que el Tribunal señala sobre la compensación: “*This is aimed at redressing any significant prospective economic disparity between the parties arising from the way they conducted their marriage. For instance, the parties may have arranged their affairs in a way which has greatly advantaged the husband in terms of his earning capacity but left the wife severely handicapped so far as her own earning capacity is concerned. Then the wife suffers a double loss: a diminution in her earning capacity and the loss of a share in her husband’s enhanced income. This is often the case. Although less marked than in the past, women may still suffer a disproportionate financial loss on the breakdown of a marriage because of their traditional role as home-maker and child-carer*”.

matrimoniales deberían ser repartidos de acuerdo a criterios de justicia e igualdad con independencia de la duración del matrimonio, ya que estos bienes son generados bajo el paraguas del matrimonio y los valores que rigen la unión deberían estar presentes⁹⁵. Por el otro, sobre los bienes no matrimoniales no debería recaer el mismo tratamiento de reparto igualitario. En este caso, el Tribunal considera que los cónyuges deberían contar con mayor libertad de decisión sobre esos bienes⁹⁶. Esta diferencia de tratamiento entre bienes matrimoniales y no matrimoniales cabe preguntarse de qué modo puede afectar a los acuerdos prematrimoniales. El reconocimiento de la libertad de disposición sobre los bienes no matrimoniales permitiría llegar a la conclusión de que un acuerdo prematrimonial en el que se haga una regulación sobre este tipo de bienes debería ser vinculante para las partes y también válido para el Tribunal.

41. Bien por esta visión sobre los bienes matrimoniales o bien por la influencia del tratamiento que los tribunales estadounidenses otorgan a los acuerdos prematrimoniales, el hecho es que los acuerdos entre cónyuges gozan cada vez de más reconocimiento ante los tribunales ingleses. Prueba de ello es el asunto *Macleod v. Macleod* que, aunque no versa sobre la validez de un acuerdo prematrimonial sino sobre un acuerdo realizado durante el matrimonio –acuerdo postmatrimonial–, se puede ver un claro avance sobre la diferente percepción que las autoridades empiezan a tener sobre los pactos matrimoniales en Inglaterra⁹⁷. El *Privy Council* viene a afirmar que no es posible considerar de forma general que todos los acuerdos entre cónyuges en los que se pactan cuestiones económicas son contrarios al orden público. Las circunstancias de cada caso, especialmente cuando la situación de los cónyuges ha cambiado desde la firma del acuerdo al momento de la ruptura, son las que permitirán al Tribunal dar validez o no al acuerdo. El *Privy Council* considera que igual de contrario al orden público sería dar validez a un acuerdo en el que una de las partes queda en una situación injusta, como imponer una solución a los cónyuges sin tener en cuenta un acuerdo que se firmó atendiendo a unas circunstancias que no han cambiado y en el que los cónyuges prevén la organización de su patrimonio en caso de divorcio como mejor han considerado⁹⁸. Sin embargo, a pesar de este razonamiento a favor de la autonomía de la voluntad, el *Privy Council* diferencia el momento de celebración del acuerdo para otorgarle una naturaleza u otra al pacto. Así, considera que los acuerdos celebrados después de contraer matrimonio tienen naturaleza contractual, mientras que los celebrados antes del mismo no tienen tal naturaleza. Para el *Privy Council*, los *prenups* no son contratos, a diferencia de los acuerdos postmatrimoniales que sí tienen naturaleza contractual, y por tanto, deben quedar incluidos dentro de la *section 34* de la *Matrimonial Causes Act 1973* que recoge los *maintenance agreements*. Este razonamiento será rebatido por la *Supreme Court* en *Radmacher v. Granatino*.

42. Por último, en el asunto *Crossley v. Crossley* se pudo apreciar un gran avance respecto al carácter obligatorio de los acuerdos prematrimoniales cuando versan sobre la disposición de los bienes privativos. El Tribunal consideró que el acuerdo prematrimonial firmado por las partes siete semanas antes

⁹⁵ Así, el Tribunal destaca en el apartado 16: “*The parties commit themselves to sharing their lives. They live and work together. When their partnership ends each is entitled to an equal share of the assets of the partnership, unless there is a good reason to the contrary. Fairness requires no less. But I emphasise the qualifying phrase: ‘unless there is good reason to the contrary’. The yardstick of equality is to be applied as an aid, not a rule*”.

⁹⁶ Aunque las circunstancias del caso serán las verdaderamente relevantes a la hora de repartir los bienes no matrimoniales, a decir verdad, la duración del matrimonio sí que podría ser relevante, ya que en los matrimonios de escasa duración no sería tampoco justo que el patrimonio de uno sólo de los cónyuges quedara dividido en dos cuando el otro cónyuge lo único que ha hecho ha sido contraer matrimonio. En este sentido el Tribunal considera: “*In the case of a short marriage fairness may well require that the claimant should not be entitled to a share of the other’s non-matrimonial property. The source of the asset may be a good reason for departing from equality. This reflects the instinctive feeling that parties will generally have less call upon each other on the breakdown of a short marriage*” (apartado 24). En los matrimonios de larga duración podría tener más sentido un reparto más igualitario de los bienes no matrimoniales, así el Tribunal entiende que: “*With longer marriages the position is not so straightforward. Non-matrimonial property represents a contribution made to the marriage by one of the parties. Sometimes, as the years pass, the weight fairly to be attributed to this contribution will diminish, sometimes it will not. After many years of marriage the continuing weight to be attributed to modest savings introduced by one party at the outset of the marriage may well be different from the weight attributable to a valuable heirloom intended to be retained in specie. Some of the matters to be taken into account in this regard were mentioned in the above citation from the White case. To this non-exhaustive list should be added, as a relevant matter, the way the parties organised their financial affairs*” (apartado 25).

⁹⁷ *Macleod v. Macleod*, [2008] UKPC 64.

⁹⁸ *Macleod v. Macleod*, [2008] UKPC 64, apartado 41.

de contraer matrimonio era válido y que la esposa debía acatarlo⁹⁹. Es cierto que este caso presenta unos hechos peculiares, matrimonio entre dos personas con un extenso patrimonio. En el momento de la firma del acuerdo el marido tenía una fortuna valorada en 45 millones de Libras mientras que la esposa disponía de un patrimonio de 18 millones de Libras. Ambas partes habían estado casadas previamente, de hecho, la mujer había adquirido tal patrimonio debido a tres divorcios anteriores. El matrimonio dura escasamente un año y no tienen hijos. El acuerdo prematrimonial básicamente establecía que mantenían sus patrimonios separados. Debido a la escasa duración del acuerdo, no dio tiempo a que el matrimonio tuviera bienes matrimoniales. Desde nuestro punto de vista, que el Tribunal considere válido y vinculante un *prenup* en este tipo de casos ahorra muchos costes y tiempo, ya no sólo a las partes sino también a la Administración de Justicia.

43. Por lo tanto, las resoluciones de los tribunales ingleses han sido dispares respecto a los acuerdos pre y postmatrimoniales. No existe una norma que recoja la legalidad y vinculación de estos acuerdos para las partes como sucede en EE.UU. Sin embargo, los tribunales ingleses, especialmente en los últimos años, han sido conscientes de la necesidad de que las partes puedan disponer de una amplia libertad para la organización de los efectos económicos que implica su ruptura. Así, la tendencia actual es que tanto los acuerdos entre cónyuges celebrados antes como después del matrimonio sean tenidos en cuenta por el tribunal a la hora de decidir. La cuestión es si especialmente los acuerdos prematrimoniales que son los que más dudas en cuanto a su validez plantean, van en algún momento a ser considerados vinculantes sin ningún atisbo de dudas, ya no sólo para las partes sino también para los tribunales.

C) El asunto *Radmacher v. Granatino*

a) Los hechos

44. El asunto *Radmacher v. Granatino* ha supuesto un antes y un después respecto a la consideración legal de los acuerdos prematrimoniales en Inglaterra y Gales¹⁰⁰. Aunque, como ya se ha expuesto, los tribunales ingleses en los últimos años habían empezado a tener en cuenta el *prenup* a la hora de decidir, en ningún caso habían considerado un acuerdo prematrimonial vinculante para las partes salvo en algún asunto de forma puntual, *ad ex. Crossley v. Crossley*. Sin embargo, tras *Radmacher v. Granatino* es muy probable que tal consideración cambie.

45. La Sra. Radmacher de nacionalidad alemana firma un acuerdo prematrimonial con su futuro marido, el Sr. Granatino de nacionalidad francesa. El acuerdo se firma ante notario en Alemania en el año 1998, cuatro meses antes de contraer matrimonio. Los futuros cónyuges estipulan que su régimen económico matrimonial será el de separación de bienes. Las partes renuncian a cualquier derecho de

⁹⁹ *Crossley v. Crossley*, [2007] EWCA Civ 1491 apartado, 9; *Crossley v. Crossley*, [2008]1 FLR 1467, apartados 15-18, en la que la *Court of Appeal* rechaza la apelación de forma unánime en base a los siguientes motivos: “a) *the application had not been set down for a preliminary issue: whilst the existence of the agreement cannot oust the court’s obligation to apply the s 25 factors, the exceptional facts of this case give rise to a ‘very strong case that a possible result of the s 25 exercise will be that the wife receives no further financial reward’* (para. 14), ‘*If ever there is to be a paradigm case in which the court will look to the prenuptial agreement as... a factor of magnetic importance, it seems to me that this is just such a case*’

b) Thorpe LJ remarked on the gaining view of the importance of pre-nuptial contracts:

“*It does seem to me that the role of contractual dealing, the opportunity for the autonomy of the parties, is becoming increasingly important*”.

c) *In the exceptional circumstances of this case, the wife would in effect be required to show cause why the agreement should not rule the outcome of the ancillary relief claim*”.

¹⁰⁰ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42. Entre los diferentes estudios doctrinales que analizan esta sentencia *vid. B. CLARK*, “Prenuptial contracts in English Law: capricious outcomes or legislative clarification”, *Journal of Social Welfare & Family Law*, Vol. 32, nº 3, September 2010, pp. 237-245; *Id.*, “Ante-nuptial contracts after Radmacher: an impermissible gloss?”, Vol. 33, nº 1, March 2011, pp. 14-24; S. GASPÁR LERA, “Los acuerdos prematrimoniales en el Derecho inglés”, *Indret*, 3/2012, disponible en http://www.indret.com/pdf/913_es.pdf (consultado el 1 de junio de 2014); B. HALE, “Equality and autonomy in family law”, *Journal of Social Welfare & Family Law*, Vol. 33, nº 1, March 2011, pp. 3-14; A. MEEHAN, “Radmacher: What practitioners need from the Supreme Court”, *Family Law*, pp. 253-258; S. THOMPSON, “Radmacher (formerly Granatino) v. Granatino [2010] UKSC 42”, *Journal of Social Welfare & Family Law*, Vol. 33, nº 1, March 2011, pp. 61-70; J. M. SHERPE, “Los acuerdos prematrimoniales en Inglaterra y Gales tras Radmacher v. Granatino”, *Indret*, Barcelona, 2012, pp. 1-24.

pensión compensatoria o de alimentos en el caso de separación o divorcio. También se renuncia en caso de fallecimiento de uno de los cónyuges a cualquier reclamación sobre el patrimonio privativo del cónyuge fallecido. El acuerdo no recoge más previsiones al respecto, tampoco nada en relación a los futuros hijos u otras cuestiones personales o económicas que pudieran derivarse de la unión matrimonial.

Un aspecto a tener en cuenta es que la Sra. Radmacher tenía una situación económica más holgada que la de su futuro esposo, ya que su familia tenía un importante patrimonio. De hecho, ya había recibido una parte de la fortuna familiar. El objetivo principal del acuerdo era proteger dicha fortuna. La familia de ella había condicionado futuras transmisiones patrimoniales a la realización de un *prenup*. El Sr. Granatino en el momento de la firma del acuerdo se dedicaba a la banca y sus perspectivas económicas derivadas de su carrera profesional eran positivas. El futuro esposo no recibe asesoramiento legal, ni tampoco información sobre el patrimonio de su futura esposa. En realidad, de acuerdo a la Ley alemana, que es la ley elegida para los efectos del matrimonio, tales requisitos no son necesarios para que un acuerdo prematrimonial sea vinculante para las partes. Los cónyuges residen en Londres durante todo el matrimonio y tienen dos hijas. El Sr. Granatino deja su carrera en la banca para hacer carrera académica en Oxford. Este cambio de rumbo profesional implicó que el Sr. Granatino sufriera una importante disminución de sus ingresos, lo que puede que influyera en que en esa época contrajo numerosas deudas. A los ocho años de casados, el matrimonio hace aguas y la esposa solicita el divorcio. El Sr. Granatino contraviniendo lo pactado en el acuerdo prematrimonial reclama a su esposa “*ancillary relief*”.

46. La historia judicial del caso es la siguiente: en una primera instancia, en el año 2008, el *prenup* no es tenido prácticamente en cuenta por el juez¹⁰¹. El razonamiento está basado en que el acuerdo prematrimonial no se ajusta las exigencias del *Consultation Document* o *Green Paper* conocido como “*Supporting families*”¹⁰². En este documento, en el apartado 4.23, se recogen una serie de criterios que de no cumplirse harían que el acuerdo no fuera legalmente vinculante para las partes, *ad ex.*, la necesidad de asesoramiento legal independiente, que cada cónyuge informe sobre su patrimonio al otro, que el acuerdo se firme al menos 21 días antes de contraer matrimonio, entre otros requisitos. La juez considera que el acuerdo no puede ser vinculante debido a que el marido no recibe asesoramiento legal independiente y no se le informa del patrimonio de la esposa, además, tampoco se realiza ninguna previsión sobre los hijos en el acuerdo ni se recoge ningún tipo de pensión en caso de necesidad¹⁰³. De este

¹⁰¹ [2008] EWHC 1532.

¹⁰² Documento publicado por la Home Office en 1998.

¹⁰³ Los argumentos de la juez para no dar validez al acuerdo son “a) *There was no disclosure of the parties’ assets. The clause was originally included but was omitted on the direct instructions of the Wife. This was deliberate and, having heard her evidence, I am satisfied that she did not discuss this decision with her future Husband because she wanted to keep her asset base secret (...)* The lack of proper disclosure would not affect the validity of a pre-nuptial contract in Germany but I consider that it is a relevant factor under English Law because without full knowledge of the assets it is impossible for any party to make a fully informed decision. b) *The Husband had no realistic opportunity to take proper independent legal advice on the terms of PNC. The German draft was, as I have found, only shown to him about 7 days prior to final execution. Whilst I accept that a notary has an independent role within the German legal system, I note that Dr NM took instructions from the R family, prepared the draft, amended it upon R instructions, had no input from the Husband at all and was paid by the R family. In that sense he was not truly independent and, whilst I am confident that he explained the terms to the parties in accordance with his duty under law, that does not mean that the Husband received independent legal advice(...)* c) *Of course, the Husband was a man of commerce, came from a tradition where such pre-nuptial contracts are commonplace and knew that under the PNC he was making no, and could make no, claims upon divorce under German Law. However, to my mind, neither that knowledge, his background nor the information he was given are the same as understanding the full legal consequences of his decision or its later enforceability.* d) *The agreement made no provision for either party even in the event of the birth of children. Normally, the omission of this type of consideration redounds to the disadvantage of women but, in fairness, the birth of children alters the relationships and priorities of both sexes. Therefore the arrival of children can transform an ambitious man dedicated to his work into a father who sees a new role which demands more family commitment at the cost of earnings. The Husband in this case portrays himself as that type of man. The Wife states that his devotion to the children became more manifest upon the separation and she may well be correct. However, often it is only at the point of loss that the children’s company on an easy and regular basis becomes doubly prized. It is clear that during the course of this marriage – in 2003 to be precise – the Husband, who had been unhappy in his work for some time, told the Wife that he wished to change direction and became a research student. I deal with the Husband’s motivation elsewhere but I am conscious that one of the reasons that he wanted to change his job was so that he could spend more time with his family. In this marriage the birth of children was a real factor which affected the Husband’s ability to earn substantial sums. The fact that the PNC made no provision in such*

modo, condena a la esposa a pagarle alrededor de 6.000.000 de Libras esterlinas, lo que implicaría que anualmente debería pagarle 100.000 libras esterlinas de por vida, comprarle un casa en Londres y otra en Alemania, un coche, y además, tenía la obligación de abonarle 35.000 Libras esterlinas por cada hija hasta que las menores acabaran su educación.

La esposa, lógicamente, recurrió la decisión ante la *Court of Appeal*¹⁰⁴. El tribunal consideró que en primera instancia no se había concedido suficiente peso al acuerdo. De hecho, entendió que la suma de dinero concedida al Sr. Granatino debía hacerse en concepto de padre de dos hijas pero no con el fin de cubrir sus necesidades a largo plazo¹⁰⁵. De este modo, la *Court of Appeal* consideró como no relevante que el acuerdo no cumpliera con algunas de las exigencias del *consultation document*, ya que las circunstancias del caso hacían necesario tener en cuenta el acuerdo.

El Sr. Granatino disconforme con el fallo de *Court of Appeal* acude a la *Supreme Court*. La sentencia del Alto Tribunal fue muy esperada debido a que las visiones entre la primera instancia y la *Court of Appeal* habían diferido considerablemente.

b) El test a superar por un *prenup* para ser válido ante los tribunales ingleses

47. El razonamiento de la *Supreme Court* parte de los siguientes cuatro aspectos¹⁰⁶: 1) la competencia del Tribunal para conceder “ancillary relief” no se menoscaba por la existencia del acuerdo¹⁰⁷. Las partes bajo ningún concepto pueden excluir la intervención de los tribunales. Sin embargo, esto no obsta para que al acuerdo pueda atribuírsele el peso que le corresponde; 2) se deja atrás la vieja regla sostenida en *Hyman v. Hyman* de que los acuerdos que regulan una futura separación matrimonial atentan contra el orden público. Es más, esta consideración no sólo se aplica a los acuerdos postmatrimoniales, también se extiende también a los prematrimoniales¹⁰⁸; 3) como consecuencia de lo anterior, el Tribunal no diferencia entre acuerdos prematrimoniales y postmatrimoniales a la hora de considerarlos válidos. Les proporciona el mismo tratamiento a diferencia de lo considerado en *Macleod v. Macleod*, donde los acuerdos realizados durante el matrimonio son considerados contratos, mientras que los prematrimoniales no alcanzan tal consideración¹⁰⁹; 4) los tribunales deben aplicar los mismos principios de “ancillary relief” tanto a los acuerdos prematrimoniales como a los acuerdos postmatrimoniales¹¹⁰.

circumstances and indeed omitted any consideration of such factors is a flaw which I consider makes the deal, prima facie, unfair. e) The most obvious unfairness of the PNC is that it provides no prospect of any financial settlement even in the case of real need. In 1998 neither party could have foreseen how their finances might unfold during the marriage. For example, it was possible that the Husband might have become a billionaire, whilst the Wife might have lost funds. In that situation, if this agreement were simply upheld it could have produced a grave injustice to her. I expect that, in those circumstances, the English Courts in accordance with present Authority, would have been minded to right that perceived wrong. Discrimination upon gender lines is, quite correctly, not tolerated in these Courts; therefore if injustice could apply to a wife in particular circumstances then it should equally well apply to a husband if the factual matrix has turned to his disadvantage. This Court will not discriminate between the sexes where it is the Wife who has amassed great riches whilst the Husband has suffered a financial downturn. In this case the agreement, its validity under another (and chosen) system of Law and the parties' actions/nationalities are all dynamic factors but the reality of injustice (if any) is always fact specific and must be considered carefully. I will set out my detailed findings in that regard herein below”, [2008] EWHC 1532, apartado 38.

¹⁰⁴ *Radmacher v. Granatino*, [2009] EWCA Civ 649.

¹⁰⁵ *Radmacher v. Granatino*, [2009] EWCA Civ 649, apartado 149, “Like my Lords, I conclude that the judge erred in not giving decisive weight to the contract in the exercise which she conducted under s.25. The result is that relief should have been granted to the husband only indirectly, in his capacity as a home-maker for the girls”.

¹⁰⁶ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42.

¹⁰⁷ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartados 17-30.

¹⁰⁸ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 52.

¹⁰⁹ En *Macleod v. Macleod* [2008] UKPC 64, apartado 31. En este asunto el Tribunal básicamente consideraba que un acuerdo prematrimonial no podía considerarse un contrato principalmente por dos razones: a) es un acuerdo celebrado antes de contraer matrimonio y por tanto, antes de contraer sus obligaciones y derechos. Es más, las cuestiones que se estipulan en el mismo obedecen a un futuro incierto; b) puede existir cierta coacción para firmar el acuerdo, en palabras del tribunal, el *prenup* es el precio que uno de los cónyuges debe pagar. Para la *Supreme Court* tal razonamiento es erróneo, ya que, aunque puede existir presión en el momento de firmar en un acuerdo prematrimonial, del mismo modo puede existir en un acuerdo postmatrimonial. El Tribunal considera que no hay razón para aplicar principios diferentes sólo en función de si el acuerdo se celebró antes o después del matrimonio

¹¹⁰ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 63.

48. Estos principios de los que parte el Tribunal le permiten llegar a una regla general que básicamente consiste en que los acuerdos matrimoniales (los celebrados tanto antes como después del matrimonio) son pactos libremente realizados por unas partes que conocen las implicaciones de los mismos¹¹¹. Así, salvo que las circunstancias lo requieran, el acuerdo será vinculante para las partes.

49. De este modo, son las circunstancias o datos del caso los aspectos esenciales a analizar para saber si el acuerdo es vinculante o no para las partes. Este se puede decir que es uno de los aspectos esenciales que se establece en este asunto. La obligatoriedad del acuerdo para las partes vendrá del peso que el Tribunal que esté conociendo del asunto otorgue al acuerdo. En este sentido, la *Court Supreme* fija un test de justicia o equidad que el acuerdo debería superar para estimar su validez¹¹². La realización de dicho test se realiza en dos fases donde se analizan dos categorías diferentes de criterios. Este test es el mismo que realizan los tribunales estadounidenses para analizar la validez de los *prenups*.

50. En la primera fase, el análisis se centra en el momento temporal que comprende desde la elaboración del acuerdo hasta la firma. Es decir, es una fase en la que los requisitos a analizar tienen que ver con la capacidad de las partes, el consentimiento, la información, el asesoramiento, etc. Elementos que le permitan conocer al juez que el acuerdo es equitativo, libre y justo desde su formación. La segunda fase se concentra en el resultado material que genera el acuerdo. En otras palabras, se analizan las cláusulas del acuerdo para saber si el resultado que genera es justo o injusto.

En primer lugar, en lo que podríamos denominar como la primera fase del análisis del *prenup*, el Tribunal literalmente denomina a los factores analizados como “*factors detracting from weight to be accorded to the agreement*”. La *Court Supreme* manifiesta que para que el acuerdo sea considerado un pacto libre sin influencias ni presiones, en el que las partes son conscientes de las implicaciones del mismo, es necesario analizar los siguientes aspectos: 1) *Información*. La información necesaria que les permita ser conscientes de la repercusión económica que tiene el *prenup*, ya que es el instrumento utilizado para regir los aspectos económicos del matrimonio desde su inicio hasta el final¹¹³; 2) *Ausencia de coacción, error o fraude*. El Tribunal señala que la presencia de cualquiera de estos factores hace muy improbable que el acuerdo se considere obligatorio¹¹⁴. La razón es que un acuerdo conseguido bajo una voluntad viciada es una manifestación de una posición dominante que busca obtener una injusta ventaja; 3) *Análisis del estado emocional de los cónyuges*. Las circunstancias de las partes en el momento de celebración del acuerdo, *ad ex.*, la edad, la existencia de matrimonio o de relaciones previas, la duración de éstas, son aspectos que permiten saber si ha existido presión para que una de las partes firme el acuerdo.

La *Supreme Court* considera que los requisitos recogidos en el *consultation document* relativos a la realización del acuerdo al menos en los 21 días previos al enlace, a la necesidad de asesoramiento legal independiente o a la de informar detalladamente sobre el patrimonio del otro cónyuge son deseables pero en ningún caso son requisitos que de no cumplirse invaliden *per se* el acuerdo¹¹⁵. Este parecer del Tribunal nos parece acertado. La celebración del acuerdo con un mínimo de días entre la firma y el enlace –30 días antes del enlace como recogen los PFD norteamericanos– puede llevar a la presunción de que el acuerdo se firmó sin coacción. Sin embargo, esto no tiene por que ser así. Es decir, el límite temporal no es un requisito que implique en todo caso ausencia de presión o coacción¹¹⁶. Así, *ad ex.*, puede darse la situación de un acuerdo que ha sido negociado durante meses, donde las partes han sido debidamente asesoradas e informadas y prestan libremente su consentimiento, pero que finalmente se firma a los pocos días de la boda, y que, por este hecho no se considere válido. En *sensu contrario*, puede suceder que un acuerdo impuesto al otro cónyuge, donde una de las partes no ha tenido capacidad de decisión pero cumple la formalidad de firmarse con más de un mes de antelación a la celebración del enlace sea válido. En definitiva, es un requisito más, que para la *Supreme Court* inglesa no tiene dema-

¹¹¹ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 75.

¹¹² *Vid.* J.M. SHERPE, “Los acuerdos prematrimoniales...”, pp. 6 y ss.

¹¹³ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 69.

¹¹⁴ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 71.

¹¹⁵ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 69.

¹¹⁶ *Vid.* J. M. SHERPE, “Los acuerdos prematrimoniales...”, p. 10.

siado peso. Este requisito es incorporado por legislador catalán, que en el art. 231.20 apartado primero del Código de Familia, señala que el acuerdo prematrimonial debe celebrarse antes de los treinta días previos al matrimonio.

51. En segundo lugar, el Tribunal denomina a los factores analizados en un segundo momento o fase como “*factors enhancing the weight to be accorded to the agreement*”. Como ya se adelantaba, en esta fase de análisis lo importante para el Tribunal es el contenido del acuerdo y los resultados que genera en los cónyuges. Para llegar a dichos resultados, la *Court Supreme* inglesa estudia en *Radmacher v. Granatino* una serie de factores. Estos factores deben quedar enmarcados en el principio de justicia. El acuerdo para ser válido debe ser justo. Se podría decir que esta segunda fase corresponde en el Derecho estadounidense a la *Second Look Doctrine*.

El Tribunal parte de que en un proceso de *ancillary relief* un acuerdo sería justo si tiene en cuenta los tres criterios establecidos en el asunto *Miller v. Miller*: necesidad, compensación y reparto de los bienes. El Tribunal señala que si el *prenup* recoge dichos aspectos del mismo modo como lo haría el Tribunal en caso de no existir acuerdo, éste perfectamente podría tener efecto¹¹⁷. La cuestión es que no siempre la idea de justicia sostenida por el Tribunal y la establecida en el acuerdo va a coincidir. La *Court Supreme*, consciente de tal extremo, considera que serán las circunstancias y los datos del caso los que permitirán determinar si el *prenup* es justo o no lo es. Las circunstancias que el Tribunal destaca que deben ser tenidas en cuenta para valorar si el acuerdo es justo son: 1) *Hijos*. La *Court Supreme* considera que los *prenups* no deben incluir disposiciones que perjudiquen el bienestar de cada uno de los hijos del matrimonio¹¹⁸; 2) *Autonomía*. La voluntad de las partes manifestada mediante su autonomía debe ser respetada, ya que *a sensu contrario*, el Tribunal estaría adoptando una actitud paternalista que en nada beneficia a las partes¹¹⁹; 3) *Bienes no matrimoniales*. De las palabras del Tribunal se puede entender como ya se estableció en asuntos como *White v. White* que los cónyuges tienen total libertad para hacer provisiones sobre su patrimonio privativo¹²⁰. De hecho, en el asunto que nos ocupa, *Radmacher v. Granatino* las estipulaciones del *prenup* van dirigidas a proteger el patrimonio familiar de la Sra. Radmacher; 4) *Circunstancias futuras*. La validez de estipulaciones sobre cuestiones futuras van a depender en su mayoría de las circunstancias existentes en el momento de hacer valer el pacto, el Tribunal considera que es necesario tener en cuenta aspectos como la duración del matrimonio, la existencia de matrimonios previos, los roles asumidos durante el matrimonio, etc.¹²¹. Esto es así debido a que las circunstancias de cada caso serán los factores relevantes. La consideración de la previsión en un acuerdo prematrimonial de la estricta separación de bienes en un matrimonio que ha durado veinte años, que cuando pactaron el *prenup* ambos acababan de iniciar su carrera profesional con grandes pretensiones, pero que al poco tiempo la esposa deja de trabajar fuera de casa para cuidar al marido y a los hijos, no puede ser la misma que el de un matrimonio que se casa por segunda vez y realiza un acuerdo prematrimonial con el fin de proteger bienes privativos generados con anterioridad a contraer matrimonio.

52. Por lo tanto, un acuerdo será considerado justo si las partes han tenido la información necesaria como para conocer los efectos del acuerdo, si no han existido vicios en el consentimiento, si no hay disposiciones que perjudiquen a los hijos, si el acuerdo tiene como fin regular los bienes privativos de los cónyuges y si las circunstancias no han cambiado de tal forma que hagan que el acuerdo resulte injusto. En atención a este razonamiento el Tribunal da la razón a la Sra. Radmacher debido a que considera el acuerdo vinculante, ya que el mismo fue celebrado por el Sr. Granatino libremente y siendo consciente de sus implicaciones, no deviniendo en injusto para el marido que el acuerdo se cumpla. En esta sentencia únicamente hay opinión disidente de la Baroness Hale, que, aunque está de acuerdo en muchos aspectos, hace énfasis en algunas cuestiones como las siguientes: 1) No está de acuerdo en que los *ante-nuptial agreements* sean contratos vinculantes; 2) Considera que existen diferencias entre los acuerdos celebrados antes y después del matrimonio. Diferencias que deben hacer que no compartan

¹¹⁷ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 75.

¹¹⁸ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 77.

¹¹⁹ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 78.

¹²⁰ *White v. White* [2000] UKHL 54.

¹²¹ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 82.

la misma naturaleza, su parecer se acerca más al de *Macleod v. Macleod*; 3) No comparte la forma en la que el tribunal aplica el test de justicia, ya que considera que es “*an impermissible gloss upon the courts’ statutory duties*”¹²²; 4) Del mismo modo, no está de acuerdo con el resultado al que se llega debido a que considera que es incongruente con la importancia que la Ley inglesa otorga al matrimonio. En su opinión es una cuestión de orden público en el ordenamiento jurídico inglés apoyar a la institución del matrimonio y animar a los cónyuges a seguir casados más que animarles a divorciarse¹²³.

D) El estado de la cuestión tras *Radmacher v. Granatino*

53. *Radmacher v. Granatino* ha abierto la puerta a considerar los acuerdos prematrimoniales válidos y vinculantes para las partes. Como ya se ha señalado, en dicha sentencia los acuerdos prematrimoniales no son considerados nulos por ser contrarios al orden público, sino que son vistos como una vía para que un futuro matrimonio organice las cuestiones patrimoniales nacidas a raíz de la unión matrimonial con plena autonomía. Así, como bien destaca la *Supreme Court* en *Radmacher v. Granatino*, son las circunstancias del caso las que determinarán el peso del acuerdo. Para el alto tribunal el acuerdo celebrado libremente es vinculante entre las partes salvo que sea injusto. A través de *Radmacher v. Granatino* es posible observar un cambio de tendencia que pretende acercar el Derecho Inglés y de Gales hacia el resto de legislaciones europeas en los que la validez de los pactos entre cónyuges es más que habitual.

54. Sin embargo, la realidad es que, aunque la citada sentencia ha implicado un cambio de rumbo, todavía en Inglaterra y Gales los pactos prematrimoniales entre cónyuges no tienen el rango contractual asegurado. Esta situación genera bastante imprevisibilidad e inseguridad jurídica a las partes, puesto que no saben con certeza si lo recogido en un *prenup* será mantenido o no por un tribunal. De este modo, con el fin de paliar dicha situación, la *Law Commission* ha publicado en febrero de 2014 un informe titulado *Matrimonial Property, Needs and Agreements* donde propone modificar la Ley actual en Inglaterra y Gales respecto a la propiedad matrimonial y los acuerdos entre cónyuges¹²⁴. Esta propuesta propone una guía a los matrimonios y a las parejas de hecho –denominadas en el Derecho inglés *civil partnership*– para que puedan organizar su situación patrimonial tras un divorcio o una ruptura. Es más, el informe incluye una propuesta de ley que recoge una posible regulación de los acuerdos matrimoniales a los que denomina como “*qualifying nuptial agreements*”.

55. Las cuestiones más relevantes que la *Law Commission* propone cambiar son:

a) Respecto a los *financial needs*, la *Law Commission* el principal problema que observa es la falta de transparencia en la actual regulación y la inconsistencia en la aplicación de la misma¹²⁵. Esto da

¹²² *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 169, donde Lady Hale propone cómo debería ser el test que debería superar un acuerdo prematrimonial para ser válido: “*It seems to me clear that the guiding principle in White, Miller and McFarlane is indeed fairness: but it is fairness in the light of the actual and foreseeable circumstances at the time when the court comes to make its order. Those circumstances include any marital agreement made between the parties, the circumstances in which that agreement was made, and the events which have happened since then. The test to be applied to such an agreement, it seems to me, should be this: “Did each party freely enter into an agreement, intending it to have legal effect and with a full appreciation of its implications? If so, in the circumstances as they now are, would it be fair to hold them to their agreement?” That is very similar to the test proposed by the majority, but it seeks to avoid the “impermissible judicial gloss” of a presumption or starting point, while mitigating the rigours of the MacLeod test in an appropriate case. It allows the court to give full weight to the agreement if it is fair to do so and I adhere to the view expressed in MacLeod that it can be entirely fair to hold the parties to their agreement even if the outcome is very different from what a court would order if they had not made it. It may well be that Lord Mance is correct in his view that the difference between my formulation and that of the majority is unlikely to be important in practice. I would prefer not to take that risk*”

¹²³ *Radmacher v. Granatino* [2010] UKSC 42, apartado 159.

¹²⁴ El texto de la *Law Commission* está disponible en http://lawcommission.justice.gov.uk/docs/lc343_matrimonial_property.pdf (consultado el 8 de julio de 2014). Para un breve comentario sobre esta propuesta vid. E. COOKE, “The Law Commission’s report on matrimonial property, needs and agreements”, *Family Law*, March 2014, pp. 304 y ss.

¹²⁵ *Matrimonial Property, Needs and Agreement*, p.40, apartado 3.60. *The Law Commission* en la p. 6, apartado 1.26 justifica así la necesidad de transparencia en la ley: “*Transparency in the Law is a necessity, not a luxury. It is not realistic to insist*

lugar a que las partes no sepan qué deben asumir cuando las *financial needs* deben ser cubiertas en una separación o divorcio. Esto es así debido a que *the Matrimonial Causes Act 1973* es muy parco al definir *financial needs* señalando únicamente que son “*obligations and responsibilities which each of the parties to the marriage has or is likely to have in the foreseeable future*”. De este modo, con el fin de paliar esta situación la *Law Commission* propone a la *Family Justice Court* que debe clarificar esta figura. Además, propone que la forma de hacerlo es mediante dos guías o conjunto de instrucciones que la *Family Justice Court* debe realizar y dirigir a dos grupos diferenciados: los tribunales y el público en general¹²⁶. Desde nuestro punto de vista, uno de los mayores problemas a los que se enfrentan los acuerdos prematrimoniales para ser válidos en el Derecho inglés son las *financial needs*¹²⁷. La razón es que si un *prenup* no hace una adecuada previsión de este aspecto, la probabilidad de que un juez lo declare nulo es muy alta. Las *financial needs* son las obligaciones más importantes que las partes deben asumir con respecto al otro cónyuge o los hijos en caso de divorcio. Por lo tanto, una clarificación de qué cubre este término va a dar seguridad a las partes que quieren formalizar un *prenup*, ya que si cubren los aspectos que la Ley inglesa exige como *financial needs*, el acuerdo es menos probable que sea considerado injusto.

b) Respecto a los acuerdos entre cónyuges hay que destacar tres aspectos:

i. Recomienda que los acuerdos entre cónyuges, ya celebrados antes o después del matrimonio, no deberían ser considerados nulos o contrarios al orden público por el hecho de prever las consecuencias de una futura separación o divorcio.

ii. Recomienda que las secciones 34 a 36 de *the Matrimonial Causes Act 1973* que regulan los acuerdos de alimentos –*maintenance agreements*– deben ser modificadas para poder incluir a los acuerdos prematrimoniales.

iii. Recomienda introducir en el ordenamiento jurídico de Inglaterra y de Gales una figura jurídica denominada *qualifying nuptial agreements*. Esta figura implica que si un acuerdo celebrado antes o después del matrimonio cumple los criterios que se exigen para llegar a ser un *qualifying nuptial agreement* debe ser considerado válido y vinculante para los tribunales. La intervención de los tribunales ingleses ante un acuerdo cualificado quedaría relegada a que dicho pacto no hubiera cumplido con las necesidades económicas que la ley exige respecto al cónyuge menos pudiente o los hijos. Los requisitos que señala *the Law Commission* en la propuesta son los siguientes:

1) El acuerdo matrimonial debe ser un contrato válido para la Ley de Inglaterra y Gales. Así, en el supuesto de que el pacto matrimonial haya sido celebrado conforme a una Ley diferente, debe para poder ser considerado un “acuerdo cualificado” ser un contrato válido para el Derecho inglés y Gales;

2) El acuerdo no debe haberse firmado bajo coacción;

3) La necesidad de formalizar el acuerdo en escritura pública;

4) El pacto entre cónyuges debería contener una cláusula donde se recoja que ambas partes entienden los términos del mismo y que en base al mismo se excluye que los tribunales puedan hacer previsiones sobre cuestiones económicas derivadas del matrimonio, salvo en los casos en los que una parte se vea desprovista de las *financial needs*.

5) El acuerdo no debería firmarse con menos de 28 días de antelación antes de la celebración del matrimonio.

6) Las partes deberían recibir información sobre el patrimonio del otro al momento de celebrar el acuerdo.

that lack of clarity about financial needs is acceptable because the term is well-understood by lawyers, as many lawyers have told us. So we take the view that accessible guidance is an important step forward”.

¹²⁶ Un aspecto a tener en cuenta es que como señala el informe *Matrimonial Property, Needs and Agreement*, p. 4, apartado 1.17 la mayoría de los acuerdos para establecer las *financial needs* son negociados y fijados fuera de los tribunales, ya que la mayoría se decide en privado y en muchas ocasiones sin asesoramiento legal.

¹²⁷ En el mismo sentido la *Commissioner E. COOKE*, “*The Law Commission’s...*”, p. 305, donde señala “*we took the view that it should not be possible to make a binding contract (ousting the courts’s discretion) that could excuse either party from making provision for the other’s ‘financial needs’, in the specialised sense that a family lawyer understands that term*”.

7) Las partes deberían recibir asesoramiento legal por separado, especialmente respecto a dos aspectos: a) que el acuerdo implica la exclusión de los tribunales para tomar decisiones respecto a las cuestiones económicas derivadas del divorcio o de la separación; b) el efecto que sobre sus derechos tiene el acuerdo. La *Law Commission* considera que la constatación de que ese asesoramiento legal ha tenido lugar debería realizarse mediante la firma de una declaración por parte de los abogados y de los clientes donde se recoja que las partes han sido debidamente asesoradas respecto a esos extremos.

E) Consideraciones finales

56. La propuesta de la *Law Commission* respecto a los acuerdos matrimoniales es, en definitiva, que los acuerdos se clasifiquen dentro de dos tipos. Los cualificados y los no cualificados. A nuestro entender los acuerdos cualificados serían válidos prácticamente en todo caso, ya que para eso han cumplido los requisitos que la ley exige. La fijación clara de unos parámetros que las partes deben seguir para formalizar un acuerdo matrimonial no resuelve todos los problemas jurídicos que pudieran derivarse de la contratación entre cónyuges, ya que, el pacto entre cónyuges implica muchos resquicios a tener en cuenta. Sin embargo, este tipo de regulaciones presentan la ventaja de que al menos las partes saben lo que la ley exige para que un acuerdo sea válido y así saben a qué atenerse. Sin embargo, cabría preguntarse qué pasaría con los acuerdos que no siguen estos criterios, qué consideración jurídica tendrían por los tribunales. La realidad es que no hay nada aprobado por ley, y que, por lo tanto, actualmente la validez de los acuerdos prematrimoniales en Derecho inglés goza de bastante incertidumbre.

57. Se podría decir que el Derecho inglés se encuentra a un paso por detrás del Derecho estadounidense. Dos motivos podrían sustentar esta afirmación: 1) *Contenido del pacto*. La libertad material en el Derecho inglés está más acotada que en el Derecho de EE.UU. En Derecho inglés sólo podrían incluirse en el pacto cuestiones económicas. Los pactos sobre los hijos y otras cuestiones personales van a tener escaso o poco peso para el tribunal en caso de que tuviera que conocer del asunto. Así, podemos decir que a diferencia de la concepción *amplia* que predicábamos del Derechos de los Estados Unidos, la concepción sobre los *prenups* en Inglaterra es materialmente reducida o *estrecha*; 2) *Mayor intervención de los tribunales*. La intervención de los tribunales ingleses en la modificación o adaptación del acuerdo prematrimonial es mayor que la de los norteamericanos. En el Derecho inglés desde *Radmacher v. Granatino* podemos decir que la presunción de que son contrarios al orden público ha caído para dejar paso a otra diferente: el pacto prematrimonial es vinculante siempre que haya sido celebrado libremente por las partes. Sin embargo, aún así, en Derecho inglés, a diferencia del estadounidense, los *prenups* no tienen naturaleza contractual. Esto da luz verde a los tribunales para moldear o modificar el acuerdo en función de las circunstancias y de las necesidades de los cónyuges siempre con una poderosa razón para no respetar lo acordado: la justicia. Por lo tanto, hoy por hoy acudir a los tribunales ingleses para hacer valer lo pactado en un *prenup* puede tener como resultado cualquier situación. Prueba de esta afirmación es uno de los últimos asuntos sobre este tema resuelto por la *High Court*¹²⁸.

III. Los acuerdos prematrimoniales en Derecho material español

1. Regulación legal del *prenup* en Derecho civil español

58. La posibilidad de pactar entre cónyuges estuvo prohibida hasta el año 1975. La Ley 14/1975, de 2 de mayo, sobre reforma de determinados artículos del Código Civil y del Código de Comercio sobre la situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges, es la que introdujo aspectos tan trascendentales como que la mujer tuviera capacidad jurídica y, por tanto, que pudiera actuar en el tráfico económico sin la representación de su marido¹²⁹. Otro aspecto crucial

¹²⁸ *Luckwell v. Limata*, [2014] EWHC 502.

¹²⁹ BOE núm. 107, de 5 de mayo de 1975. Como señala L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, Derecho de familia y de la

que introdujo la citada ley respecto a los pactos entre cónyuges fue la legalidad de realizar capitulaciones matrimoniales una vez celebrado el matrimonio¹³⁰. La posterior entrada en vigor de la Constitución española y de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, determinó que partir de esta época es cuando se podría legalmente hablar de la posibilidad de realizar un acuerdo prematrimonial en el ordenamiento español¹³¹. Estos cambios hicieron posible la igualdad entre los cónyuges permitiendo que éstos pudieran disponer de consecuencias económicas y personales derivadas de su unión. El afianzamiento de esta libertad se persiguió con la última modificación al Código Civil realizada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, los aspectos más novedosos que introdujo son conocidos por todos: la eliminación de las causas de divorcio y la legalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo¹³².

59. El Código Civil no establece ninguna regulación específica respecto a los acuerdos prematrimoniales. Como ya se estudiará, esta falta de regulación también va a tener efectos para el Derecho internacional privado, puesto que no existe una norma de conflicto que determine la ley aplicable a este tipo de acuerdos¹³³.

60. Sin embargo, esta falta de regulación en el ordenamiento español no es total, ya que las legislaciones forales se ocupan de regular una figura contractual que denominan “Pactos en previsión de ruptura matrimonial”. Pactos que, como bien se recoge en los textos forales, pueden celebrarse antes o después del matrimonio. El Derecho de familia catalán merece especial mención por regular de forma expresa este tipo de acuerdos mediante la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia¹³⁴.

El art. 231.20 del Código Civil catalán recoge mediante el título “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial” una serie de aspectos en los que se muestra una clara influencia de los *case law* estadounidenses sobre *preuptial agreements*. Como se ha estudiado en la parte de Derecho comparado, los tribunales del *Common Law* han incidido en los muchos casos que se le han planteado en aspectos claves que pueden condicionar la validez del acuerdo, *ad ex.*, el tiempo de antelación que ha transcurrido entre la celebración del acuerdo y del matrimonio, la renuncia a derechos por parte de uno de los cónyuges, la necesidad de que las partes estén informadas y asesoradas para que el acuerdo sea válido. Todos estos aspectos controvertidos de los acuerdos prematrimoniales los ha querido regular el legislador catalán. Así, este artículo 231.20 señala lo siguiente:

“1. Los pactos en previsión de una ruptura matrimonial pueden otorgarse en capítulos matrimoniales o en escritura pública. En el supuesto de que sean antenupciales, solo son válidos si se otorgan antes de los treinta días anteriores a la fecha de celebración del matrimonio.

2. El notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los

persona, Bosh, Barcelona, 2007, p. 42, “El marido era el representante de su mujer, que no podía comparecer en juicio sin su licencia (art. 60 CC, en su redacción originaria); ni podía, sin dicha licencia, adquirir bienes a título oneroso o gratuito, enajenar sus bienes ni obligarse, bajo sanción de nulidad (art. 61 CC, en la redacción primera); y ni siquiera tenía la disposición por sí sola de sus bienes parafernales (art. 1387 CC, en su primitiva redacción)”.

¹³⁰ Hasta la entrada en vigor de esa ley, los cónyuges sólo podían llevar a cabo capitulaciones matrimoniales antes del matrimonio. Lo dispuesto en las mismas era inalterable. La autonomía de la voluntad de las partes quedaba supeditada a lo que se dispusiera con anterioridad a la celebración del matrimonio. Esta prohibición impuesta a los cónyuges obedecía según la Exposición de motivos del Proyecto de Ley sobre la reforma a que se quería evitar que la mujer coaccionada por el marido modificara aspectos de su régimen económico matrimonial en su propio perjuicio. Para un mayor detalle *vid.* A. CABANILLAS SÁNCHEZ, “Capítulo II: Las capitulaciones matrimoniales”..., pp. 609 y ss.; J.L. LACRUZ BERDEJO, *El nuevo derecho civil de la mujer casada*, Civitas, Madrid, 1975, pp. 31 y ss.

¹³¹ BOE núm. 172, de 20 de julio de 1981.

¹³² BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005.

¹³³ *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”..., p. 180.

¹³⁴ BOE núm. 203, de 21 de agosto de 2010.

pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4.

3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia.

4. El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto.

5. Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces si este acredita que han sobrevenido circunstancias relevantes que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron”.

61. A pesar de que es en el Derecho civil catalán donde más se regula sobre esta materia, no obsta que otros Derechos forales también recojan de forma menos explícita disposiciones a favor a los pactos entre los cónyuges, ya se realicen antes o después de la celebración del matrimonio. Así, *ad ex.*, el art. 185 del Real Decreto legislativo, del gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto refundido de las leyes civiles aragonesas, señala que los cónyuges pueden regular sus relaciones familiares mediante capitulaciones o cualquier otro tipo de pacto, bien antes o después de contraer matrimonio. Prácticamente en el mismo sentido, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia en su art. 172 precisa que los cónyuges disponen de total libertad para pactar en capitulaciones matrimoniales la liquidación de la sociedad de gananciales con plenos efectos al disolverse la misma. Esta es una forma suave de dar luz verde a los pactos en previsión de ruptura. A diferencia de los dos derechos forales anteriores, se puede destacar el Título IV de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat de Régimen Económico Matrimonial Valenciano donde con más nivel de detalle se regula la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales. Es más, el art. 25 de la citada ley valenciana recoge hasta un posible contenido que las capitulaciones o pactos podrían tener, este es: “*se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio*”.

2. La cabida legal de los *prenups* en el ordenamiento jurídico español

62. La falta de regulación de los acuerdos prematrimoniales en el Derecho civil común español hace plantearse si es posible que un acuerdo de este tipo pueda ser admisible en el ordenamiento jurídico español. La cuestión surge debido a que como se trata de acuerdos sobre materia de familia en la que muchas veces se incluirán aspectos que pueden ser controvertidos –renuncia pensión compensatoria, régimen de visitas de los hijos, adjudicación patrimonio familiar– cabe plantearse si la figura en sí, si este tipo de acuerdos podría estar justificado legalmente dentro de nuestro ordenamiento jurídico. En nuestra opinión dos son los razonamientos jurídicos que pueden apoyar la legalidad de la figura del acuerdo prematrimonial en el ordenamiento jurídico español:

1º) *La consideración de los acuerdos prematrimoniales como contratos.* En ese caso su validez se sustenta en base a las reglas del Derecho de los contratos. Estas reglas son: autonomía de la voluntad y libertad de pacto (art.1255 CC). El propio Código Civil en su art. 1323 señala que “*los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos*”. En definitiva, se puede pactar sobre cualquier asunto encontrándose las partes como límite, la ley, la moral y el orden público. Los acuerdos prematrimoniales perfectamente pueden cumplir los requisitos esenciales que exige el art. 1261 CC para que un contrato sea válido. Es decir, los contrayentes deben dar su consentimiento de forma libre (consentimiento libre de error, violencia, intimidación o dolo), deben

pactar sobre cuestiones de las que pueden disponer (objeto) y lo deben llevar a cabo por un propósito, movidos por algún fin o razón, ya sea oneroso o una mera liberalidad (causa)¹³⁵. De este modo, los cónyuges pueden pactar en un documento privado los aspectos que consideren relevantes en relación a su matrimonio siempre que dicho pacto respete los requisitos de los contratos y las normas imperativas del ordenamiento jurídico español¹³⁶.

2º) *La consideración de los acuerdos prematrimoniales como capitulaciones matrimoniales*. Los capítulos matrimoniales son la institución jurídica tradicional con la que el ordenamiento español cuenta para los pactos entre cónyuges. La cuestión que se nos plantea es si un acuerdo prematrimonial, figura regulada únicamente en las legislaciones forales y de origen anglosajón, podría tener cabida dentro de la figura jurídica de capitulaciones. Como ya se ha comentado, los acuerdos prematrimoniales se caracterizan por la variedad de su contenido, hay pactos que determinan desde el régimen económico hasta la renuncia a la pensión compensatoria por parte de uno de los cónyuges. La adaptación del *prenup* a lo que se considera capitulaciones puede no ser tan automática. Para llegar a una solución hay que plantearse un aspecto fundamental, y es, qué contenido cabría dentro del término capitulaciones matrimoniales de acuerdo al ordenamiento español. Entonces, cabría preguntarse si las capitulaciones matrimoniales se reducen exclusivamente a tratar cuestiones referentes al régimen económico matrimonial o si se pueden incluir otro tipo de cuestiones. Respecto al término capitulaciones ha existido un considerable debate doctrinal. La corriente doctrinal menos tradicional interpreta el término capitulaciones matrimoniales de forma amplia¹³⁷. Este sector doctrinal se basa en el inciso final del art. 1325 CC donde se señala “*cualquiera otras disposiciones por razón del mismo*”. Esta última palabra, “mismo”, se considera que quiere decir “matrimonio”. La consecuencia de esta interpretación es que las capitulaciones matrimoniales son pactos que pueden versar sobre cualquier materia referente al matrimonio, ya tenga que ver con el régimen económico matrimonial o no. Así, de este modo, las capitulaciones matrimoniales pueden ser tanto los pactos que tienen por objeto aspectos relacionados con el régimen económico matrimonial como pactos que no estipulan nada sobre el régimen económico pero sí sobre otras cuestiones que afectan al matrimonio, *ad ex*. donaciones *propter nuptias* (art. 1341 CC), donaciones de bienes futuros en caso de muerte (art. 1341.2 CC) o también incluir pactos sucesorios en los que se prometa mejorar a uno de los cónyuges (arts. 826 y 827 CC). El art. 1326 CC señala expresamente que las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse tanto antes como después del matrimonio. En cuanto a los límites que el Código civil establece respecto a las capitulaciones podemos destacar tres de diferente naturaleza: 1) *temporal*: las previsiones recogidas en capitulaciones respecto a un futuro matrimonio quedarán sin efecto si no se contrae matrimonio en el plazo de un año (art. 1334 CC)¹³⁸; 2) *formal*: las capitulaciones deben constar en escritura pública (art. 1327 CC); 3) *de contenido*: los pactos capitulares no pueden incluir estipulaciones que sean contraria a las Leyes, a las buenas costumbres o que limiten la igualdad de los cónyuges, ya que, de lo contrario, serían nulas (art. 1328 CC).

63. Así, por lo tanto, siguiendo la interpretación actual que realiza parte de la doctrina civilista sobre capítulos matrimoniales, es posible afirmar que estos pactos pueden albergar cualquier cuestión patrimonial que tenga que ver o no con el régimen económico matrimonial¹³⁹. Aunque sí que es cierto

¹³⁵ Para un mayor detalle sobre el art. 1261 *vid.* L. Díez PICAZO / A. GULLÓN, *Sistema de Derecho...*, p. 150.

¹³⁶ STS de 3 de febrero de 2006 (RJ 2006/622); STS de 22 de abril de 1997 (RJ 1997/3251), STS de 15 de febrero de 2002 (RJ 2002/1619).

¹³⁷ Respecto a la parte de la doctrina que interpreta el concepto de capitulaciones matrimoniales de forma amplia *vid.* A. CABANILLAS SÁNCHEZ, “Capítulo II: Las capitulaciones matrimoniales”, en G. Díez- PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho de familia*, Thomson Civitas, 2012, pp. 591-592; L. Díez PICAZO/ A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 11.ª ed., Tecnos, 2012, p. 150; J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Acuerdos y contratos prematrimoniales (I)”, *Boletín de Derecho de familia*, nº 81, julio 2008, p. 11; A. L. REBOLLEDO VARELA, “pactos en previsión de la ruptura matrimonial”, *Libro Homenaje al Profesor Cuadrado Iglesias*, Vol. I, Aranzadi, 2008, 741; L. ZARRALUQUI SÁNCHEZ- EZNARRIAGA, *Derecho de familia...*, p. 31. L. CABEZUELO ARENAS, “¿Es válida la renuncia a una eventual pensión compensatoria formulada años antes de la separación en capitulaciones matrimoniales?”, págs. 2376 y 2377.

¹³⁸ Resolución de la DGRN de 17 de febrero de 2014, donde se denegó la inscripción de las capitulaciones matrimoniales por estar prescritas debido a que se había contraído el matrimonio más de un año después desde su otorgamiento.

¹³⁹ *Vid.* A. CABANILLAS SÁNCHEZ, “Capítulo II: Las capitulaciones matrimoniales”..., pp. 591-592; L. Díez PICAZO/ A. GULLÓN, *Sistema de Derecho...*, p. 150; J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Acuerdos y contratos...”, p. 11.

que la determinación del régimen económico matrimonial es uno de los aspectos fundamentales de los pactos no tiene por que ser el único que las partes puedan incluir. Esta libertad de pacto en cuanto a cuestiones patrimoniales que afectan al matrimonio es una visión acorde con los tiempos que otros países europeos comparten¹⁴⁰. Así, podría plantearse que igual que hace unos años el contenido de las capitulaciones matrimoniales era bastante limitado y ahora se ha extendido si también se podría extender el contenido de las capitulaciones a estipulaciones que nada tuvieran que ver con cuestiones económicas o patrimoniales, sino personales. El sentir de los Códigos Civiles de ordenamientos como el francés, el español y demás países de nuestro entorno en cuanto al contenido de las capitulaciones era en atención a la sociedad de la época, cuyas necesidades eran muy diferentes a las de hoy. Por tanto, igual que se incluyen cuestiones económicas muy variadas en las capitulaciones matrimoniales también deberían poder incluirse cuestiones personales –deber de fidelidad, convivencia común, socorro mutuo– puesto que los efectos personales, también son efectos del matrimonio. Siempre que no se menoscabe la igualdad entre los cónyuges, no se perjudique a los hijos y se respete el orden público, los futuros cónyuges deberían tener una libertad material amplia amparada por la autonomía de la voluntad. Todo ello, sin olvidar, que el contenido patrimonial de los acuerdos es el más importante jurídicamente hablando. Actualmente, los efectos personales del matrimonio a los que se refieren los arts. 67,68 y 69 CC han quedado reducidos a obligaciones morales, que no suelen dar lugar a reclamaciones judiciales para obligar a su cumplimiento¹⁴¹. De este modo, la inclusión de este tipo de cuestiones en acuerdos entre cónyuges quizás no tendría más vinculación que la voluntad de cumplimiento de los propios cónyuges. Esta visión amplia de los capítulos matrimoniales va a tener importancia para la determinación de la ley aplicable a los acuerdos prematrimoniales como posteriormente veremos en la parte internacional privatista del presente trabajo.

64. Del mismo modo, que el contenido de los acuerdos prematrimoniales y las capitulaciones pueden coincidir, en el mismo sentido, los *prenups*, al tratarse de acuerdos preventivos con vistas a una posible ruptura, se acercan a la naturaleza de otras figuras contractuales prevista para cónyuges en nuestro ordenamientos, como los pactos privados de separación o divorcio o el convenio regulador del art. 90 CC¹⁴². Por lo tanto, los acuerdos prematrimoniales pueden compartir cláusulas con los acuerdos de separación o el convenio regulador. La función de estos acuerdos es regular los términos de una ruptura una vez el matrimonio ya está roto. Es más, un acuerdo prematrimonial puede perfectamente servir como convenio regulador y presentarse en el proceso de separación o divorcio para que el juez lo homologue¹⁴³. Sin embargo, la diferencia fundamental es que mientras que el acuerdo prematrimonial se celebra en previsión de una posible e incierta ruptura, los acuerdos privados de separación, al igual que el convenio regulador, son celebrados *ex post*, una vez que el matrimonio ya hace aguas y la ruptura es una realidad.

¹⁴⁰ En Derecho francés existe amplia libertad para pactar tanto antes como después del matrimonio. En cuanto al contenido, los futuros cónyuges pueden pactar todos los aspectos que consideren oportunos teniendo como límite el orden público (art. 225 CC francés) y las buenas costumbres (art. 1387 CC francés). El propio CC francés señala que la ley sólo impone un régimen económico matrimonial en defecto de acuerdo. En relación al contenido, el pacto no puede incluir cláusulas que limiten la libertad personal, *ad ex*. la prohibición de divorciarse o la posibilidad de volver a contraer matrimonio. Sin embargo, si son válidas las estipulaciones que limitan determinados derechos de uno de los cónyuges en caso de un nuevo matrimonio, *ad ex*. dejar de usar una propiedad que pertenece a uno de los cónyuges si se contraen nuevas nupcias. En ningún caso, los acuerdos entre cónyuges o futuros cónyuges pueden dejar sin efectos los derechos y deberes que surgen con el matrimonio, ni tampoco los relativos a la patria potestad y la tutela (art. 1388 CC francés). Por lo tanto, no es posible de acuerdo al Derecho francés que las partes pacten sobre la educación de los hijos o la guarda o custodia de los mismos (*Vid.* W. PINTENS, “Marital Agreements and Private Autonomy in Frances and Belgium”, en M. SHERPE, *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2012, p. 81). Para un mayor detalle sobre los pactos entre cónyuges y los regímenes económicos matrimoniales en Derecho francés *vid.* F. TERRÉ/P. SIMLER, *Les régimes matrimoniaux*, 5ª ed., Dalloz, Paris, 2008.

¹⁴¹ Este escaso valor jurídico de los efectos personales del matrimonio no es compartido en otros ordenamientos del mundo. Un ejemplo de ello son determinados ordenamientos de base musulmana en los que los efectos personales cobran un importante valor y cuyo incumplimiento puede dar lugar llevar no sólo a la disolución del matrimonio sino también a responsabilidades patrimoniales (*Vid.* A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”..., p. 150).

¹⁴² *Vid.* J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Acuerdos y contratos...”, pp. 11-12.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 12.

3. Contenido de los acuerdos prematrimoniales

65. Una vez estudiada la libertad de los cónyuges para pactar y el amparo legal de los pactos prematrimoniales tanto en Derecho civil común como en Derecho foral, es necesario destacar otra cuestión. En el ordenamiento español a diferencia de lo que sucedía en el Derecho inglés hasta hace muy poco tiempo, la admisibilidad del acuerdo prematrimonial no es un problema. Los dilemas jurídicos que suelen plantear este tipo de pactos no tienen que ver con la figura en sí misma sino con el tipo de cláusulas que se incluyen en el acuerdo. Como ya se adelantaba, un acuerdo prematrimonial pretende básicamente dos objetivos¹⁴⁴: 1) determinar el régimen económico matrimonial al que se someterán los futuros cónyuges; 2) determinar los efectos patrimoniales y personales de una posible separación o divorcio. Junto con estos objetivos básicos también es posible utilizar los *prenups* como vía para donaciones *propter nuptias* u otorgar consentimientos y poderes.

66. Respecto a la determinación del régimen económico matrimonial, el acuerdo prematrimonial es una vía muy idónea para que los contrayentes establezcan desde un inicio qué régimen va a regir su matrimonio. El Derecho español permite total libertad a los cónyuges para que elijan el régimen que estimen más adecuado a su situación. Los regímenes matrimoniales regulados por el Código Civil son tres: el régimen de gananciales, el régimen de separación de bienes y el régimen de participación¹⁴⁵. Sin embargo, esto no implica que los cónyuges tengan obligatoriamente que regirse por alguno de los tres regímenes mencionados. La libertad de pacto de los cónyuges es verdaderamente amplia debido a que los cónyuges pueden elegir cualquier régimen económico matrimonial, ya esté recogido en el Código Civil, en cualquier legislación foral o en una legislación extranjera¹⁴⁶. Eso sí, el Código Civil, al igual que el Derecho foral, es preciso en el aspecto formal que debe seguir la determinación, modificación o sustitución del régimen económico matrimonial a través de capitulaciones matrimoniales, que es la escritura pública (art. 1327 CC). Es decir, el acuerdo prematrimonial que contenga la determinación del régimen económico por el que se van a regir los cónyuges debe formalizarse en escritura pública¹⁴⁷. Del mismo modo que se determina el régimen también es posible fijar la liquidación del mismo mediante el acuerdo. Éste es uno de los mayores problemas que se pretende solventar con un acuerdo prematrimonial, especialmente cuando se trata del régimen de gananciales. Así, la atribución de un bien ganancial a uno de los cónyuges previa compensación al otro o la renuncia a la indemnización por contribuir a las cargas del matrimonio por la realización de trabajo doméstico (art. 1438 CC) han sido cláusulas estipuladas para la liquidación admitidas por los tribunales¹⁴⁸.

67. Respecto a la determinación de los efectos patrimoniales y personales en un acuerdo prematrimonial es necesario recordar que como pacto *inter partes* que es, los contrayentes pueden regular prácticamente cualquier aspecto de su convivencia común. En este sentido, hay una serie de cláusulas

¹⁴⁴ Vid. A. J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones...*, p. 52 y ss.

¹⁴⁵ Para un mayor detalle sobre el régimen económico de la sociedad de gananciales, vid. P. BENAVENTE MOREDA, “La sociedad legal de gananciales”, en G. Díez Pícazo Giménez, *Derecho de familia*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 851-109; L. Díez -Pícazo /A. Gullón, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, 11ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pp. 160-214; Sobre el régimen de separación de bienes, vid. ISABEL ASUA GONZÁLEZ, “Capítulo 27. El régimen de separación de bienes”, en M. YZQUIERDO TOLSADA / M. CUENA CASAS (DIRS.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 4, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 31-112; A. CABANILLAS SÁNCHEZ, “La separación de bienes”, en G. Díez Pícazo Giménez, *Derecho de familia*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 1205-1233; L. Díez -Pícazo /A. Gullón, *Sistema de Derecho...*, pp. 215-220. Respecto al régimen de participación, vid. E. ALGARRA PRATS, “Capítulo 28. El régimen de participación”, en M. YZQUIERDO TOLSADA / M. CUENA CASAS (DIRS.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 4, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 118-318; J. ÁLVAREZ- SALA WALTHER, “El crédito de participación”, en G. Díez Pícazo Giménez, *Derecho de familia*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2012, pp. 1233- 1267; L. Díez -Pícazo /A. Gullón, *Sistema de Derecho...*, pp. 222-229.

¹⁴⁶ Vid. A. J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones...*, p. 53.

¹⁴⁷ Este requerimiento formal está dirigido a proteger a los terceros que van a verse afectados por el régimen económico matrimonial por el que se rijan las partes. La escritura pública es un requisito de validez formal *ad solemnitatem* para las capitulaciones matrimoniales en las que consta el régimen económico matrimonial, pero no lo es para el resto del contenido patrimonial o personal que pueda contener el acuerdo prematrimonial que no guarde relación con aquél.

¹⁴⁸ SAP Murcia de 29 de octubre de 2001 (JUR 2003/71008).

que se suelen incluir que son las que, en caso de desacuerdo entre los cónyuges, más dudas plantean a los tribunales españoles. Estas cláusulas podrían resumirse en las siguientes:

68. a) La renuncia a la pensión compensatoria. En atención al art. 97 CC la pensión compensatoria tiene la finalidad de compensar económicamente al cónyuge que debido a la separación o al divorcio va a quedar en una situación de desventaja económica respecto del otro cónyuge¹⁴⁹. Es una forma de equilibrar el patrimonio de un cónyuge que va a sufrir un empeoramiento respecto a la situación que tenía durante el matrimonio. El citado artículo es una norma de derecho dispositivo, ya que dispone que, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, el juez deberá fijar su importe en atención a una serie de criterios que no son *numerus clausus*¹⁵⁰. Así, lo consideró el Tribunal Supremo en su sentencia de 2 de diciembre de 1987 donde señaló que el art. 97 CC “(...)es claro que no nos encontramos ante norma de derecho imperativo, sino ante otra de derecho dispositivo, que puede ser renunciada por las partes, no haciéndola valer y que no afecta a las cargas del matrimonio, precisamente por no afectar a los hijos, respecto a los cuales si se refiere la función tuitiva, todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos, si se cumplen los requisitos legales (...)”¹⁵¹. Este carácter dispositivo de la pensión compensatoria permite plantear si es posible renunciar a dicha compensación mediante pacto prenupcial. La cuestión parece más clara si la renuncia se realiza una vez que ha tenido lugar la ruptura, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en la validez de la misma¹⁵². Sin embargo, no existe tal unanimidad cuando se realiza antes del matrimonio. Esto es así debido a que se pacta en un momento en el que las partes no conocen si la situación en el futuro será favorable como para renunciar a un derecho del que si concurren las circunstancias podrían beneficiarse. De las diferentes posturas que han mantenido los tribunales españoles se pueden señalar dos tesis:

i) Tesis en contra de la renuncia de la pensión compensatoria. Varios son los razonamientos que sustentan esta tesis: 1) Vulneración del orden público (art. 6.2 CC). La contrariedad al orden público básicamente reside en que no es posible renunciar a una mera expectativa de un posible derecho¹⁵³; 2) Naturaleza alimenticia de la pensión compensatoria. Esto daría lugar a la vulneración del art. 151 CC, donde se recoge que no es posible renunciar al Derecho de alimentos al tratarse de un derecho indisponible¹⁵⁴.

ii) Tesis a favor de la renuncia a la pensión compensatoria. Las bases jurídicas de esta teoría descansan en lo siguiente: 1) Posibilidad de renunciar a derechos futuros. Hay autores que consideran que es posible renunciar a derechos futuros, puesto que el art. 1271 CC permite que sean objeto de los contratos las cosas o derechos futuros, también es posible renunciar a ellos. La pensión compensatoria es un derecho dispositivo y se podría pactar su renuncia¹⁵⁵. En el mismo sentido, de acuerdo al art. 6.2

¹⁴⁹ Sobre el derecho de pensión compensatoria *Vid.* L. DIEZ -PICAZO /A. GULLÓN, *Sistema de Derecho...*, pp. 126-128.

¹⁵⁰ Las circunstancias que señala el art. 97 CC que permiten al juez determinar la cuantía de la pensión compensatoria son: 1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges; 2.ª La edad y el estado de salud; 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo; 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia; 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal; 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión; 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge; 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante.

¹⁵¹ STS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9174).

¹⁵² *Vid.* A. L. REBOLLEDO VARELA, “pactos en previsión...”, pp. 737-738.

¹⁵³ Entre otras, SAP de Asturias de 12 de diciembre de 2000 (AC 2000/151) en la que se recoge en “*la imposibilidad de renunciar de modo anticipado a la pensión compensatoria, en escritura pública de liquidación de la sociedad legal de gananciales, en base al argumento de que no cabe la renuncia a derechos o beneficios otorgados por las leyes, cuando éstos aún no han surgido ni se han integrado, en consecuencia, en el patrimonio del renunciante, no siendo posible, por tanto, renunciar a un derecho que todavía no ha nacido, que, en el caso de la pensión compensatoria, nace en el momento de la separación, a condición de que se produzca un desequilibrio económico de uno de los cónyuges en relación a la posición del otro, de tal manera que la renuncia a un futuro e hipotético e incierto derecho debe ser reputada nula de pleno derecho*”.

¹⁵⁴ *Vid.* A. J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones...*, p. 79.

¹⁵⁵ STS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9174). Totalmente de acuerdo con el Profesor A. L. REBOLLEDO VARELA, “*pactos en previsión...*”, p. 749, donde señala que “*si nadie discute la eficacia de un convenio regulador no homologado judicialmente en que se renuncia a la pensión compensatoria cuyo derecho todavía no ha surgido –estrictamente surgirá con la sentencia de separación o divorcio– no tiene mucha razón jurídica hacer diferencias teniendo en cuenta el tiempo anterior más o menos*”.

CC es posible la exclusión voluntaria de la ley aplicable y renunciar a derechos cuando dichas renunciaciones no contravengan el interés o el orden público ni tampoco a terceros; 2) La renuncia a la pensión compensatoria no puede implicar en todo caso vicio en el consentimiento por desconocimiento de las circunstancias futuras. El hecho de renunciar a un derecho que podría perjudicar a una de las partes por las circunstancias futuras imprevisibles no implica que la parte no haya dado su consentimiento libremente y con la información suficiente. Es más, si el pacto prematrimonial es firmado ante notario, éste ya habrá advertido de la situación que podría tener lugar de darse tales circunstancias en el futuro y las implicaciones de la renuncia. Así, los tribunales han venido aceptando la renuncia a la pensión compensatoria en un acuerdo prematrimonial siempre que la renuncia sea recíproca y no atente contra el principio de igualdad¹⁵⁶; 3) Carácter indemnizatorio o resarcitorio de la pensión, no naturaleza alimenticio-asistencial¹⁵⁷. Al considerarse un derecho disponible dirigido a paliar una situación de inferioridad económica en el momento de la ruptura, las partes son totalmente libres para hacer valer su derecho. Esta naturaleza hace que no esté justificada la intervención de los poderes públicos para modificar lo que las partes han considerado oportuno en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Por lo tanto, en definitiva, se podría decir que la renuncia a la pensión compensatoria podría ser totalmente admisible siempre y cuando sea recíproca y se salvaguarde el principio de igualdad. Esta necesidad de igualdad entre los cónyuges nos lleva a plantearnos si sería válida la renuncia aunque perjudicase a uno de los cónyuges. Especialmente, en los supuestos en los que las circunstancias han cambiado de tal forma que dicho ejercicio de la autonomía de la voluntad perjudica gravemente a una de las partes. Cabría plantearse si en estos casos la renuncia carecería de validez, y si fuera así, a qué criterios se debe atender para considerar que las circunstancias no previstas perjudican a una de las partes. Diferentes sectores doctrinales y jurisprudenciales consideran que en los casos en los que las circunstancias han variado sustancialmente y de forma imprevisible quedando una de las partes perjudicada gravemente por dicha renuncia debería la misma no tenerse por válida¹⁵⁸. Un perjuicio grave puede ser no contar con medios económicos suficientes como para poder subsistir, *ad ex.*, por accidente que incapacite a uno de los cónyuges, por abandono carrera profesional por el cuidado del hogar y de los hijos, por pérdida de empleo o entrada en concurso de acreedores del cónyuge empresario. Esta visión no es compartida por la DGRN que considera que sólo hay que velar por los hijos y el derecho de alimentos, no por la pensión compensatoria de los cónyuges, ya que es perfectamente renunciabile¹⁵⁹. Por ese motivo, desde la DGRN se considera que los pactos de renuncia a la pensión compensatoria no requieren homologación judicial para la inscripción en el Registro.

Una cuestión a tener en cuenta es que la no validez de la renuncia en atención a circunstancias sobrevenidas que hacen que una de las partes sea gravemente perjudicada no obsta para que el resto del acuerdo prematrimonial sea válido.

69. Desde nuestro punto de vista la inclusión de la renuncia a la pensión compensatoria en un acuerdo prematrimonial como regla general puede ser perfectamente válida. La libertad de pacto entre las partes prima cuando se trata de derechos disponibles. Si el pacto es recíproco no debería haber razón para que la renuncia no fuera eficaz. El inconveniente a la renuncia podría existir en los supuestos en los

*amplio de presentación de la demanda. También se ha indicado que en el Código Civil se admite con carácter general los pactos y convenios sobre derechos futuros (art. 1271 CC)". Vid. también sobre la renunciabilidad a la pensión compensatoria J. MONTERO AROCA, *El convenio regulador en la separación y en el divorcio: La aplicación práctica del art. 90 del Código Civil*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2002, pp. 194 y ss; L. AGUILAR RUIZ/C. HORNERO MÉNDEZ, "Los pactos conyugales de renuncia a la pensión compensatoria: autonomía de la voluntad y control judicial", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 57, 2006, pp. 9 y ss.*

¹⁵⁶ STS de 2 de diciembre de 1987 (RJ 1987\9174); SAP Murcia de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003\71008); SAP de Madrid, de 27 de noviembre de 2002 (JUR 2003\92086); SAP de A Coruña de 4 de abril de 2006 (JUR 2007\135060); SAP de Madrid, de 27 de febrero de 2007, FD 5º (JUR 2007\15141).

¹⁵⁷ SAP de Ciudad Real, de 2 de diciembre de 2002, FD 2º (JUR 2003\32630).

¹⁵⁸ SAP de Granada, de 14 de mayo de 2001 (AC 2001\1588). *Vid.* también en el mismo sentido, T. MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, *Los acuerdos de los cónyuges en la pensión por separación y divorcio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 70 y 71; A. L. REBOLLEDO VARELA, "pactos en previsión de..." p. 753.

¹⁵⁹ Resolución de 10 de noviembre de 1995 (RJ 1995/8086); Resolución de 1 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6593); Resolución de 19 de junio de 2003 (RJ 2003/6172).

que las circunstancias hayan cambiado de forma tan considerable que perjudique gravemente a una de las partes. Este argumento jurídico podría basarse en la teoría de la base objetiva del negocio jurídico, según la cual la causa o base que se tuvo en cuenta para llevar a cabo la renuncia ha cambiado¹⁶⁰. El problema de admitir esta excepción a la validez puede resultar un arma de doble filo, o mejor dicho, una vía para plantear la ineficacia de la renuncia en todo caso, ya que, si el pacto prematrimonial se firmó veinte años atrás es obvio que las circunstancias de los cónyuges habrán cambiado. Por lo tanto, será el caso concreto, teniendo en cuenta la admisibilidad general a la renuncia de la pensión compensatoria, el que verdaderamente podrá indicar a un tribunal si efectivamente las circunstancias son tan sobrevenidas o inesperadas como para que la renuncia no sea válida por perjudicar gravemente a una de las partes.

70. b) Indemnizaciones entre los cónyuges. Un acuerdo prematrimonial puede dar cabida como ya se ha señalado a todo tipo de pacto. De este modo, sería posible incluir también indemnizaciones en el caso de que uno de los cónyuges incumpliera algunas de las obligaciones impuestas durante la convivencia. Así, una indemnización a destacar es por extinción del régimen económico matrimonial. Se fija una cantidad generalmente dineraria a pagar a uno de los cónyuges en el caso de extinción de régimen económico matrimonial¹⁶¹. Del mismo modo, también es posible recoger una cláusula donde se renuncie a la indemnización por extinción del régimen económico matrimonial¹⁶². Estos pactos indemnizatorios se encuentran como límite los derechos fundamentales y los principios esenciales sobre los que se sustenta la institución del matrimonio¹⁶³. Así, no sería posible incluir una cláusula en la que se obliga a quien solicite el divorcio a pagar al otro una indemnización, puesto que atentaría contra el derecho a divorciarse¹⁶⁴.

71. c) Uso de la vivienda familiar. La vivienda familiar suele ser el bien con más valor del matrimonio, y en muchas ocasiones, sólo es el único bien del patrimonio familiar. Por ese motivo, suele ser el bien sobre el que más disputas se concentran en los procesos de divorcio¹⁶⁵. De la lectura del art. 96 CC se puede extraer la conclusión de que serán las circunstancias que existan en el momento de la separación o divorcio las que determinarán en gran medida si lo pactado vía acuerdo prematrimonial va a poder mantener su validez. Cuando hablamos de circunstancias nos referimos, *ad ex.*, a la existencia o no de hijos comunes, a qué progenitor se le asigna el cuidado de los hijos o a la situación económica de los cónyuges en ese momento. De este modo, la validez de las estipulaciones respecto a la vivienda familiar cuando no hay hijos comunes es más posible que sobreviva ante un juez que cuando existen hijos. El interés del menor siempre va a estar antes que cualquier previsión que las partes hayan realizado en cualquier tipo de pacto. De este modo, los cónyuges sin hijos van a tener bastante más libertad a la hora de fijar el uso o la adjudicación de la vivienda familiar¹⁶⁶. Así, las cláusulas a incluir en un acuerdo prematrimonial sobre la vivienda familiar podrían ser muy variadas, *ad ex.*, la venta del inmueble en un corto período de tiempo desde que el matrimonio se disuelve, o que el cónyuge que use la vivienda pague total o parcialmente al otro un alquiler en otra diferente, o la adjudicación de la propiedad a uno de los cónyuges en contraprestación de que ayude al otro a acceder a una nueva vivienda.

¹⁶⁰ SAP de Granada, de 14 de mayo de 2001 (AC 2001/1599), FD 1º.

¹⁶¹ SAP de Álava, de 25 de abril de 2002.

¹⁶² SAP de Murcia, de 29 de octubre de 2002 (JUR 2003/71008).

¹⁶³ *Vid.* A. J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones...*, p. 92.

¹⁶⁴ En este sentido lo entendió la AP de Almería, de 17 de febrero de 2003 (AC 2003/623), FJ 2º. Esta sentencia consideró nula una cláusula recogida en un acuerdo prematrimonial entre español y rusa donde se obligaba al marido a pagar a la esposa por cada día de matrimonio una cantidad dineraria en el caso de que la ruptura tuviera lugar. La AP consideró que esta cláusula que establecía la indemnización era realmente una cláusula penal. Su fijación implicaba penalizar el cese de convivencia lo cual va en contra del orden público matrimonial por considerarlo contrario a la moral, las buenas costumbres y la ética social. Por tanto, nula de acuerdo al art. 1328 CC. Para un mayor detalle sobre este tipo de cláusula *vid.* L. MARTÍNEZ VAZQUEZ DE CASTRO, "Pactos prematrimoniales, cláusulas penales y daños morales", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, Aranzadi, 2014, pp. 1863-1874.

¹⁶⁵ *Vid.* C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales...*, p. 108.

¹⁶⁶ *Vid.* A. L. REBOLLEDO VARELA, "pactos en previsión de...", p. 95; *Vid.* también, L. AGUILAR RUIZ, "Los pactos prematrimoniales. Vigencia y actualidad en el nuevo Derecho de familia", en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel*, Aranzadi, 2014, p. 117.

72. *d) Fijación de custodia y/o régimen de visitas de los hijos.* Los acuerdos de los cónyuges respecto a menores no son vinculantes para un tribunal, aunque pueden ser tenidos en cuenta. No se permite en ningún caso un acuerdo entre cónyuges, ya celebrado antes o después de la celebración del matrimonio o incluso una vez que la crisis ya ha tenido lugar, que perjudique a los hijos menores de edad. No obstante, el acuerdo prematrimonial en el que se recogen estipulaciones respecto al régimen de visitas de los hijos puede alcanzar plena eficacia si se incorpora a la propuesta de convenio regulador y el juez aprueba éste. En este caso, de acuerdo al art. 90 CC apartado segundo, el juez estaría vinculado a los aspectos que proponen los cónyuges –pactados en un acuerdo prematrimonial posteriormente incluido en la propuesta de convenio regulador–, salvo en el caso de que sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges¹⁶⁷.

73. *e) Pensión de alimentos.* La pensión de alimentos no es un derecho disponible por las partes como sí sucede con la pensión compensatoria¹⁶⁸. En atención al art. 151 CC, el derecho de alimentos no es transmisible ni renunciabile¹⁶⁹. Las partes podrían pactar las cantidades que les corresponderían al cónyuge y a los hijos en concepto de alimentos. De este modo, si el acuerdo prematrimonial se rige por la Ley española las partes deben tener en cuenta que tienen menos libertad de pacto que con respecto a otras cuestiones económicas derivadas de su matrimonio, ya que, prácticamente la libertad de pacto en cuanto a los alimentos sería en atención a la cuantía.

74. *f) Pactos sucesorios.* La regla general que descansa en el derecho civil común, a diferencia de derechos forales como el catalán, es que sobre la herencia futura no se puede pactar, salvo aspectos que tengan que ver con la división del caudal (art. 1271 CC). Sin embargo, hay cuestiones íntimamente relacionadas con el derecho sucesorio, como las donaciones de bienes futuros en caso de muerte o la promesa de mejorar o no mejorar (arts. 826 y 827 CC), que sí podrían pactadas en capitulaciones matrimoniales. Por lo tanto, se podría entender que esas mismas cuestiones sucesorias que se permiten vía capitulaciones también se podrían recoger en acuerdos prematrimoniales, siempre que se cumpla el requisito formal de escritura pública.

75. *g) Delimitación e indemnización de los deberes personales.* Los deberes personales de los cónyuges están recogidos en los arts. 66-68 CC. Las cuestiones que se plantean sobre este tipo de cláusulas son dos: 1) Admisibilidad; 2) Indemnización. En cuanto a la admisibilidad cabría plantearse si los cónyuges podrían modificar los genéricos deberes del Código Civil o añadir otros nuevos en su acuerdo prematrimonial. *Ad ex.* omitir el deber de socorro mutuo que señala el Código Civil y añadir la obligación de mantener relaciones sexuales al menos dos veces por semana. Para valorar la validez de este tipo de pactos sería necesario tener presente varios aspectos: a) La libertad de pacto debe permitir incluir también los pactos sobre aspectos personales. Es más, consideramos que este tipo de acuerdos donde se regulan o concretan deberes del día a día pueden hacer una convivencia más fácil¹⁷⁰; b) el límite de estos pactos se encontraría en la transgresión de principios básicos del ordenamiento –libertad, igualdad,

¹⁶⁷ Para un estudio más profundo del convenio regulador, *vid.* L. Díez -PICAZO/A. GULLÓN, *Sistema de Derecho...*, pp. 120-122; A. J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones...*, pp. 159-318.

¹⁶⁸ *Vid.* sobre los alimentos entre cónyuges M^a. P. GARCÍA RUBIO, *Alimentos entre cónyuges y entre convivientes de hecho*, Civitas, Madrid, 1995.

¹⁶⁹ Sobre las diferencias entre la pensión de alimentos y la pensión de alimentos, STS de 9 de febrero de 2010 (RJ 2010/526), FD 3º, “*Los alimentos y la pensión compensatoria obedecen a finalidades y causas distintas: así como los alimentos tienen como objetivo solucionar el estado de necesidad de quien los acredita, la pensión compensatoria obedece a otras razones, cuales son las de compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial*”.

¹⁷⁰ En contra C. PINTO ANDRADE, *Pactos matrimoniales en previsión de ruptura*, Bosch, 2010, p. 65, que considera que los pactos sobre aspectos personales deben considerarse nulos en base a “*Los arts. 67 y 68 CC son un conjunto de deberes, no de obligaciones, lo que significa que su inobservancia no es equiparable, en cuanto a los efectos, al incumplimiento contractual: no es pensable el cumplimiento forzoso o in natura o por equivalente del poder del deber conyugal incumplido. Debe señalarse que son un conjunto de deberes y derechos personalísimos y recíprocos respecto a los cuales prestan su consentimiento los cónyuges en el acto constitutivo del matrimonio. A tenor del art. 45 CC son indisponibles por los cónyuges e irrenunciables y no se pueden limitar ni modalizar y el pacto en tal sentido se tiene por no puesto, tanto sea anterior al matrimonio como coetáneo o posterior al acto constitutivo del mismo*”.

no discriminación, etc.– y por tanto de la propia institución del matrimonio. Es decir, si se establece en un acuerdo que los cónyuges no deben socorrerse mutuamente pues la pregunta resulta fácil, para qué se casan. De este modo, pactar sobre deberes personales se debería permitir, modificar los deberes básicos que la institución del matrimonio proclama no¹⁷¹. Por lo tanto, será el contenido de la estipulación concreta la que determinará si es lícita o no lo es. Si se limita a concretar un deber *ad ex*. deber de fidelidad, cuidado de los hijos, especificación de las tareas domésticas a cada cónyuge, etc. por qué no se van a permitir. En cambio, si con ella se transgrede la Ley, *ad ex*. el deber es humillante para uno de los cónyuges, su validez es imposible. En definitiva, permitir la admisibilidad de este tipo de cláusulas es positivo porque permite a los cónyuges establecer o fijar su modo de concebir la unión matrimonial¹⁷².

Llegados a este punto sería posible plantearse que quizás el verdadero problema de las estipulaciones personales en los acuerdos prematrimoniales reside no tanto en la posibilidad de pacto sino en el reconocimiento de una indemnización que un posible incumplimiento de estos deberes por parte de un tribunal. El TS se ha mostrado en contra de reconocer responsabilidad patrimonial derivada del incumplimiento de deberes personales¹⁷³. No obstante, hay también jurisprudencia menor que ha abierto la puerta a la posibilidad de reclamaciones judiciales derivadas de incumplimiento de deberes personales¹⁷⁴. El derecho a indemnizar sobre deberes personales vendrá unido al reconocimiento de un valor jurídico a los mismos. Si el valor de estos deberes trasciende lo moral, un resarcimiento sería posible como vía para compensar al cónyuge perjudicado. Sin embargo, si se considera que estos deberes no deben trascender de la esfera privada de la pareja su incumplimiento no genera más responsabilidad que la que los cónyuges le quieran atribuir.

4. Consideraciones finales

76. En el ordenamiento jurídico español no hay una larga tradición en la celebración de pactos con anterioridad al matrimonio. Sin embargo, este hecho no obsta para que en nuestro ordenamiento se admita una *amplia* libertad de pacto entre cónyuges. Desde un punto de vista formal, debido quizás a la atipicidad de la figura, nuestro ordenamiento es mucho menos formalista que otros ordenamientos donde estos pactos se celebran con mayor asiduidad. Respecto al contenido, las partes disponen de una gran autonomía de la voluntad que les permite regular prácticamente cualquier aspecto económico y personal de la vida en común que pretenden comenzar. Por eso, podemos decir que la visión que existe en Derecho español sobre los *prenups* en particular y los pactos entre cónyuges en general es amplia. A pesar de que en nuestro derecho no exista gran tradición sobre la figura se puede afirmar que estamos más cerca del Derecho de EE.UU. que del Derecho inglés.

77. Como ya se habrá podido observar el problema de los acuerdos prematrimoniales no reside en el momento de la celebración sino en el momento de hacerlo valer ante un tribunal. Prácticamente todos los ordenamientos europeos permiten pactar entre cónyuges los efectos económicos de una ruptura futura. Sin embargo, una cosa es la libertad sobre el papel y otra cosa muy diferente cuando hay que acudir al tribunal debido a que una de las partes no respeta el pacto tras la ruptura. En ese momento es cuando se va a ver materializar esa libertad de pacto que tanto se señala. La supervivencia del pacto va a depender del control judicial que el tribunal español realice sobre el mismo. Las partes se dan cuenta de que su acuerdo que firmaron años atrás no es un contrato cualquiera cuando están ante el juez. La existencia de hijos, la salud de los cónyuges, su desarrollo profesional, la duración del matrimonio, todos ellos son circunstancias que entran a valorarse por los tribunales junto con las cláusulas del contrato. Esto no quiere decir que dichas valoraciones no deban ser realizadas, quizás si se valoran es porque la materia –Derecho de familia– en la que nos encontramos lo merece. Pero ello no obsta, para que dichas

¹⁷¹ Vid. A. J. PÉREZ MARTÍN, *Pactos prematrimoniales. Capitulaciones...*, p. 92.

¹⁷² Sobre los aspectos positivos de estos pactos y su posible indemnización vid. C. MARTÍNEZ ESCRIBANO, *Pactos prematrimoniales...*, pp. 99-103.

¹⁷³ STS de 22 de julio de 1999 (RJ 1999\5721).

¹⁷⁴ SAP Valencia de 5 de septiembre de 2007; SAP Barcelona de 16 de enero de 2007; SAP León de 30 de enero de 2009.

valoraciones resten peso jurídico al acuerdo prematrimonial. Éste queda empequeñecido cuando se tienen en cuenta tantas circunstancias. Así, se podría decir que hoy por hoy la libertad de pacto entre cónyuges tan defendida por todos queda reducida a una gran incertidumbre cuando se acude a un tribunal. Amén cuando entra en juego un elemento extranjero.

IV. La Ley aplicable a los acuerdos prematrimoniales en Derecho Internacional privado español

1. Introducción

78. Si la figura de los acuerdos prematrimoniales es compleja en sí misma puede complicarse aún más cuando existen elementos extranjeros en la relación. En este caso, el problema a resolver se encontraría en un paso previo a lo que hemos estado analizando anteriormente. Es decir, el tribunal español competente debería determinar la ley aplicable al *prenup* para resolver aspectos como la admisibilidad del pacto, su interpretación o cómo influye en la liquidación de un régimen económico matrimonial.

79. Un ejemplo de supuesto de hecho en el que se encontraría el tribunal español podría ser el siguiente: señor inglés de 45 años desea contraer matrimonio con joven española de 30 años. Ambos residen en Londres, lugar donde firman un acuerdo prematrimonial y celebran su matrimonio. Él ya había estado previamente casado y tiene dos hijos fruto de dicha relación anterior. El *prenup* básicamente establece que los efectos del matrimonio se rigen por el Derecho inglés, el régimen económico matrimonial será de separación de bienes, que en caso de divorcio ambos renuncian a reclamarse cualquier tipo de pensión y la vivienda familiar pasaría a ser de titularidad de la esposa. No hacen ninguna previsión sobre cuestiones personales ni tampoco sobre posibles hijos comunes. El matrimonio se celebra en marzo de 2004. En 2012 el matrimonio se traslada a España y en 2014 la joven solicita el divorcio ante tribunales españoles reclamando una pensión compensatoria. El marido se opone en rotundo alegando la validez del pacto. Para llegar a una solución el juez español debe valorar dicho acuerdo celebrado diez años atrás en Inglaterra. Así, cuestiones que podrá plantearse serán del estilo de las que nos hemos ido planteado a lo largo del presente trabajo ¿Son válidos estos acuerdos? ¿Qué peso tienen en un procedimiento de divorcio? ¿Es posible renunciar a derechos? La cuestión es que para poder resolverlas deberá identificar el asunto como un asunto de derecho internacional privado, y por tanto, resolver una cuestión de transcendencia fundamental para el caso: qué ley es la que rige el pacto. Una vez determinada dicha ley podrá, no sin dificultad, dirimir todas las cuestiones de fondo.

80. La determinación de la ley aplicable a este tipo de pactos no es una cuestión sencilla. Como ya se ha señalado, los acuerdos prematrimoniales no cuentan con una regulación específica en el ordenamiento civil común español. No sucede lo mismo en los ordenamientos forales, especialmente en el catalán, que desde el año 2010 regula los acuerdos matrimoniales en previsión de ruptura. Así, debido a estas previsiones forales se puede afirmar que los acuerdos prematrimoniales no son una figura completamente desconocida en nuestro ordenamiento¹⁷⁵. Sin embargo, a pesar de no ser una figura desconocida por completo no existe en el sistema español una norma de conflicto específica que determine la ley aplicable a los acuerdos prematrimoniales. Por lo tanto, la calificación del *prenup* va a ser el ejercicio esencial que tendrá que realizar el juez para poder llegar a la norma de conflicto aplicable al acuerdo y así precisar la ley aplicable al mismo.

2. La calificación del acuerdo prematrimonial

81. La determinación de la norma de conflicto aplicable a los acuerdos prematrimoniales en Derecho internacional privado español podría llevarse a cabo por dos vías:

¹⁷⁵ Vid. A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”..., p. 183.

82. 1º) *Tesis de la calificación por la función.* El objeto de esta tesis consiste en analizar la función de la institución jurídica extranjera conforme al ordenamiento extranjero al que pertenece para poder encontrar en el ordenamiento del foro otra figura conocida que desempeñe una función similar¹⁷⁶. El estudio del Derecho inglés y del Derecho estadounidense como ordenamientos donde los acuerdos prematrimoniales tienen tradición jurídica junto con el estudio del Derecho civil común español nos permite determinar la función que desempeñan los *prenups* en el tráfico jurídico. Por tanto, los acuerdos prematrimoniales realizan una función semejante a la que realizan las capitulaciones matrimoniales. Figura jurídica que sí está regulada de forma expresa en nuestro ordenamiento interno y en nuestro sistema de Derecho internacional privado. Las capitulaciones matrimoniales sí disponen de una norma de conflicto que permite determinar la ley aplicable a este tipo de acuerdos. Se trata del art. 9.3 CC.

83. Así, el razonamiento jurídico que permite calificar los acuerdos prematrimoniales como capitulaciones matrimoniales se sustentaría en lo siguiente:

84. a) *Concepto actual amplio de capitulaciones matrimoniales.* Como se ha podido señalar, un amplio sector doctrinal considera que el objeto de las capitulaciones matrimoniales puede versar no sólo sobre aspectos económicos relacionados con el régimen económico matrimonial, sino también otro tipo de aspectos económicos –reparto de bienes, fijación de la cuantía de pensión de alimentos, renuncia pensión compensatoria, donación de bienes futuros en caso de muerte-, incluso aspectos personales – fijación domicilio, educación de los hijos, etc.–¹⁷⁷. Además, tal y como señala el art. 1326 CC los capítulos matrimoniales pueden celebrarse tanto antes de la celebración del enlace como después.

85. b) *Función económica predominante del acuerdo prematrimonial.* Los acuerdos prematrimoniales como ya se ha señalado son un tipo de acuerdos que puede incluir cualquier tipo de cláusula que los futuros cónyuges consideren oportuna. Sin embargo, hay un tipo de cláusulas que son las más comunes y las que generalmente mueven a las partes a celebrar este tipo de acuerdos. Éstas son las de naturaleza patrimonial o económica. Es decir, las estipulaciones que determinan o prevén los efectos patrimoniales del matrimonio. Por tanto, la función del *prenup* es conocida en nuestro ordenamiento y desarrollada por una figura jurídica conocida como *capitulaciones matrimoniales*. Así, se podría decir que el contenido que pretende regular las cuestiones patrimoniales de los futuros cónyuges es el contenido principal de la mayoría de los acuerdos prematrimoniales que se celebran. Esto es así porque concuerda con el propio ser del acuerdo y que lo diferencia de otro tipo de acuerdos entre cónyuges –los celebrados durante el matrimonio o cuando el matrimonio ya está roto– y es evitar los efectos económicos negativos o imprevistos que podría ocasionar la ruptura matrimonial.

El hecho de que se destaque esta función económica del acuerdo prematrimonial sobre otras que podría cumplir –fijar la custodia de los hijos, su educación, deberes personales, etc.– no le resta libertad a las partes a la hora de negociar. El contenido del acuerdo prematrimonial vendrá marcado por la Ley que rija el acuerdo. Ese ordenamiento es el que determinará si los cónyuges pueden pactar o no sobre determinada materia. Aunque no siempre exista una semejanza total, entre el *prenup* y las capitulaciones, lo importante es que exista una equivalencia suficiente entre la figura jurídica desconocida extranjera y la figura jurídica conocida en Derecho español. Dicha equivalencia suficiente existe sin duda entre los *prenups* y las capitulaciones matrimoniales.

86. 2º) *Tesis de los conceptos amplios positivos.* El supuesto de hecho de determinadas normas de conflicto se amplía por el legislador de forma deliberada con el fin de que tengan cabida dentro del mismo figuras no conocidas por el Derecho español. Esto da lugar a que el concepto que se utiliza como supuesto

¹⁷⁶ Para un mayor detalle sobre la tesis de la calificación por la función *vid.* A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Problemas de aplicación de la norma de conflicto”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, decimoquinta edición, 2014-2015, pp. 418-419.

¹⁷⁷ *Vid.* A. CABANILLAS SÁNCHEZ, “Capítulo II: Las capitulaciones matrimoniales”..., pp. 591-592; J. P. GONZÁLEZ DEL POZO, “Acuerdos y contratos...”, p. 11; A. L. REBOLLEDO VARELA, “pactos en previsión...”, 741; L. CABEZUELO ARENAS, “¿Es válida la, pp. 2376 y 2377.

de hecho sea amplio. Esto sucede en el art. 9.3 CC. Así, es posible incluir dentro del supuesto de hecho del art. 9.3 CC no sólo los acuerdos prematrimoniales sino también cualquier otro pacto entre los cónyuges dirigido a regular los efectos económicos del matrimonio. La denominación del pacto en el Derecho extranjero o la denominación que le hayan atribuido las partes es totalmente indiferente para la aplicación del art. 9.3 CC al mismo¹⁷⁸. Así, podemos decir que para incluir un negocio que celebren los cónyuges o futuros cónyuges dentro del supuesto del hecho del art. 9.3 CC se deben cumplir dos requisitos: 1) Ser un pacto dirigido a regular los efectos del matrimonio; 2) Se trate de un supuesto internacional.

87. Esta calificación del acuerdo prematrimonial como pactos o capítulos matrimoniales permitiría aplicar una única ley a todo el acuerdo con independencia de las diferentes materias que regule el mismo. Actualmente, esta ley vendrá determinada por el art. 9.3 CC¹⁷⁹. La consideración de un acuerdo prematrimonial como un todo, un conjunto de disposiciones variadas entre sí pero con un fin común – estipular y prever los efectos de un divorcio o una separación– permite la aplicación de una única norma de conflicto y por tanto la aplicación de una única ley a todo el acuerdo prematrimonial. Esta posición evita fraccionar el acuerdo prematrimonial en función de su contenido, y por tanto, que resulten de aplicación tantas leyes como materias diferentes regule el acuerdo¹⁸⁰. La aplicación de una única ley a todo el acuerdo prematrimonial podría ser positivo por dos razones:

1) *Fomenta la validez del pacto.* El fraccionamiento del *prenup* y la aplicación de las diferentes normas de conflicto que pueden llevar a diferentes leyes aplicables e implicar que el acuerdo sólo sea válido por partes. La aplicación de una única ley fomenta que el pacto en su totalidad sea válido, y por tanto, que se respete la autonomía de la voluntad de las partes en la regulación de los efectos de su matrimonio.

2) *Búsqueda de carácter práctico.* La tarea del juez se simplifica si la ley conforme a la que debe determinar la validez del acuerdo prematrimonial es sólo una.

88. Por lo tanto, la ley aplicable al *prenup* determinada por el art. 9.3 CC puede ser de forma alternativa bien la ley aplicable a los efectos del matrimonio, o bien la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de los contrayentes al momento de la celebración del acuerdo¹⁸¹.

¹⁷⁸ Vid. A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”..., p. 166.

¹⁷⁹ Existe una propuesta de Reglamento en la Unión europea sobre competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento y ejecución en materia de regímenes económico matrimoniales publicada en 2011 (Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (COM [2011] 126 final). Su posible entrada en vigor implicaría en lo que a pactos prematrimoniales se refiere que el art. 9.3 CC dejaría de aplicarse en favor de la norma o normas de conflicto que en el Reglamento se ocupen de la determinación de ley aplicable a los efectos patrimoniales pactados. Esta norma sería el art. 16 de la propuesta que permite que los cónyuges elijan como ley aplicable a los efectos patrimoniales de su matrimonio bien la ley del lugar de su residencia habitual común o de cualquiera de los cónyuges o la ley de la nacionalidad de cualquiera de ellos. El art. 2 de la citada propuesta de Reglamento define de forma muy amplia los acuerdos entre cónyuges. Los denomina “contratos de matrimonio” y los define como “*todo acuerdo por el que los cónyuges estipulan sus relaciones patrimoniales entre sí y con respecto a terceros*”. Además, el art. 20 de la propuesta señala la ley aplicable a la forma del pacto o contrato de matrimonio. Así, señala “*1. La forma del contrato de matrimonio será la prescrita bien por la ley aplicable al régimen económico matrimonial, bien por la ley del Estado del lugar de redacción del contrato. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, el contrato de matrimonio deberá ser al menos objeto de un escrito fechado y firmado por ambos cónyuges. 3. Además, si la ley del Estado miembro en el que ambos cónyuges tienen su residencia habitual común en el momento de la celebración del contrato de matrimonio previera condiciones formales suplementarias para este contrato, éstas deberán respetarse*”.

¹⁸⁰ Vid. A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”..., p. 183.

¹⁸¹ Sin carácter exhaustivo sobre el art. 9.3 CC vid. M. A. AMORÓS CONRADI, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, enero-agosto 1991, núm. 11-12, p. 54 y ss; A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”..., pp. 165 y ss.; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Matrimonio y elección de ley. Estudios de DIPr., Granada, Comares, 2000, P. DIAGO DIAGO, *Pactos o Capitulaciones Matrimoniales en Derecho Internacional Privado*, El justicia de Aragón, 1999; J. M. FONTANELLAS MORELL, “Reflexiones sobre el apartado 3 del artículo 9 del Código Civil”, en M.T ARECES PIÑOL (Coord.), *Estudios Jurídicos sobre persona y familia*, Granada, 2009; E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial: aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “capítulo 29. Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales”, en M. YZQUIERDO TOLSADA/ M. CUENA CASAS (Dir.), *Tratado de Derecho de Familia*, vol. 4, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 370-402.

COMPETENCIA EXTERNA EXCLUSIVA DE LA UNIÓN EUROPEA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

EXCLUSIVE EXTERNAL COMPETENCE OF THE EUROPEAN UNION AND PRIVATE INTERNATIONAL LAW

CELIA CARRILLO LERMA

*Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia
Doctoranda en Derecho en la Universidad de Murcia*

Recibido: 10.02.2015 /Aceptado: 16.02.2015

Resumen: En este trabajo se analizan los modos de justificar la atribución, explícita o implícita, de competencias exclusivas a la Unión Europea para concluir acuerdos con terceros Estados en materia de Derecho internacional privado. Es, por lo general y en ocasiones, un medio necesario para garantizar la consecución de los objetivos asignados a la Unión en el artículo 81 TFUE.

Palabras clave: competencias exclusivas, Unión Europea, terceros Estados, Derecho internacional privado, artículo 81 TFUE.

Abstract: This paper deals with how to explain the conferring, explicit or implicit, of exclusive competence to the European Union in order to conclude an international agreement on private international law. It is, generally and at times, a necessary method so as to warrant the attainment of the objectives that have been assigned to the European Union by Article 81 TFEU.

Keywords: exclusive competence, European Union, international agreement, private international law, Article 81 TFEU.

Sumario: I. Introducción. II. Competencia de la Unión Europea para celebrar acuerdos internacionales en materia de Derecho internacional privado. 1. Ratio iuris de las competencias externas exclusivas de la UE. A) Protección de la uniformidad de la normativa europea. B) Eliminación de los obstáculos a las libertades de circulación. 2. Requisitos para que una materia sea objeto de competencia externa exclusiva de las instituciones de la UE. A) Especial referencia a la posibilidad de afectación del Derecho vigente de la UE. III. El dictamen del Tribunal de Justicia nº 1/13 y el caso específico de la sustracción internacional de los menores. IV. Conclusiones.

I. Introducción

1. La Unión Europea ha dado lugar a un espacio que atesora una gran variedad de culturas, de lenguas, de costumbres. Esa “multisociedad” y multiculturalidad refleja las diferencias entre cada Estado miembro, pero es también lo que dota de sentido y fuerza a su lema oficial: “Unida en la diversidad” (*In varietate concordia*)¹.

¹ Fuente disponible en: http://europa.eu/about-eu/basic-information/symbols/motto/index_es.htm.

2. Un ejemplo de ese espíritu se observa desde hace años en la progresiva asunción de competencias por la Unión para elaborar normas de Derecho internacional privado, en detrimento de las habidas por los Estados Miembros. El DIPr. de la UE se dilata y el DIPr. de producción nacional se contrae².

3. La Unión Europea constituye un espacio donde esforzarse en alcanzar objetivos comunes, suprimir los obstáculos a las libertades de circulación y establecimiento para el buen funcionamiento del mercado interior y, en el caso de su DIPr., lograr la uniformidad de sus normas (que aporte seguridad jurídica y acabe con el *forum shopping* y el *rush to the court*) con el fin último de cosechar un espacio de libertad, seguridad y justicia mediante la cooperación judicial en materia civil.

4. A través de estas páginas se pretende ilustrar al lector acerca de la importancia de la asunción de competencias por la Unión para alcanzar estos objetivos y de las consecuencias prácticas, positivas o negativas, que ello puede acarrear.

II. Competencia de la Unión Europea para celebrar acuerdos internacionales en materia de Derecho internacional privado

5. En el origen de la Unión Europea fueron suprimidas las “barreras jurídico-públicas a la circulación de personas, mercancías, servicios y capitales”, mas restaba aún la eliminación de los obstáculos de naturaleza privada a las libertades de circulación, lo que se haría efectivo mediante la asunción por la Unión de competencias exclusivas para elaborar normas de DIPr. comunes a todos sus Estados, con el fin el crear un verdadero “Espacio Judicial Europeo”. Sólo así particulares y empresarios se animarían a circular³.

6. Para ilustrar esta situación, un ejemplo puede arrojar luz: si una empresa vitivinícola con nacionalidad y sede en Francia desea exportar parte de su producción y contratar con sociedades austríacas o checas, se verá desalentada si no conoce qué tribunales serán competentes o qué Derecho será aplicable si esas sociedades incumplen el contrato, o si se podrán acordar medidas provisionales o cautelares en el procedimiento. Afortunadamente, hoy día estas cuestiones vienen reguladas por medio de un reglamento aplicable en el territorio de estos Estados miembros⁴, lo que favorece el buen funcionamiento del mercado interior.

7. Es a raíz del artículo 81 TFUE (cooperación judicial en materia civil) que la doctrina comienza a utilizar el concepto de “*europización* del Derecho internacional privado⁵”.

8. La regulación de las competencias de la Unión Europea se halla en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). El artículo 2.1 TFUE prohíbe a los Estados miembros “legislar y adoptar

² Fenómenos que han sido denominados, respectivamente, ‘*The Big Bang*’ y ‘*The Big Crunch*’. Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Granada, Comares, 2014, p. 109.

³ Vid. A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, *op. cit.*, pp. 108-109. Estos autores consideran que las causas que desfavorecen el ejercicio de las libertades de circulación son la *inseguridad jurídica*, el *rush to the Courts* y el *Forum Shopping* y la posible creación de *situaciones legales claudicantes*.

⁴ Son, en concreto, el Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis), DOUE L 351 de 20 diciembre 2012, p. 1 y el Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), DOUE L 177 de 4 julio 2008, p. 6.

⁵ JJ. FAWCETT / JM. CARRUTHERS, *Cheshire, North and Fawcett: Private International Law*, 14ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 12 (“*Europeanisation of private international law*”), con cita a CRAWFORD AND CARRUTHERS (2005) 3 Jur Rev 251; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I... *op. cit.*, p. 109; FJ. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 2ª ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2014, p. 68. O. CACHARD, *Droit international privé*, 2ª ed., Bruselas, Larquier, 2013, p. 15 (emplea el concepto de “comunitarización” [*communautarisation*]; de igual modo, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “DIPr y Tratado de Amsterdam”, *REDI*, vol. LI, 1999-II, pp. 383-426 y B. BAREL / S. ARMELLINI, *Manuale Breve. Diritto internazionale privato*, 8ª ed., Milano, Giuffrè editore, 2013, p. 17.

actos jurídicamente vinculantes” en materias de competencia exclusiva de la UE, salvo que sean autorizados por ésta. El artículo 2.2 TFUE permite legislar y adoptar actos jurídicamente vinculantes a los Estados miembros en materias objeto de competencia compartida por la UE y aquéllos mientras la Unión no ejerza su competencia, o una vez deje de ejercerla. Los artículos 3 y 4 TFUE enumeran tales competencias.

9. Son los artículos 2 a 4 TFUE los preceptos que agudizan el menoscabo del Derecho internacional privado de producción interna de los Estados miembros frente al engrosamiento del Derecho internacional privado europeo⁶. Si bien tales preceptos no inciden únicamente en esta materia, el presente comentario se centra en ella.

10. Es posible efectuar la siguiente clasificación: de un lado, existen competencias de exclusiva titularidad de los Estados miembros, no cedidas a la UE. De otro lado, existen competencias cedidas a la UE en los Tratados que pueden ser, bien de titularidad exclusiva de la UE, bien compartidas con los Estados miembros. Las competencias, ya exclusivas, ya compartidas, pueden ser internas o externas⁷. Finalmente, se verá como estas competencias pueden ser también catalogadas como explícitas e implícitas. La UE ostenta, asimismo, las denominadas “competencias de apoyo” mas no pertenecen al objeto de este trabajo.

11. Resulta especialmente interesante señalar que, con respecto a las competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros, el TFUE (art. 2.2), en sintonía con la jurisprudencia del TJUE, establece una competencia compartida formal, en tanto los Estados miembros pueden legislar y adoptar acuerdos vinculantes únicamente en la medida en que la UE no haya procedido a ello. Es una “competencia cuasi exclusiva” de la UE en Derecho internacional privado⁸.

12. Es tema central del presente trabajo el análisis de las competencias externas exclusivas de la UE (esto es, las competencias exclusivas, en sentido estricto, para concluir acuerdos con terceros Estados y las competencias compartidas desde el momento en que la UE legisla o acuerda sobre ellas).

1. *Ratio iuris* de las competencias externas exclusivas de la UE

13. Las competencias externas de la UE en materia de DIPr. son aquellas que la facultan para legislar o adoptar acuerdos jurídicamente vinculantes con terceros Estados, esto es, acuerdos concernientes a situaciones privadas internacionales extra-europeas.

14. Este modelo de competencia posee una razón de ser. No se trata de una opción caprichosa, como tampoco es producto de un atropello al Derecho internacional privado de producción interna. Se verá como esta elección, más allá de ser útil, resulta indispensable para cumplir los objetivos encomendados a la UE en el Derecho primario.

15. Ciertos autores advierten, no obstante, cómo, tras pasar la UE a ser miembro de la Conferencia de La Haya, los Estados miembros que han transferido competencias en la materia de que se trate han perdido autoridad a propósito⁹.

⁶ A este respecto resulta interesante citar a B. BAREL / S. ARMELLINI, que conciben la “comunitarización” como un proceso que ha alterado por completo los caracteres del DIPr. y procesal, cuya comprensión ha tornado aún más difícil, pues para ello deben releerse las diferentes normativas en los distintos niveles de un mismo sistema integrado de fuentes. B. BAREL / S. ARMELLINI, *Manuale breve... op.cit.*, p. 17.

⁷ T. VIGNAL distingue entre los problemas de compatibilidad de los textos europeos entre sí y los de éstos con otros instrumentos internacionales. T. VIGNAL, *Droit international privé*, 2ª ed., Paris Cedex, Sirey, 2011, pp. 13-14; desde otra perspectiva, se traduce en la existencia de una competencia normativa interna y una competencia normativa externa de la UE o, en palabras de O. CACHARD, la UE va a gobernar tanto las relaciones privadas intra-europeas como las extra-europeas. O. CACHARD, *Droit international privé, op. cit.*, p. 14.

⁸ S. CLAVEL, *Droit international privé*, 3ª ed., Paris, Dalloz, 2012, pp. 28-29.

⁹ Vid. B. AUDIT/ L. D'AVOUT, *Droit international privé*, 7ª ed., Paris, Economica, 2013, pp. 55-56.

16. Por su parte, M. ATTAL / A. RAYNOUARD estiman que el “criterio de eficiencia” rige la adopción de normas de DIPr. por la Unión y realzan el principio de subsidiariedad en el ejercicio de la competencia por la UE: actuará cuando los objetivos no puedan ser alcanzados de manera satisfactoria por los actos nacionales¹⁰.

A) Protección de la uniformidad de la normativa europea

17. La atribución de competencias a la UE en materia de mercado interior, así como para la consolidación de un “espacio de libertad, seguridad y justicia” (art. 4 TFUE) ha comportado la necesidad de armonizar o uniformar las normas de DIPr.¹¹.

18. La Unión Europea ha resultado ser el ente idóneo para unificar el Derecho internacional privado de los Estados miembros y crear Derecho uniforme a todos ellos¹².

19. No hay instrumento más apropiado para uniformar las normas de Derecho internacional privado que integran el Derecho de la Unión que la figura del Reglamento. Sus ventajas han sido apuntadas por A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ: (1) Unificación plena de las normas de DIPr. de los Estados miembros. Todos los Estados aplicarán el Reglamento y no cada uno sus normas de DIPr. internas; (2) Elusión de problemas, como reservas o denuncias, que originan los Tratados o Convenios internacionales; (3) Aumento de la seguridad jurídica. Los particulares pueden invocar los preceptos del Reglamento directamente y se aplica por las autoridades de oficio; (4) Posibilidad de interpretación directa por el TJUE (art. 267 TFUE)¹³.

20. B. AUDIT / L. D'AVOUT¹⁴ observan las ventajas de uniformizar el Derecho internacional privado de la UE y de que la competencia corresponda a la UE tanto a nivel interno como externo por la dificultad de separar de forma adecuada las relaciones internacionales y su complejidad, y para no aplicar diferentes reglas, sino los mismos principios de solución a ambas. No obstante, señalan, con acierto, la necesidad de identificar, antes de legislar o acordar en un caso en concreto, la relación para justificar su asunción en base al objetivo de lograr un “espacio de libertad seguridad y justicia”.

21. En el epígrafe II.2.A) de este trabajo se analiza cómo y cuándo esta uniformidad puede verse amenazada y cuál es la posición de la doctrina y la jurisprudencia al respecto.

B) Eliminación de los obstáculos a las libertades de circulación

22. Es ésta, ciertamente, causa común a todas las competencias de la UE. También lo es el hecho de que, en última instancia, todas las causas que justifican la atribución de una competencia externa exclusiva en materia de DIPr. están conectadas y buscan un mismo objetivo: lograr un espacio de libertad, seguridad y justicia.

23. Como se ha señalado anteriormente, la asunción de competencias exclusivas externas por la UE no es fruto del capricho ni por afán acaparador. Se tiende, y se debe tender, a que toda institución jurídica de Derecho internacional privado esté regulada por el Derecho europeo (unificación y uniformidad) con el objetivo último de eliminar los obstáculos a la libre circulación.

¹⁰ M. ATTAL / A. RAYNOUARD, *Droit international privé. Tome 1: Principes généraux*, Bruselas, Larcier, 2013, pp. 151 y 154.

¹¹ En esta línea, B. BAREL / S. ARMELLINI, *Manuale breve... op.cit.*, p. 17: “... il Trattato di Lisbona ha confermato e consolidato la competenza dell'UE in materia di armonizzazione del d.i.p.”.

¹² En este sentido, J.J. FAWCETT / J.M. CARRUTHERS, *Cheshire, North and Fawcett: Private International Law... op. cit.*, p. 12.

¹³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I... *op. cit.*, pp. 115-116.

¹⁴ B. AUDIT/ L. D'AVOUT, *Droit international privé, op.cit.*, pp. 59-60.

2. Requisitos para que una materia sea objeto de competencia externa exclusiva de las instituciones de la UE

24. Si bien existe una lista de materias que son competencia exclusiva de la UE y una lista de materias que son competencia compartida entre ésta y sus Estados miembros (arts. 3 y 4 TFUE), no hay una relación de competencias externas de la UE. La regulación de la competencia externa de la UE es perfectible.

25. El TFUE ofrece una primera aproximación en su artículo 3.2, que otorga competencia externa exclusiva a la UE cuando la celebración del acuerdo de que se trate “esté prevista en un acto legislativo de la Unión, cuando sea necesaria para permitirle ejercer su competencia interna o en la medida en que pueda afectar a normas comunes o alterar el alcance de las mismas”.

26. Sin embargo, este artículo no resuelve sin más la cuestión. Para identificar una competencia externa de la UE se ha de atender a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que nos guiará acerca de los requisitos que debe reunir una materia para ser objeto de aquélla.

27. Se deben primero distinguir dos momentos. De un lado, el TJUE ha afirmado que la competencia externa de la UE puede derivar de la “atribución expresa del Tratado” (TFUE) o de otras de sus disposiciones de forma implícita y de actos adoptados por la UE en virtud de esas disposiciones (dictámenes 1/13, apartado 67 y 1/03, apartado 114 y sentencia AETR, apartado 16). Dispone de competencia implícita externa siempre que la tenga atribuida en el ámbito interno para cumplir un concreto objetivo, aun a falta de disposición expresa (dictámenes 1/13, apartado 67, 1/03, apartado 114, 1/76, apartado 3 y 2/91, apartado 7)¹⁵. En el mismo sentido viene establecido por el artículo 216.1 TFUE.

28. De otro lado, el Tribunal de Justicia ha señalado que para que esa competencia externa corresponda en exclusiva a la UE debe versar sobre la conclusión de un acuerdo que suponga un riesgo de afectación a normas comunes o de alteración del alcance de éstas (dictamen 1/13, apartados 69-70). Este criterio jurisprudencial ha sido acogido, como ya ha sido puesto de relieve, por el TFUE en su artículo 3.2.

29. De este modo se aprecia cómo, para que exista competencia externa de la UE, si no le viene dada por las disposiciones del Tratado, ha de, al menos, haberle sido cedida en el ámbito interno para la consecución de un objetivo; para que esa competencia externa de la UE sea exclusiva debe, además, tratarse de un acuerdo internacional que pueda afectar o alterar el alcance de normas comunes. Además, una vez que celebra un acuerdo internacional, asume la competencia externa exclusiva en esa materia y los Estados miembros la pierden (art. 2.2 TFUE).

A) Especial referencia a la posibilidad de afectación del Derecho vigente de la UE

30. Indica O. CACHARD que el Tribunal de Justicia ha sentado una jurisprudencia “audaz” sobre el planteamiento de una atribución implícita de la competencia a la Unión, en caso de que la Unión ostente competencia interna y exista un riesgo de ser afectada. En ese momento, la UE adquiere una competencia normativa externa para concluir acuerdos con terceros Estados¹⁶.

31. A modo ilustrativo, si España deseara concluir un acuerdo internacional con Canadá en materia de obligaciones de alimentos, puede que tal competencia corresponda a la Unión en tanto está en vigor, para todos los Estados miembros de la UE, el Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18

¹⁵ Dictamen TJUE (Gran Sala) 14 octubre 2014, 1/13; dictamen TJUE (Pleno) 7 febrero 2006, 1/03, RJ 2006 I-01145; dictamen de 26 abril 1977, 1/76, RJ 1977-00741, y dictamen TJUE 19 marzo 1993, 2/91, RJ 1993 I-01061.

¹⁶ O. CACHARD, *Droit international privé, op. cit.*, pp. 16-17.

diciembre 2008, que regula la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución y cooperación en materia de obligaciones de alimentos (normativa en materia de competencia interna de la UE que ha sido ejercida por ella y que puede verse afectada por el nuevo acuerdo).

32. Fue la STJCE de 31 marzo 1971, denominada *AETR*¹⁷, la que introdujo esta doctrina de competencias implícitas (apartado 16), si bien de un modo excesivo. Esta sentencia reconoce la competencia externa implícita de la UE si se comprueba, únicamente, que dispone de competencia en el plano interno para “aplicar una política común prevista por el Tratado” y adopta medidas al respecto¹⁸ (apartados 17-18) y si el acuerdo internacional es necesario para la realización de ese objetivo, aunque no exista norma expresa que se pronuncie a este respecto. En este mismo sentido se expresa el dictamen 1/76, que además señala que para ello no es necesario que la UE haya hecho uso de su competencia interna (apartado 4).

33. Afortunadamente, el mismo TJUE ha frenado los efectos de su jurisprudencia mediante una interpretación posterior más restrictiva. En los dictámenes 1/94 y 2/92¹⁹ el TJUE estima (y ésta es la línea jurisprudencial seguida hasta ahora) que, para que tenga lugar esa competencia externa de la UE, no sólo tiene que existir una medida interna de la UE, sino que la misma debe poder verse afectada por la conclusión del nuevo acuerdo con terceros Estados²⁰.

34. A sensu contrario, sólo si el acuerdo internacional no afecta ni modifica de manera alguna la normativa de la UE, los Estados miembros son los competentes para celebrarlo²¹.

35. Puesto que el Derecho internacional privado europeo se expande, casi cualquier acuerdo en esta materia va a suponer un riesgo de afectar a normas comunes, por lo que la competencia de la UE será exclusiva con frecuencia²².

36. Se debe recordar, asimismo, que el artículo 3.2 TFUE reconoce competencia externa a la UE de modo exclusivo siempre que el acuerdo internacional que se pretenda concluir pudiere afectar a las normas comunes o alterar el alcance de las mismas.

37. Estima el TJUE que ese riesgo de afectación tiene lugar cuando los compromisos internacionales de que se trate “estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esas normas” (dictamen 1/13, apartado 71; sentencias Comisión/Consejo, denominada “AETR”, 22/70, apartado 30; Comisión/Dinamarca, C-467/98, apartado 82, y Comisión/Consejo, C-114/12, apartados 66 a 68)²³.

38. Sentado lo anterior, resta por saber si, para que se produzca ese solapamiento, la norma que se pretende aceptar o adherir debe cubrir todo o la mayor parte de la materia objeto de competencia externa exclusiva.

¹⁷ STJUE 31 marzo 1971, *Comisión c. Consejo*, C-22/70, RJ 1971-00263.

¹⁸ A este respecto ha señalado A. BORRÁS RODRÍGUEZ que la extensión de la competencia externa obedece a los términos de la disposición interna. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “DIPr y Tratado de Amsterdam”, *op.cit.*, pp. 383-426.

¹⁹ Dictámenes de 15 noviembre 1994, 1/94, RJ 1994 I-05267, apartado 31, y de 24 marzo 1995, 2/92, RJ 1995 I- 00521, apartado 77.

²⁰ Como indica A. BORRÁS RODRÍGUEZ, el cambio del Tribunal parece deberse a las críticas provenientes de distintos sectores al “efecto AETR”, “en el sentido de que se altera la distribución de competencias... Las más recientes decisiones del Tribunal parecen, pues, ir en la línea de respetar la competencia de los Estados para concluir tratados con terceros Estados siempre que no se solape la competencia internacional y la competencia interna ejercida”. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “DIPr y Tratado de Amsterdam”, *op.cit.*, pp. 383-426.

²¹ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, *op. cit.*, p. 109.

²² S. CLAVEL, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 29.

²³ SSTJUE 5 noviembre 2002, *Comisión c. Dinamarca*, C-467/98, RJ 2002 I- 09519, y 4 septiembre 2014, *Comisión c. Consejo*, C-114/12.

39. Es jurisprudencia reiterada que para que se constate el riesgo no ha de observarse una correspondencia completa entre el ámbito del acuerdo internacional y la normativa de la Unión (dictamen 1/13, apartado 72; dictamen 1/03, apartado 126, y la sentencia Comisión/Consejo, C-114/12, apartado 69). Basta con que se trate de un ámbito cubierto en gran medida por esas normas europeas (dictamen 1/13, apartado 73; dictamen 2/91, apartados 25 y 26).

40. Para constatar ese riesgo, el TJUE ha previsto un método de análisis global y concreto de la relación entre ambas normativas. Este análisis debe tener en cuenta tres cuestiones: los ámbitos materiales cubiertos por ambos actos jurídicos, “sus perspectivas de evolución previsibles y la naturaleza y contenido de dichas normas y disposiciones” (dictamen 1/13, apartado 74; dictamen 1/03, apartados 126, 128 y 133, y la sentencia Comisión/Consejo, C-114/12, apartado 74). Si del resultado obtenido se comprueba que el acuerdo internacional de que se trate puede poner en peligro la uniformidad del Derecho europeo vigente y su buen funcionamiento, la competencia corresponderá a la UE de modo exclusivo.

41. Es importante señalar que para averiguar si un acuerdo internacional afecta a normas comunitarias, es irrelevante comprobar si el mismo afecta al buen funcionamiento interior u otros objetivos de los Tratados, puesto que, como ha afirmado el Tribunal de Justicia a propósito del dictamen 1/03, en su apartado 131, “La competencia exclusiva de la Comunidad tiene por objeto, en especial, preservar la eficacia del Derecho comunitario y el buen funcionamiento de los sistemas establecidos por sus normas, con independencia de los previstos, en su caso, por la disposición del Tratado en la cual se hayan basado las instituciones para adoptar dichas normas”.

III. El dictamen del Tribunal de Justicia nº 1/13 y el caso específico de la sustracción internacional de los menores

42. El 14 octubre 2014 vio la luz un pronunciamiento del TJUE relativo a la competencia externa exclusiva de la UE en materia de aspectos civiles de sustracción internacional de menores. Se trata del dictamen 1/13, dictado por la Gran Sala a petición de la Comisión Europea²⁴. Este dictamen sigue la línea jurisprudencial marcada por el TJUE en anteriores dictámenes, como el dictamen 1/03, de 7 febrero 2006, sobre la competencia de la Comunidad para celebrar el Convenio de Lugano II.

43. En el procedimiento se presentan observaciones por la Comisión, el Consejo, el Parlamento europeo y los gobiernos de gran parte de los Estados miembros, incluido el gobierno español. La Comisión, el Parlamento y el gobierno italiano aprecian la existencia de competencia externa exclusiva de la UE en la materia, mientras el Consejo y los restantes gobiernos nacionales personados niegan la existencia de la misma, algunos incluso de cualquier tipo de competencia al respecto.

44. Nada pretende discutirse en el presente trabajo acerca de la procedencia o no de la petición de dictamen por la Comisión. Sólo algunas cuestiones aguardan ser aclaradas: a) Debe hacerse notar que el objeto de examen (una declaración de aceptación por parte de un Estado miembro de la adhesión al Convenio de La Haya de 25 octubre 1980) constituye, como bien ha constatado el TJUE, junto al instrumento de adhesión del tercer Estado, un acuerdo internacional en el sentido del artículo 2.1.a) del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 mayo 1969, pues se da un concurso de voluntades, ya figure en instrumento único o dos o más conexos (dictamen 1/13, apartados 37-44). Al fin y al cabo, dicho acuerdo “tiene por objeto permitir la aplicación de la totalidad de este Convenio (CH 1980) en las relaciones bilaterales mantenidas entre los dos Estados interesados” (dictamen 1/13, apartado 65); b) Debe advertirse que, aunque la UE no pueda, formalmente, ser parte de un acuerdo internacional, tal extremo es irrelevante para reconocer su competencia, pues ésta puede ser ejercida a través de los Estados miembros actuando en interés de la Unión (dictamen 1/13, apartados 43 y 44; dictamen 2/91, apartado 5).

²⁴ Dictamen TJUE 14 octubre 2014, 1/13, emitido con arreglo al artículo 218 TFUE, apartado 11.

45. Señala el TJUE (dictamen 1/13, apartado 68) que el CH 1980 “pertenece al ámbito del Derecho de familia con repercusión transfronteriza” y que la UE está dotada de competencia interna en virtud del artículo 81.3 TFUE en esta materia, competencia que, por otro lado, ha ejercido con la aprobación del Reglamento Bruselas II bis. Y, en su virtud, reconoce el TJUE la competencia externa de la Unión en esta materia.

46. En cuanto a la correlación de los ámbitos materiales del acuerdo internacional y la normativa europea, el Reglamento 2201/2003, de 27 noviembre 2003, “completa y precisa” las disposiciones del Convenio, en especial en su artículo 11. Así, el contenido del Reglamento Bruselas II bis (concretamente, sus disposiciones en materia de sustracción internacional de menores) se basa en las normas del CH 1980 “o bien establecen consecuencias que procede deducir de la aplicación de las mismas”. Por ello, ambos instrumentos componen un “conjunto normativo indivisible” pues se aplican a los procedimientos de restitución de menores trasladados de forma ilícita dentro de la Unión. Además queda constatado que las disposiciones del Reglamento engloban en gran medida los dos procedimientos del Convenio, esto es, el de restitución de menores y el dirigido a garantizar el ejercicio del derecho de visita (dictamen 1/13, apartados 77-78 y 83). Es, por ello, que el TJUE considera el CH 1980 “cubierto en su conjunto por las normas de la Unión”.

47. En términos similares ya se ha pronunciado el Tribunal de Justicia en el dictamen 1/03, a propósito de la competencia de la Unión para concluir el Convenio de Lugano II, y ha declarado que el Reglamento Bruselas I (Reglamento nº 44/2001, de 22 diciembre 2000) conforma un conjunto de normas de competencia, y de validez extraterritorial de decisiones en tanto éstas y aquéllas están estrechamente vinculadas (apartado 163), “que forman un sistema global”, pues afecta tanto a las relaciones entre Estados miembros entre sí, como a las relaciones de éstos con terceros Estados (apartado 144). Y, en ese sentido, el Convenio de Lugano II, en tanto instrumento jurídico que puede suponer un “sistema global y coherente de reglas de competencia” y de reconocimiento y ejecución de decisiones, podría afectar al sistema del Reglamento (apartados 151 y 160). Así lo afirma del Convenio de Lugano I, entonces vigente (apartado 161).

48. En lo que respecta al riesgo de verse afectadas normas comunes²⁵, afirma el TJUE que el Reglamento “establece normas uniformes que se imponen a las autoridades de los Estados miembros” y que “debido al solapamiento y a la íntima vinculación existente” entre el Reglamento (art. 11) y el Convenio, “las disposiciones de este último pueden tener incidencia en el sentido, el alcance y la eficacia de las normas del Reglamento” (dictamen 1/13, apartado 84-85).

49. Al mismo tiempo, es doctrina del TJUE que la afectación puede tener lugar, incluso, cuando no existe contradicción (dictamen 1/13, apartado 86; dictamen 2/91, apartados 25 y 26, y la sentencia Comisión/Consejo, C-114/12, apartado 71). En este sentido, aunque se de identidad de objeto y tenor entre la normativa europea y el acuerdo que se pretende concluir, ello no significa que no exista riesgo de afectación. Así quedó ilustrado por el Tribunal de Justicia en su dictamen 1/03, al explicar que si el nuevo Convenio de Lugano contenía cláusulas idénticas a los artículos 22 y 23 del Reglamento nº 44/2001, ello podía convertir en competentes a los tribunales de un Estado tercero parte de dicho Convenio, aunque el demandado estuviera domiciliado en un Estado miembro (apartado 15).

50. Finalmente, el Tribunal de Justicia recuerda la primacía del Reglamento sobre el Convenio de La Haya, expresada en el artículo 60 R.2201/2003 cuando se dé un solapamiento, y la posibilidad

²⁵ Opina A. BORRÁS RODRÍGUEZ que “el punto más débil es el relativo a la “aplicación uniforme y coherente” del Derecho de la Unión Europea cuando son numerosos los ejemplos en que no se produce tal uniformidad, lo cual se ve desde los propios tratados en relación a Dinamarca, Reino Unido e Irlanda, las cooperaciones reforzadas, la pervivencia de convenios preexistentes y la actitud ante diversos instrumentos...”. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La aceptación de las adhesiones al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores: el dictamen del TJUE de 14 de octubre de 2014”, *La Ley-Unión Europea*, nº 21, 2014-II, pp. 42-46.

de que, a pesar de ello, las disposiciones del Reglamento se vean afectadas. Ejemplo de ello es, recoge el Tribunal, y como fue señalado en las observaciones practicadas por la Comisión y el Parlamento, que si el acuerdo tiene lugar, “se correría el riesgo de menoscabar la aplicación uniforme y coherente del Reglamento 2001/2003 y, en particular, de las normas de cooperación entre las autoridades de los Estados miembros cada vez que una situación de sustracción internacional de un menor afectara a un Estado tercero y a dos Estados miembros, uno de los cuales hubiera aceptado la adhesión de ese Estado tercero a dicho Convenio y el otro no” (dictamen 1/13, apartados 87-89).

51. El resultado de todas esas aserciones es el dictamen emitido: la aceptación de la adhesión de un Estado tercero al Convenio de La Haya de 25 octubre 1980, sobre sustracción internacional de menores, es competencia exclusiva de la UE²⁶.

52. Se ha de considerar con cautela el dictamen examinado. Si bien parece ser, tan sólo, un pronunciamiento que atañe a la relación competencial entre la UE y los Estados miembros que afecta, a primera vista, a la aplicación uniforme del Derecho europeo vigente, debe hacerse una segunda lectura del mismo. Existe, como ya ha alcanzado a señalar cierta doctrina²⁷, una consecuencia práctica de gran envergadura: el interés superior del menor puede verse dañado si se retrasa el retorno de los menores por causa de las aceptaciones efectuadas sin competencia para ello, así como si dicho retorno se ve frustrado por no ver la luz las adhesiones que estaban por aceptarse. Dicho interés no ha sido tenido en cuenta por la jurisprudencia, pero cabe otra pregunta para otro momento: ¿qué podría hacer el Tribunal de Justicia si el interés superior del menor colisiona con el respeto de las competencias exclusivas de la Unión Europea?

IV. Conclusiones

53. Del estudio realizado es posible extraer los siguientes resultados:

54. Primero. Para la realización de los objetivos atribuidos a la Unión Europea en el Derecho originario, toda una serie de competencias han de serle cedidas por los Estados miembros, incluso en el ámbito del Derecho internacional privado (art. 81 TFUE).

55. Segundo. La manifestación del ejercicio de las competencias de la UE en materia de Derecho internacional privado ha consistido (y no cesa) en elaborar un conjunto de medidas para todos los Estados miembros que unifiquen el Derecho internacional privado de los Estados y garanticen la aplicación uniforme del Derecho europeo. La “europeización” del Derecho internacional privado aplicable en el territorio de los Estados miembros de la UE es un hecho necesario.

56. Tercero. Las competencias cedidas a la UE pueden ser exclusivas o compartidas, externas o internas, explícitas o implícitas. La protección de la uniformidad del Derecho internacional privado europeo justifica, en ocasiones, la atribución de competencias a la Unión con carácter exclusivo, pues, en última instancia, lo que se tutela es el cumplimiento de los objetivos conferidos por el Derecho primario, incluida la supresión de los obstáculos a las libertades de circulación.

²⁶ En el mismo sentido, S. CLAVEL, que señala cómo la evolución observada en el proceso de adopción de las Convenciones de La Haya ofrece un buen ejemplo de las consecuencias prácticas de la exclusividad, con referencia expresa al Convenio de La Haya de 25 octubre 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. S. CLAVEL, *Droit international privé*, *op. cit.*, p. 29.

²⁷ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La aceptación de las adhesiones...”, *op. cit.*, pp. 42-46. Esta autora ha recalado que se trata de una “interpretación extensiva de las competencias externas de la Unión Europea” y de un “peligroso camino, cuando podía haber sido una ocasión para realizar una delimitación más precisa de esta competencia en un ámbito tan delicado como es el de la protección de los niños, en el que no conviene que los instrumentos comunitarios puedan ir en detrimento de la aplicación de Convenios internacionales de vocación mundial y, en este caso concreto, de eficacia más que probada después de muchos años de aplicación. Es así como los problemas prácticos son prioritarios frente a los problemas jurídicos que se plantean”.

57. Cuarto. En ocasiones, la UE va a ostentar competencia, no sólo para adoptar medidas en el ámbito interno, sino para concluir acuerdos internacionales con terceros Estados. Esta competencia externa de la UE está defectuosamente regulada. Sólo es posible identificarlas con ayuda de la interpretación del TJUE e, influido por ésta, del artículo 3.2 TFUE. Así, la competencia externa de la UE en una determinada materia puede ser explícita, si le viene atribuida expresamente en el TFUE, o implícita. Para la apreciación de una competencia externa implícita ha de verificarse la existencia de competencia de la UE en el ámbito interno para la consecución de un objetivo concreto. Para que esa competencia externa sea, además, exclusiva, debe constatar un riesgo de afectación del Derecho vigente de la Unión.

58. Quinto. La posición de la jurisprudencia desde la sentencia denominada “AETR” ha favorecido el reconocimiento de la competencia externa de la UE. Sin embargo, ha ido alterando su intensidad, pues ha pasado de una interpretación en exceso extensiva a una interpretación más adecuadamente restrictiva.

59. Sexto. Finalmente, el reciente dictamen TJUE de 14 octubre 2014, 1/13, ha supuesto, de un lado, una continuación de la línea marcada por el dictamen de 7 febrero 2006, 1/03 y, de otro, ha suscitado una importante consecuencia práctica: lo que parecen ser previsibles embates al interés superior del menor.

60. Parece apropiado concluir que la atribución de competencias de carácter exclusivo a la UE para elaborar normas de Derecho internacional privado es necesaria para lograr los objetivos que le han sido adjudicados. El respeto y protección de la uniformidad en la aplicación de esas normas es una consecuencia lógica e imperiosa.

LA POLIGAMIA E I RICONGIUNGIMENTI DI FAMIGLIE POLIGAMICHE IN SPAGNA E ITALIA

POLIGAMY AND THE REUNIFICATION OF POLYGAMOUS FAMILIES IN SPAIN AND ITALY

FEDERICA DI PIETRO

*Dottore di ricerca in International and Criminal Justice
presso l'Università degli Studi di Pavia e l'Università di Cordoba*

Recibido: 16.01.2015 / Aceptado: 26.01.2015

Riassunto: Gli Stati europei sono alle prese con un incessante flusso migratorio proveniente perlopiù dai Paesi dell'area islamica. Le maggiori difficoltà di integrazione si riscontrano al momento di dover dare riconoscimento ad alcuni istituti di diritto islamico, in particolare la poligamia e il ripudio, che sono mal tollerati dai Paesi occidentali a causa del loro carattere discriminatorio nei confronti della donna. Nel presente lavoro si analizzerà in particolare, l'istituto della poligamia. Premesse alcune considerazioni sul significato che ha assunto il termine famiglia in occidente, si studieranno le principali pronunce emanate in Spagna ed Italia in materia di ricongiungimento di famiglie poligamiche.

Parole chiave: Poligamia, ricongiungimento famiglie poligamiche, diritto di famiglia islamico, sharia, ordine pubblico internazionale.

Abstract: European Countries are struggling with a constant flow of migrants coming mostly from the Islamic area. The greatest difficulties of integration are found in giving recognition to some principles of Islamic law, in particular polygamy and repudiation, that are poorly tolerated by the Western States because of their discrimination against women. This paper will analyze in particular the institution of polygamy: after some considerations on the meaning of the term "family" has taken in the West, we will study the main judgments delivered in Spain and Italy regarding the reunification of polygamous families.

Keywords: Polygamy, reunification of polygamous families, Islamic family law, sharia, international public policy.

Sumario: I. Introduzione. II. Immigrazione musulmana e diritto islamico. III. Il diritto di famiglia islamico. IV. La nozione di famiglia in occidente. V. La poligamia in occidente. VI. Gli strumenti offerti dal diritto internazionale privato: ordine pubblico e norme di applicazione necessaria. VII. La poligamia in Spagna e le richieste di ricongiungimento familiare. VIII. La poligamia e i ricongiungimenti familiari in Italia. IX. Osservazioni conclusive.

I. Introduzione

1. La notizia dell'attentato terroristico di matrice islamista avvenuto nei giorni scorsi a Parigi, contro la sede della testata giornalistica Charlie Hebdo, ha scatenato un acceso dibattito nell'opinione pubblica di tutto il mondo e ha messo in luce le ormai note difficoltà che i Paesi occidentali incontrano al momento di confrontarsi con l'immigrazione di tipo islamico¹.

¹ A. BORRÁS, "Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel", in *Recueil des Cours*, vol. 249 1994-V., p. 145-368.

2. Il presente articolo si propone di analizzare le dinamiche relative all'immigrazione musulmana, portatrice di principi spesso in contrasto con quelli presenti in Occidente. L'ambito in cui gli "scontri di civiltà" appaiono più evidenti è quello del diritto di famiglia². Mentre da un lato il confronto con il diritto islamico provoca inevitabilmente la presa di coscienza e la difesa da parte del mondo occidentale di alcuni valori unanimemente condivisi, quali la monogamia e l'uguaglianza tra i coniugi; dall'altro, evidenzia il venir meno del significato che nel corso dei secoli l'Europa aveva attribuito al termine "famiglia". L'articolo si soffermerà poi, su uno degli istituti del diritto islamico in maggiore contrasto con i principi riconosciuti in occidente, la poligamia, ed analizzerà nello specifico la prassi relativa alle richieste di ricongiungimento di famiglie poligamiche in Spagna e Italia³.

II. Immigrazione musulmana e diritto islamico

3. Negli ultimi anni i Paesi europei sono stati oggetto di forti ondate migratorie a causa del forte divario economico esistente tra gli Stati occidentali più ricchi ed i Paesi meno fortunati spesso alle prese con guerre cruente e contrasti interni di stampo socio-economico. Tra i diversi gruppi di immigrati che giungono in Europa alla ricerca di fortuna, quelli di fede islamica incontrano le più grandi difficoltà di **integrazione**⁴. Ciò è dovuto al fatto che negli Stati che adottano come confessione ufficiale la religione islamica, essa arriva a permeare non solo la vita sociale, ma anche le relazioni giuridiche⁵. La vita dei credenti infatti è intrisa degli insegnamenti contenuti nel Corano, ai quali i fedeli dell'Islam sono tenuti a fare riferimento nel corso della propria vita⁶.

4. La religione islamica, a differenza di quella cattolica e di altre religioni, permea ogni aspetto della vita dell'uomo nel rapporto con se stesso, con Dio e con la società: non si limita, infatti, a disciplinare le questioni teologiche, etiche o rituali, ma abbraccia ogni aspetto della vita quotidiana dei fedeli⁷. L'elemento chiave da tener presente per comprendere le ragioni dell'identificazione delle prescrizioni religiose con la legge islamica, detta *shari'a*, o "via" in lingua araba, risiede nel fatto che Dio è visto come l'unico legislatore ed in quanto tale, gli insegnamenti da lui dati e trascritti da Maometto nella cd. notte della Destino⁸, sono da considerarsi immutabili nei secoli. Il diritto islamico, quindi, a causa della sua caratteristica di "staticità", mal si presta ad essere assimilato al diritto vigente negli ordinamenti

² E. JAYME, "Identité culturelle et intégration. Le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé", in *Recueil des Cours*, vol. 251, 1995-II.

³ Si legga in proposito, E. ZABALO ESCUDERO, "Relaciones internacionales de familia y derechos de lo extranjeros a vivir en familia", in *Revista Derecho migratorio y extranjería*, n. 18, 2008.

⁴ Tra i numeri autori che si occupano del diritto privato internazionale e degli aspetti legati all'immigrazione si ricordano, in particolare, A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional privado*, vol. I, 15 ed., Ed. Comares, Granada, 2014-2015, pp. 35-6 e J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Nuevos modelos de familia y de Derecho internacional privado en el siglo XXI", in *Anales de derecho, Universidad de Murcia*, n. 21, 2003, p. 109. Si rimanda poi, alla nota n. 1 dell'articolo di M. D. ORTIZ VIDAL, "El repudio en el Código de familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE", in *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, n. 2, pp. 201.

⁵ Pacini afferma che si tratta di "una cultura globale e onnicomprensiva, dotata di propri codici ermeneutici per comprendere e organizzare l'esistenza individuale e sociale, sia rispetto alla dimensione spirituale sia rispetto alla sfera temporale". A. PACINI, *Il dibattito sull'applicazione della Shari'a*, Torino, Fondazione Agnelli, 1995.

⁶ L'assimilazione del diritto alla religione non è un fenomeno prettamente islamico, come ritenuto dai più, ma è riscontrabile anche nell'Ebraismo, che propone un modello di legislazione che si fonde con i precetti religiosi presenti nei Testi Sacri. Gli insegnamenti dell'Islam sono contenuti nella *Sharia*, mentre quelli dell'Ebraismo nella *Halakha*.

⁷ Nell'Islam, la concezione di società è totalizzante e i diversi elementi che la compongono, quali quello politico e quello religioso, non possono essere scissi. In F. PEIRONE, *Islam*, Brescia, Queriniana, 1981, a p. 33 si afferma: "La religione (...) è qualcosa che abbraccia sia la nostra religione sia la nostra politica, è la regola di vita, legge, mentre le mancano le connotazioni sacerdotali ritualistiche essenziali nella nostra nozione di religione".

⁸ L'incontro di Maometto con l'Arcangelo Gabriele ha coronato un lungo periodo di riflessione del profeta che si era discostato dalle religioni politeiste per avvicinarsi a quelle monoteiste cristiane e giudaiche. Maometto ebbe l'apparizione decisiva, detta *Rivelazione* dopo essersi ritirato poco fuori La Mecca, su un'altura detta *Hira*. La vita di Maometto è contrassegnata da episodi che hanno dell'incredibile e possono essere comparati a quelli presenti nei Vangeli apocrifi riguardo alla vita di Gesù. P. BRANCA, *I musulmani*, Bologna, Il Mulino, 2000, pp. 19-23.

occidentali, che per sua natura, muta al variare delle esigenze della società. A riprova di quanto affermato e da un'attenta analisi dei principali istituti islamici si nota che, se da un lato possiamo riscontrare alcune inaspettate analogie con il diritto romano, specialmente nel campo dei diritti reali e del possesso, dall'altro –soprattutto nel diritto di famiglia– appare evidente la presenza di numerose differenze con le norme in vigore negli ordinamenti dei Paesi occidentali⁹.

III. Il diritto di famiglia islamico

5. Il diritto di famiglia islamico ha rappresentato nel corso degli anni uno dei maggiori terreni di scontro tra Islam ed occidente: i giuristi dei Paesi occidentali, infatti, sono stati chiamati più volte ad esprimersi in merito a numerose richieste di riconoscimento di matrimoni poligamici e di atti di ripudio pronunciati all'estero.

6. Ai fini del nostro studio, vale la pena di ricordare che il diritto di famiglia islamico è disciplinato dal Corano, anche se, a causa di alcune norme di difficile comprensione, si rende necessaria un'opera di integrazione della materia svolta dagli interpreti e dalle scuole giuridiche¹⁰. Va aggiunto inoltre, che alla fine del diciannovesimo secolo¹¹ gli Stati islamici che andavano incontro ad un processo di modernizzazione, diedero il via ad una nuova interpretazione delle norme *sharaitiche* con la finalità di tutelare quelle fasce di popolazione più deboli rappresentate dalle donne e dai bambini, ed equiparare i doveri ed i diritti tra coniugi. Al fine di raggiungere tale obiettivo, si decise che le norme *sharaitiche* venissero incluse nelle codificazioni degli Stati islamici e tale disposizione, a seconda della più o meno forte adesione ai precetti del Corano da parte dei vari Stati, ha portato alla compilazione di codificazioni diverse¹² tra i Paesi dell'area musulmana.

⁹ Pur presentando alcuni aspetti simili al *common law*, il diritto islamico non può essere assimilato nemmeno a quest'ultimo poiché, come ricorda Vercellin, può essere considerato come il “diritto dei giuristi e non dei giudici.” Spunti di riflessione a riguardo si leggono in G. VERCELLIN, *Istituzioni del mondo musulmano*, Torino, Einaudi, 1996, p. 304.

¹⁰ Dall'elaborazione del Corano e della Sunna, che costituiscono la *Sharia* o Legge Sacra, ha avuto origine il *fiqh*, che consiste nell'interpretazione dei giuristi delle fonti rivelate. Le scuole che hanno maggiormente contribuito alla produzione del *fiqh* sono le Scuole sunnite, che si sono sviluppate all'epoca degli Abassidi, in particolare negli anni che vanno dall'805 d.C. al 878 d.C. Tali scuole si distinguono: 1) nella scuola *hanafita*, che prende il suo nome da Abu Hanifa, il quale l'ha fondata nell'805 d. C. e che ha maggiore diffusione in Iraq; 2) nella scuola *malikita*, fondata da Malik e nata nell'854 d. C. che propende per attenersi alla tradizione; 3) nella scuola hanbalita, che prende il nome da Ibn Hanbal e, come quella *malikita* si attiene alla tradizione; 4) nella scuola *shafita*, fondata da al-Shaf'i nell'878 d. C. con l'obiettivo di conciliare il rispetto della tradizione con l'interpretazione dei Testi Sacri. V. G. CAPUTO, *Introduzione al diritto islamico*, Torino, Giappichelli, 1990, p. 75. Di non poca importanza è anche la divisione che si è creata in seno all'Islam, tra sunniti e sciiti. Secondo questi ultimi infatti, il successore di Maometto, il quale non aveva un discendente diretto di sesso maschile, avrebbe dovuto essere Ali, marito di sua figlia Fatima. I sunniti al contrario, nominarono quali discendenti del Profeta, i Califfi Abu Bakr, Omar e Osman. V. M. M. MORENO, *La dottrina dell'Islam*, Bologna, Cappelli, 1940, p. 109. Si ricorda, infine, che gli sciiti sono a loro volta divisi in quattro scuole: 1) quella dei Duodecimani (scuola *Imamita*); 2) la scuola degli *Zayditi*; 3) quella degli *Ismaeliti*, ed infine 4) la scuola *Drusa*, che oltre al Corano e alla Sunna, riconosce l'Antico ed il Nuovo Testamento tra fonti del diritto, e si discosta maggiormente dalle altre per credere nella reincarnazione e nel ripudiare la guerra santa. A. ABU-SAHLIEH, S. AWAD, *Il diritto islamico: fondamenti, fonti, istituzioni*, edizione italiana a cura di Arena, Roma, Carocci, 2008, p. 59-67.

¹¹ Si veda N. FIORITA, *Dispense di diritto islamico*, Firenze University Press, Firenze, 2002, p. 21-22. L'autore evidenzia la necessità degli Stati dell'area musulmana di aggiornare il diritto di famiglia islamico per poter tutelare anche quei soggetti considerati più deboli come le donne e i bambini.

¹² I diversi codici di diritto di famiglia dei Paesi musulmani vengono chiamati anche “statuti personali”, poiché possono essere applicati su base personale. Al momento in cui si scrive, lo Stato “islamico” per eccellenza è sicuramente l'Arabia Saudita, Paese nel quale gli insegnamenti del Corano e quelli illustrati da Maometto sono stati recepiti integralmente dal legislatore. Per quanto riguarda altri Paesi come ad esempio, il Marocco, che ha adottato nel 2004 un nuovo codice di famiglia, conosciuto come Moudwana, e la Tunisia, che sta attraversando un periodo di rinascita, è avvenuta una sorta di “modernizzazione culturale” che ha portato a più di un cambiamento nei sistemi giuridici in vigore precedentemente. Per un approfondimento sui mutamenti che si stanno susseguendo nel mondo islamico si segnalano diversi scritti: si rimanda a M. D. ORTIZ VIDAL, “El repudio en el Código de familia de Marruecos y la aplicación del derecho marroquí en la UE”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2014), Vol. 6, n. 2, inoltre, per quel che riguarda in generale il mondo arabo può essere utile la lettura di S. A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, *Il diritto di famiglia nel mondo arabo*, Centre de droit arabe et musulmane, T St. Sulpice, Ch, The book edition, 2009, in cui l'autore mette in rilievo il sistema islamico della personalità delle leggi in Turchia, nei Paesi arabo-musulmani

7. A differenza del matrimonio nel diritto romano, che veniva considerato un *consortium omnis vitae*, comprensivo di aspetti *divini atque humani iuris communicatio*, e di quello in ambito cristiano, imprescindibile dall'aspetto sacrale, il matrimonio islamico è prima di tutto un contratto di diritto civile che ha per oggetto il godimento fisico della donna¹³, e che talvolta, può essere caratterizzato da aspetti religiosi come la lettura di parte del Corano o l'invocazione ad Allah. Tramite il vincolo coniugale, che consiste in un vero e proprio contratto di diritto privato¹⁴, l'uomo si impegna a mantenere la moglie e a darle una dote (detta *mahr*)¹⁵ in cambio di vedere legittimati i rapporti sessuali che avrà con lei e ad avere diritto alla patria potestà sui figli che nasceranno all'interno dell'unione¹⁶.

8. Per il mondo islamico, il matrimonio rappresenta un'istituzione giuridica diretta a regolare l'ordine sociale ed è considerato come un atto che *sarebbe preferibile compiere*. Esso infatti costituisce "un obbligo morale" atto a garantire la felicità fisica e spirituale dei fedeli, oltre ad essere un mezzo per procreare e per evitare rapporti illeciti all'interno della comunità musulmana. In merito, si sottolinea che la base giuridica di una simile visione delle unioni coniugali è contenuta nel Corano al versetto XXIV, 32, il quale prescrive ai fedeli musulmani di unirsi tra loro in matrimonio¹⁷.

IV. La nozione di famiglia in Europa

9. Mentre la concezione del matrimonio musulmano è *rimasta* costante nei secoli data la natura divina del diritto islamico, dall'altro lato, è innegabile che negli ultimi anni si è assistito in tutta Europa ad un mutamento del significato assunto dal termine *famiglia*. In occidente, il matrimonio ha rappresentato da sempre il punto d'inizio delle relazioni familiari, caratterizzandosi per avere una doppia accezione che includeva sia l'aspetto spirituale-religioso che quello istituzionale¹⁸. Tuttavia, specialmente

ed in Egitto, evidenziando in particolare le disuguaglianze tra uomo e donna. V. anche U.T. CASOLINO, "La sharia come fonte del diritto costituzionale", in AAVV, *L'Islam tra dimensione giuridica e realtà sociale. Il libro, la bilancia e il ferro*, a cura di Onorato Bucci, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2006; M. PAPA, *Introduzione a persone, famiglia, diritti: riforme legislative nell'Africa mediterranea*, a cura di R. ALUFFI BECK-PECCOZ, Torino, Giappichelli, 2006; B. WAEL HALLAQ, *Shari'a: theory, practice, transformation*, Cambridge University press, 2009. Per quanto riguarda il codice di famiglia marocchino si segnalano inoltre, FOLETS, LOUKILI, *Mariage et divorce dans le nouveau Code marocain de la famille: Quelles implications pour les Marocains en Europe?*, in "Revue critique de droit int. Privé", 2006, p. 521 e ss.; FOLETS, CARLIER, *Le Code marocain de la famille. Incidences au regard du droit international privé en Europe*, Bruxelles, 2005 e A. QUINONES ESCAMEZ, *Le reception du nouveau code de la famille marocain en Europe*, "Riv. dir. int. priv. Proc.", 2004, p. 877 e ss.

¹³ Gli autori Abagnara e Bussi mettono in evidenza la caratteristica contrattuale del matrimonio islamico, che costituisce un aspetto predominante rispetto ai matrimoni celebrati nell'antica Roma o tra cristiani. In proposito si leggano V. ABAGNARA, *Il matrimonio nell'Islam*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1996, p. 7 ed E. BUSSI, *Principi di diritto musulmano*, Milano, ISPI, 1943, p. 93.

¹⁴ Sul matrimonio come contratto di diritto civile e sulle controprestazioni delle parti concordano tutti gli autori, tra questi M. MORAND, "Le mariage", in *Etudes de droit musulman algerien*, Algeri, A. Jeourdan, 1910, pp.115-127, il quale a sostegno della sua tesi riporta alcuni versetti del Corano e due *hadit* profetici; v. inoltre, N. FIORITA, *op. cit.*, p. 22 e V. ABAGNARA, *op. cit.*, p. 7 e ss.

¹⁵ Per un approfondimento sul tema si rimanda all'opera M. PILAR DIAGO DIAGO, "La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol", in *Annales droit Louvain*, 2001, p. 407 e ss.

¹⁶ Anche se ai giorni nostri quest'ultimo elemento può apparire superfluo data la libertà di cui godono coloro che vivono in occidente, nel diritto islamico i rapporti sessuali al di fuori del matrimonio sono assolutamente vietati. Si ricorda infatti che è lo stesso Corano a farne espresso divieto nella *sura XXIV, 2*. Il Testo Sacro indica le punizioni da dare a coloro che non si attengono alla legge divina v. in particolare, la *sura XXIV, 2*: "L'adultera e l'adultero sono puniti con cento colpi di frusta ciascuno". In alcuni casi l'aver rapporti al di fuori del matrimonio può arrivare ad essere equiparato a crimini molto gravi come la fornicazione o lo stupro. Sul tema v. E. BUSSI, *op. cit.* pp. 187-88.

¹⁷ *Sura XXIV, 32*: "e unite in matrimonio quelli fra voi che sono celibi e gli onesti fra i vostri servi e le vostre serve; e se saran poveri certo Dio gli arricchirà della sua grazia, ché Dio è ampio sapiente".

¹⁸ Il matrimonio è stato soggetto da sempre, da un lato, alle norme degli Stati in materia di diritto di famiglia e dall'altro, a speciali canoni religiosi. Per quanto riguarda il matrimonio cattolico, si è in presenza di un vero e proprio diritto volto a regolare tale istituto. Si vedano, ad esempio, i cann. 1055-1165, nel Titolo VII del Codice di diritto canonico. Al primo comma del can. 1055 si definisce matrimonio, "il patto matrimoniale con cui l'uomo e la donna stabiliscono tra loro la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla procreazione e educazione della prole, tra i battezzati è stato elevato da Cristo Signore alla dignità di sacramento". Si legga per tutti J. WITTE JR., *From Sacrament to Contract: Marriage, Religion, and Law in the Western Tradition*, 2nd ed., Louisville, KY, 2011.

alla fine del diciannovesimo secolo, il concetto di famiglia e con esso quello di matrimonio, ha subito profonde trasformazioni. Le ragioni socio-culturali che comprovano tali mutamenti sono molteplici: ancora oggi assistiamo ad un incremento dei divorzi, ad una diminuzione delle nascite e ad un numero sempre crescente di coppie che scelgono di coabitare senza sposarsi¹⁹. Condividendo il pensiero di parte della dottrina, è evidente che le attuali forme di famiglia “are characterised by a contradictory mixture of traditional longings and new expectations, in which a multiplicity of forms of life, love and relationships has been constructed from pieces borrowed here and there and is hoped for by some, endured by others and vigourously opposed by many²⁰”.

10. Lo sviluppo di nuove forme di famiglia nel contesto europeo non appare né lineare, né uniforme. Si tratta indubbiamente di un fenomeno che non può essere spiegato attribuendone unicamente le cause al venir meno delle vecchie forme tradizionali di unione coniugale, ma riguarda un processo ambivalente “characterised by opposing trends, which is in no way linear and is creating tension across numerous planes”, tanto da aver prodotto un sistema in cui diverse e nuove forme di famiglia convivono tra di loro²¹.

11. L'esigenza di disciplinare nuovi tipi di unioni ha portato gli Stati europei ad interrogarsi sulla possibilità di introdurre all'interno del proprio ordinamento alcuni istituti presenti in altre culture o quantomeno sull'opportunità di tutelare nuove forme di famiglia, prima non considerate in quanto tali. Inoltre, è da tenere a mente che il diritto di famiglia è il ramo del diritto in cui le tradizioni, la religione ed i valori culturali sono più vivi²². In virtù di queste caratteristiche, il mutamento della concezione di nucleo familiare ha svuotato di significato il contenuto che era stato attribuito nel corso dei secoli al matrimonio, inteso come “rules governing the internal structure of the marriage relationship or anctionin of its termination.” e agli istituti ad esso connessi, al punto da rendere il diritto di famiglia “less institutionalised” e “more contractual in its nature”²³.

12. In un simile contesto, le problematiche socio-culturali relative al continuo aumento di flussi migratori di origine musulmana, portatori di nuovi istituti applicabili ai rapporti interindividuali, vengono affrontate dagli Stati del continente europeo utilizzando gli strumenti forniti dal diritto internazionale privato, da intendersi come un vero e proprio mezzo di coordinamento tra sistemi giuridici che fungono da riflesso dei differenti valori religiosi e culturali esistenti nelle società attuali²⁴. In particolare, alcune differenze, che nel diritto di famiglia riflettono maggiormente le diversità tra Islam ed occidente, si riscontrano in concreto nei Paesi europei nel momento di celebrare e/o trascrivere i matrimoni nei registri di stato civile²⁵ (ciò a causa del fatto che alle donne musulmane non è concesso di sposare uomini di

¹⁹ Alcuni autori estendono questo elenco anche alle cd. “medically assisted forms of reproduction, which make it possible for a man and a woman to produce offspring without physical contact”. A. BÜCHLER, *Islamic Law in Europe?, Legal Pluralism and its Limits in European Family Laws*, Surrey, Ashgate, 2011, pp. 16-17.

²⁰ Cfr. A. BÜCHLER, *op. cit.*, p. 17 e E. BECK-GERNSEIM, “Was Kommt Nach Der Familie?, Einblicke, in *Neue Lebensformen*, 2nd Edition, München, 2000, p.10.

²¹ Gli autori che hanno scritto relativamente ai modelli di famiglia della società attuale sono numerosi, tra questi si segnalano: A. L. CARAVACA, J. L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 11 e ss., A. BAINHAM, “Family Law in a Pluralistic Society”, in N. LOWE e G. DOUGLAS (eds.), *Family across Frontiers*, M. NIJHOFF, La Haya, 1996, pp. 300 e ss. e A. DUFOUR, *Mariage et société moderne. Les ideologies du Droit matrimonial moderne*, Friburgo, Presses Universitaire, 1997.

²² In proposito si rimanda alle parole di H. D. Krause il quale afferma: “In contrast to laws involving commerce, however, family law ha resisted secularization and amalgamation. At its cultural foundations, humanity remains highly diverse. Universally, religions underlie and have set the tone of family law, and diversity of religions has continued to foster diversity of legal rules”. V. H. D. KRAUSE, *Comparative Family Law, Past Traditions Battle Future Trends – and vice versa*, in *The Oxford Handbook of Comparative Law*, edited by M. REIMANN, R. ZIMMERMANN, Oxford University Press, Oxford, 2006, p. 1099.

²³ Cfr. A. BÜCHLER, *op. cit.*, p. 19 e J. EEKELAAR, “The end of an Era?”, in *Journal of Family History*, 28 (1), 2003, p. 108. A. BÜCHLER nella sua opera afferma che “personal autonomy in individual and family existence is replacing legally designed family models”.

²⁴ Il diritto islamico è quello che determina con maggiore frequenza conflitti di tipo normo-culturale. Per un approfondimento sul punto, si legga R. AHDAR, N. ARONEY, *Shari'a in the West*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

²⁵ Sono numerosissime le cause relative a problemi di iscrizione nei registri di stato civile, v. tra tutte, per la Spagna, RDGRN dell'11 maggio 1994 (RJ.1994/5022), RDGRN del 4 giugno 2001 (RJ. 2002/5494) e RDGN del 12 gennaio 2007 (RJ.

altre religioni)²⁶, nelle cause legate ai matrimoni poligamici ed infine, al momento di riconoscere o meno atti di ripudio pronunciati all'estero. Senza dubbio, uno tra gli istituti del diritto di famiglia attraverso il quale si è evidenziato maggiormente il contrasto culturale esistente tra le due culture, è quello della poligamia o meglio, quello del *matrimonio monoandrico poliginico simultaneo*²⁷, a causa della disuguaglianza tra i sessi che si realizza nel momento in cui si concede al marito di prendere in sposo più donne contemporaneamente (fino a quattro), e non vice versa.

V. La poligamia in occidente

13. La disparità di trattamento tra uomini e donne insita nella poligamia è stata fortemente disapprovata dalla comunità internazionale, la quale ha aspramente condannato la svalutazione della donna e l'offesa alla sua dignità personale che caratterizzano l'istituto²⁸. In particolare, si ricordano la risoluzione n. 1293 del 2002 (*Situation of women in Maghreb*) dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa²⁹, il Commento generale del Comitato per i Diritti Umani dell'Onu³⁰ e quello del Comitato Onu sull'eliminazione delle discriminazioni nei confronti delle donne³¹ che si sono espressi criticando apertamente il matrimonio poligamico. Dopo esserci soffermati sulle prese di posizione di alcuni organi internazionali nei riguardi della poligamia, merita di essere segnalata la pronuncia della Commissione europea dei diritti dell'uomo dei primi anni '90 che ha rappresentato il *leading case* per gli Stati europei in merito alle richieste di ricongiungimento di famiglie poligamiche³².

14. La vicenda riguardava il figlio di prime nozze di un marocchino che intendeva ricongiungersi con il padre, soggiornante in Olanda con la seconda moglie³³. La Commissione, che era stata chiamata a

2007/47711); per l'Italia, invece, si rimanda a C. CAMPIGLIO, M. MOSCONI, "L'art. 116 del codice civile e gli ufficiali dello Stato civile di fronte ad una straniera di religione islamica intenzionata a sposare un italiano", in *Iustitia*, vol. I, 2011, p. 72, T. BAL-LARINO, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, 2ª ed., Padova, Cedam, 2007, p. 136 e A. MIELE, *Il matrimonio dello straniero in Italia: disciplina internazionalprivatistica e tutela dei diritti umani*, Padova, Cedam, 1972, p. 94 e ss.

²⁶ Mentre agli uomini di fede musulmana è concesso di sposare cristiane o ebreo, lo stesso diritto non è riservato alle donne, le quali possono contrarre matrimonio solo con uomini appartenenti alla religione islamica. Sul punto si vedano le *sure* II, 221 "...Non sposate le [donne] associatrici finché non avranno creduto, ché certamente una schiava credente è meglio di una associatrice, anche se questa vi piace. E non date spose agli associatori finché non avranno creduto, ché, certamente, uno schiavo credente è meglio di un associatore, anche se questi vi piace. Costoro vi invitano al Fuoco, mentre Allah, per Sua grazia, vi invita al Paradiso e al perdono. E manifesta ai popoli i segni Suoi affinché essi li ricordino..." e V, 5 "...Oggi vi sono permesse le cose buone e vi è lecito anche il cibo di coloro ai quali è stata data la Scrittura, e il vostro cibo è lecito a loro. [Vi sono inoltre lecite] le donne credenti e caste, le donne caste di quelli cui fu data la Scrittura prima di voi, versando il dono nuziale - sposandole, non come debosciati libertini! Coloro che sono miscredenti vanificano le opere loro e nell'altra vita saranno tra i perdenti...". In particolare, riguardo alle donne, la *sura* V, 5 prosegue dicendo: "...e non date spose agli associatori finché non avranno creduto".

²⁷ Secondo quanto prescritto nel Corano, *sura* IV, 3, l'uomo può avere sino a quattro mogli simultaneamente. Tuttavia, secondo le letture più moderne lo stesso istituto sembra essere contraddittorio. Infatti, se da un lato il Corano sembra consentire la poligamia (*sura* IV, 3: "...sposate allora di fra le donne che vi piacciono, due o tre o quattro, e se temete di non essere giusti con loro, una sola ..."), dall'altro, rivolgendosi ai fedeli afferma che: "anche se lo desiderate, non potrete agire con equità con le vostre mogli" (*sura* IV, 129).

²⁸ V. Z. COMBALIA, SOLÍS, "Estatuto de la mujer en el Derecho matrimonial islámico", *AequAlitas: Revista Juridica de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, n. 6, 2001, pp. 14-20.

²⁹ Per un approfondimento, si consulti la risoluzione alla pagina web: www.assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewPDF.asp?FileID=17025&Language=EN. La risoluzione riprende le decisioni prese durante il dibattito svoltosi in seno all'Assemblea in data 27 giugno 2002 (23rd Sitting). Si veda inoltre, il documento n. 9487, "report of the Committee on Equal Opportunities for Women and Men, rapporteur: Mrs Roudy". Il testo è stato adottato dall'Assemblea in data 27 giugno 2002 (23rd Sitting).

³⁰ Si tratta del Commento del 28 del 29 marzo 2000, § 24 del Comitato per i Diritti Umani dell'Onu.

³¹ General Comment 28 (68) del 29 marzo 2000 sull'art. 3 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (CCPR/C/21/Rev.1/Add.10), al punto 24.

³² V. C. CAMPIGLIO, "Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar", in *Cuadernos de Derechos Transnacional* (octubre 2012), Vol. 4, n. 2, p. 12 e ss.

³³ V. la sentenza *A. e A. c. Paesi Bassi*, emanata dalla Commissione europea dei diritti dell'Uomo in data 6 gennaio 1992, ric. n. 14501/89 e consultabile in *Décisions et Rapports* 72, p. 118 e ss.

pronunciarsi in merito al rigetto del rilascio del permesso di soggiorno da parte delle autorità olandesi, ritenne che l'ingerenza da parte dello Stato nella vita familiare dei ricorrenti marocchini (art. 8 CEDU) fosse proporzionato allo scopo perseguito. In particolare, la Commissione affermò che, ai sensi del secondo comma dell'articolo 8 CEDU, gli Stati godono di libertà di scelta in materia di immigrazione a motivo del "lien étroit qui existe entre la politique de contrôle de l'immigration et les considérations d'ordre public".

15. Dalla pronuncia di Strasburgo si possono ricavare alcune importanti indicazioni in materia di poligamia. Secondo la Commissione, infatti, in una società democratica, la tutela dell'ordine pubblico rappresenta un valore tale da giustificare, in talune ipotesi, il diniego del permesso di soggiorno nei confronti di componenti di famiglie poligamiche³⁴. Trovandosi dinanzi ad una questione molto delicata, la Commissione ha evitato di prendere una posizione precisa sul tema del ricongiungimento di famiglie poligamiche, ma ha preferito orientarsi nel senso di delegare agli Stati la scelta delle misure da adottare.

16. Anche l'Unione Europea si è mostrata favorevole all'intromissione dello Stato nella vita privata di un nucleo familiare, pur sottolineando l'eccezionalità di una scelta giustificata unicamente dal diritto degli Stati di "controllare l'entrata, il soggiorno e l'allontanamento dei non-nazionali"³⁵. In particolare, la Corte di Giustizia ha ripreso il contenuto della direttiva sul ricongiungimento familiare 2003/86/CE³⁶, la quale in materia di poligamia prevede che gli Stati possano porre delle restrizioni relativamente al ricongiungimento delle famiglie poligamiche e prescrive di optare a favore del ricongiungimento familiare nei confronti di una sola moglie, senza peraltro specificare quale³⁷. La Corte di Giustizia, infatti, ha ritenuto che "in materia di immigrazione l'art. 8 (CEDU) non può essere interpretato nel senso che esso implichi per uno Stato membro l'obbligo generale di rispettare la scelta, da parte di coppie coniugate, della loro comune residenza e di consentire il ricongiungimento familiare sul proprio territorio"³⁸, legittimando quindi possibili misure restrittive degli Stati al fine di limitare l'immigrazione di famiglie poligamiche.

VI. Gli strumenti offerti dal diritto internazionale privato in materia di poligamia: limite dell'ordine pubblico e norme di applicazione necessaria

17. Come dimostrato dalla presa di posizione sostanzialmente sfavorevole al riconoscimento dei matrimoni poligamici da parte degli organi internazionali deputati a garantire l'osservanza dei diritti

³⁴ La Commissione afferma che "lorsqu'il examine l'immigration sur la base des liens familiaux, l'Etat contractant ne peut pas être tenu... de reconnaître pleinement les mariages polygames qui sont contraires à son propre ordre juridique".

³⁵ Tale principio è affermato in particolare nella sentenza della CEDU del 28 febbraio 2008, *Saadi c. Italia*, ric. n. 37201/2006, consultabile alla pagina web: www.hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#%7B%22fulltext%22:%5B%22saadi%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-85276%22%5D%7D.

³⁶ La direttiva 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare è pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, n. 251 del 3 ottobre 2003 e nella *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 430 e ss. La direttiva è inoltre consultabile alla pagina web: www.eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:251:0012:0018:it:PDF.

³⁷ In particolare, si rimanda all'art. 4, comma 4 della direttiva n. 2003/86/CE che recita: "In caso di matrimonio poligamo, se il soggiornante ha già un coniuge convivente sul territorio di uno Stato membro, lo Stato membro interessato non autorizza il ricongiungimento familiare di un altro coniuge". Sul tema si è espressa la dottrina che ha sottolineato che "la moglie non convivente, ha diritto al ricongiungimento, e che agli Stati membri è pertanto vietato accordarle il diritto di soggiorno (a titolo di ricongiungimento, almeno)". Inoltre, relativamente ai figli minorenni del soggiornante, ai sensi dell'art. 4, comma 1, lett. c), si è affermato che "il preambolo della direttiva precisa che l'autorizzazione eventualmente concessa da uno Stato membro a questi figli "non pregiudica la facoltà per gli Stati membri che non riconoscono l'esistenza di legami familiari (poligamici), di non concedere a dette persone il trattamento riservato ai familiari per quanto attiene al diritto di risiedere in un altro Stato membro" (considerando 10) "e rileva altresì che il "rispetto dei valori e dei principi riconosciuti dagli Stati membri, segnatamente qualora entrino in gioco diritti di donne ... giustifica che alle richieste di ricongiungimento familiare relative a famiglia e poligama possono essere contrapposte misure restrittive" (considerando 11). Cfr. C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, in *Cuadernos de Derechos Transnacional* (octubre 2012), Vol. 4, n. 2, p. 20.

³⁸ Corte di giustizia, sentenza del 27 giugno 2006, causa C-540/03, "Parlamento europeo c. Consiglio dell'Unione europea, sostenuto dalla Commissione delle Comunità europee e dalla Repubblica federale di Germania", in *Riv. dir. int. priv.*, 2007, p. 253 e ss, punto 55.

umani, il punto cruciale è la natura fortemente discriminatoria dell'istituto della poligamia. Tuttavia, sebbene vi siano state alcune richieste di riconoscimento di sentenze concernenti i matrimoni poligamici in via principale, è bene sottolineare che nella maggioranza dei casi i matrimoni poligamici costituiscono una mera questione preliminare, perlopiù in cause di scioglimento del matrimonio, successione, filiazione e risarcimento dei danni che, nel corso degli anni, hanno portato a risultati non sempre omogenei³⁹. Al contrario, relativamente al modo di affrontare la questione poligamica – ed in particolare riguardo alla scelta se utilizzare il limite dell'ordine pubblico o lo strumento delle norme di applicazione necessaria offerti dal diritto internazionale privato – sembra che si sia raggiunto un modo di agire comune orientato verso l'applicazione della clausola dell'ordine pubblico da parte di tutti gli Stati. Anche se la dottrina ha scorto nell'utilizzo delle norme di applicazione necessaria “il vantaggio di risolvere nello stesso modo la questione “poligamia”, sia che questa si presenti in via preliminare, sia che si presenti eventualmente in via principale (nonché di garantire l'armonia di disciplina a fini pubblicistici – specificatamente in materia di immigrazione – e privatistici), la scelta migliore è sembrata essere quella orientata verso l'utilizzo del limite dell'ordine pubblico nonostante esso produca “conseguenze diverse a seconda che si tratti della questione in via preliminare piuttosto che in via principale: nel primo caso infatti il limite non potrebbe scattare, mentre nel secondo scatterebbe prevedibilmente in maniera sistematica”⁴⁰. Posta la caratteristica di “limite preventivo” delle norme di applicazione necessaria rispetto all'ingresso di norme straniere nell'ordinamento del foro⁴¹, il giudice finirebbe per applicare il diritto nazionale senza compiere alcuna indagine sulla legge straniera competente in base al diritto internazionale privato. Sembrerebbe preferibile, quindi, l'applicazione del limite dell'ordine pubblico, trattandosi di uno strumento più elastico che permette di valutare caso per caso e a seconda degli interessi in gioco, l'opportunità o meno del suo impiego. Dello stesso avviso è l'*Institute de droit international* che ha sposato la tesi francese del cd. ordine pubblico attenuato⁴². Secondo tale teoria, l'ordine pubblico in forma attenuata consentirebbe a quei principi giudicati in contrasto con l'ordinamento interno, di poter essere applicati in funzione di un collegamento tra una persona e il suo Paese d'origine⁴³. Viceversa, la clausola dell'ordine pubblico con formula piena *potrà* essere invocata se i coniugi al momento delle nozze avranno fissato la loro residenza abituale in uno Stato in cui non è consentita la poligamia o, in alternativa, se la prima moglie è cittadina di tale Stato o ivi residente⁴⁴. A questo proposito, l'*Institute* ha invitato gli Stati ad utilizzare il limite dell'ordine pubblico con moderazione, ossia, nei soli casi in cui l'applicazione del diritto straniero pregiudicherebbe, in concreto, il principio di uguaglianza tra i coniugi⁴⁵.

VII. La poligamia in Spagna e le richieste di ricongiungimento familiare

18. Come accade in altri Paesi europei, Spagna ed Italia negano nel proprio ordinamento la possibilità di contrarre matrimonio con più persone. In Spagna, ad esempio, l'articolo 42, comma 2 del Código civil sancisce l'esclusività del vincolo matrimoniale. Senza dubbio, quindi, il matrimonio poli-

³⁹ G. BENTIVOGLIO, “Questione preliminare e validità di un matrimonio poligamico ai fini di una successione “mortis causae”, in *Giur. comp. Dir. int. priv.*, 1956.

⁴⁰ V. C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, in *Riv. dir. priv. int.*, 2008, p. 62.

⁴¹ F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, Parte generale e obbligazioni*, V ed., Vol. 1, Milano, Utet Giuridica, 2011, pp. 264-265.

⁴² L'*Institute* ha ripreso la dottrina dell'effetto attenuato dell'ordine pubblico in occasione della risoluzione “sulle differenze culturali e l'ordine pubblico nel diritto internazionale privato della famiglia” pronunciata nella sessione di Cracovia del 2005.

⁴³ Sulla dottrina dell'ordine pubblico attenuato si rinvia a, R. BARATTA (a cura di), *Diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 279-283.

⁴⁴ La scelta di aprire uno spiraglio a favore dell'istituto della poligamia è stata ribadita dall'*Institute de droit international*, il quale ha affermato che: “le respect des identités culturelles est devenue un objectif du droit international qui doit trouver à s'appliquer en droit international privé.”

⁴⁵ In merito alla risoluzione dell'*Institut de droit international* sulle differenze culturali e l'ordine pubblico nel d. i. pr. della famiglia v. F. MOSCONI, C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale, Parte generale e obbligazioni*, V ed., Vol. 1, Milano, Utet Giuridica, 2011, p. 256.

gamico risulta essere un'istituzione estranea all'ordinamento spagnolo⁴⁶ al punto che, in alcuni casi, le istituzioni iberiche si sono espresse a riguardo utilizzando toni molto duri⁴⁷. Nonostante ciò, dallo studio della giurisprudenza emerge chiaramente che i giudici spagnoli non sono soliti rigettare *in toto* i casi di poligamia in merito ai quali sono chiamati a decidere; al contrario, essi compiono un'opera di attenta analisi delle circostanze, che sono vagliate caso per caso. Risulta infatti, nella maggior parte dei casi, che i giudici optano per dare accoglimento alle istanze presentate dai ricorrenti di fede islamica relativamente alle questioni che non appaiono in contrasto con il limite dell'ordine pubblico.

19. In Spagna, la norma a cui fare riferimento quando si tratta di esaminare le richieste di riconoscimento di matrimoni celebrati all'estero è l'art. 9 comma 1 del Código Civil (c.c.), il quale prevede che “la legge personale dei coniugi è determinata dalla loro nazionalità”. Tenendo a mente che l'articolo 9 comma 1 del c. c. “disciplina la capacità; lo stato civile, i diritti ed i doveri della famiglia e di successione”, **va aggiunto che il** secondo comma stabilisce che gli effetti del matrimonio sono regolati dalla legge personale di entrambi i coniugi al momento del contratto. Premesso questo, ci si interroga “se la poligamia fa parte del contenuto del diritto di libertà religiosa e, dall'altro”, quali siano “gli effetti civili della stessa⁴⁸”. Anche se la libertà di professare la propria fede è riconosciuta come un diritto assoluto, la possibilità di esercitare il proprio culto incontra dei limiti che in molti casi si evidenziano con l'applicazione del limite dell'ordine pubblico da parte dei giudici. Come ricordato da parte della dottrina, infatti, “il pieno rispetto della libertà religiosa in materia di matrimonio implica il riconoscimento giuridico e la piena validità giuridica a qualsiasi tipo di matrimonio con la sola eccezione in cui comporta una violazione dell'ordine pubblico”. Ciò equivale a dire che “il matrimonio musulmano avrà validità giuridica, ma non il suo contenuto poligamo”⁴⁹.

20. Sebbene, quindi, come visto in precedenza, l'ordinamento spagnolo rifiuti di dare riconoscimento alla poligamia, non bisogna dimenticare che le unioni poligamiche potranno comunque produrre i propri effetti civili⁵⁰. Fatta questa breve premessa, dallo studio della giurisprudenza si nota che nella maggior parte dei casi, le coppie poligamiche si sono rivolte ai tribunali spagnoli con l'obiettivo di richiedere il ricongiungimento con l'altro coniuge o con i figli⁵¹. La Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, nel Capitolo II, dedicato al ricongiungimento familiare, contenuta nel Real Decreto 2393/2004, del 30 dicembre⁵², si occupa di disciplinare la materia dei ricongiungimenti familiari degli stranieri⁵³. La Ley riconosce il diritto degli immigrati residenti “a la vida en familia y a la intimidad familiar”. Inoltre prevede, ex articolo 17,

⁴⁶ V. P. JUÁREZ PÉREZ, “Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿Un matrimonio forzoso?”, in *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, (www.reei.org).

⁴⁷ Si ricordano in particolare, le espressioni utilizzate in ambito penale nella STS del 26 febbraio 2010, in cui si afferma che la poligamia è: “non solo semplicemente contraria alla legislazione spagnola, ma qualcosa che ripugna l'ordine pubblico”. V. inoltre RJ 2010/1571, e similmente, SSTS del 19 luglio 2008 (RJ2008/6478) e SSTS del 14 luglio 2009 (RJ 2009/7068).

⁴⁸ J. A. RODRIGUEZ GARCIA, “L'immigrazione islamica ed i conflitti con l'ordinamento giuridico spagnolo”, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale Rivista telematica*, luglio 2009, (www.statoe chiese.it).

⁴⁹ In proposito, si fa cenno al fatto che si sono registrati alcuni problemi riguardanti il momento in cui è stata fatta richiesta di trascrizione dei matrimoni poligamici sui registri di Stato civile. Si ricorda infatti che la Direzione Generale dei Registri spagnoli si è rifiutata di procedere alla trascrizione dei matrimoni poligamici, motivando il rigetto delle istanze sul presupposto che la poligamia era in contrasto con la “concezione spagnola del matrimonio”. Risoluzioni della Direzione generale dei Registri spagnoli, 8 Marzo 1995; 20 Febbraio 1997; 14 Dicembre 2000.

⁵⁰ Cfr. A. MONTILLA, P. LORENZO, *Derecho de familia islámico. Los problemas de adaptación al Derecho español*, Colex, Madrid, 2002 e M. P. DIAGO DIAGO, “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho Internacional Privado Español”, *Aequalitas*, n. 6 (enero-abril 2001).

⁵¹ Si ricorda per un approfondimento, l'opera di A. CASTRO JOVER, “Immigrazione e diritti in Spagna. Il problema dell'integrazione”, in *Immigrazione e soluzioni legislative in Italia e Spagna*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, (www.statoe chiese.it), p. 99 e ss.

⁵² Real Decreto 2393/2004, del 30 dicembre, BOE núm. 6, del 7 gennaio 2005.

⁵³ Relativamente ai ricongiungimenti familiari in Spagna si legga C. ESPLUGUES MOTA, “Inmigración y Derecho de extranjería (especial referencia a la reagrupación familiar)”, in A. RODRIGUEZ BENOT (DIR), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Ed. CGPJ, Madrid, 2002.

l'opportunità di concedere il ricongiungimento con "il coniuge del residente, a condizione che non sia separato legalmente o di fatto e che il matrimonio non sia stato celebrato in frode alla legge". L'articolo prosegue poi, evidenziando che non è ammesso in nessun caso il ricongiungimento con più di un coniuge –cioè anche se lo Stato di nazionalità della coppia contempla nel proprio ordinamento l'istituto della poligamia– e che la possibilità di decidere con quale delle mogli riunirsi è lasciata al marito⁵⁴. Ai nostri fini, occorre ricordare che le disposizioni previste dall'articolo 17 sono in linea con quanto sancito nella Direttiva 2003/86 dell'Unione europea del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare. Si ricorda infatti, quanto detto in precedenza, ossia che la direttiva non riconosce la validità dei matrimoni poligamici, ma afferma il principio secondo cui *è il marito poligamo a scegliere con quale delle mogli ricongiungersi*.

21. L'articolo 17, lett. a) della Ley, infine, consente il ricongiungimento del poligamo con una delle sue mogli purché lo straniero residente che sia separato dal coniuge, e che sia sposato in seconde o successive nozze, dia prova che la separazione dai suoi precedenti matrimoni sia avvenuta in seguito ad un procedimento giudiziale che abbia determinato quali siano i rapporti con i figli e con l'ex coniuge in relazione alla vita in comune, alla pensione e agli alimenti nel caso in cui siano presenti figli minorenni.

22. In proposito, si sottolinea che la giurisprudenza segue la stessa linea, richiedendo ai coniugi che il ripudio sia pronunciato validamente e che contenga disposizioni precise relative alla pensione, all'assegnazione della casa familiare, ed al diritto agli alimenti per i figli. È opportuno ricordare che la giurisprudenza spagnola con la pronuncia del Tribunal Supremo del 25 gennaio 2006⁵⁵, nella quale ha autorizzato il ricongiungimento familiare delle mogli di un poligamo, si è mostrata favorevole a riconoscere l'istituto del ripudio, purché esso sia pronunciato rispettando le garanzie processuali richieste: ciò in evidente contrasto⁵⁶ con il principio di uguaglianza tra i coniugi tutelato nell'ordinamento spagnolo e che l'istituto del ripudio, come la poligamia, sembra non rispettare. Il TS, infatti, ha annullato la decisione del Tribunal Superior de Justicia de Madrid del 21 marzo 2002⁵⁷, il quale aveva negato il ricongiungimento familiare poiché il matrimonio precedente non era stato sciolto nel rispetto delle garanzie processuali richieste e tali da assicurare che non si fosse in presenza di un matrimonio poligamico. Secondo il TS, la decisione del Tribunal Superior de Justicia de Madrid era stata troppo rigida nell'interpretazione dell'articolo 17, comma 1, lett. a), che deve essere interpretato come uno strumento volto ad evitare frodi alla legge, oltre che destinato a garantire i diritti dell'ex coniuge e dei discendenti. Dalla pronuncia del TS si ricava quindi, che il procedimento di scioglimento del matrimonio può avvenire anche mediante un atto di ripudio purché sia data garanzia di una "efectiva extinción del vínculo matrimonial".

VIII. La poligamia e i ricongiungimenti familiari in Italia

23. La poligamia ha provocato anche in Italia accesi dibattiti all'interno dell'opinione pubblica, la quale si è mostrata fortemente in contrasto con l'istituto islamico⁵⁸. Il silenzio dello Stato italiano in merito alle unioni poligamiche ed alle conseguenze derivate in relazione alle richieste di ricongiungimento familiare, si è protratto fino ai giorni nostri senza che il legislatore abbia provveduto ad emanare

⁵⁴ L'articolo 17 è stato oggetto di aspre critiche da parte della dottrina, la quale ha osservato che concedere al marito una simile scelta risulta paradossale in un ordinamento che rifiuta la poligamia. Sul punto si veda P. JUÁREZ PÉEZ, "Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿Un matrimonio forzoso?", *Revista electrónica de Estudios Internacionales*, (www.reei.org), p. 31 e A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2000, pp. 180-181.

⁵⁵ STS del 25 gennaio 2006 (RJ 2006/4338).

⁵⁶ Il ripudio, che prevede lo scioglimento unilaterale del matrimonio unicamente da parte del marito in seguito alla ripetizione della parola *talaq*, pronunciata per tre volte nei riguardi della moglie, è un istituto del mondo islamico che al pari della poligamia è fortemente in forte contrasto con i principi di uguaglianza tra i coniugi tutelati dagli ordinamenti occidentali.

⁵⁷ STSJ Madrid del 21 marzo 2002 (JUR 2002/152115).

⁵⁸ Cfr. V. CIANO, "Lavoratori senza frontiere: la condizione giuridica dello straniero residente e la tutela dei diritti costituzionali", in *Rass. parl.*, 1999, p. 589 e ss.

una normativa che regolasse in maniera efficace la materia. Persino l'occasione data dal recepimento della direttiva n. 2003/86/CE⁵⁹ relativa al ricongiungimento familiare non è stata colta, e ad oggi, si avverte la mancanza di una specifica disciplina delle famiglie poligamiche.

24. In Italia, il matrimonio poligamico è da ritenersi nullo ex art. 117 cod. civ. L'articolo prevede infatti che in presenza di una violazione degli artt. 86, 87 e 88 cod. civ., esso possa essere impugnato da chiunque abbia un interesse legittimo e attuale a farne valere la nullità⁶⁰. In proposito, giova ricordare che l'art. 86 cod. civ. prevede che per poter celebrare un matrimonio valido in Italia è **necessario lo stato libero di entrambi i nubendi**⁶¹, con la conseguenza che in Italia non potrebbe mai essere celebrato un matrimonio poligamico. La Corte di Cassazione, con una pronuncia del 1999⁶², ha peraltro rimarcato che i matrimoni nulli producono effetti fino a quando non interviene una pronuncia di nullità o annullamento emanata in seguito all'impugnazione del provvedimento per una delle ragioni indicate dall'art. 117 cod. civ. Ciò porterebbe a pensare che nel caso di un matrimonio poligamico, se non venisse proposta un'istanza di nullità al giudice competente, ma al contrario, il marito richiedesse un permesso di soggiorno per la seconda moglie, non ci sarebbero valide ragioni per poterlo negare⁶³.

25. Nonostante la presenza di lacune legislative che regolino compiutamente i matrimoni poligamici e ricongiungimenti di famiglie poligamiche in Italia, sarebbe però inopportuno parlare di totale assenza di disciplina poiché, trovandosi nella necessità impellente di dare un'opportuna risposta alle sempre più frequenti richieste di ricongiungimento familiare da parte degli immigrati presenti nel Paese, sono intervenuti dapprima il Ministero dell'Interno con due circolari del 1988 e, successivamente, il legislatore con il Testo Unico sull'Immigrazione⁶⁴ datato circa dieci anni dopo. Nelle due circolari il Ministero dell'Interno sanciva il divieto di rilasciare permessi di soggiorno ai fini del ricongiungimento familiare in presenza di matrimoni poligamici. In particolare, si evidenziava il contrasto della poligamia con le norme imperative di ordine pubblico⁶⁵ e si sottolineava che “a prescindere da quelle che possono essere le norme di alcuni Paesi stranieri al riguardo, il diritto al ricongiungimento per il coniuge va riconosciuto ad una sola persona, stante il divieto nel nostro ordinamento alla poligamia”⁶⁶. Il testo unico sull'immigrazione del 1998 all'art. 29, in linea con la direttiva comunitaria che vieta l'ingresso di più di una moglie nel territorio degli Stati membri, ha disciplinato il ricongiungimento

⁵⁹ D.lgs. n. 5 dell'8 gennaio 2007, “Attuazione della direttiva 2003/86/CE relativa al diritto di ricongiungimento familiare”, pubblicato in Gazzetta Ufficiale, n. 25 del 31 gennaio 2007.

⁶⁰ L'articolo 117, comma I del cod. civ. recita “Il matrimonio contratto con violazione degli articoli 86, 87 e 88 può essere impugnato dai coniugi, dagli ascendenti prossimi, dal pubblico ministero e da tutti coloro che abbiano per impugnarlo un interesse legittimo e attuale”.

⁶¹ Con la precisazione che le norme di applicazione necessaria non entrerebbero in gioco, laddove si seguisse la cd. teoria dell'assorbimento secondo la quale, non si potrebbero utilizzare le norme di applicazione necessaria previste dall'art. 17 della L. 218/1995. Sul punto si leggano le note n. 59 e 60 di C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, in *Riv. dir. priv. int.*, 2008, p. 61, che rimanda a sua volta agli scritti di AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, p. 321 e ss., BENTIVOGLIO, “Questione preliminare e validità di un matrimonio poligamico ai fini di una successione “mortis causae”, in *Giur. comp. Dir. int. priv.*, 1956, p. 104 e ss., CASSONI, Considerazioni sugli istituti della poligamia e del ripudio nell'ordinamento italiano, in *Riv. Notariato*, 1987, pp. 233-235 ed infine, MOSCONI, CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte speciale*, 2° ed., Torino, Utet Giuridica, 2006, pp. 67-69.

⁶² Il riferimento è alla sentenza della Corte di Cassazione del 2 marzo 1999, n. 1739, pubblicata in *Riv. dir. inter. priv. proc.*, 1999, p. 613 e in *Foro it.*, 1999, I, p. 1457 con nota di G. BALENA, “Matrimonio islamico e diritti successori”.

⁶³ Si ricorda a riguardo la pronuncia della Corte di Cassazione del 13 aprile 2001, n. 5537, secondo la quale il provvedimento di espulsione effettuato dalle autorità amministrative nei confronti della moglie di un cittadino italiano già coniugato non era valido. La Corte motivava che nel caso di matrimoni celebrati all'estero nel rispetto della legge straniera bisogna riconoscerne gli effetti, a meno che tale matrimonio non sia impugnato facendo valere una causa di nullità ex art. 117 cod. civ.

⁶⁴ D. lgs. n. 286 del 25 luglio 1998, “Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e delle norme sulla condizione dello straniero”, in *Riv. dir. priv. int.*, 1999, p. 712 e ss.

⁶⁵ Si legga la circolare n. 599/443/1512756/A16/88 del giorno 1 ottobre 1988. Per il testo si rimanda a F. PASTORE, “Famiglie immigrate e diritti occidentali: il diritto di famiglia musulmano in Francia e Italia”, in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, fasc. 1, p.73 e ss, con nota a p. 125.

⁶⁶ La circolare è la n. 5599/443/186378/5/11/3/1/2/I Div. del 7 ottobre 1988, il cui testo è stato riprodotto da B. NASCIMBENE, “Il minore straniero e le norme sull'immigrazione”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1989, p. 809 e ss, a p. 814, nota 7.

del coniuge⁶⁷ –pur non specificando se possa trattarsi di prima o seconda moglie– con lo straniero richiedente.

26. Infine, sempre in materia di ricongiungimento familiare, il testo unico del 1998 prevede il ricongiungimento dei figli naturali, ex. art. 29, comma 1 lett. b). L'articolo è molto interessante e si presta a diverse interpretazioni. La dottrina, ad esempio, fa notare che “se possono vantare diritto al ricongiungimento i figli naturali, è lecito pensare che analogo diritto possano vantare i figli nati dal matrimonio del padre con un'altra donna”⁶⁸. E che, a seguire, ai sensi dell'art. 29 comma 5 del Testo Unico del 1998, anche la seconda moglie potrebbe presentare istanza per ricongiungersi ai propri figli. Tale forma di ricongiungimento “a rovescio”⁶⁹ può verificarsi solo in presenza di alcuni requisiti di reddito e di alloggio, ai sensi dello stesso art. 29, comma 5 del TU sull'immigrazione. A differenza di quanto avveniva in passato, quando per il ricongiungimento “a rovescio” si richiedeva che il genitore desideroso di riunirsi con il figlio dimostrasse, *entro un anno* dall'ingresso in Italia, il possesso dei requisiti richiesti⁷⁰, oggi tali requisiti debbano sussistere *al momento* della richiesta del visto d'ingresso⁷¹. La modifica della norma che alcuni autori hanno ritenuto “ingiustificatamente restrittiva e... del tutto priva di collegamento con esigenze di sicurezza”⁷² prevede la possibilità di cumulare il reddito con quello dell'altro genitore; non è chiaro però, se quest'ultimo debba risiedere o meno in Italia. Inoltre, detta disposizione rischia di ostacolare il ricongiungimento dei figli che hanno un solo genitore, poiché in questo caso non sarà possibile sommare i redditi⁷³. Infine, qualora il minore abbia genitori separati o in via di separazione, la richiesta di ricongiungimento “a rovescio” “può scatenare o ravvivare un intreccio di divieti e/o “ricatti” reciproci tra i coniugi, avente ad oggetto il sostegno economico dell'uno verso l'altro al fine del raggiungimento di livelli di reddito per l'ottenimento del visto d'ingresso”⁷⁴.

27. Oltre alle disposizioni normative appena esaminate, il merito di aver tirato le fila in materia di matrimonio poligamico va alla giurisprudenza. Premesso che nelle aule giudiziarie italiane non si è assistito ad un numero elevato di processi per poligamia, il primo caso che i giudici si sono trovati a dover dirimere risale agli anni Ottanta e riguarda la richiesta di rilascio del permesso di soggiorno da parte di un cittadino marocchino residente in Italia, a favore delle due mogli e dei loro undici figli. In seguito al rigetto dell'istanza pronunciata da parte del Questore di Bologna, il marito si rivolse al T.A.R. dell'Emilia Romagna che, dapprima ne ordinò con ordinanza la sospensione⁷⁵, e poi emise una sentenza in cui rigettava l'istanza per contrarietà all'ordine pubblico⁷⁶. I giudici motivarono la scelta sulla base,

⁶⁷ È bene sottolineare che nel testo unico sull'immigrazione non viene data alcuna definizione di “coniuge”, che quindi si rimanda all'interprete.

⁶⁸ V. C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, in *Riv. dir. priv. int.*, 2008, p. 52.

⁶⁹ La previsione del ricongiungimento “a rovescio” nacque in seguito alla pronuncia della Corte Costituzionale italiana n. 203/1997, la quale aveva dichiarato illegittima la normativa in vigore all'epoca che non prevedeva la possibilità per il genitore di ricongiungersi con il figlio minore residente in Italia. Per un approfondimento sul tema v. M. PASTORE, “Il diritto all'unità familiare, una questione di sicurezza?”, in *Dir. imm. e cittadinanza*, 4, 2009, pp. 171-172.

⁷⁰ Tale previsione è contenuta nell'art. 29 comma 5 del testo unico sull'immigrazione che prescrive anche quali siano i requisiti di disponibilità di alloggio e di reddito richiesti ai fini del ricongiungimento della seconda moglie.

⁷¹ Il T. U. sull'immigrazione è stato novellato da molteplici ampliamenti successivi, tra i quali si ricorda la Legge n. 94 del 15 luglio 2009, “Disposizioni in materia di sicurezza pubblica” pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 170 del 24 luglio 2009 - Supplemento ordinario n. 128

⁷² V. G. DE FRANCESCO, A. GARGANI, D. MANZIONE, A. PERTICI (a cura di), *Commentario al “pacchetto sicurezza”*. L. 15 luglio 2009, n. 94, Torino, Utet giuridica, 2011, pp. 153-155.

⁷³ In proposito si rimanda a M. PASTORE, *op. cit.*, in *Dir. imm. e cittadinanza*, 4, 2009, p. 173.

⁷⁴ V. G. DE FRANCESCO, A. GARGANI, D. MANZIONE, A. PERTICI (a cura di), *op. cit.*, p. 154.

⁷⁵ Si tratta dell'ordinanza del 10 gennaio 1989 n. 15 pronunciata dal T.A.R. Emilia Romagna – sede di Bologna, sez. I. Nel mentre le due donne riuscivano a regolarizzare le rispettive posizioni usufruendo la prima moglie del rilascio del permesso di soggiorno e la seconda, della sanatoria della cd. legge Martelli. La legge Martelli prende il suo nome dal Ministro di grazia e giustizia preposto ad organizzare armonicamente l'aumento dei flussi migratori nel nostro Paese. La legge n. 39, nota ai più come legge Martelli, è stata emanata il 28 febbraio 1990, in seguito alla conversione del decreto legge n. 416 del 30 dicembre 1989.

⁷⁶ La sentenza è la numero 926 del 14 dicembre 1994, in *Gli Stranieri*, p. 58, 1995, con nota di FUSIELLO.

da un lato, del contrasto con l'art. 556 del codice penale relativo al reato di bigamia⁷⁷, dall'altro, della discriminazione che la poligamia produceva tra uomo e donna e del conseguente conflitto con il principio di uguaglianza tra i coniugi sancito dall'art. 29 della Costituzione e dall'art. 5, Protocollo n. 7 della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo⁷⁸.

28. Nel corso degli anni la posizione della giurisprudenza italiana nei riguardi della poligamia è mutata: da un atteggiamento di ostilità iniziale, si è passati ad una parziale apertura nei riguardi dell'istituto con la finalità di garantire una maggiore tutela a favore del minore. Un esempio è dato dalla sentenza della Corte di Appello di Torino⁷⁹ che si è espressa a favore dell'istanza di ricongiungimento familiare formulata da un cittadino marocchino e dalle sue due mogli dalle quali aveva avuto due figli. Prima di entrare nel merito della vicenda è necessario però, fare un passo indietro. All'indomani dell'entrata in vigore del testo unico sull'immigrazione del 1998 (in seguito T. U.), esaminato poc'anzi, il Tribunale per i minorenni di Torino adito in primo grado, aveva rigettato l'istanza del marocchino motivando che la richiesta al ricongiungimento familiare basata sull'art. 29 del T. U. fosse contraria ai principi dell'ordinamento italiano poiché comportava il riconoscimento di una situazione di poligamia. In risposta al decreto del Tribunale per i minorenni⁸⁰, i coniugi marocchini presentarono ricorso alla Corte di Appello di Torino, la quale riforma la decisione presa in precedenza e concede l'autorizzazione al ricongiungimento con l'altro coniuge “nell'interesse del figlio minore, per garantirgli la vicinanza del genitore, indipendentemente dal fatto che questo fosse o meno sposato con l'altro genitore del figlio, e che fosse sposato in regime monogamico o poligamico”. La Corte di Appello giudica necessario tutelare in primo luogo gli interessi superiori del minore, ex art. 31 comma 3 del T. U.⁸¹ e chiarisce una volta per tutte che in alcune circostanze, l'autorizzazione al ricongiungimento familiare è “finalizzata a tutelare non una relazione coniugale, in ipotesi, contraria ai principi del nostro ordinamento, ma a realizzare il diritto di un minore a... non essere separato dalla madre”, che nel caso specifico è stata autorizzata a permanere sul territorio italiano per un anno.

29. In conclusione, per la giurisprudenza italiana la tutela della famiglia e del minore sembra rappresentare un contro-limite rispetto all'intervento dell'ordine pubblico. La necessità di salvaguardare principi fondamentali dell'ordinamento –quali il carattere monogamico del matrimonio e l'uguaglianza tra i coniugi– si affievolisce di fronte al superiore interesse del minore. Una simile scelta giurisprudenziale risulta del resto in accordo con i principi sanciti dalla Costituzione italiana⁸² e dalla Convenzione di New York sui diritti del fanciullo (oltre che dall'art. 8 CEDU e dall'art. 23 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici del 1966).

⁷⁷ L'articolo 556 del cod. pen. recita: “Chiunque, essendo legato da matrimonio avente effetti civili, ne contrae un altro, pur avente effetti civili, è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Alla stessa pena soggiace chi, non essendo coniugato, contrae matrimonio con persona legata da matrimonio avente effetti civili. La pena è aumentata se il colpevole ha indotto in errore la persona, con la quale ha contratto matrimonio, sulla libertà dello stato proprio o di lei. Se il matrimonio, contratto precedentemente dal bigamo, è dichiarato nullo, ovvero è annullato il secondo matrimonio per causa diversa dalla bigamia, il reato è estinto, anche rispetto a coloro che sono concorsi nel reato, e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali”.

⁷⁸ L'articolo dispone che “i coniugi godono dell'uguaglianza di diritti e di responsabilità di carattere civile tra di essi e nelle loro relazioni con i loro figli riguardo al matrimonio, durante il matrimonio e in caso di suo scioglimento” e “non impedisce agli Stati di adottare le misure necessarie nell'interesse dei figli”.

⁷⁹ Corte di Appello di Torino, sentenza del 9 marzo 2006, in *Dir. fam.*, 2007 a p. 156 e ss.

⁸⁰ Si legga il decreto del 18 aprile 2001, in *Dir. fam.*, 2001, p. 1492 e ss.

⁸¹ L'articolo sancisce che il Tribunale per i minorenni in presenza di gravi motivi connessi con lo sviluppo psicofisico e tenuto conto delle condizioni di salute del minore che si trova in Italia, possa autorizzare l'ingresso o la permanenza del familiare per un periodo di tempo determinato, anche in deroga alle disposizioni del Testo Unico sull'immigrazione.

⁸² Un esempio che dimostra l'impegno del legislatore volto a garantire la tutela della parità morale e giuridica dei coniugi è dato dalla legge n.53 dell'8 marzo 2000, “Disposizioni per il sostegno della maternità e della paternità, per il diritto alla cura e alla formazione e per il coordinamento dei tempi delle città”, pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 13 marzo 2000, n. 60. La legge promuove speciali forme di sostegno oltre che alla maternità, anche alla paternità.

30. Sempre in Italia, un ulteriore spunto di interesse in relazione alle richieste di ricongiungimento familiare ci viene fornito dai matrimoni poligamici stipulati telefonicamente. Il primo caso risale al 2003 e riguarda la richiesta di ricongiungimento di un cittadino pakistano alla seconda moglie, con la quale l'uomo aveva contratto matrimonio telefonicamente. La Corte d'Appello di Milano era stata chiamata ad esprimersi in seguito al rifiuto da parte dell'Ambasciata italiana ad Islamabad di concedere il visto d'ingresso in Italia alla donna. La Corte ritenne che ai fini del ricongiungimento dei coniugi fosse necessaria la presenza "di un vincolo che, al di là della sua certificazione per via documentale", rivestisse "le connotazioni di un'unione matrimoniale stabile ed in concreto contraddistinta da reciproca solidarietà affettiva e materiale"⁸³.

31. Un caso simile, ma con un esito totalmente diverso, riguarda un cittadino pakistano che nel 2007 aveva adito il Tribunale di Milano in seguito al diniego dell'Ambasciata pakistana di concedere il visto d'ingresso alla moglie con la quale si era unito in seconde nozze, avvenute anch'esse per telefono. A differenza della prima pronuncia, i giudici milanesi decisero di considerare valido il matrimonio "telefonico", posto che l'unione poteva essere considerata legittima ai sensi della legge pakistana. Secondo la Sezione Immigrazione del Tribunale di Milano, la decisione dell'Ambasciata italiana in Pakistan era stata basata "sull'unico elemento fattuale dell'invalidità del matrimonio del ricorrente in quanto celebrato per telefono". Per il Tribunale, infatti, "anche il matrimonio celebrato per telefono" *doveva avere "validità giuridica"*, non essendo "prevista la necessità di ulteriore controllo" *da parte dell'*ambasciata italiana; ciò poiché "a tale organo è riservato un mero controllo esterno di legittimità sull'esistenza delle condizioni di legge". In generale, infatti, l'autorità amministrativa "non può effettuare un'indagine sulla validità formale del matrimonio, che deve essere riservata soltanto a quella giurisdizionale". Per i giudici di Milano "il provvedimento di diniego" al ricongiungimento familiare "è *illegittimo*" e il giudizio di validità formale del matrimonio deve essere effettuato "alla luce della legge del luogo di celebrazione o della legge nazionale dei due coniugi". Dal momento che, secondo la legge pakistana, "anche il matrimonio celebrato per telefono ha validità giuridica", il matrimonio del ricorrente costituisce titolo idoneo per il ricongiungimento familiare.

IX. Osservazioni conclusive

32. Da quanto abbiamo avuto modo di vedere nel corso del presente lavoro, la diversità di valori tra mondo islamico e occidentale è più che mai presente nella vita di tutti i giorni, sino a giungere nelle aule dei tribunali. Nonostante le indicazioni contenute nelle Convenzioni internazionali e le linee guida offerte dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia, gli Stati non hanno ancora provveduto ad emanare disposizioni chiare in materia di poligamia. A causa della mancanza di un testo legislativo che regoli i rapporti tra diritto di famiglia islamico e diritto di famiglia dei Paesi occidentali, sia la giurisprudenza spagnola che quella italiana hanno compiuto scelte che non sempre hanno portato a risultati omogenei. I principali istituti di diritto islamico, come la poligamia e il ripudio, non vanno valutati in astratto, ma devono essere inseriti nel contesto concreto poiché –va ricordato– il più delle volte, costituiscono una questione pregiudiziale rispetto a quanto viene richiesto in via principale. Come abbiamo visto, infatti, in presenza di un'istanza di ricongiungimento familiare da parte di una famiglia poligamica, il giudice non solo si dovrà interrogare sulla contrarietà della poligamia all'ordine pubblico, ma sarà anche chiamato a valutare quali possano essere i possibili effetti di una sua scelta nei riguardi dei figli minori.

33. Poste queste premesse, e pur evidenziando la necessità che vengano adottati provvedimenti atti a colmare il vuoto legislativo e a garantire omogeneità nelle pronunce giudiziarie, occorre riflettere sul futuro del concetto di famiglia in Occidente. E' innegabile la trasformazione che l'istituto ha subito negli ultimi anni. Da un lato, infatti, è sempre più diffusa la possibilità di formalizzare forme atipiche di

⁸³ C. CAMPIGLIO, *op. cit.*, in *Riv. dir. priv. int.*, 2008, p. 54.

convivenza, dall'altro sono stati progressivamente erosi due principi caratterizzanti l'istituto del matrimonio: la sua indissolubilità e la diversità di sesso dei coniugi. Nonostante alcuni si siano spinti a ventilare la legalizzazione anche in Occidente della poligamia⁸⁴, credo che il carattere esclusivo del vincolo coniugale tra due persone sia in grado di resistere al "vento" che spira al di là del Mediterraneo.

⁸⁴ Si ricorda che in Spagna nel 1992, durante le negoziazioni preliminari alla firma dell'Accordo di Cooperazione Islamica della Spagna e dello Stato islamico del Marocco, è stata fatta una petizione formale per legalizzare la poligamia. Nel 2005 invece, il Consejo General del Poder Judicial ha condotto uno studio sulla possibilità di riformare il Código Civil per poter legalizzare la poligamia. Si veda in proposito l'"estudio sobre la reforma del Código Civil en materia de matrimonio entre personas del mismo sexo", CGPJ, Servicios de Estudios e Informes, 2005, p. 27.

UNA APROXIMACIÓN AL TRIBUNAL SUPREMO
Y *CERTIORARI* NORTEAMERICANO

CONSIDERATIONS REGARDING THE U.S. SUPREME
COURT AND *CERTIORARI*

IBON HUALDE LÓPEZ
Profesor Contratado Doctor de Derecho Procesal
Universidad de Navarra

Recibido: 28.11.2014 / Aceptado: 11.12.2014

Resumen: El Tribunal Supremo norteamericano se encuentra en la cúspide del sistema judicial federal. Se compone de nueve magistrados, elegidos con carácter vitalicio por el presidente de los Estados Unidos, con la aprobación del Senado; y su nombramiento se realiza entre personas con una acreditada formación jurídica que hayan ocupado algún cargo relevante en el ámbito gubernamental o el ejercicio del Derecho. Tiene reconocida jurisdicción originaria sobre determinados casos y controversias, así como revisora sobre otros, a través de la cual conoce de asuntos procedentes de ciertos tribunales federales y estatales. Para esto último el denominado *writ de certiorari* constituye el instrumento procesal comúnmente utilizado, cuya emisión tiene carácter discrecional. Aunque la normativa reguladora del referido órgano jurisdiccional recoge algunos factores que pueden ser tenidos en cuenta al resolver sobre la petición de *certiorari*, en la práctica existen otros que la doctrina norteamericana ha tratado de identificar.

Palabras clave: Tribunal Supremo norteamericano, jueces, estatuto jurídico, petición de *certiorari*, criterios de admisión.

Abstract: The US Supreme Court is at the apex of the federal judicial system. It is composed of nine judges appointed for life by the president of the United States, who are confirmed with the advice and consent of the Senate; their appointment is made from among people having a stellar legal education and who have held important positions in government or in the practice of law. The Court has original jurisdiction over certain cases and controversies, as well as appellate jurisdiction over others, through which it hears cases from other federal and state courts. For the latter the *writ of certiorari* is the commonly used procedure, whose issuance by the Court is discretionary. Although the Rules of the Supreme Court provide a number of factors that may be taken into account when deciding on whether to grant *certiorari*, in practice, there are others that American legal experts have attempted to identify.

Keywords: US Supreme Court, Justices, legal status, petition for Writ of *Certiorari*, admission criteria.

Sumario: I. Introducción. II. El Tribunal Supremo. 1. Estructura. A) El sistema judicial federal. B) La división del Tribunal Supremo en salas. 2. Composición. A) Personal jurisdiccional. B) Personal no jurisdiccional. 3. Atribuciones. A) Jurisdicción originaria y jurisdicción revisora. a) Jurisdicción originaria b) Jurisdicción revisora. B) Jurisdicción constitucional. III. La petición de *certiorari*: criterios de admisión. 1. Factores legales. 2. Otros posibles factores. A) Importancia de asunto. B) Área/s implicada/s. C) Presentación. D) Valores e ideología. E) Políticas públicas. F) Estrategias. G) Influencia de los letrados ayudantes y del presidente del Tribunal Supremo. H) Identidad del solicitante y grupos de presión. 3. Conclusión. IV. Anexo: Datos estadísticos sobre casos presentados y resueltos (2008-2012).

I. Introducción

1. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos disfruta de un control casi absoluto de los asuntos de los que conoce, salvo algunas excepciones, fundamentalmente, en materia de elecciones. En otras palabras, dicho órgano jurisdiccional tiene una gran discrecionalidad para seleccionar los casos sobre los que se va a pronunciar, lo que trae como consecuencia que sólo un pequeño porcentaje de los que se le presentan sean admitidos y, posteriormente, resueltos¹. En última instancia, la admisión o rechazo depende de que el tema en cuestión resulte del interés de cuatro de los nueve jueces integrantes de aquél. El presente artículo tiene por objeto dar una visión general del Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional superior dentro del ámbito judicial federal, y de los instrumentos procesales comúnmente utilizados para plantear un asunto ante el mismo, con especial referencia a la petición de *certiorari*.

II. El Tribunal Supremo

1. Estructura

A) El sistema judicial federal

2. Según se desprende del artículo tercero de la Constitución de los Estados Unidos, el Poder Judicial (*Judicial Power*) se articula en torno al sistema judicial federal². De conformidad con la sección primera de dicho precepto constitucional, “the judicial power of the United States, shall be vested in one Supreme Court, and in such inferior courts as the Congress may from time to time ordain and establish”³. Así, el origen del Tribunal Supremo es constitucional, por lo que el Congreso no puede poner en cuestión su existencia o limitar las atribuciones que la Constitución le reconoce. Ello a diferencia de lo que sucede con esos otros tribunales federales inferiores, que existen en virtud de la promulgación por el Congreso de una ley federal, pudiendo este órgano abolirlos de igual forma⁴.

3. La estructura judicial federal es piramidal, estando en la cúspide el Tribunal Supremo. Por debajo de él se encuentran los tribunales de apelación (*courts of appeals*). Existe un tribunal de apelación en cada uno de los doce circuitos judiciales federales (*federal judicial circuits*), que son unidades territoriales que abarcan tres o más Estados, salvo el de Columbia, limitado a este distrito⁵. Estos tribunales se encargan de resolver los recursos presentados contra las resoluciones de los tribunales de distrito (*district courts*), que son órganos de primera instancia, localizados en el circuito correspondiente. Además, existe un tribunal de apelación especializado (*Court of Appeals for the Federal Circuit*), con

¹ En el Anexo de este trabajo se acompañan gráficos con los casos presentados, distinguiéndose los de justicia gratuita (*pauper's cases*), que están exentos de los gastos derivados de la tasa y las copias, y los “de pago” (*paid cases*); y con los casos resueltos entre 2008 y 2012.

² No obstante, cada uno de los Estados tiene su propia organización judicial, en cuya cúspide hay un tribunal supremo, que es el máximo órgano en el ámbito de la jurisdicción reservada al Estado en el que radica.

³ El Poder Judicial de los Estados Unidos reside en un Tribunal Supremo y en los tribunales federales inferiores que periódicamente el Congreso pueda establecer.

⁴ Tal posibilidad fue inicialmente ejercida por el Congreso a través del *Judiciary Act* de 1789, que estableció, junto al Tribunal Supremo, trece tribunales federales de distrito (*district courts*) y tres tribunales federales de circuito (*circuit courts*). Vide B. SCHWARTZ, *A history of the Supreme Court*, Oxford University Press, 1993, p. 16; J. H. KILLIAN, G. COSTELLO y K. R. THOMAS, *The Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation*, 1996, pp. 629 y 630; W. L. Mc FERRAN, *Birth of the Republic. The origin of the United States*, Southern Liberty Press, Florida, 2005, p. 507.

⁵ El primer circuito se extiende a los Estados de Maine, Massachusetts, New Hampshire, Puerto Rico y Rhode Island; el segundo a Connecticut, New York y Vermont; el tercero a Delaware, New Jersey, Pennsylvania y Virgin Islands; el cuarto a Maryland, North Carolina, South Carolina, Virginia y West Virginia; el quinto a Louisiana, Mississippi y Texas; el sexto a Kentucky, Michigan, Ohio y Tennessee; el séptimo a Illinois, Indiana y Wisconsin; el octavo a Arkansas, Iowa, Minnesota, Missouri, Nebraska, North Dakota y South Dakota; el noveno a Alaska, Arizona, California, Guam, Hawaii, Idaho, Montana, Nevada, Northern Mariana Islands, Oregon y Washington; el décimo a Colorado, Kansas, New Mexico, Oklahoma, Utah y Wyoming; el undécimo a Alabama, Florida y Georgia; y el duodécimo al Distrito de Columbia.

jurisdicción en todo el país, que conoce de recursos interpuestos frente a las resoluciones de los tribunales de distrito en materia de patentes; frente a las dictadas en el ámbito de ciertas reclamaciones contra el gobierno federal, así como frente a las procedentes de algunos órganos de instancia especializados. Por último, hay un Tribunal Militar de Apelación (*Court of Appeals for the Armed Forces*), que revisa asuntos procedentes de órganos inferiores en el ámbito castrense, así como un Tribunal de Apelación para demandas de veteranos (*Court of Appeals for Veterans Claims*)⁶.

4. En el nivel inferior del sistema judicial federal están los ya mencionados tribunales de distrito (*district courts*). Cada distrito judicial (*judicial district*), de los 94 existentes en los Estados Unidos, tiene su propio tribunal de distrito. En todos los Estados norteamericanos hay, al menos, un distrito judicial. Así, en los cincuenta Estados existentes hay 89 distritos judiciales. El resto se encuentran en el distrito de Columbia y en Puerto Rico. También se suele denominar así a los localizados en algunos territorios insulares controlados por el gobierno estadounidense, aunque, en realidad, se trata de tribunales territoriales (*territorial courts*)⁷. Los tribunales de distrito tienen encomendado el conocimiento en primera instancia de la generalidad de los asuntos de ámbito federal (*federal cases*), excepción hecha de los que competen a determinados tribunales federales especializados. Estos últimos son el Tribunal de Comercio Internacional (*Court of International Trade*), el Tribunal encargado de la resolución de reclamaciones contra el gobierno federal (*Court of Federal Claims*), el Tribunal de Tributos (*Tax Court*) y los Tribunales de Insolvencia (*Bankruptcy Courts*).

5. Partiendo de que los órganos jurisdiccionales federales tienen una jurisdicción limitada (*limited jurisdiction*), los tribunales de distrito conocen en primera instancia de determinadas categorías de asuntos, tanto de naturaleza civil como penal, que se recogen en el Código de los Estados Unidos (*United States Code*)⁸. Básicamente, este texto legal se refiere a las acciones civiles derivadas de la Constitución, leyes y tratados de los Estados Unidos⁹; ciertas acciones civiles entre ciudadanos de distintos Estados¹⁰; acciones civiles dentro del almirantazgo o jurisdicción marítima de los Estados Unidos¹¹; acciones civiles en las que los que dicho país sea parte¹², así como procesos penales incoados por los Estados Unidos¹³. Sin embargo, dejando de lado algunas clases de asuntos que deben ser resueltos por los tribunales de distrito (*district courts*)¹⁴, cabe también plantear el proceso sobre esas mismas materias ante un tribunal estatal, debido a su jurisdicción general (*general jurisdiction*). En otras palabras, la parte que lo incoa tiene reconocida la facultad de elección entre ambos tipos de tribunales¹⁵. Pero ello sin perjuicio de la posibilidad de utilización por la contraparte de un instrumento procesal, previsto en el Código de los Estados Unidos (*United States Code*)¹⁶, para que el caso sea remitido del ámbito estatal al federal.

⁶ Los tribunales federales sólo pueden conocer de los asuntos que el Congreso determine bajo su jurisdicción, que, básicamente, se extiende a tres tipos de materias: casos civiles y penales regidos por leyes federales, incluida la Constitución; casos en los que el Gobierno norteamericano es parte; y casos en los que estén involucrados ciudadanos de distintos Estados y superen una determinada cuantía económica. Estos asuntos, sin embargo, sólo suponen un pequeño porcentaje de los litigios en los Estados Unidos. Y es que la mayor parte de los mismos son resueltos por los tribunales estatales. Cfr: L. BAUM, *The Supreme Court*, 10ª ed., ed. CQ Press, 2010, pp. 5-7.

⁷ Estos tribunales territoriales (*territorial courts*), que tienen las mismas atribuciones que los tribunales de distrito (*district courts*), se encuentran en Virgin Islands, Guam y Northern Mariana Islands.

⁸ Igualmente, los tribunales de distrito (*District Courts*) disfrutan de una cierta jurisdicción revisora (*appellate jurisdiction*). Así, la sección 158 (a) (1) del título 28 del referido código atribuye a estos órganos el conocimiento de recursos interpuestos contra las resoluciones de los tribunales de insolvencia (*bankruptcy courts*).

⁹ Vide sección 1331 del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*).

¹⁰ Vide sección 1332 del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*).

¹¹ Vide sección 1333 del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*).

¹² Vide secciones 1345 y 1346 del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*).

¹³ Vide sección 3231 del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*).

¹⁴ En el ámbito civil, por ejemplo, en materia de propiedad intelectual. Pero también tienen los órganos jurisdiccionales federales jurisdicción exclusiva para conocer de delitos federales.

¹⁵ No obstante, para que un determinado tribunal, ya sea federal o estatal, pueda conocer de un concreto asunto, además de jurisdicción sobre la materia (*subject matter jurisdiction*), debe tener jurisdicción por razón del territorio (*territorial jurisdiction*) y competencia territorial (*venue*).

¹⁶ Vide sección 1441 del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*).

6. En definitiva, la mayor parte de los casos que entran en el ámbito judicial federal se promueven ante los tribunales de distrito (*district courts*). La resolución dictada por estos órganos o, en su caso, el veredicto emitido por un Jurado puede ser objeto de recurso ante el tribunal de apelación (*court of appeals*) del circuito judicial correspondiente, pudiendo el asunto, en última instancia, llegar al Tribunal Supremo. Es decir, el asunto avanza, progresivamente, desde el órgano jurisdiccional inferior al superior. Pero también cabe la posibilidad de que el referido asunto recorra el camino en sentido inverso. Ello ocurre cuando un órgano superior anula la resolución de otro inferior y reenvía el caso a este último para que sea reconsiderado. Así, el tribunal de apelación (*court of appeals*) puede remitir el asunto al tribunal de distrito (*district court*), mientras que el Tribunal Supremo, si admite la solicitud de *certiorari*, puede hacerlo a cualquiera de los dos anteriores. Este fenómeno procesal puede tener lugar incluso varias veces con relación a un mismo asunto.

B) La división del Tribunal Supremo en salas

7. Llama la atención que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos no esté dividido en salas especializadas en un particular ámbito jurídico, como tampoco lo están los demás órganos jurisdiccionales integrantes de su sistema judicial federal. En España, en cambio, los órganos judiciales pertenecientes a la jurisdicción ordinaria se integran en uno de los cuatro órdenes jurisdiccionales creados por el legislador en atención a las principales áreas del Derecho. Así, nuestro Tribunal Supremo tiene una sala para cada uno de los citados órdenes jurisdiccionales, si bien también existe una Sala Quinta relativa a la denominada jurisdicción militar. También es habitual la existencia de secciones dentro de las distintas salas. Las secciones son colegios de jueces, dependientes de cada una de las salas, que se constituyen cuando la carga de trabajo existente en las mismas así lo aconseje. Por tanto, dicho órgano jurisdiccional se divide en distintas salas y cada una de éstas, a su vez, puede articularse en secciones, las cuales ya no son susceptibles de desdoblarse, es decir, las secciones no dan origen a sucesivas subdivisiones.

Desde un punto de vista general, la sección es la unidad orgánica mínima que, con carácter temporal, puede crearse para la resolución de los asuntos que se le sean asignados desde la sala a la que pertenecen. Ello a diferencia de las salas, que tienen carácter permanente y están determinadas en las leyes procesales correspondientes. En definitiva, la creación de las salas en cualquier órgano jurisdiccional colegiado, también en el Tribunal Supremo, obedece a la especialización y división del trabajo por razón de la materia. En cambio, la creación de secciones se debe al reparto de la carga de trabajo dentro de cada sala especializada, siendo su número variable en función de las circunstancias y las necesidades. La desventaja que se deriva de esta posibilidad es el riesgo de que se produzcan resoluciones contradictorias entre las distintas secciones de una misma sala.

8. Pues bien, cabe plantear ahora la posibilidad de división del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en diferentes salas especializadas, de conformidad con las principales áreas del Derecho; posibilidad que no está prevista ni en el referido artículo III del texto constitucional norteamericano, que se refiere a “un Tribunal Supremo”, ni en ninguna otra disposición legal. No obstante, ya en la Convención Constitucional de 1787 se realizó la propuesta consistente en el establecimiento de un Poder Judicial nacional integrado por uno o más tribunales supremos. Esta propuesta, procedente de EDMUND J. RANDOLPH, fue rechazada en favor de otras que sugerían un solo tribunal supremo, lo que, a juicio del juez WARREN, pone de manifiesto que la intención de los constituyentes era crear “un” Tribunal Supremo.

A lo largo del tiempo otros miembros de este órgano jurisdiccional también se han referido a la posibilidad apuntada. Así, el Juez HUGHES, en su carta fechada el 21 de marzo de 1937 y dirigida al Senador WHEELER, declaraba que la Constitución no parece autorizar dos o más Tribunales Supremos o dos o más partes de un Tribunal Supremo funcionando en efecto como tribunales separados. Por su parte, el Juez HARLAN escribía en 1958 que cualquier otra cosa que actuar como una unidad sería extraño a las formas conforme a las que el Tribunal Supremo siempre ha funcionado, y es difícilmente compatible con el correcto desempeño de sus responsabilidades como el más alto tribunal judicial de la Nación. Igualmente, el Juez BRENNAN anotaba en 1960 que el hecho de que la Constitución invista

el poder judicial en sólo un Tribunal Supremo no le permite actuar a través de comités, paneles o secciones.

Pero, además, dicha posibilidad fue tratada en el ámbito del Congreso norteamericano. En 1890, con ocasión del debate de propuestas dirigidas a descargar de carga de trabajo al Tribunal Supremo, se planteó la división de este órgano en tres salas; propuesta que fracasó bajo el argumento, defendido por Senador SPOONER en un debate celebrado ese año, de que se trataba de crear sustancialmente tres Tribunales Supremos, violándose la intención de los Constituyentes de que debería existir un solo Tribunal Supremo. Y tal concepto de la unidad del Tribunal Supremo contribuyó a que en la década de 1970 también fracasasen otras dos propuestas: la primera tendente a establecer un tribunal de apelación nacional que asumiese parte de las atribuciones del Tribunal Supremo en el ámbito del *certiorari*; y la segunda dirigida a crear también un tribunal de apelación nacional que reemplazase al Tribunal Supremo en la resolución de asuntos de mediana importancia nacional, aunque preservándose el derecho a pretender la revisión por este órgano de las decisiones dictadas por el anterior¹⁷.

9. Por tanto, un obstáculo sustancial a la posible división en salas del Tribunal Supremo, de conformidad con las principales áreas del Derecho, es que la sección primera del artículo III de la Constitución de los Estados Unidos parece referirse a un único Tribunal Supremo (“one Supreme Court”). En consecuencia, la creación de salas implicaría una infracción del precepto constitucional invocado. Pero es que, además, otro de los problemas que se derivan de la referida posibilidad es que la jurisdicción de dicho órgano jurisdiccional en los Estados Unidos no es tan amplia como en España. Así, según se explicará más adelante, la sección segunda del mismo precepto recoge un listado de “casos” y “controversias” sobre las que el Tribunal Supremo de este país puede o debe conocer, según el supuesto de que se trate. Esto supone que esas “principales áreas del Derecho” tendrían que definirse en conexión con la limitada jurisdicción por razón de la materia de ese órgano en los Estados Unidos.

2. Composición

A) Personal jurisdiccional

10. Como sabemos, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos es un tribunal federal, por lo que sus miembros tienen la condición de jueces federales¹⁸. Actualmente está compuesto por ocho jueces (*Associate Justices*) y otro más que ejerce las funciones de presidente (*Chief Justice*). La Constitución norteamericana se limita a establecer unas reglas básicas respecto al nombramiento y estatuto jurídico de dichos jueces. Así, son nombrados por el presidente de los Estados Unidos, con el consejo y confirmación del Senado (*with the advice and consent of the Senate*)¹⁹; y conservarán su cargo mientras mantengan una buena conducta (*during good Behaviour*)²⁰. Por tanto, puede decirse que el nombramiento de los jueces del Tribunal Supremo tiene carácter vitalicio²¹. Ello sin perjuicio de la posibilidad

¹⁷ La información y declaraciones incluidas en este número han sido extraídas de la obra de E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court Practice*, 9ª ed., BNA books, 2007, pp. 2-3.

¹⁸ Hay que precisar que en el sistema judicial federal de los Estados Unidos un juez (*judge*) es un miembro del Poder Judicial, tal y como se prevé en el artículo III de su Constitución, nominado por el presidente de ese país, con el consejo y aprobación del Senado. En cambio, los magistrados (*magistrate judges*) no forman parte de la carrera judicial, sino que son nombrados por mayoría de votos de los jueces federales de distrito de un determinado distrito, normalmente, durante un periodo de ocho años (este periodo suele ser de cuatro si el cargo se ejerce a tiempo parcial), para asistir a aquéllos en el cumplimiento de sus funciones. Es común referirse a ellos como “jueces del artículo I” de la Constitución norteamericana. Ello porque el citado precepto constitucional permite al Congreso el establecimiento de tribunales y magistraturas de jurisdicción limitada. Asimismo, el Código de leyes de los Estados Unidos (*United States Code*), que es una compilación de leyes federales, se refiere a la posibilidad de nombramiento de los referidos magistrados en la sección 631 de su título 28.

¹⁹ *Vide* la sección segunda de su artículo segundo.

²⁰ *Vide* la sección primera de su artículo tercero.

²¹ E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 4, explican que fue intención de los constituyentes, y así está aceptado hoy día, que la referida previsión constitucional diese lugar a un cargo vitalicio para todos los jueces federales, incluidos los del Tribunal Supremo. Tal cargo vitalicio es considerado crucial para la independencia del Poder Judicial federal. *Vide* también M. GERHARDT, *The federal impeachment process*, 1996, pp. 84-85.

de dimisión voluntaria; y de remoción del cargo cuando, previa la imputación formal por el Congreso de la comisión de determinados delitos u ofensas especialmente graves (*impeachment*)²², resulten condenados en un procedimiento que se sigue ante el Senado²³. Fuera de tales reglas constitucionales hay que acudir a las normas que, sobre el Tribunal Supremo, se contienen en leyes federales o se derivan de la tradición²⁴.

11. El proceso conducente al nombramiento de los jueces del Tribunal Supremo comienza cuando se produce una vacante en este órgano²⁵. El presidente de los Estados Unidos es quien tiene el poder, derivado de la Constitución, de nominar al candidato destinado a cubrir esa vacante²⁶. No obstante, el candidato así designado no podrá tomar posesión del cargo hasta que reciba la confirmación del Senado, salvo la posibilidad excepcional de que el Presidente realice un nombramiento provisional (*recess appointment*)²⁷.

Tanto el presidente como el Senado son objeto de la presión de distintos grupos que persiguen ejercer alguna influencia en las decisiones de aquellos. Algunos de estos grupos pertenecen a la comunidad jurídica, siendo el más representativo la Asociación Americana de Abogados (*American Bar Association*). Este grupo tiene como uno de sus intereses primordiales la selección de jueces, no solo del Tribunal Supremo, defendiendo que se lleve a cabo con fundamento en los principios de mérito y capacidad, no en criterios de naturaleza política. Es decir, que el nombramiento de los miembros del Tribunal Supremo recaiga entre personas con una cualificación acreditada en el ámbito jurídico²⁸.

Fuera de la comunidad jurídica también cabe constatar la existencia de grupos de presión creados para la defensa de ciertos intereses que pueden verse involucrados en las decisiones del Tribunal Supremo. Entre ellos se encuentran la Asociación Nacional para el Progreso de las Personas de Color (*National Association for the Advancement of Coloured People*); las organizaciones sindicales; la Organización Nacional de Mujeres (*National Organization of Women*); o la Unión Americana de Libertades Civiles (*American Civil Liberties Union*). Los tres primeros tendentes a la defensa de los derechos del colectivo de los ciudadanos negros, los trabajadores y las mujeres, respectivamente; y el cuarto de las libertades civiles.

Junto a los grupos de presión, también los miembros del Tribunal Supremo en activo pueden influenciar en el proceso de selección de candidatos para la cobertura de alguna vacante en este órgano; e incluso es posible que los propios candidatos traten de realizar maniobras dirigidas a reforzar su candidatura. Sea como fuere, el presidente de los Estados Unidos tiene la decisión final sobre el nombramiento, siempre con la asistencia de ciertos sujetos pertenecientes al Poder Ejecutivo como los funcionarios del Ministerio de Justicia (*Justice Department*) o de la Casa Blanca (*White House*); decisión final que,

²² La sección cuarta del artículo segundo de la Constitución norteamericana enumera entre tales ofensas la traición y el soborno.

²³ Este mismo procedimiento es de aplicación cuando se trate de cualquier otro funcionario de los Estados Unidos, incluido su presidente y vicepresidente. Así lo dispone la sección cuarta del artículo segundo de la Constitución norteamericana.

²⁴ Cfr. L. BAUM, *The Supreme...*, *op. cit.*, pp. 11 y 14.

²⁵ El Presidente, una vez se ha notificado a la Casa Blanca la existencia de la vacante, puede optar por retener la noticia durante días o meses, en espera de un momento apropiado para realizar el anuncio. Ello le da tiempo para tratar en secreto con sus consejeros sobre los posibles candidatos y realizar consultas a puerta cerrada con senadores, en evitación de errores en la decisión final. Cfr. I. UNAH, *The Supreme Court in American politics*, Palgrave Macmillan, 2009, pp. 50-51.

²⁶ A criterio de R. L. PACELLE, *The role of the Supreme Court in American politics*, Westview Press, 2002, p. 19, la selección de un nuevo juez para el Tribunal Supremo es una de las más importantes responsabilidades de la presidencia. Mucho tiempo después de que los presidentes abandonen el cargo, sus nominados pueden influir en el curso de las políticas públicas americanas.

²⁷ Ello puede acontecer con ocasión de la finalización del periodo de sesiones del Senado, es decir, cuando este órgano está en receso y no puede deliberar y votar sobre la nominación del Presidente; y sin perjuicio de la necesidad de que el referido nombramiento provisional sea confirmado al comienzo del siguiente periodo. Cfr. I. UNAH, *The Supreme Court...*, *op. cit.*, pp. 50-51.

²⁸ En 1946 tuvo lugar la creación de un organismo denominado el Comité Judicial Federal (*Standing Committee on Federal Judiciary*), dependiente de la *American Bar Association*, que puede formular recomendaciones a la administración presidencial sobre la cualificación de los candidatos a jueces federales, incluidos los del Tribunal Supremo; y así mostrar su conformidad o disconformidad con el nombramiento, en evitación de que recaiga sobre personas no cualificadas. No obstante, su influencia ha sido variable dependiendo de la administración presidencial presente a lo largo del tiempo.

en síntesis, se basa en criterios objetivos de competencia y ética²⁹, en motivos de preferencia y afinidad política³⁰, así como de amistad personal³¹.

12. El Senado, como hemos indicado anteriormente, no participa en la selección de los posibles candidatos, sino que se limita a dar su confirmación o rechazo al propuesto por el presidente. En realidad, el Senado delega la labor inicial de escrutinio de los candidatos nominados en una de sus comisiones, denominada Comisión de Asuntos Judiciales (*Senate Judiciary Committee*)³², aunque la votación se realiza por el Pleno.

El rechazo del Senado puede obedecer a distintos factores, algunos relacionados con las circunstancias en las que el presidente propone al candidato y otros relativos a este último. Respecto a los primeros, las posibilidades de que la candidatura propuesta por el presidente salga adelante dependen, en gran medida, de si su partido disfruta de mayoría en el Senado; y también tiene alguna incidencia el momento de presentación de la candidatura. Entre otras razones porque, si se produce al final del mandato del presidente, lo normal es que haya una menor probabilidad de que el nombramiento se consuma, ya que su poder suele decrecer a medida que la legislatura avanza; aún más cuando el presidente está en su segundo mandato, cerca de abandonar el cargo. El segundo tipo de factores se refieren, fundamentalmente, a la cualificación profesional del candidato, junto a sus valores éticos e ideología política³³.

13. La Constitución norteamericana no precisa un número concreto de miembros para el Tribunal Supremo, por lo que el Congreso puede modificar su composición en función de las circunstancias concurrentes³⁴. Pero tampoco se refiere a la cualificación que debe reunir el candidato para ser, en última instancia, merecedor del nombramiento de juez del Tribunal Supremo³⁵.

²⁹ En otras palabras, será más fácil que el candidato a juez del Tribunal Supremo propuesto por el presidente de los Estados Unidos reciba la confirmación del Senado si reúne al tiempo una alta cualificación profesional y un comportamiento intachable desde el punto de vista ético.

³⁰ Así, lo probable es que el nombramiento del Presidente de los Estados Unidos recaiga sobre personas que compartan o participen de su proyecto o ideología política. Ello puede otorgar a aquel alguna influencia en el Tribunal Supremo, incluso fuera de su mandato político, ya que, como se ha apuntado, los jueces de este órgano ejercen sus funciones sin un límite temporal preestablecido. Paralelamente, la sección tercera del artículo primero de la Constitución norteamericana contrarresta ese poder sobre el Tribunal Supremo con otro en sentido inverso. En este sentido, si el presidente es sometido al procedimiento que se sigue ante el Senado por la eventual comisión de ciertos delitos u ofensas especialmente graves (*impeachment*), este órgano será presidido por el presidente del Tribunal Supremo.

³¹ Vide L. BAUM, *The Supreme...*, op. cit., pp. 29-40.

³² Sobre esta Comisión, creada en 1868, vide N. VIEIRA y L. GROSS, *Supreme Court appointments*, Southern Illinois University Press, 1998, pp. 53 y ss.

³³ Vide L. BAUM, *The Supreme...*, op. cit., pp. 41-50. Desde otro punto de vista, I. UNAH, *The Supreme Court...*, op. cit., pp. 70-77, menciona y explica siete factores que contribuyen a la confirmación del Senado: el partidismo, entendida como el vínculo que los individuos o grupos tienen con un concreto partido político; la ideología del candidato, que se refiere al nivel de intensidad con el que un candidato es percibido como conservador, liberal o moderado; su cualificación, que se mide, fundamentalmente, según los criterios de la *American Bar Association*; el periodo presidencial, debiendo tenerse en cuenta si el Presidente se encuentra en su primer o segundo mandato cuando la vacante se produce; el carácter crítico de la nominación, considerando como tal aquella de la que se espera, si sale adelante, un completo cambio ideológico en el equilibrio de poder y representación en el Tribunal Supremo, ya del lado conservador al liberal o viceversa; la participación de grupos de interés, que son organizaciones que sirven como intermediarios entre los ciudadanos y el Gobierno y buscan la consersión de los deseos y objetivos de sus miembros en políticas reales; y factores idiosincráticos *ad hoc*, de carácter impredecible, entre los que se encuentran las variables demográficas como la edad, raza, género y religión; y otros no demográficos como la región del país de procedencia del candidato.

³⁴ El número de jueces del Tribunal Supremo se ha ido incrementando progresivamente a lo largo del tiempo conforme aumentaba el número de circuitos judiciales del país. Así, desde la Ley Judicial de 1789 (*Judiciary Act*), que preveía un número de seis jueces, el Congreso ha ido modificando (normalmente ampliando, con alguna excepción) la composición de aquel tribunal, a través de distintas leyes, de seis a cinco, seis, siete, nueve, diez, siete y hasta nueve miembros en la actualidad.

³⁵ En este sentido, H. J. ABRAHAM, *Justices, presidents and senators. A History of the Supreme Court appointments from Washington to Clinton*, 3ª ed., Rowman & Littlefield Publishers, 1999, p. 35, explica que puede sorprender la inexistencia de requerimientos legales o constitucionales para obtener una plaza de juez federal, especialmente cuando en cada Estado sí se establecen requerimientos para, al menos, determinados puestos judiciales. No obstante, puntualiza que hay un prerrequisito no escrito en el ámbito judicial federal, que consiste en la tenencia de uno de los siguientes títulos: grado en Derecho (*bachelor of laws*) o título de *Juris Doctor* (*Juris Doctor degree*).

En principio, el nombramiento podría recaer en cualquier candidato. Sin embargo, en la práctica sí resulta necesaria la concurrencia de una serie de elementos para que, en última instancia, el candidato de que se trate tenga posibilidades reales de integrarse en el Tribunal Supremo. Entre ellos, una vasta y acreditada formación jurídica; y, además, que el posible nominado haya ocupado algún cargo de relevancia y responsabilidad en el pasado, ya en el ámbito gubernamental o en el ejercicio del Derecho.

En los últimos tiempos parece que la trayectoria profesional más reiterada consiste en haber ejercido como abogado o profesor de Derecho y, posteriormente, como juez de algún tribunal federal de apelación, unido a alguna experiencia política. También es constatable una progresiva evolución aperturista en el sentido de permitir el acceso al referido órgano jurisdiccional a personas procedentes de clases sociales menos acomodadas o de minorías étnicas. Todo ello sin perjuicio de la importancia de contar con el apoyo de algún grupo de presión que tenga la capacidad de ejercer influencia en el presidente o en el Senado³⁶.

B) Personal no jurisdiccional

14. En el Tribunal Supremo no sólo ejercen su actividad los jueces, sino que hay un nutrido grupo de personas, alrededor de quinientas, que desarrollan funciones administrativas y de apoyo a aquellos, así como de naturaleza policial y de custodia. La mayor parte del personal no jurisdiccional tiene encomendadas atribuciones de esta última naturaleza, bajo la dirección de un jefe de seguridad (*Marshall*)³⁷. Otras integran la secretaría del Tribunal Supremo (*Clerk's Office*), encargándose de la tramitación administrativa de todos los asuntos que acceden a dicho órgano jurisdiccional³⁸.

El presidente del Tribunal Supremo puede nombrar un asesor (*Counselor to the Chief Justice*), que cumplirá todas las funciones que aquel le asigne³⁹. También existe un departamento legal (*Legal Office*), compuesto por una plantilla de asesores que prestan asistencia al Tribunal Supremo en su conjunto, así como a cada uno de sus miembros, en una diversidad de problemas legales derivados de su actividad⁴⁰.

Cada uno de los jueces del Tribunal Supremo se encuentra auxiliado por un número variable de letrados ayudantes (*Law clerks*)⁴¹, que, en líneas generales, se ocupan de analizar y sintetizar para aquellos las peticiones presentadas ante el Tribunal Supremo, con carácter previo a su admisión a trámite; desarrollar la labor investigativa necesaria para la resolución de los asuntos ya admitidos; y redactar los borradores de los votos de los jueces a los que asisten⁴².

³⁶ Vide L. BAUM, *The Supreme...*, op. cit., pp. 50-64.

³⁷ Las funciones concretas de este funcionario se recogen en la sección 672 del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*).

³⁸ Al personal administrativo (*Clerk*) integrante de la Secretaría del Tribunal Supremo se refiere la norma primera de las Normas del Tribunal Supremo (*Rules of the Supreme Court of the United States*) y la sección 671 del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*). En ella desarrollan su actividad unas 30 personas y se encargan de la administración de la agenda del Tribunal Supremo y señalamiento de vistas; recepción y registro de todas las mociones, peticiones y demás escritos y documentos legales, y su distribución a los jueces; cobro de tasas judiciales; notificación de las resoluciones judiciales; actualización de la información informatizada sobre los casos que se siguen ante Tribunal Supremo; asistencia a las partes y letrados sobre los procedimientos y normas de dicho órgano, así como proposición de cambios para la mejora de las mismas, entre otras funciones. Vide E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, op. cit., pp. 27-30.

³⁹ Así lo dispone la sección 677 del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*).

⁴⁰ Los asesores del referido departamento legal (*Legal Office*) deben acumular cierta experiencia en la práctica jurídica y sirven en el mismo durante un periodo variable que oscila entre dos y cinco años. Tienen encomendado el análisis de determinadas demandas y mociones especiales presentadas ante el Tribunal Supremo; y la asistencia legal a sus jueces y otra serie de empleados en una diversidad de materias como laborales, éticas, contractuales, de seguridad y uso de las instalaciones del Tribunal Supremo y áreas colindantes, entre otras funciones. Vide E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, op. cit., pp. 33-35.

⁴¹ La posibilidad de nombramiento por los miembros del Tribunal Supremo de estos letrados ayudantes se encuentra prevista en la sección 675 del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*).

⁴² El número de ayudantes (*Law Clerks*) que asiste a los jueces del Tribunal Supremo varía según los casos, con un límite máximo de cuatro para cada uno, si bien el presidente de este órgano puede emplear a cinco. Estos ayudantes son, por lo general, jóvenes graduados en Derecho procedentes de las más prestigiosas Universidades del país con excelente expediente académico y alguna experiencia profesional previa en tribunales federales inferiores. Vide E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, op. cit., pp. 36 y ss.

El Tribunal Supremo cuenta, asimismo, con la denominada Oficina del Curador (*Office of the Curator*), que tiene confiado el mantenimiento, investigación y acceso a la colección de arte, documentos, fotografías, recuerdos y obras decorativas del Tribunal Supremo; organiza las visitas a este órgano; y emite recomendaciones sobre la conservación de la sede de este órgano y su contenido⁴³.

Finalmente, hay un funcionario con funciones de relator (*Reporter*), cuya función principal consiste en preparar las resoluciones del Tribunal Supremo para su publicación⁴⁴; y un bibliotecario (*Librarian*)⁴⁵, que tiene a su cargo la Biblioteca del Tribunal Supremo (*The Supreme Court Library*)⁴⁶ y, con el personal que trabaja en la misma, facilita a los jueces y demás empleados del Tribunal Supremo todos los materiales de investigación y demás información que precisen⁴⁷.

3. Atribuciones

A) Jurisdicción originaria y jurisdicción revisora

16. La sección segunda del artículo tercero de la Constitución de los Estados Unidos recoge un listado de “casos” y “controversias”⁴⁸ sobre las que el Tribunal Supremo de este país puede o debe conocer, según el supuesto de que se trate⁴⁹. Y, a continuación, subdivide aquellos en dos grupos diferentes para disponer que, sobre el primero, disfruta de jurisdicción originaria (*original jurisdiction*), mientras que, sobre el segundo, su jurisdicción tiene naturaleza revisora (*appellate jurisdiction*)⁵⁰.

La jurisdicción originaria hace referencia a la potestad del Tribunal Supremo de resolver un asunto por vez primera, esto es, como órgano de instancia, sin necesidad de que el caso haya sido visto por un tribunal intermedio. La eficacia de esta jurisdicción deriva directamente del texto constitucional, sin ser precisa ninguna acción complementaria del Congreso. En contraposición a este tipo de jurisdicción se encuentra la revisora, que supone la posibilidad de reexaminar un asunto previamente resuelto

⁴³ Vide E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 35.

⁴⁴ Así se establece en la sección 673 del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*).

⁴⁵ Sobre este funcionario, vide la sección 674 del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*).

⁴⁶ A la Biblioteca del Tribunal Supremo se refiere la norma 2.1 de las Normas del Tribunal Supremo (*Rules of the Supreme Court of the United States*).

⁴⁷ Vide E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, *op. cit.*, pp. 24-27 y 30-32; Sobre el personal no jurisdiccional, vide también L. BAUM, *The Supreme...*, *op. cit.*, pp. 14-16.

⁴⁸ El hecho de que la literalidad del precepto se refiera a “casos” y “controversias” ha dado origen a una serie de doctrinas (*justiciability doctrines*), en virtud de las cuales la posibilidad de acceso de un asunto a los tribunales se condiciona al cumplimiento de ciertas exigencias. En definitiva, se trata de verificar la existencia de un verdadero caso o controversia, ya que, en caso contrario, el asunto no sería justiciable. Entre tales doctrinas se encuentra la que reclama, a quien invoca judicialmente la inconstitucionalidad de una norma, la prueba de la concurrencia de un daño, actual o inminente, derivado de aquella (*standing doctrine*); la que alude a la necesidad de un litigio real, no finalizado por alguna causa y en el que existan unos daños efectivos y no especulativos (*mootness and ripeness doctrine*); la que reivindica que el cometido de los tribunales no consiste en la emisión de opiniones consultivas (*advisory opinions doctrine*); o la que considera que un tribunal no debe entrar a decidir un asunto si puede ser resuelto, de mejor forma, por cualquiera de los otros poderes del Estado (*political question doctrine*). Vide F. A. HESSICK, “Cases, Controversies, and Diversity”, *Northwestern University Law Review*, 24 de febrero, 2014. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2400660>.

⁴⁹ De conformidad con su párrafo primero, el Poder Judicial se extenderá a todo caso que, en Derecho y equidad, surja de esta Constitución, de las leyes de los Estados Unidos, así como de los tratados celebrados o que se celebraren bajo su autoridad; a todos los casos que afecten a embajadores y otros ministros y cónsules públicos; a todos los casos de almirantazgo y jurisdicción marítima; a todas las controversias en que los Estados Unidos sean parte; a las controversias entre dos o más Estados; entre un Estado y los ciudadanos de otro Estado; entre los ciudadanos de diferentes Estados; entre los ciudadanos del mismo Estado que reclamaren tierras en virtud de concesiones hechas por diversos Estados, y entre un Estado o sus ciudadanos y Estados, ciudadanos o súbditos extranjeros. Hay que tener en cuenta que este precepto resultó afectado por la Undécima Enmienda, ratificada en febrero de 1795, a cuyo tenor el Poder Judicial de los Estados Unidos no será interpretado en el sentido de extenderse a los litigios en Derecho o en equidad, incoados o seguidos contra uno de los Estados Unidos por ciudadanos de otro Estado, o por ciudadanos o súbditos de cualquier estado extranjero.

⁵⁰ Siguiendo el texto del párrafo segundo de la referida norma, el Tribunal Supremo tendrá jurisdicción original en todos los casos que afectaren a embajadores, ministros y cónsules públicos y en aquellos en los que un estado fuere parte. De todos los demás casos antes mencionados conocerá el Tribunal Supremo en apelación, tanto sobre cuestiones de Derecho como de hecho, con las excepciones y bajo la reglamentación que el Congreso estableciere.

por otro distinto. Así, la jurisdicción revisora del Tribunal Supremo se extiende a las resoluciones procedentes de ciertos tribunales tanto federales como estatales⁵¹.

a) Jurisdicción originaria

17. Dentro de la jurisdicción originaria, el citado precepto constitucional incluye los litigios que afectan a ciertos funcionarios públicos como cónsules o embajadores y aquellos en los que una de las partes implicadas es un Estado. No obstante, estos casos también podrían ser llevados ante los tribunales federales de distrito (*district courts*). Los únicos sobre los que la jurisdicción del Tribunal Supremo es improrrogable son los que tienen como partes a dos Estados⁵².

En parecidos términos se pronuncia el Código de los Estados Unidos (*United States Code*), que reconoce al Tribunal Supremo jurisdicción originaria y exclusiva sobre todas las controversias entre dos o más Estados, así como originaria pero no exclusiva sobre todas las acciones o procedimientos en los que sea parte el personal diplomático extranjero; todas las controversias entre los Estados Unidos y un Estado; y todas las acciones o procedimientos incoados por un Estado contra los ciudadanos de otro o contra extranjeros. Las resoluciones emanadas de dicho tribunal en el ejercicio de su jurisdicción originaria no son susceptibles de recurso⁵³.

b) Jurisdicción revisora

18. La mayor parte de los asuntos de los que conoce el Tribunal Supremo traen causa de su jurisdicción revisora (*appellate jurisdiction*). Hay que hacer una diferenciación, dentro de este ámbito, entre el sistema judicial federal y el estatal. Por lo que se refiere al federal, es preciso distinguir entre los tribunales de primera y segunda instancia. Así, en determinados supuestos, la ley federal permite recurrir de modo directo ante el Tribunal Supremo ciertas resoluciones procedentes de los tribunales especializados de distrito, que son órganos de instancia⁵⁴. En la actualidad, tal posibilidad de recurso está prácticamente reducida a la materia de elecciones⁵⁵.

Pero la mayoría de las resoluciones que se someten a la revisión del Tribunal Supremo proceden de los tribunales de apelación (*courts of appeals*) existentes en los distintos circuitos judiciales federales⁵⁶ y, en menor medida, de los tribunales de apelación especializados⁵⁷. A este respecto, el instrumento procesal comúnmente utilizado por la parte perjudicada para presentar su caso ante el Tribunal Supremo

⁵¹ Cfr. L. BAUM, *The Supreme...*, *op. cit.*, pp. 7-10.

⁵² Normalmente, este tipo de procesos tienen por objeto dirimir disputas relativas a la jurisdicción territorial de los distintos Estados. *Vide*, por ejemplo, *State of New Jersey v. State of New York* (1998). En el reseñado caso, ese primer Estado reclamaba su soberanía sobre una parte de Ellis Island. No obstante, otros muchos tienen que ver con controversias concernientes a derechos sobre aguas. A este respecto, *vide* T. BALDAS, "A deluge of water wars", *National Law Journal*, 24 de marzo, 2008.

⁵³ *Vide* sección 1251 del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*) y norma 17 de las Normas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*Rules of the Supreme Court of the United States*).

⁵⁴ *Vide* sección 1253 del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*) y norma 18 de las Normas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*Rules of the Supreme Court of the United States*).

⁵⁵ *Vide Voting Rights Act*. Con anterioridad a una reforma legal llevada a cabo en 1988, eran más numerosos los supuestos en los que, en concurrencia de determinadas circunstancias, el Tribunal Supremo estaba obligado a resolver los recursos (*mandatory appeals*) interpuestos contra resoluciones emanadas tanto de los tribunales federales inferiores como de los tribunales estatales superiores; recursos que traían como consecuencia un aumento considerable de la carga de trabajo del Tribunal Supremo, pero que, frecuentemente, planteaban casos de escasa enjundia jurídica, sin contribuir al desarrollo de su doctrina. Ello dio lugar a numerosas críticas, incluso dentro del propio órgano jurisdiccional. *Vide* S. D. O'CONNOR, *The Majesty of the Law: Reflections of a Supreme Court Justice*, Random House, 2004, pp. 130 y 131; K. L. HALL, J. W. ELY y J. B. GROSSMAN, *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, Oxford University Press, 2005, p. 47; R. L. MOORE y M. D. MURRAY, *Media Law and Ethics*, 3ª ed., Taylor&Francis Group, 2008, p. 36.

⁵⁶ Incluso cabe la posibilidad de revisión por el Tribunal Supremo de casos civiles y penales que se hayan planteado ante los tribunales federales de apelación (*United States courts of appeals*), sin que haya recaído la correspondiente resolución. No obstante, esto se condiciona a que el asunto sea de "imperiosa importancia pública" (*imperative public importance*). *Vide* sección 1254 (1) del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*) y norma 11 de las Normas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*Rules of the Supreme Court of the United States*).

⁵⁷ Por ejemplo, en ciertos supuestos es posible la revisión de las resoluciones del Tribunal de Apelación Militar (*Court of Appeals for the Armed Forces*). *Vide* sección 1259 del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*).

es la petición de *certiorari*. Ocasionalmente, puede ocurrir que el propio tribunal de apelación solicite, de oficio, la revisión por aquél de una determinada cuestión de interés público (*certified question*)⁵⁸.

19. También es posible que el Tribunal Supremo revise, a través de *certiorari*, casos procedentes de tribunales que forman parte del sistema judicial estatal⁵⁹. Sin entrar en las peculiaridades existentes en los distintos Estados⁶⁰, dicho sistema judicial estatal suele tener una estructura paralela al federal, con tribunales de primera instancia (*trial courts*)⁶¹; tribunales de apelación (*appellate courts*); y un tribunal de última instancia (*court of last resort*). En los Estados que siguen tal esquema, este tribunal de última instancia disfruta de discrecionalidad (*discretionary jurisdiction*) para pronunciarse sobre los recursos interpuestos contra las resoluciones procedentes de los tribunales de apelación. No obstante, hay Estados, normalmente de escasa densidad demográfica, que prescinden de estos tribunales intermedios y sólo cuentan con tribunales de primera instancia y otro que actúa como órgano de segunda instancia. Este último conoce de los recursos interpuestos frente a las resoluciones de los anteriores⁶²; y su denominación varía también según los Estados⁶³.

Pues bien, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos puede conocer de asuntos decididos por los tribunales estatales superiores o de última instancia (*courts of last resort*)⁶⁴, incluido el Tribunal de Apelación del Distrito de Columbia (*District of Columbia Court of Appeals*)⁶⁵ y el Tribunal Supremo de Puerto Rico (*Supreme Court of Puerto Rico*)⁶⁶. Ello siempre que se encuentre implicada alguna ley federal y en aras a su aplicación e interpretación uniforme⁶⁷.

B) Jurisdicción constitucional

20. A diferencia de lo que ocurre en muchos países europeos como España, que prevén un órgano ajeno al Poder Judicial encargado del control de la constitucionalidad de las leyes, en los Estados Unidos esta función la cumple su Tribunal Supremo. Pero ello no se deduce de la Constitución norteamericana, sino que fue consecuencia de una doctrina jurisprudencial desarrollada por el mencionado órgano jurisdiccional a partir de un caso del que tuvo la oportunidad de conocer con fundamento en su

⁵⁸ Vide sección 1254 (2) del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*) y norma 19 de las Normas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*Rules of the Supreme Court of the United States*). No obstante, muy pocos casos han sido objeto de revisión por aquél a través de esta vía. En concreto, *United States v. Rice* (1946); *United States v. Barnett* (1964); y *Moody v. Albemarle Paper Co.* (1974). Cfr. H. W. PERRY, *Deciding to decide*, Harvard University Press, 1991, p. 27.

⁵⁹ Hay que tener en cuenta que los tribunales estatales también tienen atribuido el conocimiento de casos en los que resulte de aplicación cualquier ley federal, inclusión hecha de la Constitución. A diferencia de los tribunales federales, que tienen una jurisdicción limitada, la de los tribunales estatales es general, con la excepción de algunos especializados en materias concretas. Así, algunos Estados disponen de tribunales especializados como el tribunal de menores (*juvenile court*), el tribunal testamentario (*probate court*) y el tribunal de familia (*family court*).

⁶⁰ Cabe constatar la existencia de diferencias en la organización judicial de uno a otro Estado, debido a la libertad de que disfrutan para configurar sus propias instituciones. No obstante, en el siglo pasado hubo un movimiento de considerable éxito, que no llegó a consolidarse, dirigido a la unificación de la estructura y administración en el sistema judicial de los Estados (*movement for "court unification"*). Vide L. BAUM, *American Courts: Process and Policy*, 7ª ed., Wadsworth, Boston, 2013, p. 38.

⁶¹ La mayoría de los Estados disponen de dos tipos de tribunales de primera instancia: unos para decidir asuntos de menos relevancia (*minor trial courts*) y otros para aquellos de mayor importancia (*major trial courts*). Con carácter general, estos últimos tribunales resuelven las apelaciones frente a las decisiones emanadas de los anteriores; y los tribunales de apelación (*appellate courts*) resuelven los recursos presentados frente a las decisiones dictadas por los denominados *major trial courts*.

⁶² Vide L. BAUM, *American Courts...*, *op. cit.*, págs. 39-42.

⁶³ Por ejemplo, en muchos Estados como Delaware, Montana, Nevada, New Hampshire, North Dakota, Rhode Island, South Dakota, Vermont o Wyoming se le denomina tribunal supremo (*supreme court*), igual que en los territorios de Guam y Northern Mariana Islands; en el Distrito de Columbia recibe el nombre de tribunal de apelación (*appellate court*); en el Estado de Maine se le llama tribunal judicial supremo (*supreme judicial court*), mientras que en West Virginia es conocido como tribunal supremo de apelaciones (*supreme court of appeals*).

⁶⁴ Vide sección 1257 (a) del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*).

⁶⁵ Vide sección 1257 (b) del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*).

⁶⁶ Vide sección 1258 del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*).

⁶⁷ No obstante, si el Tribunal Supremo de los Estados Unidos entra a decidir un caso procedente del ámbito judicial estatal, el contenido de su resolución debe limitarse a tratar aquellos aspectos a los que les resulta aplicable o se encuentra implicada una ley federal, incluida la Constitución, pero no los regulados por la ley estatal.

jurisdicción originaria⁶⁸. Al respecto, hay que señalar que la referida función constituye la principal vía de supervisión del Poder Judicial sobre el Legislativo. Inversamente, el Poder Legislativo tiene la posibilidad de dejar sin efecto normas derivadas de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través de la promulgación de una nueva legislación contraria a esa jurisprudencia⁶⁹.

III. La petición de *certiorari*: criterios de admisión

1. Factores legales

21. Según se ha anotado con anterioridad, el instrumento procesal más común para la presentación de un asunto ante el Tribunal Supremo es la petición de *certiorari*, cuya admisión tiene carácter discrecional. A ello ha contribuido la considerable reducción de los recursos que se encontraba obligado a resolver (*mandatory appeals*), en los términos ya expuestos. No obstante, a la hora de proceder a tal selección casuística tiene una especial importancia que en el asunto planteado exista algún conflicto interpretativo entre ciertos tribunales de ámbito federal o/y estatal, al tiempo que se encuentre involucrada alguna cuestión de verdadera relevancia de Derecho federal. Así se deduce de las Normas del Tribunal Supremo (*Rules of the Supreme Court of the United States*).

22. La norma décima contiene la referencia fundamental sobre la admisión de asuntos por el Tribunal Supremo a través del *certiorari*. De acuerdo con ella, el *certiorari* no constituye un derecho, sino que entra dentro de la discrecionalidad judicial, y su solicitud sólo será admitida “por razones imperiosas” (“*compelling reasons*”). Tras esta declaración, la misma norma enumera una serie de factores cuya concurrencia aumenta las probabilidades de que un asunto sea seleccionado por el Tribunal Supremo, aunque sin condicionar o limitar su discrecionalidad⁷⁰.

Estos factores están basados en la función de este órgano de contribuir a la seguridad y coherencia de la ley. Y se refieren, básicamente, a la presencia de materias relevantes de Derecho federal sobre las que el Tribunal Supremo aún no se ha pronunciado; a la existencia de conflictos sobre importantes cuestiones legales entre las resoluciones dictadas por los tribunales federales de apelación (*United States courts of appeals*) o/y las de los tribunales estatales de última instancia (*State courts of last resort*)⁷¹; o entre estas y las resoluciones previas del Tribunal Supremo; y a si los tribunales federales de apelación (*United States courts of appeals*) se han apartado del curso normal del proceso judicial o han permitido hacerlo a un tribunal inferior⁷².

⁶⁸ Vide *Marbury v. Madison* (1803). Con ocasión de la resolución de este caso, el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de pronunciarse, por vez primera, sobre la inconstitucionalidad de una ley, en concreto, una parte de la Ley Judicial de 1789 (*Judiciary Act*). Sobre el referido caso y su impacto, vide R. L. CLINTON, *Marbury v. Madison and judicial review*, University Press of Kansas, 1989, pp. 81 y ss.; H. GILLMAN y C. CLAYTON, *The Supreme Court in American politics*, University Press of Kansas, 1999, pp. 28 y ss.; W. E. NELSON, *Marbury v. Madison: The Origins and Legacy of Judicial Review*, University Press of Kansas, 2000, pp. 72 y ss. En otros casos surgidos con posterioridad el Tribunal Supremo declaró inconstitucional alguna otra ley, por ejemplo, *Dred Scott v. Sandford* (1857); o, inversamente, su constitucionalidad. Vide *Heart of Atlanta Motel v. United States* (1964).

⁶⁹ Así, esta fue la motivación del Congreso cuando aprobó la normativa tendente a posibilitar a los discapacitados el acceso al transporte aéreo (*Air Carrier Access Act*), después de que una resolución del Tribunal Supremo declarase la inaplicación a ese ámbito de la regulación federal para la protección de los derechos civiles de dicho colectivo. Vide *U.S. Department of Transportation v. Paralyzed Veterans of America* (1986).

⁷⁰ En concreto, la reseñada norma décima enumera los siguientes: (a) Resoluciones de un tribunal de apelación federal (*United States court of appeals*) en conflicto con la de otro tribunal similar sobre un mismo asunto de relevancia o con la de un tribunal estatal de última instancia (*state court of last resort*); o que se hayan alejado del curso normal del proceso judicial como para requerir el ejercicio por el Tribunal Supremo de su poder de supervisión. (b) Resoluciones de un tribunal estatal de última instancia (*state court of last resort*) en conflicto con la de otro tribunal estatal similar o con la de un tribunal federal de apelación (*United States court of appeals*) sobre una cuestión federal importante. (c) Resoluciones de un tribunal estatal (*state court*) o de un tribunal federal de apelación (*United States court of appeals*) sobre una cuestión federal importante que no ha sido, pero debería ser, resuelta por el Tribunal Supremo o en conflicto con resoluciones relevantes de este tribunal.

⁷¹ De conformidad con el estudio realizado por T. GOLDSTEIN, “One Plugged, Thousands to Go”, *Legal Times*, 18 de Noviembre, 2002, p. 68, el ochenta por ciento de los casos admitidos por el Tribunal Supremo conllevaban conflictos entre tribunales federales de apelación.

⁷² Cfr. BAUM, L., *The Supreme...*, op. cit., pp. 90-91.

La doctrina ha criticado que la generalidad de esa norma no suministra criterios significativos para el foro, especialmente en términos de importancia de las cuestiones implicadas. Asimismo, se ha sugerido que el Tribunal Supremo explique con detalle en todas sus resoluciones escritas las razones por las que una petición de *certiorari* es admitida; y que periódicamente publique un *memorandum*, en ciertos casos representativos, que especifique por qué resultan rechazados. Sin embargo, tales críticas y sugerencias no han servido para que ese órgano modifique su costumbre de abstenerse de detallar los motivos que dan lugar a las inadmisiones; y los que invoca cuando admite algún asunto a menudo son poco más que declaraciones conclusivas, las cuales pueden responder a meras reflexiones tardías del ponente⁷³.

23. Como consecuencia de la reforma de que fueron objeto aquellas normas en 1995, el último párrafo de la norma décima (*Rule 10*) establece que una petición de *certiorari* es raramente concedida cuando el defecto invocado consiste en errores en la determinación de los hechos o en la aplicación de una norma jurídica. Aunque pueda parecer lo contrario, el Tribunal Supremo ha mantenido, tradicionalmente, una posición congruente con el contenido de la transcrita declaración legal.

Una explicación doctrinal a la relativamente reciente incorporación de dicha declaración, que, como decimos, viene a corroborar lo que ha constituido la práctica habitual de este órgano, es la constatación de una multitud de solicitudes basadas en la existencia tales errores. En este contexto, se ha considerado necesaria la reiteración de la ineficacia o esterilidad de su invocación. Y es que la función del reseñado órgano jurisdiccional no se reduce a corregirlos, sino que tiene por objeto la resolución de aquellos asuntos en los que se encuentran involucradas cuestiones de relevancia en el ámbito nacional. Es en este caso cuando adquiere importancia, a efectos de *certiorari*, la denuncia de algún error en la decisión procedente de un tribunal inferior⁷⁴.

24. Pero la presencia de los mencionados factores en el caso planteado ante el Tribunal tampoco garantiza su admisión. Prueba de ello es que se rechazan muchos en los que concurren uno o varios de dichos factores. Igualmente, dicho órgano escoge asuntos en los que no se manifiesta ninguno, lo que lleva a concluir que aplica criterios distintos a los previstos en la referida norma; criterios que han de ser extraídos de las opiniones expresadas por sus miembros integrantes para justificar, en unos supuestos, la admisión de la petición de *certiorari* o para denegarla en otros. No obstante, la manifestación de tales justificaciones no es habitual y tampoco existe ningún registro de los votos de aquéllos.

Y es que, partiendo del secretismo que rodea a sus decisiones, el modo a través del cual proceden a la selección de los casos entre los miles que se les presentan continúa siendo un misterio⁷⁵. Al respecto, el procedimiento que conlleva el *certiorari* carece de los elementos que acompañan a la adopción de una resolución sobre el fondo como la deliberación colegiada, existencia de reglas bien definidas, sujeción al precedente o responsabilidad pública. Por esto, nadie, a veces ni siquiera los propios jueces del Tribunal Supremo, conocen las razones exactas conducentes a inadmitir una solicitud de *certiorari*⁷⁶. Eso sí, la denegación de la misma no equivale a la conformidad de aquél con la resolución del tribunal inferior, esto es, no tiene valor jurisprudencial. El único efecto es dar firmeza a dicha resolución⁷⁷.

⁷³ E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, *op. cit.*, pp. 240-241. *Vide* también H. W. PERRY, *Deciding...*, *op. cit.*, p. 34, quien insinúa la posibilidad de que el Tribunal Supremo no quiera que los abogados sepan lo que ese órgano considera importante; y a la vez pone de manifiesto las quejas de los jueces hacia ese colectivo por plantearles casos no susceptibles de ser admitidos.

⁷⁴ *Cf.*: E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 239.

⁷⁵ M. M. CORDRAY y R. CORDRAY, "Strategy in Supreme Court Case Selection: The Relationship Between Certiorari and the Merits", *Ohio State Law Journal*, vol. 69, 2008, p. 29.

⁷⁶ M. M. CORDRAY y R. CORDRAY, "The Philosophy of Certiorari: Jurisprudential Considerations in Supreme Court Case Selection", *Washington University Law Quarterly*, vol. 82, 2004, p. 452. Entre otras críticas doctrinales, *vide* E. A. HARNETT, "Questioning certiorari: some reflections seventy-five years after the judges' bill", *Columbia Law Review*, vol. 100, 2000, pp. 1723-1725.

⁷⁷ *Cf.*: R. L. PACHELLE, *The role of the Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 19.

2. Otros posibles factores

25. La doctrina norteamericana ha tratado de identificar otros posibles factores que, junto a los recogidos en la norma décima de las Normas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*Rules of the Supreme Court of the United States*), son susceptibles de influir en la decisión de los jueces de este órgano a la hora de admitir una solicitud de *certiorari*⁷⁸; admisión que, según se ha anotado ya, se encuentra condicionada al voto favorable de cuatro de los nueve que lo componen.

Partiendo siempre de la concurrencia de todos los presupuestos procesales⁷⁹, así como del cumplimiento de los requisitos formales previstos en las señaladas normas⁸⁰, cabe citar entre esos otros factores los siguientes: la importancia del asunto planteado; el área implicada en el mismo; la forma de presentación de la cuestión controvertida; los valores e ideología de los jueces del Tribunal Supremo; sus prioridades en cuanto a las políticas y su comportamiento estratégico. Ello unido a ciertos elementos menores algunos intrínsecos a dicho órgano como la influencia de su presidente (*Chief Justice*) y de los ayudantes de los jueces (*Law clerks*); y otros extrínsecos como la identidad del sujeto solicitante y la existencia de grupos de presión⁸¹.

A) Importancia de asunto

26. La importancia de los asuntos presentados ante el Tribunal Supremo es un elemento de gran relevancia a la hora de acordar su admisión o rechazo. Sobre todo si existe un conflicto entre los tribunales inferiores, aunque esto no es indispensable cuando la cuestión planteada es de mucha importancia⁸². Normalmente las cuestiones importantes generan conflictos, pero no siempre los conflictos versan sobre cuestiones importantes⁸³. El Tribunal Supremo es consciente de que a través de la resolución de casos que afecten a una gran colectividad puede amplificar su impacto en la sociedad. Tal exigencia da lugar a la eliminación automática de las peticiones de *certiorari* en las que la cuestión planteada tiene una escasa enjundia y una reducida trascendencia social, o esta se limita a las partes. Ello a pesar de la injusticia que las mismas hayan podido padecer⁸⁴.

⁷⁸ Entre los muchos estudios realizados tanto por politólogos (*political scientists*) como por académicos del Derecho (*legal scholars*), merece ser destacada la denominada *cue theory*. De conformidad con I. UNAH, *The Supreme Court...*, *op. cit.*, pp. 101-104, esta teoría, desarrollada por JOSEPH TANENHAUS junto a un grupo de colegas en los años sesenta, defiende que los jueces del Tribunal Supremo atienden a ciertos indicios fácilmente identificables que les alertan sobre la pertinencia de una petición de *certiorari*. Estos indicios pueden ser clasificados en legales (*legal cues*), que son los criterios contenidos en la reseñada norma décima de las Normas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*Rules of the Supreme Court of the United States*); y políticos (*political cues*), que constituyen factores no legales cuya concurrencia en un caso hace que aumente las probabilidades de que sea admitido como que el solicitante sea el gobierno norteamericano; que la petición conlleve materias de derechos y libertades civiles; o que la resolución del tribunal inferior sea incoherente con las políticas del Tribunal Supremo. *Vide* también D. M. PROVINE, *Case selection in the United States Supreme Court*, University of Chicago Press, 1980, pp. 77 y ss.; H. W. PERRY, *Deciding...*, *op. cit.*, pp. 114 y ss.; V. A. BAIRD, *Answering the call of the court: how justices and litigants set the Supreme Court agenda*, University of Virginia Press, 2007, pp. 24 y ss.

⁷⁹ Entre ellos, que el asunto entre dentro de la jurisdicción (*jurisdiction*) del Tribunal Supremo; y la legitimación (*standing*), que alude a la relación actual de las partes con el concreto caso planteado ante dicho órgano. En este sentido, es preciso que exista una controversia real, no hipotética, y que aquellas tengan un interés personal en el resultado del proceso. *Cfr.* R. L. PACHELLE, *The role of the Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 87.

⁸⁰ *Vide* la norma 33 de las Normas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (*Rules of the Supreme Court of the United States*). Por ejemplo, esta norma limita la extensión de la petición de *certiorari* a un número concreto de palabras (9.000) y establece los márgenes, tipo de papel, formato o color de la hoja de cobertura (blanco), entre otros aspectos formales. El incumplimiento de estos requisitos podría dar lugar a su inadmisión.

⁸¹ *Vide* L. BAUM, *The Supreme...*, *op. cit.*, pp. 69-96.

⁸² Hay que puntualizar que el Tribunal Supremo no puede, a iniciativa propia, pronunciarse sobre un asunto que le parezca de importancia, sino que debe esperar a que dicho asunto se plantee primero ante los tribunales inferiores. En otras palabras, antes de que el Tribunal Supremo admita un caso, es preciso que el mismo haya sido debidamente filtrado a través de los tribunales inferiores. *Vide* H. W. PERRY, *Deciding...*, *op. cit.*, pp. 230-234; J. TOOBIN, *The nine*, Anchor Books, 2007, p. 43.

⁸³ *Cfr.* H. W. PERRY, *Deciding...*, *op. cit.*, p. 253.

⁸⁴ *Vide* H. W. PERRY, *Deciding...*, *op. cit.*, pp. 220 y 265, quien escribe que el Tribunal Supremo no se ve a sí mismo como un lugar para corregir errores en casos individuales, sino para clarificar la ley. No obstante, en ocasiones puede admitir un asunto cuando, a pesar de no presentar una cuestión jurídica especialmente importante, se ha producido una grave injusticia o un flagrante desconocimiento de su doctrina (*egregious cases*).

No existe una referencia exacta para medir la importancia de los asuntos, sino que constituye un factor relativo dependiente de la cuestión suscitada; la forma en que fue decidida por los tribunales inferiores y la corrección de su decisión; la situación legal; y la naturaleza y número de las personas afectadas⁸⁵. A veces se trata de casos dramáticos desde el punto de vista social; en otros esa importancia se ciñe a las cuestiones técnicas que en ellos se plantean. En definitiva, asuntos cuya admisión es percibida por aquellos como un deber más que como una opción⁸⁶.

No obstante, partiendo de las limitaciones del Tribunal Supremo, tampoco el hecho de que se trate de un caso de gran importancia garantiza su admisión. En realidad, los asuntos que podrían merecerla son muchos más de los que el Tribunal Supremo puede resolver. Así, es frecuente que rechace un caso sobre una cuestión importante porque entienda que la resolución del tribunal inferior es correcta; o porque todavía no quiera pronunciarse sobre ella; o porque esté esperando la llegada de un caso más apropiado⁸⁷. También los asuntos que se intuyen como especialmente problemáticos, polémicos o controvertidos⁸⁸, tienden a ser rechazados⁸⁹.

B) Área/s implicada/s

27. Existen ciertas áreas cuya inclusión en las solicitudes de *certiorari* hace que aumente la probabilidad de que las mismas sean admitidas. Entre ellas las relativas a las libertades civiles, que combinan materias de naturaleza constitucional y procesal, recogidas en la Carta de Derechos (*Bill of Rights*). Sobre todo cuando los casos planteados involucran más de una sola previsión constitucional⁹⁰. También los asuntos referentes a los derechos civiles, en los que se manifiestan ciertas políticas gubernamentales que conllevan algún tipo de discriminación por razón de raza, sexo, edad, minusvalía, estado civil, recursos económicos, etc.; y que pueden suponer una violación de la décimo cuarta Enmienda de la Constitución norteamericana⁹¹.

El Tribunal Supremo tiende a aceptar este tipo de casos para luchar contra la discriminación; y es receloso con las leyes que clasifican a las personas en categorías, si no es por razones imperiosas, con independencia del tratamiento favorable o desfavorable que pueda darles⁹². Contrariamente, existe algún área jurídica que los jueces del Tribunal del Supremo consideran casi inabordable (*intractable*)⁹³.

⁸⁵ Cfr. E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, op. cit., p. 262.

⁸⁶ En este sentido se pronunciaba el magistrado presidente (*Chief Justice*) WILLIAM REHNQUIST, en su discurso anual para el Cuarto Circuito de Tribunales de Apelación, sobre la admisión de los asuntos surgidos en el ámbito de la Ley federal de Seguridad de los Ingresos de los Empleados en la Jubilación de 1974 (*Employee Retirement Income Security Act*). Vide T. MAURO, "Court Aces", *Legal Times*, 14 de Julio, 2003, p. 11. Disponible en: http://www.appellate.net/articles/courtside_mau-ro_071403.pdf

⁸⁷ En el ámbito del Tribunal Supremo se asume que, si una cuestión es verdaderamente importante, se volverá a presentar con posterioridad. Esto le permite esperar a que llegue un caso que constituya un buen vehículo (*good vehicle*) para pronunciarse sobre tal cuestión. Sin embargo, una vez que dicho órgano entiende que ha llegado ya el momento de abordarla, el elemento temporal viene a limitar el abanico de casos entre los que puede elegir. Cfr. H. W. PERRY, *Deciding...*, op. cit., p. 236.

⁸⁸ Ejemplo paradigmático fue el rechazo del Tribunal Supremo a valorar la posible inconstitucionalidad de la participación de los Estados Unidos en la guerra de Vietnam sin una declaración de guerra.

⁸⁹ Cfr. L. BAUM, *The Supreme...*, op. cit., pp. 91, 92 y 95.

⁹⁰ Por ejemplo, en *Employment Division of Oregon v. Smith* (1990) se encontraban implicados la libertad de expresión y la libertad de religión.

⁹¹ Un estudio estadístico con el número de asuntos por áreas admitidos por el Tribunal Supremo entre los años 1953 a 2000 puede verse en V. A. BAIRD, *Answering the call of the court...*, op. cit., pp. 84 y ss. Sobre la intervención del Tribunal Supremo en el ámbito de las libertades y derechos civiles, vide R. G. McCLOSKEY, *The American Supreme Court*, 4ª ed., revisada por S. LEVINSON, The University of Chicago Press, 2005, pp. 148 y ss. Vide también M.E.K. HALL, *The nature of the Supreme Court power*, Cambridge University Press, 2011, pp. 23 y ss.

⁹² Cfr. I. UNAH, *The Supreme Court...*, op. cit., pp. 102-103. Vide D. M. PROVIN, *Case selection...*, op. cit., págs. 83 y ss. No obstante, H. W. PERRY, *Deciding...*, op. cit., p. 260, matiza que, según se deriva de los resultados de sus entrevistas a jueces del Tribunal Supremo, las áreas de interés no son universales, sino que cada uno tiene las suyas propias.

⁹³ Por ejemplo, los casos relativos con la incompetencia del letrado (*ineffective assistance of counsel*) o los de naturaleza fiscal (*tax cases*), si bien difieren las razones por las que se suelen rechazar unos y otros. Vide H. W. PERRY, *Deciding...*, op. cit., pp. 239-245.

C) Presentación

28. También favorece la admisión por el Tribunal Supremo de un asunto el hecho de que en el mismo se presente de manera clara la cuestión controvertida. Dicho de otro modo, cuando la presentación de la misma se realiza de una forma desordenada o confusa, el caso tiende a ser rechazado. Es común referirse a tal situación diciendo que el asunto presenta “malos hechos” (*bad facts*). Ello no constituye un problema cuando el caso se sigue ante los tribunales inferiores. Pero sí suele suponer un obstáculo para que el Tribunal Supremo pueda entrar en la cuestión principal que se plantea. Hemos de tener en cuenta que el objetivo de este órgano no es resolver la contienda suscitada entre las partes, sino dar respuesta a cuestiones verdaderamente importantes que surgen en la realidad social.

Además, según una regla jurisprudencial de carácter general, los asuntos son decididos en el ámbito más reducido posible. A título de ejemplo, nunca entrará el Tribunal Supremo en la cuestión central del caso, si el mismo puede ser rechazado por algún motivo procesal; y, si es factible, se resolverá a través de la aplicación de normas de naturaleza no constitucional. En definitiva, partiendo de la fungibilidad de los casos que pueden llegar al Tribunal Supremo, la reacción de este órgano ante uno con “malos hechos” será rechazarlo en espera de que llegue otro más adecuado⁹⁴.

D) Valores e ideología

29. Los valores e ideología política de los miembros integrantes del Tribunal Supremo constituye otro de los elementos que inciden en la selección de los asuntos. Como sabemos, el presidente de los Estados Unidos y sus consejeros eligen a los jueces de ese órgano no solo con apoyo en criterios de competencia y ética, sino también de afinidad política. Así, lo normal será que el nombramiento recaiga sobre personas que compartan su proyecto político.

Pues bien, la reacción de los jueces del Tribunal Supremo ante un concreto caso suele ser coherente con su tendencia política, liberal o conservadora. En otras palabras, los valores e ideología política de los jueces genera una cierta predisposición hacia la admisión o rechazo del asunto planteado; y a ello contribuye decisivamente el hecho de que ejerzan su cargo con carácter vitalicio, no estando su conducta mediatizada por presiones derivadas de la conservación del mismo o de promoción profesional⁹⁵.

E) Políticas públicas

30. Doctrinalmente se ha admitido desde hace ya mucho tiempo que el Tribunal Supremo hace política a nivel nacional cuando resuelve asuntos que conllevan un interés público; e incluso también cuando decide no pronunciarse sobre alguno de ellos⁹⁶. Así, al rechazar una solicitud de *certiorari*, permite que la resolución del tribunal inferior adquiera firmeza y declina la posibilidad de pronunciarse sobre la cuestión que se le plantea⁹⁷. Evidentemente, si la decide es más fácil comprobar ese rol del Tribunal Supremo. Ello porque emite una resolución escrita que constituye un precedente y vincula a los tribunales inferiores y al propio Tribunal Supremo en casos similares que puedan surgir en el futuro. Pero también hace política cuando anula ese precedente, interpreta una previsión legal o constitucional o declara la adecuación o inadecuación de una norma a la Constitución.

No obstante, la forma de hacer política varía dependiendo de si el Tribunal Supremo quiere limitar su decisión a las partes involucradas en el proceso o pretende implantar cambios a gran escala;

⁹⁴ Cfr. H. W. PERRY, *Deciding...*, *op. cit.*, pp. 234-236.

⁹⁵ Cfr. R. L. PACELE, *The role of the Supreme Court...*, *op. cit.*, pp. 147-148. Vide J. A. SEGAL, L. EPSTEIN, C. M. CAMERON y H. J. SPAETH, “Ideological Values and the Votes of U.S. Supreme Court Justices Revisited”, *The Journal of Politics*, vol. 57, 1995, pp. 812-823.

⁹⁶ Cfr. F. V. HARPER y A. S. ROSENTHAL, “What the supreme court did not do in the 1949 term”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 99, 1950, p. 293. Disponible en: http://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8193&context=penn_law_review

⁹⁷ Por ejemplo, durante años el Tribunal Supremo evitó pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con los homosexuales y lesbianas, lo que constituía una forma de hacer política.

esto es, opta por un activismo judicial (*judicial activism*), en contraposición a una moderación o restricción judicial (*judicial restraint*)⁹⁸. En cualquier caso, toda decisión del Tribunal contiene dos resultados comúnmente admitidos: la disposición sobre el caso planteado, que determina que la disputa se dirima a favor de una de las partes implicadas; y la doctrina legal que subyace en la fundamentación jurídica de su resolución, que puede tener consecuencias de mayor alcance al determinar el desenlace de futuras contiendas⁹⁹.

F) Estrategias

31. Según se ha explicado, el Tribunal Supremo es un órgano que hace política a través de sus resoluciones; y, lógicamente, el ámbito de esa política viene determinado por la lista de asuntos (*agenda*) sobre los que, previa su admisión, decide pronunciarse. Pues bien, los miembros de dicho órgano se sirven del procedimiento a través del cual se configura esa lista (*agenda-setting process*), esto es, se admiten los asuntos, para cumplir sus propios objetivos en cuanto a las políticas a implantar. Con carácter general, si entienden que la postura sostenida por el tribunal inferior al resolver el asunto cuya revisión se solicita es correcta, su reacción normal será proclive a rechazarlo. En cambio, si consideran que la decisión del tribunal inferior es errónea, tratarán de que sea admitido. Resulta obvio que la valoración de la corrección o incorrección de las resoluciones de los tribunales inferiores por los jueces del Tribunal Supremo dependerá, en gran medida, de sus valores e ideología política.

Sin embargo, tal pauta general de comportamiento se ve modificada en la práctica por su actuación estratégica. En este sentido, los jueces tienen en cuenta, en el trámite de admisión de un asunto, cuál será el criterio de los demás al resolver sobre el fondo del mismo. Así, es frecuente que voten a favor de la admisión de un caso que estimen resuelto correctamente en la instancia, si creen que la resolución del Tribunal Supremo sobre el fondo será confirmatoria, a los efectos de darle alcance nacional. Pero votarán en contra si piensan que dicha resolución será revocatoria; y también cabe que, a pesar de que estimen que el asunto ha sido incorrectamente resuelto en la instancia, el voto sea de rechazo si calculan que la resolución final sobre el fondo será confirmatoria¹⁰⁰. Ello se conoce comúnmente como “denegación defensiva” (*defensive denial*)¹⁰¹.

G) Influencia de los letrados ayudantes y del presidente del Tribunal Supremo

32. Junto a los elementos ya referidos, existen otros que también pueden influir en los jueces del Tribunal Supremo a la hora de seleccionar los asuntos sobre los que se va a pronunciar. Algunos de ellos son intrínsecos a dicho órgano, como la influencia de los letrados ayudantes de los jueces (*Law clerks*) o del presidente del Tribunal Supremo (*Chief Justice*). Para comprender el alcance de tal influencia re-

⁹⁸ Cfr. R.L. PACELLE, *The role of the Supreme Court...*, *op. cit.*, pp. 19-20, quien matiza que, cuando los analistas definen el activismo judicial (*judicial activism*) y la restricción judicial (*judicial restraint*), normalmente se refieren al poder del Tribunal Supremo de declarar inconstitucional una norma del Congreso o del presidente (*judicial review*).

⁹⁹ Cfr. T. G. HANSFORD y J. F. SPRIGGS, *The politics of precedent on the US Supreme Court*, Princeton University Press, 2006, pp. 2-3.

¹⁰⁰ Cfr. L. BAUM, *The Supreme...*, *op. cit.*, pp. 92-93; I. UNAH, *The Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 103; F. MALZMAN, J. F. SPRIGGS y P. J. WAHLBECK, *Crafting law on the Supreme Court. The collegial game*, Cambridge University Press, 2009, pp. 16 y ss.; M.E.K. HALL, *The nature...*, *op. cit.*, pp. 19-21.

¹⁰¹ En este sentido, H.W. PERRY, *Deciding...*, *op. cit.*, pp. 198 y ss., explica que, siendo una solicitud de *certiorari* merecedora de admisión, los jueces del Tribunal Supremo la rechazarán si entienden que la resolución sobre el fondo no será conforme a su criterio; incluso cuando la resolución del tribunal inferior conlleve una grave injusticia. Ello para evitar que se extienda a todo el territorio nacional la doctrina contenida en dicha resolución. Inversamente, este autor acuña el término “admisión agresiva” (*aggressive grant*) para el supuesto de que los jueces del Tribunal Supremo voten a favor de la admisión de un caso que, a pesar de no ser el mejor que pueden esperar, calculan que puede servir para que se imponga su criterio en la resolución sobre el fondo; y así desarrollar o modificar la doctrina jurisprudencial en un determinado sentido. *Vide* R. L. BOUCHER y J. A. SEGAL, “Supreme Court Justices as Strategic Decision Makers: Aggressive Grants and Defensive Denials on the Vinson Court”, *The Journal of Politics*, vol. 57, núm. 3, Agosto de 1995, pp. 824-837. Disponible en: <http://www.jstor.org/stable/2960195?seq=1>; G. A. CALDIERA, J. R. WRIGHT y C. J. W. ZORN, “Sophisticated Voting and Gate-keeping in the Supreme Court”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 15, pp. 549-572.

sulta imprescindible conocer, siquiera someramente, los trámites que se siguen en el procedimiento de admisión de las peticiones de *certiorari*, que es similar al de los recursos que se pueden interponer ante dicho órgano.

Con carácter general, la petición de *certiorari* debe presentarse por el solicitante (*petitioner*), ante la Secretaría del Tribunal Supremo (*Clerk's Office*)¹⁰², en el plazo de noventa días desde el dictado de la resolución final por el tribunal inferior¹⁰³, con el contenido¹⁰⁴ y requisitos formales establecidos legalmente¹⁰⁵. La parte contraria (*respondent*) tiene treinta días, a contar desde la recepción de la notificación de aquella petición, para presentar su escrito de oposición (*brief in opposition*)¹⁰⁶. A su vez, el solicitante puede presentar otro escrito de contestación (*reply brief*) para responder a cuestiones nuevas invocadas por aquel en su escrito de oposición¹⁰⁷; y cualquiera de las partes puede formular un escrito complementario (*supplemental brief*) para llamar la atención sobre nuevos casos, legislación o cualquier otra cuestión involucrada no disponible al tiempo de presentación de los anteriores escritos¹⁰⁸.

33. Pues bien, una copia de cada petición de *certiorari*, junto con el escrito de oposición y, en su caso, de los otros escritos mencionados, se remite por la Secretaría del Tribunal Supremo (*Clerk's Office*) a las dependencias de cada uno de los nueve jueces que lo forman. A partir de este momento, los trámites varían en función de que estos se hayan incorporado o no a un sistema, creado en 1972 a propuesta del juez POWEL, que sería conocido comúnmente como "*cert pool*". Con este término se alude a un procedimiento a través del cual los ayudantes de los jueces adscritos al mismo trabajan conjuntamente en la revisión de las peticiones.

Así, las peticiones de *certiorari* (copias) que corresponden a los jueces que participan en dicho procedimiento se agrupan y reparten, aleatoriamente, entre sus ayudantes (*Law clerks*); y, con posterioridad, estos elaboran para cada una de las peticiones que se les han asignado un *memorandum*, que es distribuido a los jueces parte en el sistema para su lectura. Entonces, un segundo ayudante realiza otro análisis (*mark-up memo*), que puede confirmar o discrepar con el anterior, para el juez al que asiste. Finalmente, todos los *memorandum*, incluido ese segundo análisis, son entregados a cada juez, junto con la petición de *certiorari* y demás escritos de las partes.

En definitiva, con este sistema el juez no tiene que revisar todo el expediente de cada petición, sino sólo la información contenida en los *memorandum*. Así se evitan duplicidades de esfuerzos y se reduce la carga de trabajo de los jueces¹⁰⁹. Además, se garantiza que la petición va a recibir un cuidadoso examen por el ayudante al que se le asigna¹¹⁰. Pero ello no significa que vaya a ser escrutada una sola vez. Frecuentemente, los jueces piden a sus ayudantes que revisen el *memorandum* o los materiales originales de alguna petición para emitir una evaluación independiente; o lo hacen ellos mismos¹¹¹.

La mayoría de los jueces del Tribunal Supremo están sometidos al sistema descrito. No obstante, a lo largo de los años otros han preferido mantenerse al margen del mismo. Con esta última opción la totalidad de las peticiones (copias) son entregadas al juez no participante en el sistema; y se distribuyen también aleatoriamente entre sus ayudantes, quienes confeccionan para aquel un *memorandum* de

¹⁰² La Secretaría del Tribunal Supremo (*Clerk's Office*), que no hay que confundir con los letrados ayudantes de los jueces (*Law clerks*), se encarga de recepcionar la petición de *certiorari* y verificar si reúne los requisitos formales y de tiempo previstos legalmente, si bien su incumplimiento también debe ser controlado por estos otros sujetos. Cfr. H. W. PERRY, *Deciding...*, *op. cit.*, p. 41.

¹⁰³ Vide la norma 13.1 de las Normas del Tribunal Supremo (*Rules of the Supreme Court of the United States*).

¹⁰⁴ Vide la norma 14.1 de las Normas del Tribunal Supremo (*Rules of the Supreme Court of the United States*).

¹⁰⁵ Vide la norma 33 de las Normas del Tribunal Supremo (*Rules of the Supreme Court of the United States*).

¹⁰⁶ No obstante, la parte oponente también puede optar por no responder o comunicar al Tribunal que renuncia a presentar su escrito de oposición. Vide la norma 15.3 y 5 de las Normas del Tribunal Supremo (*Rules of the Supreme Court of the United States*).

¹⁰⁷ Vide la norma 15.6 de las Normas del Tribunal Supremo (*Rules of the Supreme Court of the United States*).

¹⁰⁸ Vide la norma 15.8 de las Normas del Tribunal Supremo (*Rules of the Supreme Court of the United States*).

¹⁰⁹ Cfr. H. W. PERRY, *Deciding...*, *op. cit.*, p. 42; E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 40.

¹¹⁰ Cfr. UNAH, I., *The Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 98.

¹¹¹ Cfr. E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, *op. cit.*, pp. 316-317.

parecido contenido al anterior. No obstante, hay variaciones entre los procedimientos aplicados por los jueces que están fuera de ese sistema¹¹².

34. El *memorandum*, que sigue un modelo estandarizado, contiene, básicamente, la siguiente información: si la petición trae causa de una petición de *certiorari* o de un recurso y si el Tribunal Supremo tiene jurisdicción; si ha sido presentada en plazo; la identificación del tribunal *a quo* y de sus jueces integrantes; el nombre del ponente y de quienes concurrieron y disintieron; las cuestiones que se plantean; los hechos; el criterio/s de los jueces del tribunal inferior, con un análisis superficial de la petición y una recomendación sobre la admisión o rechazo de la misma.

Es difícil determinar el efecto que pueden generar los análisis y recomendaciones plasmados en los *memorandum*, pero constituye una realidad que los jueces depositan una considerable confianza en ellos. Ello se ve favorecido por la gran sobrecarga de trabajo y las presiones de tiempo a las que se ve sometido el Tribunal Supremo¹¹³. No obstante, esa confianza parece variar en función del miembro del Tribunal Supremo de que se trate; y también de la cuestión planteada¹¹⁴.

35. En el ámbito del sistema denominado “*cert pool*”, al que la mayor parte de los jueces se han incorporado, la doctrina e, incluso, algunos jueces han mostrado su preocupación por la confianza que los miembros del Tribunal Supremo tienen en los *memorandum* de los letrados ayudantes¹¹⁵.

Posiblemente, una consecuencia de ese sistema es la reducción del número de asuntos admitidos por dicho órgano. Así, los ayudantes son reacios a la hora de recomendar la admisión de un asunto. Esto porque son perfectamente conocedores de que, de posicionarse en tal sentido, el expediente será revisado por los jueces mucho más rigurosamente que si la recomendación es de rechazo¹¹⁶; y, si el caso resulta indebidamente admitido por existir algún defecto que el ayudante ha pasado inadvertido, su imagen quedará negativamente afectada¹¹⁷.

Las críticas también ponen de manifiesto que los letrados ayudantes, en su mayoría inexperimentados, prestan poca atención a casos de verdadera importancia en favor de otros que presentan cuestiones legales más bien esotéricas¹¹⁸. Además, se ha denunciado la inconveniencia de que los ayudantes preparen evaluaciones de peticiones de *certiorari* para jueces que tienen distintas filosofías y puntos de vista¹¹⁹. Finalmente, otra desventaja del referido sistema es que estos se niegan a sí mismos la oportunidad de descender a los detalles del caso antes de emitir su voto; y el excesivo poder de que los ayudantes disfrutaban desde el punto de vista del desarrollo jurisprudencial de la ley¹²⁰.

¹¹² Cfr. H. W. PERRY, *Deciding...*, *op. cit.*, p. 43.

¹¹³ L. BAUM, *The Supreme...*, *op. cit.*, p. 89.

¹¹⁴ Cfr. D. M. PROVINE, *Case selection...*, *op. cit.*, pp. 24-25, quien señala que la presión que padecen los jueces fuerza a cada uno a buscar un equilibrio entre su propio trabajo de investigación sobre la cuestión planteada y la confianza en sus ayudantes.

¹¹⁵ Vide T. MAURO, “Roberts May Look to Stay Out of the Pool”, *Legal Times*, 15 de agosto, 2005. Disponible en: www.legaltimes.com

¹¹⁶ De hecho, si la recomendación de los ayudantes es denegatoria, los jueces no leen nada más que el *memorandum* emitido por aquellos. Cfr. H. W. PERRY, *Deciding...*, *op. cit.*, pp. 70-71.

¹¹⁷ Dicho de otro modo, partiendo de que las recomendaciones de admisión son objeto de un escrutinio mucho más estricto que las de rechazo, los ayudantes de los jueces son más propensos a optar por estas últimas por el riesgo derivado de pasar por alto algún defecto procesal, que con posterioridad pueda ser detectado por los jueces. Sobre todo cuando los ayudantes son conscientes de que las cuestiones verdaderamente importantes volverán a presentarse en otras peticiones posteriores. Cfr. D. R. STRAS, “The Supreme Court’s Gatekeepers: The Role of Law Clerks in the Certiorari Process”, *Texas Law Review*, vol. 85, 2007, pp. 972-976; E. F. WARD, “Clerks Avoid Getting Their DIGs In”, *American Bar Association Journal*, vol. 93, Marzo de 2007, pp. 12-13; E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 318; A. LIPTAK, “A Second Justice Opts Out of a Longtime Custom: The “Cert Pool””, *New York Times*, 28 de septiembre, 2008, p. A21; I. UNAH, *The Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 99; L. BAUM, *The Supreme...*, *op. cit.*, p. 89.

¹¹⁸ Cfr. K. W. STARR, “Rule of Trivial Pursuits at the Supreme Court”, *Wall Street Journal*, 6 de Octubre, 1993, p. A17; K. W. STARR, “Rule of the Supreme Court Needs a Management Revolt”, *Wall Street Journal*, 13 de Octubre, 1993, p. A23; R. A. POSNER, *The Federal Courts. Challenge and Reform*, Harvard University Press, 1999, p. 82; E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 317.

¹¹⁹ Cfr. E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 318.

¹²⁰ Cfr. I. UNAH, *The Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 99.

No obstante, hay factores que limitan el impacto de los letrados ayudantes en la admisión de las peticiones de *certiorari*. Por un lado, la mayoría de las mismas hubieran sido igualmente denegadas por cualquier juez; y, por otro, un porcentaje importante de los casos admitidos por los jueces habían recibido previamente una recomendación negativa de los letrados ayudantes¹²¹. En última instancia, la responsabilidad sobre admisión de los asuntos recae sobre los jueces, quienes pueden recabar más información de aquellos; revisar por sí mismos el expediente completo de cada petición; y decidir después, conforme a su experiencia, si el asunto merece ser admitido¹²². El *memorandum* constituye sólo un elemento, si bien importante, que les ayuda a emitir su voto¹²³. Pero raramente tiene la capacidad de cambiar el criterio de los jueces, cuya delegación de ciertas funciones a los ayudantes no equivale a ceder la autoridad en la decisión final¹²⁴.

36. Una vez el *memorandum*, con el segundo análisis (*mark-up memo*), relativo a cada petición de *certiorari* ha sido realizado, el Presidente del Tribunal Supremo (*Chief Justice*) confecciona una lista (*discuss list*) con los asuntos que, a su criterio, son merecedores de discusión en la posterior sesión (*conference*) del Tribunal Supremo; y se incluyen también todos aquellos que recibieron una recomendación favorable en los correspondientes *memorandum* de los letrados ayudantes. Parece que tal función le permite ejercer una primera influencia sobre la determinación de los asuntos que van a ser debatidos. No obstante, con cierta antelación a las deliberaciones, esa lista se distribuye a todos los jueces integrantes de este órgano, quienes pueden añadir nuevos asuntos a la misma. La lista no se hace pública; y sólo los asuntos que figuren en la misma, bien originalmente o como consecuencia de tal adición ulterior, van a ser debatidos. Los demás, que son la inmensa mayoría, quedan rechazados automáticamente.

Pues bien, el procedimiento de admisión termina con la sesión (*conference*) que los jueces del Tribunal Supremo celebran para discutir los asuntos de cada lista una vez a la semana, en concreto, los viernes; y tras la celebración de la sesión deliberativa del viernes, todos los admitidos y rechazados, figurasen o no en esa lista, se relacionan en un documento que se publica el martes siguiente¹²⁵.

37. En las deliberaciones el presidente de este órgano o, en su caso, el juez a cuya iniciativa el caso a discutir fue incluido en la correspondiente lista, abre la presentación del mismo. Por orden de antigüedad, los jueces hacen uso de la palabra para poner de manifiesto sus puntos de vista y, normalmente en ese momento, anuncian el sentido de su voto¹²⁶. Aunque no es corriente que se proceda a una votación formal, si se opta por ella, los jueces emiten sus votos también por orden de antigüedad¹²⁷. La mayor parte de los asuntos sólo reciben una breve discusión. Y es que los jueces acuden a las deliberaciones con la decisión sobre su voto relativo a cada asunto de la lista ya tomada. Ocasionalmente, si tres jueces se muestran favorables a la admisión de un asunto, puede ocurrir que un cuarto juez una su voto al de los anteriores como un acto de cortesía hacia sus colegas (*join three*).

Cabe, asimismo, que un caso sea remitido a una deliberación posterior, pasando a ser debatido con los que integran otra lista distinta; es decir, que el caso sea "relistado" (*relisted*). Esta situación es frecuente que ocurra cuando la parte vencedora en la instancia no ha presentado su escrito de oposición a la petición de *certiorari*, por lo que el Tribunal Supremo le requiere para que lo haga (*call for response*); y da lugar a que la discusión del caso sea diferida temporalmente hasta que se evacue ese trámite. También cuando dicho órgano solicita un informe al Procurador General (*Solicitor General*), que es quien representa ante el Tribunal Supremo al Gobierno Federal norteamericano (*call for the views of*

¹²¹ Cfr. B. PALMER, "The 'Bermuda Triangle?' The Cert Pool and Its Influence Over the Supreme Court's Agenda", *Constitutional Commentary*, vol. 18, 2001, p. 111; L. BAUM, *The Supreme...*, *op. cit.*, pp. 89-90.

¹²² Cfr. I. UNAH, *The Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 99.

¹²³ Cfr. E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 41.

¹²⁴ Cfr. H. W. PERRY, *Deciding...*, *op. cit.*, p. 70.

¹²⁵ Cfr. E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, *op. cit.*, pp. 319-320.

¹²⁶ Cfr. L. BAUM, *The Supreme...*, *op. cit.*, p. 88.

¹²⁷ Cfr. H. W. PERRY, *Deciding...*, *op. cit.*, pp. 43 y 44, quien explica que, tradicionalmente, se pensaba que los jueces intervenían en las deliberaciones por orden de antigüedad, esto es, del más antiguo al más moderno; y emitían su voto siguiendo el orden inverso, del más moderno al más antiguo. Vide D. W. ROHDE y H. J. SPAETH, *Supreme Court Decision Making*, W.H. Freeman, San Francisco, 1976, p. 61; H. J. ABRAHAM, *The Judicial Process*, Oxford University Press, New York, 1980, p. 208.

the Solicitor General). Así sucede en asuntos que tienen un impacto potencial para este¹²⁸. Igualmente, tal diferimiento en el tiempo puede producirse a petición de un juez. Ello cuando tenga la necesidad de recabar una mayor información sobre el mismo, por ejemplo, el expediente completo obrante en los tribunales inferiores (*call for the record*); o para emitir una opinión disidente del resto de los jueces y tratar de reorientar su inicial negativa a admitir el asunto¹²⁹.

38. Pero la remisión de un asunto a una sesión ulterior puede, además, producirse a instancias del Presidente del Tribunal Supremo (*Chief Justice*). Como sabemos, la admisión de los asuntos requiere el voto de, al menos, cuatro jueces (*Rule of four*). Pues bien, si un caso concreto recibe esos votos mínimos, aquel puede invitarles a que los mismos sean confirmados en una sesión posterior. Esto para que cualquiera de los cuatro jueces favorables pueda reconsiderar su postura. No obstante, si los cuatro persisten en ella, el asunto será en todo caso discutido. Se trata de una medida con la que se pretende luchar con la sobrecarga de trabajo del Tribunal Supremo; y tratar de verificar que el asunto merezca realmente ser admitido¹³⁰.

Junto a tal prerrogativa, el Presidente del Tribunal Supremo disfruta de una posición ventajosa para ejercer alguna influencia sobre los demás jueces. Así, en las deliberaciones es él quien presenta cada caso incluido en la lista a discutir (*discuss list*), realizando un breve resumen sobre el mismo. Ello salvo que se trate de algún asunto añadido a dicha lista a iniciativa de otro juez, en cuyo caso le corresponde a este su presentación. Asimismo, dirige las deliberaciones, determinando cuándo ponerles fin y proceder a la subsiguiente votación. En definitiva, el presidente del Tribunal Supremo ejerce un liderazgo indiscutible en el procedimiento de selección de los asuntos. Eso sí, la intensidad con la que lo explota variará en función del carácter y personalidad de quien ostenta el cargo¹³¹.

H) Identidad del solicitante y grupos de presión

39. Existen ciertos elementos extrínsecos al Tribunal Supremo que también pueden influir en la decisión de sus jueces sobre la admisión o rechazo de un asunto. Entre ellos, la identidad del sujeto que pide el *certiorari* y la posible existencia de grupos de presión. Así, especial éxito como solicitante tiene el Gobierno Federal norteamericano, en comparación con el bajo porcentaje de casos que son admitidos. En realidad, constituye el sujeto que con más frecuencia comparece ante dicho órgano jurisdiccional. Como se ha señalado antes, quien representa al Gobierno Federal norteamericano ante el Tribunal Supremo es el Procurador General (*Solicitor General*), cuya Oficina depende del Ministerio de Justicia (*Justice Department*) y está integrada por más de una veintena de letrados, especializados en la litigación ante el Tribunal Supremo, lo que contribuye indudablemente al referido éxito. El Procurador General está subordinado al Abogado General (*Attorney General*), que está a la cabeza del Ministerio de Justicia¹³².

Con carácter general, el cargo de Procurador General recae en alguien que comparte los puntos de vista, en cuanto a las políticas a desarrollar, del Presidente de los Estados Unidos; y defiende las posiciones de su Gobierno cuando litiga en representación de este. No obstante, la Oficina del Procurador General trata de mantener su credibilidad a base de evitar tomar posturas partidistas; por ejemplo, defendiendo el mismo criterio del Gobierno anterior sobre un concreto asunto, aunque el nuevo Gobierno sostenga otro distinto. Asimismo, realiza una estricta selección de los asuntos que, en representación del mismo, podría llevar al Tribunal Supremo, intentando mantener un equilibrio entre las limitaciones de este órgano y las presiones gubernamentales; selección que genera una buena predisposición del Tribu-

¹²⁸ Vide D. C. THOMPSON y M. F. WACHTELL, "An Empirical Analysis of Supreme Court Certiorari Petition Procedures: The Call for Response and The Call for the Views of the Solicitor General", *George Mason Law Review*, vol. 16, 2009, pp. 270-296.

¹²⁹ Vide H. W. PERRY, *Deciding...*, op. cit., pp. 48-50, 166 y ss.; L. BAUM, *The Supreme...*, op. cit., p. 88.

¹³⁰ Cfr. H. W. PERRY, *Deciding...*, op. cit., pp. 50-51.

¹³¹ Cfr. D. M. PROVINE, *Case selection...*, op. cit., pp. 34-37.

¹³² Vide sección 503 del título 28 del Código de los Estados Unidos (*United States Code*).

nal Supremo a admitir los casos que le presenta el Procurador General y da muestra de que este disfruta de cierta independencia¹³³.

Pero el Procurador General no sólo puede actuar ante el Tribunal Supremo en representación del Gobierno Federal como parte, sino también en calidad de *amicus curiae*. En ciertas controversias interviene así sosteniendo la posición ideológica del Gobierno correspondiente; por ejemplo, en el ámbito de los derechos y libertades civiles¹³⁴. En otras muchas, sin embargo, adopta una posición neutra, sobre todo cuando es invitado a participar en el litigio por el propio Tribunal Supremo¹³⁵. Ello revela la estrecha vinculación existente entre este órgano y el Procurador General¹³⁶.

40. Igualmente, los votos de los jueces del Tribunal Supremo sobre la admisión o rechazo de una petición de *certiorari* pueden verse influenciados si la misma está respaldada por uno o varios grupos de presión. Es frecuente que estos grupos busquen casos, susceptibles de ser planteados ante ese órgano, que les sirvan para poner de manifiesto la injusticia de una ley que pretendan derogar o para modificar las políticas públicas¹³⁷. La motivación que tienen estos para invertir medios económicos destinados a litigar ante el Tribunal Supremo hay que buscarla en que sus resoluciones son sumamente visibles; y, a su vez, dichas resoluciones suelen afectar a muchos de los intereses defendidos por tales grupos. Pues bien, la forma de participación de los mismos en el ámbito del Tribunal Supremo puede adoptar distintas formas. Desde luego, hay que partir de la inadmisibilidad de cualquier tipo de comunicación o contacto directo con los jueces que lo integran, lo que minaría su independencia.

De modo indirecto, en cambio, los grupos de presión sí pueden ejercer alguna influencia en aquellos. Por un lado, desde fuera de un proceso; por ejemplo, mediante la convocatoria de manifestaciones o de la contratación de determinados medios de comunicación para que se dé una publicidad favorable a su posicionamiento en algún asunto que se sigue en el Tribunal Supremo. Y, por otro, desde dentro de un proceso ante dicho órgano jurisdiccional. Así, en ciertos casos los grupos de presión pueden promoverlo y participar en todas sus fases para tratar de obtener una resolución estimatoria de sus pretensiones. En otros les falta legitimación (*standing*) para intervenir en su propio nombre, pero prestan todo el apoyo económico necesario desde el inicio mismo del proceso. Es decir, pueden patrocinar íntegramente el proceso, asumiendo todos los costos que se derivan del mismo. Pero también tal patrocinio puede ser más limitado y concretarse en un momento posterior al comienzo del proceso.

Por último, pueden intervenir presentando al Tribunal informes en calidad de *amicus curiae* (*amicus curiae briefs*) como complemento a las alegaciones de las partes. Ello con el consentimiento de estas, lo que se verifica la mayoría de las veces; o el permiso del Tribunal, que casi nunca es denegado. La emisión de estos informes es la forma más común de participación de cualquier grupo de presión en el ámbito del Tribunal Supremo; y pueden ser presentados tanto en el trámite de admisión del asunto como con posterioridad, haciendo directamente alegaciones sobre el fondo¹³⁸. Esta forma de participación, además de ser relativamente sencilla, resulta mucho más económica que el patrocinio, pleno o limitado, del proceso¹³⁹.

Para los jueces del Tribunal Supremo la presentación de un gran número de informes procedentes de esos terceros constituye una referencia de la importancia del asunto, si bien tampoco su escasez

¹³³ Cfr. D.M. PROVIN, *Case selection...*, *op. cit.*, pp. 87-88. Vide también R. L. STERN, "The Solicitor General's Office and Administrative Agency Litigation", *American Bar Association Journal*, vol. 46, 1960, págs. 154 y ss.; R. SCIGLIANO, *The Supreme Court and the Presidency*, Free Press, New York, 1971, pp. 166 y ss.

¹³⁴ Vide R. L. PACELLE, "Amicus Curiae or Amicus Praseidentis? Reexamining the Role of the Solicitor General in Filing Amici", *Judicature*, Mayo-Junio, 2006, pp. 317-325.

¹³⁵ Cfr. L. BAUM, *The Supreme...*, *op. cit.*, pp. 83-85 y 94.

¹³⁶ Hasta el punto de que el Procurador General disfruta de un despacho en el edificio del Tribunal Supremo, además de otro en el Ministerio de Justicia; y ha llegado a ser calificado doctrinalmente como el décimo juez de dicho órgano jurisdiccional. Vide R. L. PACELLE, *The role of the Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 102.

¹³⁷ Cfr. V. A., BAIRD, *Answering the call of the court...*, *op. cit.*, p. 29.

¹³⁸ Vide P. M. COLLINS, *Friends of the Supreme Court: Interest Groups and Judicial Decision Making*, Oxford University Press, New York, 2008, pp. 24 y ss.; L. BAUM, *The Supreme...*, *op. cit.*, pp. 76 y ss.

¹³⁹ Vide M. COYLE, "Court Hears Many Voices in One Case", *The National Law Journal*, 1 de mayo, 2000, pp. A12 y A13. Sobre el tema, vide también T.G. HANSFORD, "Information Provision, Organizational Constraints, and the Decision to Submit an Amicus Curiae Brief in a U.S. Supreme Court Case", *Political Research Quarterly*, vol. 57, Junio, 2004, pp. 219 y ss.

es sinónimo de la falta de enjundia jurídica del mismo¹⁴⁰. Además, estos informes cumplen una función informativa para el Tribunal Supremo que le ayuda en el procedimiento de adopción de sus decisiones¹⁴¹. Pero hay que tener en cuenta que las normas que regulan este órgano reclaman que la información que se contenga en tales informes sea nueva y relevante¹⁴². Por último, aunque los jueces del Tribunal Supremo son sabedores de que los *amicus curiae* suelen tomar partido a favor de alguna de las partes, no siendo sus informes necesariamente neutrales, también es cierto que contribuyen a la honestidad de estas respecto a la información que aportan al proceso¹⁴³.

3. Conclusión

41. En definitiva, si bien existen ciertos factores legales y de otra naturaleza que pueden incidir en la decisión final de los jueces del Tribunal Supremo, la libertad de que disfrutan para posicionarse a favor o en contra de la admisión de un asunto es plena. Esta situación se ve favorecida por un cúmulo de circunstancias. Entre ellas, la vaguedad de las disposiciones constitucionales; la falta de una guía clara en las leyes federales; y la existencia de precedentes jurisprudenciales contradictorios a los que pueden recurrir para defender sus posicionamientos. Además, los jueces de este órgano jurisdiccional ejercen su cargo con carácter vitalicio, por lo que no padecen presiones derivadas del riesgo de perderlo¹⁴⁴. Antes o después, prácticamente todo tipo de asunto va a ser planteado ante el Tribunal Supremo, pudiendo, incluso, hacer una llamada o invitación para que se le presente uno del que desea conocer¹⁴⁵. Esto le da la posibilidad de rechazar cualquier caso en espera de que le llegue otro, sobre la misma materia, que considere más conveniente.

A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo tiene la facultad de limitar su eventual admisión a uno o varios de los aspectos que se encuentren involucrados en la resolución de un litigio, excluyendo aquellos que no sean merecedores de su atención¹⁴⁶; y puede también sugerir a las partes que se aborde alguna cuestión que no han introducido. Igualmente, una vez admitido un caso, puede ser objeto de una consideración plenaria (*full consideration*), lo que supone que se da a las partes la posibilidad de presentar nuevos escritos de alegaciones (*briefs on the merits*) y de que se celebre vista oral (*oral argument*); o de una consideración sumaria (*summary consideration*), lo que significa que el Tribunal Supremo resolverá el asunto con fundamento en los materiales remitidos inicialmente por las partes, sin nuevos escritos de alegaciones ni vista oral¹⁴⁷. En la mayor parte de los casos que son objeto de consideración sumaria (*summary consideration*), el Tribunal Supremo dicta una resolución conocida como *GVR order* (*Grant-Vacate-Remand*). Ello conlleva la admisión de la petición de *certiorari*, la anulación de la resolución del tribunal inferior y el reenvío a este órgano del asunto para su reconsideración¹⁴⁸. En otros casos el Tribunal Supremo acuerda decidir sumariamente el fondo del asunto y emite una opinión, de extensión variable, que se denomina *per curiam* y tiene el mismo valor legal que una opinión firmada por cualquiera de sus miembros¹⁴⁹.

¹⁴⁰ Vide G. A. CALDIERA y J. R. WRIGHT, "Organized Interests and Agenda Setting in the U.S. Supreme Court", *American Political Science Review*, vol. 82, 1988, pp. 1109-1128; I. UNAH y A.M. HANCOCK, "Supreme Court Decision Making, Case Salience, and the Attitudinal Model", *Law and Policy*, vol. 28, 2006, pp. 295-320.

¹⁴¹ J. F. SPRIGGS y P. WAHLBECK, "Amicus Curiae and the Role of Information at the Supreme Court", *Political Research Quarterly*, vol. 50, 1997, pp. 365-386.

¹⁴² Vide la norma 37.1 de las Normas del Tribunal Supremo (*Rules of the Supreme Court of the United States*).

¹⁴³ Cfr. I. UNAH, *The Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 104.

¹⁴⁴ Cfr. R. L. PACELLE, *The role of the Supreme Court...*, *op. cit.*, p. 136.

¹⁴⁵ Cfr. H. W. PERRY, *Deciding...*, *op. cit.*, p. 286.

¹⁴⁶ Vide E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, *op. cit.*, pp. 339-341.

¹⁴⁷ Vide la norma 16.1 de las Normas del Tribunal Supremo (*Rules of the Supreme Court of the United States*).

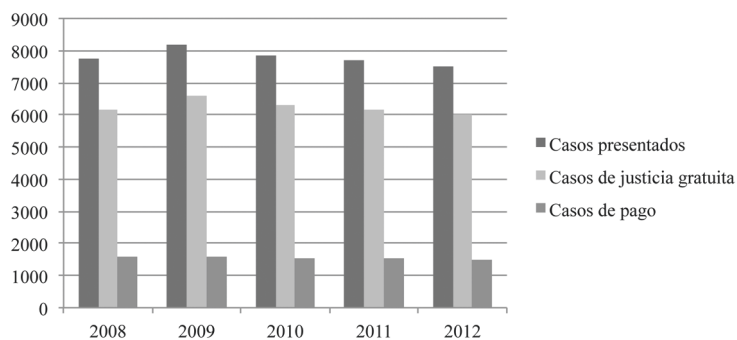
¹⁴⁸ Este poder fue ejercido por el Tribunal Supremo por primera vez en el caso *Missouri ex rel. Wabash Ry. Co. v. Public Service Comm'n* (1927). Vide J. A. SEGAL y H. J. SPAETH, *The Supreme Court and The Attitudinal Model Revisited*, ed. Cambridge University Press, 2002, p. 247; W. M. ROSE, *United States Supreme Court Reports*, 2ª ed., 2007, p. 274; S. KU, "The Supreme Court's GVR Power: Drawing a Line Between Deference and Control", *Northwestern University Law Review*, vol. 102, núm. 1, 2008, pp. 383-419.

¹⁴⁹ Vide E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, *op. cit.*, pp. 349-356; L. BAUM, *The Supreme...*, *op. cit.*, p. 86.

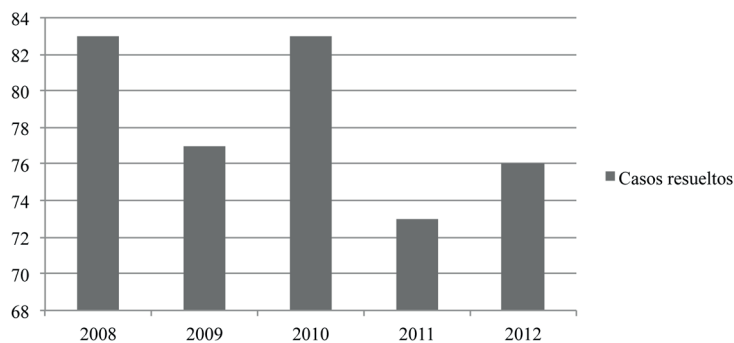
Finalmente, en ciertas ocasiones, a pesar de la admisión del caso, el Tribunal Supremo declina después pronunciarse sobre el mismo, a través de una resolución denominada *DIG* (*Dismissed as Improvidently Granted*). La emisión de esta resolución tiene lugar cuando los escritos posteriores a la admisión de la petición de *certiorari* (*briefs on the merits*) o las alegaciones realizadas en la vista oral (*oral argument*) revelan que el caso no merece el pronunciamiento del Tribunal Supremo. Es decir, dicho órgano jurisdiccional comprueba entonces que el asunto fue admitido indebidamente. Esto puede acontecer tanto por motivos procesales como sustantivos; y supone dejar sin efecto todos los esfuerzos realizados por las partes para obtener la admisión del caso y preparar los escritos de alegaciones y la vista oral, con la consiguiente frustración para ellas¹⁵⁰. Pues bien, la situación que se acaba de describir favorece que, en última instancia, el Tribunal Supremo tenga mucha más eficacia en la implantación de su jurisprudencia.

¹⁵⁰ Vide H. W. PERRY, *Deciding...*, *op. cit.*, pp. 106 y ss.; E. GRESSMAN, K. S. GELLER, S. M. SHAPIRO, T. S. BISHOP y E. A. HARTNETT, *Supreme Court...*, *op. cit.*, pp. 358-362; L. BAUM, *The Supreme...*, *op. cit.*, p. 86; M. E. K. HALL, *The nature...*, *op. cit.*, pp. 19 y ss.; M. C. SUNGAILA, "And After All That Work!: The Dreaded U.S. Supreme Court DIG", *The Legal Pulse, Washington Legal Foundation*, 31 de Enero, 2013; L. B. HUGHES, "Can you "DIG" it? The dismissal of appeals as improvidently granted", *Ohio Lawyer*, Septiembre/Octubre 2013, pp. 34-35.

IV. Anexo: Datos estadísticos sobre casos presentados y resueltos por el Tribunal Supremo (2008-2012)¹⁵¹.



Año	Casos presentados	Casos de justicia gratuita	Casos de pago
2008	7.738	6.142	1.596
2009	8.159	6.576	1.583
2010	7.857	6.299	1.558
2011	7.713	6.160	1.553
2012	7.509	6.005	1.504



Año	Casos resueltos
2008	83
2009	77
2010	83
2011	73
2012	76

¹⁵¹ Los datos que se reflejan en los gráficos han sido obtenidos de los informes anuales del Tribunal Supremo correspondientes a los años 2008 a 2012 y publicados en:

<http://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2009year-endreport.pdf>
<http://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2010year-endreport.pdf> <http://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2011year-endreport.pdf> <http://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2012year-endreport.pdf> <http://www.supremecourt.gov/publicinfo/year-end/2013year-endreport.pdf>

TESTAMENTARY TRUSTS IN ENGLISH LAW: AN INTRODUCTORY APPROACH*

APROXIMACIÓN A LOS TRUSTS SUCESORIOS EN EL DERECHO INGLÉS

RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ

*Senior Lecturer in Private International Law
University of Alicante*

Recibido: 15.01.2015 / Aceptado: 26.01.2015

Abstract: The trust is a legal institution developed in courts of equity in common law jurisdictions. Among the different types of trusts, the testamentary are created under a will and, traditionally, have been considered as an effective structure when considering estate planning. Nevertheless, this figure has not passed to civil jurisdictions. This article is aimed to offer a general and preliminary analysis of this institution in English law, identifying the parties involved and the formalities required to create a testamentary trust, analysing the purpose for which they are used, and highlighting the main advantages and incentives offered by this instrument. It must be read in the context of the debate about the recognition of trusts in Civil law jurisdictions in order to conclude whether the testamentary trusts may be an appropriate and useful instrument to be used as an estate-planning tool.

Key words: Trusts, testamentary trusts, international succession law, English law, settlor, trustee, beneficiaries.

Resumen: El trust anglosajón es una creación de los tribunales de equidad en los países del *Common Law*. Entre los diferentes tipos existentes, los *trusts* sucesorios son creados por el causante en su testamento y, tradicionalmente, se han considerado muy útiles en la planificación sucesoria. Sin embargo, esta figura no se encuentra regulada en la mayoría de los países de tradición jurídica de *Civil Law*. Este artículo ofrece un análisis general y preliminar sobre esta institución en Derecho inglés, identificando para ello las partes y los requisitos legales para su constitución, analizando sus objetivos y finalidad, y destacando las principales ventajas e incentivos que ofrece este instrumento. Y debe ser entendido en el marco del debate abierto en torno al reconocimiento de la figura del trust en los países de *Civil Law*, con el fin de reflexionar sobre la utilidad de los trusts sucesorios en la planificación sucesoria en estos países.

Palabras clave: Trust, trusts testamentarios, Derecho sucesorio internacional, Derecho inglés, settlor, trustee, beneficiarios.

Sumario: I. Introduction. II. The nature of the trust. 1. Definition of a trust. A) Under English law. B) Under international conventions. 2. Classification of trusts under English common law. III. Testamentary trusts. 1. What is a testamentary trust? 2. Characteristics. 3. Why use a testamentary trust? 4. Benefits and incentives of the testamentary trusts. A) Protection of assets. B) Taxation benefits. C) Family law considerations. 5. Perpetuities (the trust period). IV. Parties to a testamentary

* This work was prepared during a research visit to the Institute of European and Comparative Law, University of Oxford, UK. I would like to express my gratitude to its Director, Professor Stefan Vogenauer for his help. I would also like to acknowledge the financial support received from the Office of the Vice President for Research, Development and Innovation of Alicante University (Scholarship ACIE14-07).

trust. 1. The settlor. 2. The trustee. A) Definition of trustee . B) Number of trustees. C) Who can be a trustee? D) Appointment, replacement, retirement and removal of trustees. E) Powers and duties of trustees. F) The No-Conflict rule and the No-profit rule. G) Remuneration of the trustees. 3. The beneficiaries. V. Constitution of a testamentary trust. 1. Validity and formalities. 2. The three certainties. A) Certainty of words or intention. B) Certainty of subject-matter (property). C) Certainty of objects (beneficiaries). 3. Invalid trusts. VI. Concluding remarks.

I. Introduction

1. The trust is a creation of equity and the English common law which involves the notion of holding property on behalf of someone else. In the trust there is not an absolute owner of the property and, once the settlor has constituted the trust, some ownership rights are vested in the trustee – management and control of the property –while others are vested in the beneficiary – the rights to benefit and profit.¹ Therefore, there is a division of the ownership rights between the trustee, who has the legal title to the property for the interest and benefit of the beneficiaries (legal ownership) and the beneficiaries who have the beneficial title (equity ownership). It has its origin in feudal land law of the Middle Ages where no person, apart from the Crown, was an absolute owner of land². Nowadays, the trust is a valuable estate-planning tool and one of the most used instruments of common law countries because of its flexibility, informality and ease of use. Precisely, this flexibility has contributed to its international development.³

2. This figure has not passed to civil jurisdictions where ownership is an abstract concept which, contrary to what happens in the trust, requires the owner to have the right of disposition, management and enjoyment of the property, in short, all the ownership rights.⁴ For this reason, civil law states find it very difficult to give effect to a trust in their jurisdictions where this figure is unknown, although some concepts developed under the civil law jurisdictions have some features or characteristics of the trust, for instance, the *fiducia*⁵. On the other hand, one of the main concerns about the introduction of the trust under civil law systems is its lack of formality and the possibility of using this figure for tax evasion. Therefore, there is a great debate about the recognition of trust law in civil law jurisdictions.

3. Nevertheless, in the sphere of the European Union, some civil law countries – Italy, Malta, the Netherlands and Luxembourg – have adopted an approach which involves ratifying the Convention

¹ MCLOUGHIN and C. RENDELL (1992), *Law of Trusts*, Macmillan, London, pp. 3-4.

² S. PANESAR (2010), *Exploring Equity and Trusts*, Longman, London, pp. 49-50, quoting J. L. BARTON (1965), *The Medieval Use* (1965) 81 *Law Quarterly Review*, pp. 562-577.

³ H. HANSMANN and U. MATTEI (1998), “The Functions of Trust Law: A Comparative Legal and Economic Analysis”, 73 *New York University Law Review* 434; D. HAYTON (1999), “The uses of trusts in the commercial context”, in D. HAYTON (Ed.), *Modern international development in Trust law* Kluwer Law International, London, p. 145.

⁴ Nonetheless, this figure has been studied by authors in most jurisdictions. Thus, for references to the relevant literature in Spain see, among others, E. ARROYO AMAYUELAS (2007) (Coord.), *El trust en el derecho civil*, Bosh, Barcelona; M. A. ASÍN CABRERA (1990), “La ley aplicable al trust en el sistema de Derecho internacional privado español” 547 *Revista General de Derecho*, pp. 2089-2119; E. CASTELLANOS RUIZ (2007), “El trust en el Derecho sucesorio español” 704 *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pp. 2429-2479; C. GONZÁLEZ BELFIUS (1997), *El trust: la institución angloamericana y el derecho internacional privado español*, Bosh, Barcelona; B. UBERTAZZI (2005), “El trust en el derecho internacional privado italiano y español” V *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, pp. 199 at 219; and M. VIRGÓS SORIANO (2006), *El trust y el Derecho español* Thomson Civitas, Pamplona.

⁵ See A. DYER and H. VAN LOON (1984), *Report on trusts and analogous institutions*, paras. 147-78, 77-92, (available at http://www.hcch.net/index_en.php?act=publications.details&pid=5791&dtid=1). For a comparative study between the trust and the fiducia, see J. DE ARESPOCHAGA (2000), *El trust, la fiducia y figuras afines*, Marcial Pons, Madrid; F. BARRIÈRE (2004), *La réception du trust au travers de la fiducia*, LexisNexis,); D. A. R. BECKNER, A. DEVAUX and M. RYZNAR (2014), “The trust as more than a common law creature” 20 *Ohio Northern University Law Review*, pp. 19-24; S. CÁMARA LAFUENTE (2003), “El trust y la fiducia : posibilidades para una armonización europea”, *Derecho Privado Europeo*, pp. 1099-1172; *ib* (2007), “New developments in the Spanish law of succession”, *InDret* 4/2007, p. 27; and E. CASHIN RITAINE (2005), “Panorama compare du droit materiel du trust (ou une esquisse impressionniste des concepts de trust et de fiducia)”, in *Le trust en droit international privé, Perspectives suisses et étrangères*. (Actes de la 17ème Journée de droit international privé du 18 mars 2005 à Lausanne, Institut Suisse de Droit Comparé, Schulthess, pp. 17-28.

on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition⁶, while others have signed the Convention but not yet ratified it, such as Cyprus and France. Thus, as has already been said, the Hague Convention represents *a vital commencement between legal cultures in an agreement on trust law*⁷. In this way, the introduction of the trust into the conflict of law rules of civil law states could be a first step forward for the introduction of the trust into their domestic systems⁸.

In addition, there are other initiatives in Europe aimed at facilitating the understanding of the figure of the trust, and to encourage and enable its incorporation and development into the civil law system countries, for example, the Principles of European Trust Law⁹, which proposes a model or guide for a European trust law; or the project of Common Core of European Private Law¹⁰, that try to demonstrate a relationship between the different laws relating to the concept of the trust. More recently, the Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, which contain model rules for European private law, also includes provisions for trusts¹¹. Finally, many authors recognise the modern utility of the trust¹².

II. The nature of the trust

1. Definition of a trust

A) Under English law

4. It is not an easy task to find an entirely satisfactory definition of a trust since there is no statutory definition of the trust¹³. In the common law systems the rule of *stare decisis* (the doctrine of precedent) has a long tradition contrary to the civil law countries. Therefore, it can be said that the legal concept of the trust has emerged in the case law of the common law in English courts of equity; thus, it is an invention of the English judiciary, although some rules governing it have been changed by statute¹⁴. This invention was reflected by Maitland, who described the trust as “*the greatest and most distinctive achievement performed by Englishmen in the field of jurisprudence*”¹⁵.

⁶ This Convention was concluded on 1 July 1985 and entered into force on 1 January 1992. By now it has been ratified by the following States: Australia, Canada, Italy, Luxembourg, Malta, Monaco, the Netherlands, Switzerland and the United Kingdom; (available at http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=59). (henceforth, the Hague Trusts Convention).

⁷ D. W.M. WATERS (2005), “The Hague trusts Convention twenty years on”, in M. GRAZIADEI, U. MATTEI and L. SMITH (2005) (eds.), *Commercial Trusts in European Private Law*, Cambridge University Press, Cambridge, p. 97.

⁸ See J. HARRIS (2002), *The Hague Trusts Convention*, Hart Publishing, Oxford, p. 336.

⁹ These principles were the result of the project organised in 1996 at the University of Nijmegen, the Netherlands, and led by Professor David Hayton. See D. J. HAYTON, S. C. J. J. KORTMANN, and H. L. E. VERHAGEN (eds) (1999), *Principles of European Trust Law*, Kluwer Law International, London.

¹⁰ This comparative law study was launched in 1995 by U. MATTEI and M. BUSSANI. See M. GRAZIADEI, U. MATTEI and L. SMITH (2005) (n 7).

¹¹ Research Project promoted by the European Commission. See “Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)”, Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law. Edited by C. VON BAR, E. CLIVE and H. SCHULTE-NÖLKE and H. BEALE, J. HERRE, J. HUET, M. STORME (available at ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf).

¹² See, among others, M. GRAZIADEI, U. MATTEI and L. SMITH (2005) (n 7); H. HANSMANN and U. MATTEI (n 3) p. 434; D. J. HAYTON, S. C. J. J. KORTMANN, and H. L. E. VERHAGEN (eds.) (1999) (n 9); J. H. LANGBEIN (1995), “The Contractarian Basis of the Law of Trusts” 105 *Yale Law Journal* 625 at 640–643; M. LUPOI (2000), *Trust: A Comparative Study*, Cambridge University Press, Cambridge; U. MATTEI (2001), “Basic Issues of Private Law Codification in Europe: Trust”, *Global Jurist Frontiers*: Vol. 1: No. 1, Article 5; and G. G. TRIANTIS (2004), “Organizations as Internal Capital Markets: the Legal Boundaries of Firms, Collateral, and Trusts in Commercial and Charitable Enterprises”, 117 *Harvard Law Review* 1102.

¹³ J. G. RIDDALL (2002), *The law of trusts*, 6th edn, Butterworths, London, 291 at 292, quoting P. V. BAKER and P. S. J. LANGAN (1982), *Snell's principles of equity*, 28th edn, Sweet & Maxwell, London, p. 90.

¹⁴ D. A. R. BECKNER, A. DEVAUX and M. RYZNAR (n 5) 8; and L. A. SHERIDAN (1993) *The law of trusts*, 12th edn, Barry Rose Law Publishers Ltd, Chichester, pp. 4-5.

¹⁵ F. W. MAITLAND (1949, first published 1909), *Equity*, Cambridge University Press, Cambridge, quoted by S. GALLAGHER (2013), *Equity and the law of trusts. Centuries in the making*, Gallagher & Blake Publishing, Kent, p. 89.

On the other hand, according to the opinion of some authors, the word “trust” is an “accordion” word and, therefore, can have a very narrow or a very wide meaning¹⁶. For this reason, it is of great importance to describe the characteristics of the trust in order to know when one has been created.

Without a doubt, the difficulty in describing the trust is related to who holds the property which is subject to the trust, since, as noted above, on the one hand, the trustee has the control and management of the property and, on the other hand, the beneficiaries are going to receive the profits and benefit of the property.

5. Consequently, various definitions have been proposed but none has been considered as perfect and satisfactory. Nevertheless, the “classic” common law definition of a trust by Professor Underhill should be mentioned, as it has received judicial approval. It states, “*A trust is an equitable obligation, binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust property), for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or cestui que trust), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation*”¹⁷.

B) Under international conventions

6. The Hague Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition was adopted with the objective to settle the inefficiencies that arise as a consequence of the non-existence of this legal concept under the civil law countries. Therefore, the definition given by the Hague Convention could be helpful for the purpose of studying the trust. According to the Convention, the term trust “*refers to the legal relationships created –inter vivos or on death– by a person, the settlor, when assets have been placed under the control of a trustee for the benefit of a beneficiary or for a specified purpose*”¹⁸.

2. Classification of trusts under English common law

7. There are many different types of trusts. As far as their classification is concerned there is no universal agreement since they may be classified in many different ways, for example, by virtue of: a) the method of creation –express trusts, implied trusts, resulting trusts and constructive trusts, and statutory trusts– b) the type of beneficiary –private and public trusts (charitable trusts)– c) the character of the interest –fixed and discretionary trusts– and d) the nature of the duties –simple and special trusts–¹⁹. Nowadays, the three most significant types of trusts are express private trusts, resulting trusts and constructive trusts.

8. The express trusts, within which the testamentary trusts are integrated, are created intentionally by the absolute owner of property (settlor)²⁰. They have to meet three certainties – intention, subject matter and object – as the settlor must demonstrate a clear intention to create a trust²¹, and the properties’ legal title must be transferred to the trustees before it is effective²².

¹⁶ D. HAYTON (1999), “Principles of European trust law”, in D. HAYTON (ed.), *Modern International Developments in trust law*, Kluwer Law International, London, p. 21.

¹⁷ D. HAYTON (2007) (general ed.) with P. MATTHEWS, C. MITCHELL, *Underhill and Hayton, law relating to trusts and trustees*, 17th edn, LexisNexis Butterworths, London, p. 1. It has been received judicial approval since it was used by L. J. ROMER in *Green v Rusell* [1959] 2 QB 226 at 241, CA.

¹⁸ This definition has been criticised and considered unsatisfactory by some authors because of its ambiguity. See D. J. HAYTON, S. C. J. J. KORTMANN, and H. L. E. VERHAGEN (n 9) pp. 38-39.

¹⁹ See M. DOWLING (2013), *Equity and Trusts*, Round HALL & Thomson Reuters, Dublin, pp. 54-56; J. DUDDINGTON (2006), *Essentials of equity and trusts law*, Pearson Education Limited, Harlow, pp. 72-73; M. HALEY (2013), *Equity & Trusts*, 9th edn., Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London, pp. 21-27; P. S. JAMES (1989), *Introduction to English law*, 12th edn, Butterworths, London, pp. 499-507; and C. TURNER, J. BRAY (2014), *Equity & Trusts*, Routledge Taylor & Francis Group, London, pp. 9-10.

²⁰ *Re Kayford* [1975] 1 WLR 279; *Paul v Constance* [1977] 1 WLR 527.

²¹ *Knight v Knight* (1840) Beav 148, 49 ER 58; *Knight v Boughton* (1840) 11 Cl & Fin 513.

²² *Milroy v Lord* (1862) 4 De GF&&J 264.

9. Then, there are trusts which arise not by the transferor's intention to create a trust but by implication of law: resulting trusts and constructive trusts. Traditionally, a resulting trust arises under two circumstances:

- a) Where there is a gratuitous transfer of property from one person (A) to another (B), or where A makes a contribution to the purchase price of property and puts it under B's name. In this case, such a person (A) would acquire an equitable interest in the property on trust, that is to say, B holds the property on trust for A (presumed resulting trusts)²³.
- b) Where the settlor transfers property to B to hold on express, but fails to identify the beneficiaries, that is to say, the persons who have the equitable interests in a right in property, then, the trust fails due to the uncertainty of objects and the equitable interests go back to the settlor and B will hold the property on the resulting trust for the settlor (automatic resulting trusts)²⁴.

10. On the contrary, constructive trusts are created by the court in cases where a person has received a payment or a property by mistake. In these cases, such a person will be considered a trustee and will hold that money or property on constructive trust²⁵.

11. Finally, statutory trusts do not have their origin in equity but they are trusts declared by the legislature and they are imposed in certain specific circumstances; for example, when there are joint legal owners of land, the Trust of Land and Appointment of Trustees Act 1996 prescribes that the owners must hold the legal title on statutory trusts²⁶. Besides, statutory trusts arise on bankruptcy, on the conveyance of land to a minor, or in cases of intestacy²⁷.

12. As far as the type of beneficiaries is concerned, private trusts are created for the benefit of private individuals, like family members or friends, while charitable trusts are public trusts, which have a charitable purpose and offer tax advantages.

13. As regards the nature of the trusts, special trusts are trusts where the trustee has duties to perform and simple trusts are trusts where the trustee does not have to act²⁸.

III. Testamentary trusts

1. What is a testamentary trust?

14. Testamentary trusts are express private trusts created under a will as a consequence of the express and expressed intention of the absolute owner of the property (the settlor). This intention should be clear from the will of the testator in order to transfer the legal title to the trustee and the equitable interest to the beneficiaries of the trust. The trust established under a person's Will does not come into force until after their death²⁹; it could be said that after being set up in a will, the testamentary trust is dormant until the death of the testator who created the trust and, during that time, the settlor may introduce changes to the trust.

²³ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] AC 669. In this regard, see C. WEBB and T. AKKOUH (2013), *Trust law*, 3rd edn, Palgrave Macmillan, Hampshire, p. 68.

²⁴ C. WEBB and T. AKKOUH (n 23) pp. 182-183.

²⁵ *Westdeutsche Landesbank Girozentrale v Islington LBC* [1996] AC 669; *Paragon Finance plc v DB Thakerar & Co* [1999] 1 All ER 400. See also C. WEBB and T. AKKOUH (n 23) pp. 200-201.

²⁶ See the Trust of Land and Appointment of Trustees Act 1996 (available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/47/contents>).

²⁷ Administration of Estates Act 1925, section 33 (available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/23/contents>); See also L. A. SHERIDAN (n 14), pp. 41-42.

²⁸ L. A. SHERIDAN (n 14) p. 38.

²⁹ *Vanderplank v King* (1843) 3 Hare 1; *Lord Dungannon v Smith* (1845-46) 12 Cl. & Fin. 546, HL.

Accordingly, the trustees will be appointed by the will and, once the process of administration on death has been completed, the executors will transfer the property of the deceased person to the trustees and the testamentary trust will come into force, although sometimes it does not happen, as when the executor and the trustee are the same person³⁰. Nevertheless, it is arguable that it is not always appropriate that the same person plays the role of executor and trustee at the same time in view of the existing differences between the executor's duties – which can be completed within a few years– and the trustee's tasks, as the management of the trust can last up to 125 years. In addition, sometimes the powers given to the executors and the trustees may come into conflict³¹.

In addition, after the death of the testator a testamentary trust becomes irrevocable and questions regarding the validity of the trust which could arise must be resolved applying not only the law of trusts but also the law of successions, because of the interrelation of both laws.

15. The creation of testamentary trusts by will can occur in two cases:

- a) Where the will specifies that all or part of the property of the deceased person has to be held on trust; or
- b) Where the recipient of the property is under the age of 18 and the legal title has to be held for him or her until the mentioned age.

Thus, once the *settlor* has died, he or she is no longer the owner of the assets in the trust fund, but the trustees who will own the legal title to the assets and, consequently, the possibility of managing them after the death of the settlor. Therefore, this situation is more advantageous to the beneficiaries of the trust, that is to say, the heirs, compared to the administration of the properties by the personal representatives of the deceased person³².

2. Characteristics

16. A testamentary trust has no legal personality and one of its main characteristics is the separation of the legal and equitable interests. Hence, whilst the trustee is technically the legal owner, the beneficiaries are entitled to the benefit of that property. But if the separation of interests disappears, because the legal and equitable interests are in the hand of the same person, then the trust no longer exists. According to the Hague Trusts Convention a trust has the following characteristics: “a) *the assets constitute a separate fund and are not a part of the trustee's own estate*; b) *title to the trust assets stands in the name of the trustee or in the name of another person on behalf of the trustee*; and c) *the trustee has the power and the duty, in respect of which he is accountable, to manage, employ or dispose of the assets in accordance with the terms of the trust and the special duties imposed upon him by law*”.

In addition, “*the reservation by the settlor of certain rights and powers, and the fact that the trustee may himself have rights as a beneficiary, are not necessarily inconsistent with the existence of a trust*”.³³

3. Why use a testamentary trust?

17. Habitually, the trust has been considered as an instrument of investment, security and estate planning, as well as an alternative to the gift mechanism. The reasons for creating a trust can be many and varied, for instance, to protect the assets in cases of business; to protect the beneficiaries until they reach a certain age to manage the property, for instance, in the case of minors, or children who are not mature enough (or have disabilities) to manage the resources by their own, or in cases where there are children from different relationships of the settlor; to save on taxes in the case of inheritance tax or li-

³⁰ S. WILSON (2013), *Todd & Wilson's Textbook on Trusts*, Oxford University Press, Oxford, pp. 28-30.

³¹ G. STEEL (2012), *Trust practitioner's handbook*, 3rd edn, The Law Society, London, pp. 45-46.

³² *Ibid* pp. 8-9.

³³ Art 2 of the Convention of 1 July 1985 on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition (available at http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=59).

fetive gifts; or to preserves property for subsequent generations³⁴. Although traditionally the property transferred in the trust used to be land, nowadays such property can take different forms other than land, like money, jewellery...

Consequently, the reasons to include a trust in the will can be varied, for example, to provide protection for young children or a disabled person, to save tax, or simply to protect the testator's assets after he or she dies. However, in the majority of cases testamentary trusts are made more by the needs of beneficiaries than by tax considerations. Certainly, the trust is created by the testator in his or her will to provide the benefits of property after the death of that person. Thus, often a family property is held on a trust established by the will of the testator because the testator does not want to leave his or her property directly to one or several persons.

4. Benefits and incentives of the testamentary trusts

18. Contrary to what happened when the figure of the trust was initially created, which occurred in a domestic setting, nowadays the trust is used, more and more, for financial and commercial purposes. As a general matter, the trust offers many benefits, such as tax advantages, privacy, or asset protection, being a good tool for estate planning. In addition, one of its main advantages is the flexibility that this instrument offers³⁵.

Nevertheless, a large proportion of trusts are still focused on the protection of the family and its assets, for instance, to safeguard and protect the rights of the spouse and the children in the case of the death of the settlor/testator³⁶. Precisely, testamentary trusts are a good tool for this purpose, which allow the transfer of property of the deceased person to the beneficiaries and offer advantages which are not available where the assets pass directly to the beneficiaries. Some good reasons for creating a testamentary trust are the following:

A) Protection of assets

19. There are many types of assets that can be held in trust, for instance, money and investments –which may produce income–, land or property, or other valuables assets, such as jewellery or painting.

The assets held by the testamentary trusts belong to the trust not to the beneficiary personally. This means that creditors are unable to access the assets in the trust, for example, where the beneficiary become bankrupt. Consequently, the testamentary trust provides the protection of assets for the beneficiary with respect to creditors.

B) Taxation benefits

20. From a tax perspective, testamentary trusts offer significant tax benefits, since they are taxed on the same graduated rates as individual taxpayers. Therefore, it is a great advantage³⁷. In addition, the income of the testamentary trust can be distributed to the beneficiaries on a discretionary basis at the end of the financial year. This means that income of the testamentary trust can be distributed to the most suitable beneficiaries –for example, the minor beneficiaries– in order to minimise the tax rates.

C) Family law considerations

21. On the other hand, testamentary trusts are a good instrument in order to safeguard and protect the rights of the spouse and the children in the case of the death of the testator, for instance, in cases of a child with a mental impairment, or a child who is unable to manage their finances properly, or a

³⁴ B. J. KIMMITT (2006), "Testamentary trusts, Critical issues in Estate planning today", (available at www.bennettjones.com/umplodedFiles/.../TewtamentaryTrusts.pdf) p. 3.

³⁵ D. A. R. BECKNER, A. DEVAUX and M. RYZNAR (n 5) p. 7.

³⁶ E. WARNER-REED (2011), *Equity and Trusts*, Longman, Harlow, pp. 29-30.

³⁷ B. J. KIMMITT (n 33) p. 2.

child with a drug problem. In all these cases, leaving the child's inheritance in a testamentary trust means that it is going to be controlled by the trustee who will make wise decision on behalf of the beneficiaries of the trust.

5. Perpetuities (the trust period)

22. The trust must specify the period and, in any case, the common law rule against perpetuities formulated in the seventeenth century stipulates that the traditional perpetuity period is a life (or any number of lives) from the moment that the trust is created plus twenty-one years, plus any actual periods of gestation.³⁸ Alternatively, for trusts declared after 16 July 1964 the perpetuity period “ (...) *shall be of a duration equal to such number of years not exceeding eighty as is specified in that behalf in the instrument*”³⁹.

However, the Perpetuities and Accumulations Act 2009 introduces a single perpetuity period of 125 years,⁴⁰ although this law applies to trusts taking effect after the commencement date of the act, 6 April 2010.⁴¹ Hence, the trust can end sooner, since in many testamentary trusts the ending date is when the beneficiary reaches an aged specified in the trust, but, in cases where the trust does not specify, a 125-year trust period will apply.⁴²

IV. Parties to a testamentary trust

In a testamentary trust we can identify three parties: the testator or *settlor*, the trustee and the beneficiary.

1. The settlor

23. The *settlor* is the person who has the legal title of the property, which wants to be object to the trust. This person creates the trust and transfers the legal ownership of the property to the trustee. In order to create or establish a testamentary trust, an individual must be full age and capacity, that is to say, be competent enough to deal with a legal estate or equitable interest in property.⁴³

After the death of the settlor/testator, the executors start to administer the estate and, then, transfer the assets to the trustee of the testamentary trust.

2. The trustee

A) Definition of trustee

24. The *trustee* is the person who has the legal title of the trust property. He or she has to administer and hold the property on trust until the end when he or she transfers the legal ownership to the beneficiaries. The trustee should be competent enough to manage the trust and not be under any legal incapability, that is to say, has to possess natural capacity and legal ability to execute the trust. In addition, the trustee should be resident within the jurisdiction of the court of equity and, under certain

³⁸ *Duke of Norfolk's Case* (1683) 3 Ch. Ca. 1 at 20, 28 and 48.

³⁹ Perpetuities and Accumulations Act 1964, section 1 (available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1964/55/contents>).

⁴⁰ Perpetuities and Accumulations Act 2009, section 5 (1) (available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2009/18/section/1>).

⁴¹ *Ibid* section 15.

⁴² J. KESSLER and L. SARTIN (2012), *Drafting trusts and will trusts. A modern approach*, 11th edn, Sweet & Maxwell, London, pp. 160-164.

⁴³ See J. MOWBRAY, L. TUCKER, N. LE POIDEVIN, E. SIMPSON and J. BRIGHTWELL (2008), *Lewin on Trusts*, 18th edn, Seet&Maxwell, London, pp. 14-15, para 1-20.

circumstances, the trustee's administration must be supervised by the court for the duration of the testamentary trust⁴⁴.

25. The trustee or trustees are invested with powers and obligations in order to manage the trust fund for the benefit of the beneficiaries. At the same time, they are under altruistic fiduciary obligations – the duty of acting in good faith or in the best interest of the other part – imposed by the law. It means that they can neither exploit their position for their own benefit nor get any remuneration for their job unless they are authorised to do so. Thus, the choice of the trustees is crucial because they are in charge of ensuring the fulfilment of the testator's wishes.⁴⁵

B) Number of trustees

26. Generally, there must be at least one trustee and there is no limit to the number of trustees who can be appointed, although, depending on the type of trust, there are certain exceptions. In the testamentary trusts, where land is involved, the number of trustees will be between two and four.⁴⁶

C) Who can be a trustee?

27. The trustee has control of the testamentary trust. Therefore, the trustee should be a person who the testator trust since he or she has to act in the best interest of the beneficiaries. For instance, where the trust is set up for a surviving spouse it would be appropriate that the spouse be the trustee. Likewise, where the trust is set up for adult children, then each of them would be trustee, but, where the trust is set up for an impaired child, then the trustee should be someone the testator trust in order to ensure the interest of the beneficiary.

28. It is now necessary to examine the different scenarios that might arise when choosing the trustee. First of all, the settlor as trustee is a possibility which does not exist in the testamentary trusts where the trust is created by the will of the settlor (the testator) who has died at the moment the trust come into force.

29. Secondly, the beneficiary as trustee. It is clear that in many cases this may be beneficial for the trust and its beneficiaries. This solution can work well when there is only one beneficiary but in cases of several beneficiaries it seems to be difficult to appoint all of them as trustees. Consequently, when there is more than one beneficiary the appointment of one of them as trustee is a quite delicate matter because it can generate conflicts between them or potential conflict of interest, taking into account the role that the trustee is going to play in the trust. Nevertheless, in cases where the trustee is the only beneficiary of the trust property and the whole beneficial interest meets in the same person the result is that the same person is the absolute owner of the trust property.⁴⁷ On the other hand, the appointment of the beneficiary as trustee does not violate the general trust principle that a trustee cannot profit from his or her own trust, considering that in this cases the same person is acting simultaneously in different legal capacities.⁴⁸

⁴⁴ J. MOWBRAY, L. TUCKER, N. LE POIDEVIN, E. SIMPSON and J. BRIGHTWELL (n 43), p. 31, para 2-13; and D. FOX (2011), "Non-excludable trustee duties", *Trusts & Trustees*, Vol. 17, Nº 1 (available at <http://tandt.oxfordjournals.org/content/17/1/17.full?sid=f92c63a9-7017-4795-a1ad-db81b8300080>), p. 22.

⁴⁵ See R. EDWARDS, N. STOCKWELL (2013), *Trusts and Equity*, 11th edn, Pearson Education Limited, Harlow, pp. 375-376; S. GALLAGHER (n 15) pp. 407-408; D. J. HAYTON (n 9) 4; and G. WATT (2012), *Trusts and Equity*, 5th edn, Oxford University Press, Oxford, pp. 337-338.

⁴⁶ Trustees Act 1925, section 34 (2) stipulates that the number of trustees shall not in any case exceed four (available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo5/15-16/19/section/36>).

⁴⁷ J. MOWBRAY, L. TUCKER, N. LE POIDEVIN, E. SIMPSON and J. BRIGHTWELL (n 43), p. 9, para 1-09.

⁴⁸ See M. WATERWORTH (2003), *A Practitioner's Guide to Drafting Trusts*, 2nd edn, LexisNexis, Luton, pp. 110- 112.

D) Appointment, replacement, retirement and removal of trustees

30. As far as the appointment, replacement, retirement and removal of trustees are concerned, the following points must be dealt with: Whether the testator has constituted a testamentary trust and has failed to appoint trustees or, having appointed, they have died or are unwilling to act and there is no other person capable of appointing trustees, then the court has the power to do that. It means that the court has the power not only to appoint trustees but also to remove them against their will.⁴⁹

Meanwhile, when the testamentary trust of property consists of or includes land, appointment and retirement of trustees can take place at instance of beneficiaries where: “*a) there is no person nominated for the purpose of appointing new trustees by the instrument, if any, creating the trust, and; b) the beneficiaries under the trust are of full age and capacity and (taken together) are absolutely entitled to the property subject to the trust*”.⁵⁰

Besides, under certain circumstances, the person or persons nominated for the purpose of appointing new trustees, or the trustee or trustees for the time being, have the power to appoint an additional trustee without replacing the existing one.⁵¹

After the death of the sole trustee, the trust property will “*devolve from time to time on the personal representative of the deceased*”⁵² and the personal representative has the power to appoint one or more other persons to be a trustee or trustees in the place of the deceased trustee (replacement of trustees).

31. Assuming now that there is more than one trustee, during the life of the trust there can arise different situations, for instance, that one of the trustees is dead, or remains out of the United Kingdom for more than twelve months, or desires to be discharged from all or any of the trusts or powers reposed in or conferred on him or her, or refuses or is unfit to act therein, or is incapable of acting therein, or is an infant. In all those cases, the Trustee Act 1925 confers on existing trustees power to appoint one or more other persons to be a trustee or trustees in the place of the previous trustees (removal of trustees).⁵³

In any case, it is not obligatory “*to appoint more than one new trustee where only one trustee was originally appointed, or to fill up the original number of trustees where more than two trustees were originally appointed, but, except where only one trustee was originally appointed*”.⁵⁴

32. As far as the retirement is concerned, the trustees can be discharged from the trust (voluntary retirement) provided that it is in writing and that the other trustees consent to the retirement. Likewise, the court has the jurisdiction to remove an existing trustee and to appoint a new trustee or trustees (retirement by order of the court) when the trustee commit irresponsible breaches of trust or where the interests of the trust require the removal of trustees.⁵⁵

33. Finally, another important issue that should be given attention is the appointment of a trustee resident abroad. It shall be valid to the extent that it is expressly authorised by the trust instrument and under exceptional circumstances considered by the appointor, that is to say, the settlor.⁵⁶ According to the jurisprudence there are exceptional circumstances when there is a sufficient foreign connection to the trust, for instance, when the beneficiaries of the trust live permanently abroad,⁵⁷ or when there are

⁴⁹ Trustee Act 1925 (n 46), section 41.

⁵⁰ Trust of Land and Appointment of Trustees Act 1996 (n 26) section 19 (1).

⁵¹ Trustee Act 1925 (n 46) section 36 (6).

⁵² Administration of Estates Act 1925 (n 27) section 1 (1).

⁵³ Trustee Act 1925 (n 46) section 36 (1). See C. SPARKE (2014), “Removing executors and trustees”, *Trusts & Trustees*, October, 7, (available at <http://tandt.oxfordjournals.org/content/early/2014/10/07/tandt.ttu201.full?sid=b8f20a1f-5ff7-4a6a-8f93-0ada32bb591a>), p. 14.

⁵⁴ *Ibid* section 37 (1) (c).

⁵⁵ *Ibid* sections 39 and 41 (1). See C. SPARKE (n 53), p. 1.

⁵⁶ *Richard v Mackay* (1997) 11 Tru. L.I. 23; *Re Beatty's Will Trust* (Nº 2) (1997) 11 Tru. L.I. 77. Contrast this with the approach in *Re Whitehead's Will Trust* [1971] 1 W.L.R. 833-837, which did not make a distinction between the residences of trustees in order to make such an appointment.

⁵⁷ *Re Whitehead's Will Trust* [1971] 1 W.L.R. 833 at 837.

several beneficiaries living in different places, for example, one in England and the other abroad;⁵⁸ or when the beneficiaries, residents in England, can move abroad in the future because there are substantial foreign connections.⁵⁹ Without a doubt, the main reasons for the appointment of non-resident trustees in a trust constituted in England is tax advantages, although in these cases the problem may arise of whether the trustees or the beneficiaries reside abroad in a jurisdiction which does not recognise the trust, or does not enforce foreign trusts, or have a limited experience of trusts.⁶⁰

E) Powers and duties of trustees

34. To facilitate the administration of the trust, the trustee is invested with some powers according to the Trustee Act 1925; the Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996; and the Trustee Act 2000.⁶¹ They refer to power to acquire land in the United Kingdom with the purpose of investment, occupation by the beneficiaries or any other purpose;⁶² power to sell land;⁶³ and power to insure any property under the trust against risk of loss or damage due to any event, as well as to pay the premiums out of the trust funds.⁶⁴

35. On the other hand, the fiduciary duties of a trustee are varied and onerous. They are defined by the settlor in the trust document and by the general law of trusts, subject to limitations for reasons of public order,⁶⁵ and are focused on the trust custody and administration in order to protect the interests of the beneficiaries of the trust as established in the Trustee Act 2000.

First of all, we have to refer to the duty of care, which will apply in relation to the following powers and functions: investment; acquisition of land; agents, nominees and custodians; compounding of liabilities; insurance; and reversionary interests, valuations and audit.⁶⁶ This duty of care must be exercised by the trustee *“as is reasonable in the circumstances, having regard in particular: (a) to any special knowledge or experience that he has or holds himself out as having, and (b) if he acts as trustee in the course of a business or profession, to any special knowledge or experience that it is reasonable to expect of a person acting in the course of that kind of business or profession”*.⁶⁷ The trustee, therefore, must exercise the same control as if the property were his or her own, acting under the fiduciary duties of loyalty and prudence.⁶⁸

Secondly, to exercise the powers conferred, the trustees have the duty to act unanimously. As a general rule, they must act jointly and unanimously in order to take decisions,⁶⁹ although the settlor can provide for majority voting in the trust instrument.

Thirdly, the duty to act impartially means that the trustees have to act honestly and diligently in the best interest of the beneficiaries and, at the same time, must act impartially for the benefit of all the beneficiaries without favouring any of them, in particular, in order to maintain equality between them.⁷⁰

Fourthly, the trustees cannot delegate the execution of their duties. Nevertheless, the Trustee Act 2000 stipulates that *“(...) the trustees of a trust may authorise any person to exercise any or all of their delegable functions as their agent”*.⁷¹ In this sense, the “delegable functions” are: *“(a) any function*

⁵⁸ *Richard v Mackay* (1997) 11 Tru. L.I. 23; *Re Beatty's Will Trust* (Nº 2) (1997) 11 Tru. L.I. 77.

⁵⁹ J. MOWBRAY, L. TUCKER, N. LE POIDEVIN, E. SIMPSON and J. BRIGHTWELL (n 43) pp. 14-15, para 1-20.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 491-494, para 14-45 at 14-49.

⁶¹ Trustee Act 2000 (available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2000/29/contents>).

⁶² See Trustee Act 2000 (n 61), section 8 (1); and Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996, as amended by the trustee Act 2000 (n 26) section 6 (3) (4).

⁶³ Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996 (n 26) section 6.

⁶⁴ Trustee Act 1925, as substituted by the Trust Act 2000 (n 46) section 19.

⁶⁵ *Hayim v Citibank* [1987] AC 730.

⁶⁶ Trustee Act 2000 (n 61) Schedule 1, Application of duty of care.

⁶⁷ *Ibid* section 1.

⁶⁸ *Learoyd v Whitely* (1887) 12 App.Cas. 727.

⁶⁹ *Luke v South Kensington Hotel Co* (1879) 11 Ch D 121 at 125.

⁷⁰ *Lloyds Bank plc v Duker* [1987] 3 All ER 193.

⁷¹ Trustee Act 2000 (n 61) section 11 (1).

*relating to whether or in what way any assets of the trust should be distributed; (b) any power to decide whether any fees or other payment due to be made out of the trust funds should be made out of income or capital; (c) any power to appoint a person to be a trustee of the trust, or (d) any power conferred by any other enactment or the trust instrument which permits the trustees to delegate any of their functions or to appoint a person to act as a nominee or custodian”.*⁷²

Finally, the trustees must provide accounts and information to the beneficiaries⁷³ and they must ensure that the trust property is passed and distributed to all those who are entitled – the duty to distribute.⁷⁴

36. Hence, powers and duties of the trustees are closely connected. Thus, for example, duty to invest trust money is linked to the power to acquire land with the purpose of investment, while the power to sell land implies the duty of getting the best price for the beneficiaries of the trust.⁷⁵

F) The No-Conflict rule and the No-Profit rule

37. There are two important rules of universal application related to the fiduciary duties imposed on the trustee. First of all, the No-Conflict rule stipulates that “ (...) *no one having such [fiduciary] duties to discharge, shall be allowed to enter into engagements in which he has, or can have, a personal interest conflicting, or which possibly may conflict, with the interest of those whom he is bound to protect*”.⁷⁶

In order to avoid conflicts of interest that may lead to fraud, this rule prevents trustees from purchasing trust property or from selling property to the trust, although there could be exceptions when it is authorised by the trust document or under permission of the court.⁷⁷

38. Secondly, the No-Profit rule is the principle of equity, according to which a trustee should not compete or take benefit from the trust.⁷⁸

G) Remuneration of the trustees

39. The general rule is that a trustee should not get any remuneration for his or her job, even in cases where it involves considerable time and personal inconvenience.⁷⁹ Otherwise, the costs of administration could decrease the value of the trust⁸⁰ and, more importantly, the principle of equity would be broken since there could be a conflict of interest between his or her duty as trustee and private interests. Certainly, it implies that the conflict of interest has to be avoided in order to comply with the above-mentioned rules. To give an example, the purchase by a trustee of trust property or the purchase by a trustee of a beneficiary’s interest could generate a conflict of interest contrary to the No-Conflict rule referred to above.

40. It goes without saying that the application of the principle of no remuneration may represent an obstacle to appointing a professional person or a trust corporation as trustee – for instance, a lawyer, an accountant or a banker – considering that under these conditions they may be reluctant to accept the position of trustee. For this reason, under certain circumstances remuneration can be paid to the trustees, provided that the trust instrument includes the so-called “charging clauses” authorising to charge for the

⁷² Ibid section 11 (2).

⁷³ *O’Rourke v Darbishire* [1920] AC 581.

⁷⁴ *Eaves v Hickson* (1861) 30 Beav 136.

⁷⁵ See J. G. RIDDALL (n 13) p. 423.

⁷⁶ *Aberdeen Railway Company v Blaikie Brothers* (1854) 1 Macq. 461; *Re Barber* (1886) 34 Ch. D 77, 80-81; and *Bray v Ford* [1896] AC 44 at 51; See R EDWARDS and N. STOCKWELL (n 45) 378-380.

⁷⁷ J. KESSLER and L. SARTIN (n 42) pp. 92-93.

⁷⁸ *Re Macadam* [1946] Ch 73.

⁷⁹ *Barrett v Hartley* (1866) L.R. 2 Eq. 789.

⁸⁰ *Robinson v Pett* (1734) 3 P. Wms. 249.

services of the trustee.⁸¹ In these cases, it can be said that the principle of equity is overriding in favour of the fulfilment of the will of the settlor's intention.

The trustee's entitlement to the payment under trust instrument is now in the Trustee Act 2000. As an exception to the general rule, it lays down that the trustee is entitled to receive payment in respect of services only if: "(a) there is a provision in the trust instrument entitling him to receive payment out of trust funds in respect of services provided by him to or on behalf of the trust, and (b) the trustee is a trust corporation or is acting in a professional capacity".⁸²

41. Needless to say, the trustees are entitled to be reimbursed from the trust funds for the expenses properly incurred by him or her when acting on behalf of the trust.⁸³

3. The beneficiaries

42. The beneficiaries are the persons who have been chosen by the testator to benefit from the trust property (equitable interest). From that moment, they have property rights in the trust property.⁸⁴ Anyone may be a beneficiary of a trust, irrespective of whether they are minors or under any legal disability, or whatever the place of their habitual residence – England or abroad.⁸⁵

In principle, all the duties and the personal obligations of the trustees in respect of trust property give rise to rights for the beneficiaries. The main right of the beneficiaries is to force the trustees to implement the terms and conditions of the trust. In addition, the beneficiaries are allowed to confront the decisions of the trustee as well as the lack of decisions, providing that the trustees are not acting in good faith.⁸⁶ Finally, where the beneficiaries have suffered any loss as a result of a breach of trust due to the trustees, they have a right against the trustees to be compensated for the suffered losses.⁸⁷

V. Constitution of a testamentary trust

1. Validity and formalities

43. There are no special formalities required in order to create an express private trust of pure personal property. However, a trust of land must be in writing in order to be valid. In addition, when the trust is created by a will (testamentary trusts) the formalities for making a will – for instance, the capacity of the settlor – as well as the formalities for the transfer of property, will have to be fulfilled.

In order to verify the validity of the will where the trust has been declared, the formal requirements of the Will Act 1837, as follows, must be met: a) it has to be in writing; b) it must be signed by the testator, or by some other person in his or her presence and by his or her direction; and c) the signature should be made or acknowledged by the testator in the presence of two or more witnesses present at the same time.⁸⁸

To summarise, it can be said that the conditions that a testamentary trust should meet in order to be valid are the following: the declaration of trust by the settlor (the testator); the complying of the required formalities; the capacity of the settlor to constitute the trust; the three certainties (intention, subject and object); the complying of the applicable law; and the constitution of the transfer of the legal title to the trustee.⁸⁹

⁸¹ See J. G. RIDDALL (n 13) pp. 322-323; M. WATERWORTH (n 48) 112-116.

⁸² Trustee Act 2000 (n 61) section 28 (1), (2), (4).

⁸³ Ibid section 31 (1).

⁸⁴ *Saunders v Vautier* (1841) 4 Beav 115; *Tinsley v Milligan* [1994] 1 Ac 340, 371.

⁸⁵ See J. MOWBRAY, L. TUCKER, N. LE POIDEVIN, E. SIMPSON and J. BRIGHTWELL (n 43) pp. 34-35, para 2-26 at 2-32.

⁸⁶ *Turner v Turner* [1984] Ch 100. See R. CLEMENTS and A. ABASS (2013), *Equity and Trusts, Text, cases and materials*, 3rd edn, Oxford University Press, Oxford, pp. 99-100.

⁸⁷ *Clough v Bond* (1838) 3 My & Cr 490; *Re Massingberd's Settlement* (1890) 63 LT 296; *Nocton v Lord Ashburton* [1914] AC 932; *Target Holdings v Redfern* [1996] 1 AC 421.

⁸⁸ Wills Act 1837, as amended, section 9 (available at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Will4and1Vict/7/26/contents>).

⁸⁹ S. GALLAGHER (n 15) pp. 130-131

2. The three certainties

44. There are three certainties which should be met by a testamentary trust in order to be valid; otherwise there will be no trust: the certainty of words or intention, the certainty of subject matter, and the certainty of objects. Lord Langdale stated these requirements in 1840⁹⁰ by explaining that it will be considered a trust: “(...) *First if the word were so used, that upon the whole, they ought to be construed as an imperative; secondly, if the subject of the recommendation or wish is certain; and thirdly, if the objects or persons intended to have benefit of the recommendation or wish also be certain*”.

This is the classification of certainty requirements that traditionally has been followed by the courts, but has also been criticised by some commentators.⁹¹ Certainly, the English court considers the existence of the three certainties to be necessary because they facilitate the court to recognise when the settlor has set up a trust, what the subject matter is, and who the beneficiaries of the trust are. Likewise, the three certainties will help the settlor, the trustee and the beneficiary to know the terms and conditions of the trust.⁹²

A) Certainty of words or intention

45. The intention of the donor (the *settlor-testator*) should be clear and explicit, disregard the words which he or she can use for doing that (certainty of intention). The problem, therefore, is what words are sufficient to consider that a trust has been created.

In this sense, the settlor's words have to be “*construed as imperative*”, for instance, when the testator declares that his or her property is going to be held “in trust” or “upon the trust” his or her intention in creating a trust is clear.⁹³

46. In relation to wills, taking into account that the testator's intention is the essential fact in the creation of the trust, the court must discover it and, consequently, the testator's intention should not be presumed; however, it must be proved.⁹⁴ So, as to ascertain the intention of the testator, the court will consider each situation on its own terms and context⁹⁵ and will take into account the words the settlor has used “(...) *in the light of such knowledge of relevant facts as (...) he must have had*”.⁹⁶

Where the intention of words is not certain, no express trust is created. In the case of testamentary trusts, it means that the estate of the testator would not be transferred to the trust.

B) Certainty of subject matter (property)

47. In addition, the certainty of the subject matter is essential for identifying the subject of the trust – the property – and the extent of the beneficial interest of each beneficiary. On the other hand, only existing property can be the subject matter of a trust. It means that future property would not satisfy the test of certainty of subject matter. Thus, for instance, in a testamentary trust, a right under the will cannot be the subject matter of the trust until the testator has died,⁹⁷ because during the life of that person there is only an expectation of succeeding to his or her property.⁹⁸

⁹⁰ *Knight v Knight* (1840) Beav 148 at 173, 49 ER 58.

⁹¹ S. WILSON (n 29), pp. 54-55 and 67.

⁹² S. ATKINS (2013), *Equity and Trusts*, Routledge, London, pp. 114-116.

⁹³ J. MOWBRAY, J. MOWBRAY, L. TUCKER, N. LE POIDEVIN, E. SIMPSON and J. BRIGHTWELL (n 43) p. 84, para 4-03.

⁹⁴ L. A. SHERIDAN (n 14), pp. 112-115.

⁹⁵ *Re Hamilton* [1895] 2 Ch 370.

⁹⁶ *Re Osoba* [1979] 1 WLR 247.

⁹⁷ *Re Ellenborough* [1903] 1 Ch 697, HC. See also M. RAMJOHN (2010), *Unlocking trusts*, 3rd edn, Hodder Education, Abingdon, pp. 18-19 and 63-64.

⁹⁸ *Clowes v Hilliard* (1876) 4 Ch.D. 413; *Re Parsons* (1890) 45 Ch.D. 51 at 55. See also J. MOWBRAY, L. TUCKER, N. LE POIDEVIN, E. SIMPSON and J. BRIGHTWELL (n 43) p. 55, para 3-34.

48. Conversely, intangible property, like intellectual property rights – for example, patents – or rights to dividends attaching to shares, can satisfy the test of certainty, provided that those rights are clearly identified by the settlor or testator, for instance, the identification of the shares.⁹⁹ However, in *Hunter v Moss*¹⁰⁰ the court held that a valid trust was created in spite of the fact that the share certificate numbers of the shares of the trust property had not been identified, since each unit (the ordinary shares) was undistinguishable from another unit.¹⁰¹

Where there is uncertainty of subject matter, there is no trust. In the case of testamentary trusts it means that the testator would keep the property beneficially.

C) Certainty of objects (beneficiaries)

49. Finally, the beneficiaries from the property settled in the trust should be clearly identified (certainty of objects), so that the trustees have no doubts about the identity of the beneficiaries of the trust and the interest to be held for each of the beneficiaries of the trust. Where the beneficial interest to be acquired by the beneficiaries is uncertain, then the testamentary trust will fail but a resulting trust for the transferor would arise.

3. Invalid trusts

50. Under certain circumstances a testamentary trust shall be invalid and, consequently, not be enforced. First of all, where a trust can be unlawful because:

- a) it is contrary to the common rules of public policy; or
- b) it contravenes the common law rules against perpetuities or excessive accumulations; or
- c) it establishes restrictions on alienation on the interest of the beneficiary or it is against the policy of insolvency law; or
- d) it prejudices the settlor's creditors.¹⁰²

51. Secondly, where the requirements for the creation of trusts have not been satisfied the consequence is that the settlor fails to create the trust. Thus, if the court, after looking at the will, cannot deduce that there is sufficient intention by the testator to create a trust, then it will not consider the trust as having been created.¹⁰³ In such a case, the trust will be void and the property is held for the settlor on the resulting trust. Similarly, if the trust property is not certain, it will not be possible to identify the property left on trust¹⁰⁴ and nor would the trustee be able to know the property which has to be administered, nor would the beneficiary know the property to which benefits he or she is entitled. Consequently, there can be no trust. In the same way, if the description of the object (beneficiaries) is not sufficiently clear the court will not be able to enforce the trust.¹⁰⁵

52. Finally, a testamentary trust which has been created for illegal purposes under the law of England also will be void.

⁹⁹ *Goldcorp* [1995] AC 74. See also M. WATERWORTH (n 48) pp. 14-16; and C. WEBB and T. AKKOUH (n 23), pp. 49-51.

¹⁰⁰ [1944] 1 WLR 452. This approach was approved in *Re Havard Securities Ltd* [1997] 2 BCLC 369.

¹⁰¹ This decision has been considered wrong by some authors. See A. HUDSON (2013), *Equity and trust*, 7th edn, Routledge, London, pp. 23-24.

¹⁰² J. MOWBRAY, L. TUCKER, N. LE POIDEVIN, E. SIMPSON and J. BRIGHTWELL (n 43), p. 122, para 5-02.

¹⁰³ A good example is the case *Re Adams and the Kensington Vestry* (1884) LR 27 Ch D 394, where the court held that some words appearing in a will were not sufficient to create a trust.

¹⁰⁴ As occurred in *Sprange v Barnard* (1789) 2 Bro CC 585; 29 ER 320.

¹⁰⁵ *Blair v Duncan* [1902] A.C. 37, HL Sc.

VI. Concluding remarks

53. In common law jurisdictions, testamentary trusts have been considered as an effective structure when considering estate planning, which offer remarkable advantages compared with ownership passing directly to a beneficiary. Nevertheless, the trust is a common law legal concept that does not exist in the majority of civil law jurisdictions. Consequently, the introduction of the testamentary trust institution in civil law jurisdictions seems to be impossible and is a controversial issue which has generated a large discussion which is still going on. The situation, nevertheless, would change in the coming years since many authors in civil jurisdictions recognise the modern utility of the trust. In addition, there are new projects that may contribute to the increasing international development of this figure and its acceptance in civil jurisdictions, for instance, the Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law.

54. In my opinion, it is of great importance to recognize this figure in civil law jurisdictions due to the benefits that the testamentary trusts offer, especially when considering estate planning. In this sense, I consider necessary a preliminary approach to this institution and its regulation in English law, where it has developed over centuries, before carrying out an approach between the common law and the civil law systems that could be accomplished by the recognition of foreign trust under the Convention on the Law Applicable to Trusts and on their Recognition and, subsequently, by the adoption of substantive rules to introduce testamentary trusts in civil law jurisdictions¹⁰⁶.

¹⁰⁶ See S. BANAKAS (2006), "Understanding trusts: A comparative view of property Rights in Europe" *InDret* 1/2006, p. 6; See M. LUPOI (1998), "Effects of the Hague Convention in a Civil Law country", 4 (7) *Trusts & Trustees* (available at <http://tandt.oxfordjournals.org/content/4/7/15.full.pdf+html?sid=3f78817c-d28e-42e9-a815-96937ee67497>), p. 15; idem (1997), *Trusts: A Comparative Study*, Giuffrè, Milan, translated by S. DIX, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; and A. PRÜM, T. REVERT and C. WITZ (2005), "La ratification de la Convention de la Haye par le Grand-Duché de Luxembourg", in *Trust & Fiducie – la Convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise*, Montchrestien, Paris, p. 53.

BREVI CONSIDERAZIONI SULLE INTERAZIONI FRA DIRITTO INTERNAZIONALE PRIVATO E DIRITTI UMANI

SOME REFLEXIONS ON THE INTERACTIONS BETWEEN PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND HUMAN RIGHTS

SILVIA MARINO

Ricercatore

Università dell'Insubria

Recibido: 28.11.2014 / Aceptado: 10.12.2014

Riassunto: Il contributo intende analizzare le possibili interazioni fra diritto internazionale privato e diritti umani. La prima parte è incentrata sul fondamento della materia, fornendo qualche indicazione ulteriore rispetto agli studi già presenti in dottrina. La seconda parte intende analizzare il funzionamento delle norme di conflitto alla luce della tutela dei diritti dell'uomo. A tal fine, vengono ricordati alcuni risultati raggiunti dalla giurisprudenza, e successivamente analizzati alcuni strumenti utili per la tutela dei diritti fondamentali, qualora la legge richiamata non ne consenta una tutela sufficiente. L'obiettivo è di individuare principi per un sistema di conflitto coerente con le necessità poste in rilievo in primo luogo dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e quindi dalla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Parole chiave: diritti fondamentali, funzionamento delle norme di conflitto, metodologie di diritto internazionale privato, struttura del diritto internazionale privato.

Abstract: The article exams le possible interactions between conflict of laws and human rights. The first part is dedicated to the foundations of private international law, and develops some further consideration starting from the results already accepted by the important Authors. The second part analyses the functioning of the rules on conflict of laws in the light of fundamental rights. Therefore, some results from the case law are reminded; then an exam is offered on some tools useful to grant the fundamental rights, when the applicable law is isn't sufficient. The final objective is to find out some general principles on which a system of conflict of laws should be based, that could be coherent with the rules established by the European Court of Human Rights and the European Court of Justice.

Key words: fundamental rights, functioning of conflict of laws, methods of private international law, structure of private international law.

Sommario: I. Le interazioni fra diritti umani e diritto internazionale privato. II. Il principio di non discriminazione come fondamento del diritto internazionale privato. III. Il diritto internazionale privato come strumento per la realizzazione dei diritti umani: la giurisprudenza delle Corti europee. IV. Alcune difficoltà a strutturare una norma di conflitto efficace. V. I possibili criteri di collegamento: 1. L'autonomia internazionalprivatistica. 2. I criteri di collegamento oggettivi. VI. Il controllo sul contenuto della legge applicabile.

I. Le interazioni fra diritti umani e diritto internazionale privato

1. Abbandonata ogni pretesa di neutralità del diritto internazionale privato¹, alcuni recenti dibattiti confermano come questa materia sia collegata con la tutela dei diritti dell'uomo. Basti pensare, per porre un unico esempio, alle ampie discussioni che hanno accompagnato l'adozione del regolamento 864/2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni non contrattuali, relativamente alla scelta del criterio di collegamento da impiegare nell'ambito della violazione dei diritti della personalità².

2. Come già messo in rilievo dalla dottrina³, le possibili influenze sono bidirezionali. Preliminarmente, l'opportunità di un sistema di diritto internazionale privato può essere rinvenuta nella tutela dei diritti dell'uomo. Successivamente, norme di conflitto adeguate possono garantire i diritti fondamentali sia in quanto tali, sia in considerazione del contenuto della legge richiamata. I due tipi di interazione sono separati, ma pur sempre interconnessi. Le questioni sono state approfondite dalla dottrina, e dalla giurisprudenza, soprattutto europea, nell'interpretazione e nell'applicazione delle vigenti norme. Pertanto, la prima parte del presente lavoro è incentrata sul fondamento della materia, ricordando taluni studi significativi della dottrina, e fornendo qualche indicazione ulteriore. La seconda parte invece intende analizzare il funzionamento delle norme di conflitto alla luce della tutela dei diritti dell'uomo. A tal fine, verranno brevemente ricordati alcuni risultati raggiunti dalla giurisprudenza, come punto di partenza per una discussione più generale sul rapporto fra diritti umani e diritto internazionale privato. Infine, saranno analizzati alcuni strumenti utili per la tutela dei diritti fondamentali, qualora la legge richiamata non ne consenta una tutela sufficiente.

II. Il principio di non discriminazione come fondamento del diritto internazionale privato

3. Come noto, l'opportunità di garantire un'apertura ad altri ordinamenti è stata storicamente giustificata in modi diversi⁴: recentemente nel dibattito sono entrate considerazioni relative (anche) al rispetto del principio di non discriminazione⁵. Seguendo l'impostazione fornita da Kinsch, la fattispecie transnazionale si differenzia da quella puramente interna dal punto di vista fattuale, perché i suoi

¹ Già: D.F. CAVERS, "Critique of the Choice of Law Problem", in *Harvard Law Rev.*, 1933, p. 173; più recentemente, *ex multis*: J.D. GONZÁLES CAMPOS, "Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général", in *Recueil des Cours*, vol. 287, 2000, p. 9; S. VRELLIS, "Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé: à la recherche de la justice", in *Recueil des Cours*, vol. 328, 2007, p. 175.

² *Ex multis*: HAMBURG GROUP OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW, "Comments on the European Commission's Draft Proposal for a Council Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations", in *RabelsZ*, 2003, p. 24; K. SIEHR, "European Private International Law of Torts. Violations of Privacy and Rights relating to the Personality", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, p. 1201; C.J. KUNKE, "Rome II and Defamation: will the tail wag the dog?", in *Emory Int. Law Rev.*, 2005, p. 1733; G. WAGNER, "Article 6 of the Commission Proposal: Violation of Privacy – Defamation by Mass Media", in *Eur. Review Private Law*, 2005, p. 21; A. WARSHOW, "Uncertainty from Abroad: Rome II and the Choice of Law for Defamation Claims", in *Brookling Journal Int. Law*, 2006, p. 269; A. SPICKHOFF, "Personlichkeitverletzungen im Internet: Internationale Zuständigkeit und Kollisionsrecht", in *IPRax*, 2011, p. 133; J. VON HEIN, "Rome II and Defamation", consultabile sul sito: www.conflictoflaws.net. Fra i documenti delle istituzioni dell'Unione europea successivi all'adozione del regolamento: Working Document on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) del Parlamento europeo, del 23 giugno 2010; Draft Report with recommendations to the Commission on the amendment of Regulation (EC) No 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II) (2009/2170(INI)) del Parlamento europeo del 21 novembre 2011 (consultabile sul sito <http://www.europarl.europa.eu/sides>). Fra gli studi richiesti dalla Commissione: Comparative study on the situation in the 27 Member States as regards the law applicable to non-contractual obligations arising out of violations of privacy and rights relating to personality, JLS/2007/C4/028, Final Report, consultabile sul sito: http://ec.europa.eu/justice/doc_centre/civil/studies/doc/study_privacy_en.pdf.

³ P. KINSCH, "Droit de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé", in *Recueil des Cours*, vol. 318, 2005, p. 9.

⁴ Per taluni esami recenti: P. PICONE, "Les méthodes de coordination entre les ordres juridiques en droit international privé", in *Recueil des Cours*, vol. 276, 1999, p. 9; C. CAMPIGLIO, "Corsi e ricorsi nel diritto internazionale privato: dagli Statutari ai giorni nostri", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 593.

⁵ H.P. MANSEL, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität*, München, Beck, 1988, p. 47; P. KINSCH, "Droit de l'homme", cit., p. 110. Lo stesso Savigny ne faceva brevemente cenno (K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, vol. 8, Berlin, 1849, p. 27).

elementi costitutivi si collocano in almeno due ordinamenti. Questa diversità impedisce di trattare la fattispecie transnazionale immediatamente come una questione interna: si crea una discriminazione, perché situazioni diverse vengono trattate allo stesso modo. È utile quindi una distinzione fra i due casi anche dal punto di vista normativo, la quale si può concretizzare nel diritto internazionale privato: la fattispecie transnazionale non è immediatamente assimilabile a una interna⁶, ma si deve verificare a quale ordinamento sia meglio riconducibile⁷.

4. Questa breve considerazione non è sufficiente per stabilire se sia più opportuno un sistema costruito su criteri di collegamento bilaterali, secondo una struttura tradizionale del *civil law*, o approcci diversi, più tipici del *common law*, che forniscono essenzialmente indici, il cui valore deve essere ponderato nel caso concreto. Autorevole dottrina ha già dimostrato come i due metodi tipici, ovvero la norma di conflitto bilaterale nel *civil law* e l'*interest analysis*, causino a loro volta discriminazioni⁸. Sembrerebbe quindi che qualsiasi scelta tecnica riconduca al punto di partenza, una disparità di trattamento, sebbene fondata su altri elementi, e che non esistano criteri o indici idonei a superare il problema.

5. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, l'esito di queste riflessioni non è necessariamente così allarmante⁹: la diversità di trattamento in ultimo creata può essere giustificata. Infatti, l'applicazione del principio di non discriminazione in senso sostanziale presuppone una differenza significativa fra due situazioni, che vengono disciplinate in maniera diversa, con differenti effetti. L'ammissibilità di questi ultimi dipende, a ritroso, dalla effettiva diversità delle fattispecie, e quindi dal criterio o indizio impiegato per sottoporle a un regime giuridico diverso¹⁰. Nell'ambito delle norme di conflitto bilaterali, per proporre un esempio presentato da autorevole dottrina¹¹, sarebbe sufficiente criterio distintivo il fatto che il bene compravenduto tramite un contratto interno, da cui si intenda recedere, sia composto da materiali difettosi prodotti in un altro paese? O sarebbe sempre ammissibile una norma di conflitto che applica criteri di collegamento diversi ai cittadini e ai non cittadini? Le risposte sono negative. Nel primo caso, il criterio non pare sufficientemente significativo; nel secondo, vi è una distinzione previa all'operare delle norme di conflitto, che vengono applicate in modo diverso, creando una discriminazione.

6. L'aspetto fondamentale è costituito quindi dal tipo di criterio o indice utilizzato per differenziare la fattispecie transnazionale da quella interna¹², il quale deve essere proporzionato, cioè necessario e ragionevole, non deve rispondere ad alcun obiettivo protezionistico o essere in sé discriminatorio¹³. La distinzione è allora adeguata, e l'applicazione di norme di diritto internazionale privato produce diversità che sono giustificate dalle stesse differenze riscontrate negli elementi fattuali iniziali¹⁴. Al termine di

⁶ L'esame prescinde dalle norme uniformi. Si tratta di una soluzione diversa dello stesso problema, la diversità fattuale fra fattispecie interne e transnazionali, risolta non tramite la riconducibilità a un ordinamento statale, ma una disciplina sostanziale propria.

⁷ Mentre un autore contesta la stessa applicazione di una legge straniera da parte del giudice, perché una legge straniera non potrebbe essere considerata una vera e propria legge ai sensi della CEDU (C. ENGEL, "Ausstrahlungen der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Kollisionsrecht", in *RebelsZ*, 1989, p. 21).

⁸ Il primo implica una disparità di trattamento latente sul fondamento della nazionalità; il secondo, una discriminazione palese sul fondamento della residenza: D. LAYCOCK, "Equal Citizens of Equal Territorial States", in *Columbia Law Rev.*, 1992, p. 249.

⁹ Invece, D. LAYCOCK, "Equal Citizens", cit., p. 278; P. KINSCH, "Droit de l'homme", cit., p. 118 spiegano perché preferiscono un tipo di discriminazione (quella latente dei sistemi civilistici) all'altro (quella palese del *common law*).

¹⁰ Cioè l'immediata applicazione del diritto interno nelle fattispecie interne, del diritto internazionale privato nelle fattispecie transnazionali.

¹¹ C. KOHLER, "Autonomie de la volonté en droit international privé: un principe universel entre libéralisme et étatism", in *Recueil des Cours*, vol. 359, 2012, p. 340.

¹² Se volessimo ragionare per assurdo, tutte le norme di conflitto bilaterali sarebbero discriminatorie, perché pongono distinzioni fra fattispecie. La Corte europea dei diritti dell'uomo ha invece implicitamente ammesso anche l'uso del criterio della cittadinanza in norme di conflitto sullo *status* delle persone: Corte europea dei diritti dell'uomo, 4 ottobre 2013, *Harroudj v. France*, ric. n. 43631/09 (su cui: P. KINSCH, "Harroudj V. France: Indications from the European Court of Human Rights on the Nature of Choice of Law Rules and on their Potentially Discriminatory Effect", in *Yearb. Private Int. Law*, 2013/2014, p. 39).

¹³ Sull'istituto francese del prelievo, che ha suscitato problemi di questo tipo: S. TONOLO, "Principio di uguaglianza e operatività di norme di conflitto in tema di successione", in *Riv. dir. int.*, 2012, p. 1056.

¹⁴ Per questo motivo, ad esempio, parte della dottrina non ritiene corretta la creazione delle cd. situazioni interne comunitarie ad opera dei regolamenti 864/2007 e 593/2008, poiché si tratta di una situazione transnazionale, e non può essere trattata alla

questo procedimento, la fattispecie transnazionale potrebbe essere ricondotta a una puramente interna; ciò non crea una discriminazione, perché l'assimilazione non è automatica, ma è avvenuta a seguito di un procedimento che ha verificato a quale ordinamento quella situazione fosse riconducibile tramite criteri e indici proporzionati, e non può escludersi che sia quello della *lex fori*.

7. Ad avviso di chi scrive, non è necessario rinvenire un correttivo, o costringere l'interprete a una "scelta di campo" fra sistemi che sollevano svantaggi apparentemente analoghi, o individuare un diritto fondamentale sul quale il sistema debba fondarsi. L'eguaglianza in senso sostanziale giustifica la diversità di trattamento.

III. Il diritto internazionale privato come strumento per la realizzazione dei diritti umani: la giurisprudenza delle Corti europee

8. La seconda interazione si verifica nella possibile funzionalità del diritto internazionale privato alla tutela dei diritti dell'uomo¹⁵. In ambito europeo, nelle giurisprudenze della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea possono essere rinvenute importanti indicazioni quanto alla possibile strumentalità del diritto internazionale privato rispetto alla tutela dei diritti dell'uomo. Le sentenze cui si fa riferimento sono note, ma è fatto breve cenno per individuare l'attuale punto di arrivo.

9. La Corte europea dei diritti dell'uomo afferma costantemente che il rifiuto di riconoscere *status* acquisiti altrove può costituire un'illegitima ingerenza statale nel godimento del diritto alla vita privata e familiare, di cui all'art. 8 CEDU. Ad esempio nel caso *Negrepontis*¹⁶ il rifiuto da parte della Grecia di riconoscere l'atto di adozione statunitense, accompagnato da uno stato di fatto durato per più di 20 anni prima della richiesta di riconoscimento, non era finalizzato al raggiungimento di alcun obiettivo legittimo per la limitazione del diritto alla vita privata e familiare, nonostante l'esistenza di un certo margine di discrezionalità statale. Non si tratta solamente di modellare la nozione di ordine pubblico ai diritti fondamentali garantiti dalla CEDU. Infatti, nel caso *Wagner*¹⁷ la Corte aveva stabilito che la pretesa che l'adozione effettuata altrove fosse perfezionata in forza della legge determinata dalle norme di conflitto dello Stato richiesto del riconoscimento costituiva un'ingerenza ingiustificata nella vita familiare. In generale, è necessario considerare la realtà sociale della famiglia, qualora si tratti di una situazione consolidata, e non solo le sole norme, astratte o concrete. Da queste sentenze non è ricavabile un principio di non necessità del diritto internazionale privato¹⁸, ma piuttosto può essere dedotto che la tutela dei diritti umani possa escludere l'applicabilità delle norme di conflitto, o sul riconoscimento, in

stessa stregua di una interna. *Ex multis*: J. BASEDOW, "Specificité et coordination du droit international privé communautaire", in *Droit int. privé*, 2005, p. 280; P. MAYER, "Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé", in *Recueil des Cours*, vol. 327, 2007, p. 93; J.-S. BERGE, "La double internationalité interne et externe du droit communautaire et le droit international privé", in *Droit int. privé*, 2008, p. 43; N. BOSCHIERO, "I limiti al principio d'autonomia posti dalle norme generali del regolamento Roma I. Considerazioni sulla "conflict involution" europea in materia contrattuale", in N. Boschiero (a cura di), *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, Torino, UTET, 2009, p. 67.

¹⁵ Nel presente lavoro è preso in considerazione un sistema di diritto internazionale privato di matrice continentale, perché è proprio del nostro ordinamento, ed è utilizzato dall'Unione europea. Una breve osservazione merita comunque l'approccio della *governmental interest analysis*. L'idea fondamentale è costituita dal bilanciamento degli interessi statali contrapposti. Tuttavia, la prevalenza accordata, ad esempio nell'ambito dei *torts*, a quelli del paese che tutela le persone domiciliate nel proprio territorio comporta indirettamente il rafforzamento di una posizione individuale, quella della vittima. Pertanto, l'ottica puramente statalistica è apparente, poiché sono tutelati diritti predeterminati che per conseguenza diventano preminenti. Inoltre, l'approccio discrezionale rende il sistema più flessibile alle diverse esigenze.

¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, 3 maggio 2011, *Negrepontis-Giannins v. Greece*, ric. n. 56759/08.

¹⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 giugno 2007, *Wagner v. Luxemburg*, ric. n. 76240/01.

¹⁸ Come invece fa: A. VETTOREL, "La continuità transnazionale dell'identità personale: riflessioni a margine della sentenza Henry Kismoun", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 357. Nel senso di cui al testo: P. FRANZINA, "Some remarks on the relevance of Article 8 of the ECHR to the recognition of family status judicially created abroad", in *Diritti umani e diritto int.*, 2011, p. 612.

caso di contrasto¹⁹. I diritti umani devono avere la funzione di correttivo in caso di malfunzionamento del diritto internazionale privato²⁰.

10. Nonostante gli esiti di queste decisioni, la stabilità degli *status* non è il solo risultato da raggiungere, poiché potrebbero subentrare altri interessi altrettanto rilevanti²¹. In tal senso è significativa una recente sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo²², sebbene emanata in una situazione puramente interna, secondo la quale non esiste un diritto alla continuità dello stato matrimoniale, nel momento in cui un coniuge intenda cambiare sesso e lo Stato non conosca l'istituto del matrimonio omosessuale. Il fatto che sia ammesso il cambiamento dell'unione da matrimoniale a *partnership* registrata, che non vengano meno i diritti acquisiti in costanza di matrimonio e che il periodo di vita coniugale sia comunque riconosciuto ai fini dell'attribuzione di eventuali diritti successivi, come quelli pensionistici o successori, costituisce, secondo la Corte, un corretto temperamento fra l'obbligo di rispettare la vita familiare e il diritto del singolo all'autodeterminazione sessuale²³.

11. Anche il comportamento abusivo dell'interessato può costituire una giustificazione nell'ingerenza statale, come nel caso *McDonald*²⁴, e quindi un legittimo motivo ostativo al riconoscimento della sentenza di divorzio pronunciata negli Stati Uniti in Francia, senza che sussista la violazione del rispetto alla vita privata e alla libertà di *status* acquisita. Analogamente, nella sottrazione internazionale di minori, l'ordine di ritorno è finalizzato al ripristino della legalità, salve eccezioni, che può prevalere sul diritto alla vita familiare del genitore sottraente²⁵.

12. Già in queste prime battute è evidente come il diritto fondamentale del singolo non sia isolato da qualsiasi contesto, ma può essere contrapposto ad altro diritto, o vantato dalla stessa persona nei confronti dello Stato, o di cui risulta titolare un altro soggetto. È importante sottolineare che nel primo caso, come risulta dalla sentenza *Hämäläinen*, lo Stato può godere di un certo margine di discrezionalità, che deve essere esercitato secondo il principio di ragionevolezza. Il principio deve essere esteso al contenuto delle norme di conflitto.

13. Il secondo caso risulta, ad avviso di chi scrive, più delicato. Entrambe le Corti hanno già affrontato il problema della ricerca del corretto equilibrio nel conflitto fra due titolari, opposti, del diritto alla vita familiare. La particolarità risiede nel fatto che qualsiasi azione od omissione dello Stato rischia di pregiudicare il godimento del diritto di un interessato: è necessario trovare quindi un criterio oggettivo e proporzionato al fine della prevalenza dell'uno o dell'altro. Ad esempio, nel caso *Povse*²⁶ la Corte di giustizia dell'Unione europea aveva interpretato letteralmente le disposizioni del regolamento 2201/2003, affermando che una decisione di ritorno del minore, debitamente certificata, non può essere superata nemmeno da una sentenza, emanata in un altro Stato membro, che decida definitivamente e in modo esecutivo sull'affidamento del minore, riconoscendolo ad altro genitore. Come noto, secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo²⁷, ciò non costituisce una violazione del diritto alla vita familiare del genitore affidatario. Ne risulta che la stabilità dello *status*, che astrattamente sarebbe garantita meglio da un provvedimento definitivo ed esecutivo che decide sull'affidamento del minore, non è un obiettivo strettamente necessario, ma può essere superato da ulteriori esigenze, quali l'immediata esecuzione di

¹⁹ C. CAMPIGLIO, "Identità culturale, diritti umani e diritto internazionale privato", in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 1029.

²⁰ V. *infra*, par. VI.

²¹ O. LOPEZ PEGNA, "L'incidenza dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo rispetto all'esecuzione di decisioni straniere", in *Riv. dir. int.*, 2011, p. 54; P. FRANZINA, "Some remarks", cit., p. 613.

²² Corte europea dei diritti dell'uomo, 16 luglio 2017, *Hämäläinen v. Finland*, ric. n. 37359/09.

²³ Questo diritto è compreso dalla Corte europea nell'ambito della vita privata e quindi dell'identità personale: A. VIVIANI, *L'identità personale nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, p. 52.

²⁴ Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 aprile 2008, *McDonald v. France*, ric. n. 18648/04.

²⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, 9 settembre 2014, *Gajton v. Switzerland*, ric. n. 43730/07.

²⁶ Corte giust., 1 luglio 2010, causa C-211/10PPU, *Povse*, in *Racc.*, 2011, p. I-6673.

²⁷ Corte europea dei diritti dell'uomo, 18 giugno 2013, *Povse v. Austria*, ric. n. 3890/11.

un ordine di rientro emanato in considerazione del superiore interesse del minore. Analoga prevalenza è assicurata nel caso *Šneerson*²⁸. Si noti come, in questi casi, al conflitto fra due soggetti nel godimento della vita familiare prevale un diritto diverso e considerato preminente, quello del minore²⁹.

14. Al contrario, nei casi *Garcia Avello* e *Grunkin e Paul*³⁰ la Corte di giustizia è riuscita a tutelare un diritto dell'uomo, quello al nome, per il tramite delle libertà fondamentali di circolazione dell'Unione europea. Mancando la tutela del primo, sarebbe stata ostacolata la seconda: con questo ragionamento sono stati valorizzati entrambi gli aspetti, i diritti della personalità e le libertà di circolazione.

15. La dottrina non è rimasta inerte alle sollecitazioni provenienti dalla giurisprudenza; sinteticamente, possono essere ricordate le seguenti conclusioni. In primo luogo, deve essere riconosciuto un ruolo importante all'autonomia della volontà nell'ambito del diritto internazionale privato³¹. Ciò può essere ricavato soprattutto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, che non riconoscendo un criterio di prevalenza fra le (plurime) cittadinanze possedute da una persona³², implicitamente ammette che quest'ultima possa scegliere liberamente fra queste. Il principio della libertà può essere esteso proprio grazie alla sentenza *Grunkin e Paul*, nella quale il soggetto interessato possedeva un'unica cittadinanza: nel conflitto positivo delle leggi della residenza abituale e della cittadinanza, la scelta spetta ancora una volta agli interessati. Ne deriva, in secondo luogo, che non può essere preferito *a priori* il collegamento della residenza abituale e quello della cittadinanza. Poiché entrambe comportano diversi vantaggi e svantaggi, nessuna opzione è scevra da difficoltà. Secondo parte della dottrina, uno strumento per superare i limiti è costituito proprio dall'autonomia della volontà³³: spetta all'interessato scegliere la legge con la quale si sente maggiormente collegato e/o che meglio risponde ai suoi interessi.

16. La dottrina ha riconosciuto in questa giurisprudenza anche un principio di mutuo riconoscimento degli *status* acquisiti altrove³⁴: lo Stato non può ingerirsi nella sfera privata di una persona disconoscendo situazioni giuridiche validamente costituite altrove, o in forza di una legge diversa. Questa considerazione imporrebbe l'automatico riconoscimento³⁵.

²⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 12 luglio 2011, *Šneerson and Campanella v. Italy*, ric. n. 14737/09.

²⁹ Sulle difficoltà a trovare un corretto bilanciamento: C. HONORATI, "Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 5.

³⁰ Corte giust., 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello*, in *Racc.*, 2003, p. I-11613; Corte giust., 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Grunkin e Paul*, in *Racc.*, 2008, p. I-7639.

³¹ P. KINSCH, "Droit de l'homme", cit., p. 151; E. JAYME, "Party Autonomy in international family and succession law: new tendencies", in *Yearb. Private Int. Law*, 2009, p. 1; J. CARRUTHERS, "Party Autonomy in the Legal Regulation of Adult Relationships: What Place for Party Choice in Private International Law?", in *Int. Comp. Law Quart.*, 2012, p. 881; C.I. NAGY, "What functions may party autonomy have in international family and succession law? An EU perspective", in *Nederlands Int. Privaatrecht*, 2012, p. 576; B. AÑOVEROS TERRADAS, "La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia", in J. Forner Delaygua, C. González Beilfuss, R. Viñas Farré (a cura di), *Entre Bruselas y la Haya, Liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 119.

³² Corte giust., 16 luglio 2009, causa C-168/08, *Hadadi*, in *Racc.*, 2009, p. I-6871.

³³ A.E. VON OVERBECK, "La *professio iuris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé", in *Liber amicorum Baron Louis Frédéricq*, Gent, Frédéricq Collection II, 1966, p. 1091; J. GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'état-Nation et le Droit International Privé*, Paris, LGDJ, 2011, p. 284; H. GAUDEMET-TALLON, "Individualisme et mondialisation: aspects de droit international privé de la famille", in The Permanent Bureau of the Hague Conference on Private International Law (a cura di), *A Commitment to Private International Law, Essays in Honour of Hans van Loon*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2013, p. 183; K. KROLL-LUDWIGS, *Die Rolle der Parteiautonomie in europäischen Kollisionsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013, p. 573.

³⁴ Sul metodo: P. PICONE, "Diritto internazionale privato comunitario e metodi di coordinamento tra ordinamenti", in P. Picone (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2004, p. 485. Sul riconoscimento nell'ambito dell'Unione europea, recentemente: A. BUCHER, *La migration de l'état civil*, in *A Commitment*, cit., p. 101.

³⁵ Questo aspetto esula, almeno in parte, dalla ricerca sulla legge applicabile, dal momento che presuppone uno *status* o una fattispecie già conclusa. Pertanto, nel presente lavoro questa ipotesi non verrà discussa ulteriormente (si veda, per tutti: R. BARATTA, "La reconnaissance des situations juridiques personnelles et familiales", in *Recueil des Cours*, vol. 348, 2007, p. 265). Si noti tuttavia che dalla stessa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo si ricava un contro limite all'automatico riconoscimento, determinato dalla necessaria tutela dei diritti fondamentali di un'eventuale controparte. Ne è esempio la sentenza 20 luglio 2007, *Pellegrini v. Italy*, ric. n. 30882/96. Tuttavia, si può affermare con certezza che la tutela

IV. Alcune difficoltà a strutturare una norma di conflitto efficace

17. Queste riflessioni risolvono (in parte) un problema relativamente limitato, cioè la tutela del diritto alla vita privata e familiare per il tramite dell'autonomia della volontà. La questione deve essere generalizzata. È necessario indagare se esistano linee direttrici generali per la costruzione di un sistema di diritto internazionale privato improntato ai diritti fondamentali, e come debbano essere strutturati criteri di collegamento che vi rispondano in quanto tali, indipendentemente dal contenuto della legge individuata. L'obiettivo è di garantirne la tutela in via preventiva, senza che sia necessario invocare i diritti dell'uomo come correttivo. L'esistenza di una soluzione positiva al problema è scontata. Formalmente è riscontrabile un sempre più frequente richiamo dei diritti (o di una serie determinata di diritti) fondamentali nei considerando dei recenti regolamenti dell'Unione europea in materia di cooperazione giudiziaria civile³⁶, ma ciò evidenzia un'importante scelta politica, e non è garanzia della loro effettiva realizzazione.

18. La struttura stessa dei diritti fondamentali rende l'esame non banale. Le norme di protezione dei diritti dell'uomo hanno una direzione in senso verticale, cioè da parte del privato nei confronti dello Stato. Quest'ultimo è tenuto ad astenersi dall'intervenire nella sfera individuale, ovvero a promuovere positivamente il godimento di un diritto³⁷. La concretizzazione di questo principio generale nell'ambito della scelta di un criterio di collegamento idoneo può essere complessa, perché il diritto internazionale privato disciplina (un aspetto di) un rapporto individuale fra privati, e non una relazione verticale nella quale una parte assume una posizione autoritativa³⁸. Pertanto, dovrebbe essere rinvenuto un criterio di collegamento che non comporti, nemmeno indirettamente, un'illegittima ingerenza statale, e che al contempo promuova, se necessario, il diritto individuale tutelato.

19. Può sorgere inoltre il dubbio per cui l'esito del nostro esame dipenda dalla con la discussa efficacia diretta orizzontale delle norme sui diritti umani, cioè la possibilità per l'individuo di far valere nei confronti di un privato l'esistenza del proprio diritto³⁹. Nei limiti del nostro esame, tuttavia, è indifferente il fatto che le parti possano invocare reciprocamente la titolarità di un diritto fondamentale, o che quest'ultimo possa essere tutelato solamente dallo Stato. Si tratta di un compito principalmente attribuito a quest'ultimo, tramite la predisposizione di norme che ne garantiscano il godimento. Non può essere escluso che alcuni diritti producano effetti interindividuali, tali per cui possano essere fatti valere anche nei confronti di un altro singolo. Questa caratteristica non è tuttavia utile o necessaria per il nostro esame, nel momento in cui vogliamo verificare come debba essere strutturata una norma di conflitto e

dei diritti dell'uomo non può più fungere da giustificazione all'assoluta chiusura degli ordinamenti giuridici: L. GANNAGÉ, "Les méthodes du droit international privé a l'épreuve des conflits des cultures", in *Recueil des cours*, vol. 357, 2011, p. 376, ma è impossibile una maggior generalizzazione (L. D'AVOUT, "Droits fondamentaux et coordination des ordres juridiques en droit privé", in E. Dubout, S. Touzé (a cura di), *Les droits fondamentaux: charnières entre ordres juridiques et systèmes juridiques*, Paris, Pedone, 2010, p. 184).

³⁶ S. SAASTAMOINEN, "The European Private International Law and the Charter of Fundamental Rights", in *A Commitment*, cit., p. 503.

³⁷ O.O. CHEREDNYCHENKO, "EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law", in *European Rev. Private Law*, 2006, p. 31; A. DAVI, "Diritto internazionale privato e diritti umani. Introduzione", in *La tutela dei diritti umani e il diritto internazionale. XVI Convegno SIDI Catania, 23-24 giugno 2011*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 209.

³⁸ Si esprime nel senso, rispettivamente, di una visione "dall'alto" o "dal basso": L. D'AVOUT, "Droits fondamentaux", cit., p. 170.

³⁹ Il dibattito dottrinale non è giunto a conclusione unanime: P. MAYER, "La Convention européenne des droits de l'homme et l'application des normes étrangères", in *Revue critique*, 1991, p. 651; H. FUCHIRON, "Droits fondamentaux et règles de droit international privé: conflits de droits, conflits de logiques?", in F. Sudre (a cura di), *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Anthemis, 2002, p. 356; O.O. CHEREDNYCHENKO, "EU Fundamental Rights", cit., p. 29; ID., "The Harmonisation of Contract Law in Europe by Means of the Horizontal Effect of Fundamental Rights?", in *Erasmus Law Rev.*, 2007, p. 39; D. LECZYKIEWICZ, "Horizontal Application of the Charter of Fundamental Rights", in *European Law Rev.*, 2013, p. 479; A. COLOMBI CIACCHI, "European Fundamental Rights, Private Law and Judicial Governance", in H.-W. Micklitz (a cura di), *Constitutionalisation of European Private Law*, 2014, Oxford, OUP, p. 110; C. HERRESTHAL, "Grundrechtcharta und Privatrecht", in *Zeup*, 2014, p. 238; J.P. JACQUÉ, "The Chart of Fundamental Rights and the Court of Justice of the European Union: A First Assessment of the Interpretation of the Charter's Horizontal Provisions", in L.S. Rossi, F. Casolari (a cura di), *The EU after Lisbon*, Heidelberg, Springer, 2014, p. 137.

quali linee direttrici devono guidare il legislatore. La prospettiva è in senso verticale: esistono criteri di collegamento che garantiscano l'astensione dello Stato da intromissioni che pregiudichino il godimento del diritto o dei diritti in quanto tali? Se questa è la domanda corretta, la successiva efficacia diretta orizzontale dei diritti dell'uomo è tendenzialmente irrilevante ai nostri fini.

20. Pure ammessa l'indifferenza degli effetti orizzontali –diretti o indiretti– dei diritti dell'uomo, l'individuazione di strumenti di tutela nell'ambito del diritto internazionale privato non risulta agevole.

21. In primo luogo, i diritti fondamentali non sono tutti assoluti, ma variamente limitabili, seppur a stringenti condizioni, tra le quali l'interesse generale, curato dallo Stato. Pertanto, la valorizzazione può non essere assoluta ma temperata: deve essere trovato un criterio di collegamento che equilibri le esigenze della collettività con il diritto individuale.

22. In secondo luogo, è possibile la contrapposizione di diritti diversi, in capo alla stessa persona o di cui sono titolari più soggetti, e che non possono essere sacrificati⁴⁰.

23. Infine, non possono essere considerati solo i diritti fondamentali “classici”, come riconosciuti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma devono essere prese in considerazione pure le libertà di circolazione. Nell'ambito dell'Unione europea assumono valore fondamentale, e possono sia convergere sia divergere con un diritto dell'uomo, caso quest'ultimo in cui devono essere bilanciate. Non sono mere ipotesi: basti pensare ai casi *Laval* e *Viking*, in cui era sorto un contrasto fra il diritto di sciopero e la libera prestazione di servizi, che dal punto di vista dei diritti fondamentali può corrispondere con l'iniziativa economica⁴¹; *Schmidberger*, che vedeva contrapposti il diritto d'espressione e di riunione e la libera circolazione delle merci⁴², che analogamente attiene alla libertà commerciale. È già stato anche discusso il rapporto fra un diritto fondamentale dell'uomo particolarmente enfatizzato in uno Stato membro (la dignità) e la libera prestazione di servizi⁴³. Altri contrasti sono facilmente ipotizzabili: la sfida è quella di trovare criteri di collegamento che riescano a tutelare simultaneamente i diversi diritti in conflitto.

V. I possibili criteri di collegamento

1. L'autonomia internazionalprivatistica

24. Secondo un autore⁴⁴ la tutela dei diritti dell'uomo non è uno strumento utile al fine della costruzione di un sistema di diritto internazionale privato autosufficiente, vista l'impossibilità di generalizzazione degli obiettivi, come risulta chiaro dalla questione della continuità transnazionale degli *status*, che non costituisce il fine ultimo e privo di eccezioni del diritto alla vita privata e familiare.

⁴⁰ O.O. CHEREDNYCHENKO, “EU Fundamental Rights”, cit., p. 32; Id., “The Harmonisation”, cit., p. 49. Non è necessario a tal fine ammettere l'efficacia diretta orizzontale: nell'applicazione di una norma di conflitto che pregiudichi in modo irragionevole un diritto controverso, la vittima ne potrebbe lamentare la lesione immediatamente nei confronti dello Stato per l'utilizzo di quel criterio di collegamento. In questo caso potremmo parlare di effetto indiretto a carattere triangolare nei confronti dell'individuo, il cui diritto è stato l'unico concretamente tutelato, ma non si tratta necessariamente di far valere un diritto fondamentale come azione o eccezione nei confronti di un singolo. L'analogia è chiara rispetto all'effetto triangolare delle direttive: Corte giust., sent. 22 giugno 1989, causa 103/88, *Fratelli Costanzo*, in *Racc.*, 1989, p. 1839. Pertanto, la sua lesione per il tramite della norma di conflitto potrebbe essere fatta valere nei confronti dello Stato.

⁴¹ Corte giust., 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *Viking Line*, in *Racc.*, p. I-10779; Corte giust., 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri*, in *Racc.*, p. I-11767.

⁴² Corte giust., 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, in *Racc.*, 2003, p. I-5659.

⁴³ Corte giust., 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, in *Racc.*, 2004, p. I-9609. Sul ruolo della Corte di giustizia nel bilanciamento fra libertà economiche e diritti fondamentali: A. DI BLASE, “Corte europea dei diritti dell'uomo e Diritto internazionale privato dell'Unione europea”, in A. Di Blase (a cura di), *Convenzioni sui diritti umani e Corti nazionali*, Roma, Roma3press, 2014, p. 213.

⁴⁴ L. D'AVOUT, “Droits fondamentaux”, cit., p. 184.

25. Secondo altra parte della dottrina, i diritti umani devono assumere valenza metodologica⁴⁵. Lo strumento proposto consiste nella distinzione a seconda del diritto fondamentale in rilievo. Per quelli che attengono strettamente alla dignità dell'uomo, la tutela dovrebbe essere assoluta; per gli altri, sarebbe opportuno un contemperamento. Ad avviso di chi scrive, questa soluzione presenta due ostacoli insormontabili. In primo luogo, la distinzione pecca di arbitrarietà⁴⁶. L'autore esemplifica non individuando nel diritto al cambiamento di sesso un collegamento stretto con la dignità dell'uomo. Questa qualificazione pare quantomeno discutibile, vista la sua pertinenza del diritto nella vita privata. In secondo luogo, pone una sorta di gerarchia dei diritti fondamentali. Pertanto, è opportuno ragionare in termini astratti alla luce della varietà dei diritti.

26. La tutela dei diritti dell'uomo non può correttamente assumere portata metodologica generale, data la complessità delle esigenze. Tuttavia, può essere immaginato un sistema improntato a diverse metodologie, che assicuri, almeno con un buon grado di probabilità, l'uso di criteri di collegamento che rispettino e promuovano i diritti fondamentali⁴⁷.

27. Una prima soluzione risiede proprio nell'autonomia internazionalprivatistica, da ammettere in misura meno limitata di quanto avvenga con i risultati già raggiunti dalle giurisprudenze delle Corti europee e negli atti normativi. Se le parti hanno raggiunto un accordo sulla scelta di una legge applicabile, questo è il risultato di loro valutazioni di idoneità, che possono dipendere da diverse variabili, fra le quali il contemperamento dei loro diritti (fondamentali). Nell'ambito contrattuale, si tratta di un'opzione ormai largamente utilizzata, come lo dimostra il regolamento 593/2008. La stessa libertà dovrebbe essere ammessa anche negli altri ambiti. Infatti, l'espressione della propria volontà costituisce una *Selbstbestimmung*⁴⁸, una libera determinazione dipendente da proprie valutazioni circa l'adeguatezza di una legge come regolatrice del rapporto. Inoltre, non può essere escluso in via generalizzata il rilievo nell'ambito contrattuale di diritti fondamentali dell'uomo, come ad esempio il diritto di proprietà, anche intellettuale, la libertà di impresa, la *privacy*, la dignità. Pertanto, il discrimine fra rapporti contrattuali e familiari o questioni di *status* non è determinato dalla presenza nei secondi di diritti fondamentali da tutelare, invece assenti nel primo, differenza che potrebbe giustificare una limitazione dell'autonomia internazionalprivatistica. La scelta può essere uno strumento per assicurare la libera determinazione delle parti, e quindi essenzialmente un loro diritto. Il fatto che, fuori dai rapporti commerciali transnazionali, è poco probabile che le parti scelgano una legge che non abbia alcun contatto con la fattispecie, non inficia il principio. La modalità con cui la libertà viene esercitata dovrebbe essere questione irrilevante per il diritto: frodi e abusi sono sanzionabili in modo diverso, ed *ex post*.

28. Questa conclusione non esclude la tutela della parte debole. In ipotesi eccezionali e debitamente giustificate⁴⁹ l'autonomia deve correttamente essere limitata, se non addirittura esclusa, come avviene nell'ambito del Protocollo del 2007 sulla legge applicabile alle obbligazioni alimentari, il cui art. 8, par. 3 impedisce la possibilità di scelta nei casi riguardanti un minore o un adulto incapace. Un ulteriore esempio positivo può essere rinvenuto nell'art. 7 del regolamento "Roma II" sul danno ambientale. Si tratta di un'ipotesi in cui può sorgere un conflitto fra diritti fondamentali: la salute e la libera iniziativa economica. Fra questi, viene correttamente attribuita prevalenza al primo, dal momento che si tratta non solo di un diritto soggettivo, ma anche di un interesse pubblico, e non è

⁴⁵ L. GANNAGÉ, "Les méthodes", cit., p. 390.

⁴⁶ P. KINSCH, "Droit de l'homme", cit., p. 247.

⁴⁷ S. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law around the World*, Oxford, OUP, 2014, p. 348 rileva come le più recenti codificazioni si ispirino a una pluralità di metodi.

⁴⁸ K. KROLL-LUDWIGS, *Die Rolle*, cit., p. 301. V. anche: T. MARZAL YETANO, "The Constitutionalisation of Party Autonomy in European Family Law", in *Jour. Private Int. Law*, 2010, p. 155.

⁴⁹ Analogamente, sebbene in relazione alla competenza giurisdizionale: D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "La tendance à la limitation de la compétence judiciaire à l'épreuve du droit d'accès à la justice", in L. d'Avout, D. Bureau, H. Muir-Watt (a cura di), *Les relations privées internationales. Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit*, Paris, LGDJ, 2014, p. 304. Più ampiamente: C. KOHLER, "Autonomie de la volonté", cit., p. 455.

limitabile⁵⁰; mentre la libertà di impresa (art. 16 Carta dei diritti fondamentali) è riconosciuta nei limiti stabiliti dal diritto dell'Unione europea e dalle legislazioni nazionali. Pertanto, è corretto orientare l'autonomia almeno in parte a favore del titolare del diritto alla salute, come accade proprio nella disposizione citata, che lascia a quest'ultimo, in via unilaterale, la possibilità di chiedere l'applicazione di una legge diversa da quella oggettivamente individuata (quella del luogo del danno), cioè quella del luogo dell'evento. La limitazione all'autonomia è orientata a finalità materiali, e viene ammessa la scelta della legge sostanzialmente più favorevole per il danneggiato.

2. I criteri di collegamento oggettivi

29. Fuori da queste ipotesi dovrebbero essere rinvenuti criteri di collegamento che in quanto tali consentano di salvaguardare i diritti fondamentali dei soggetti coinvolti. Una valutazione astratta e generale, valida per tutte le tipologie di rapporti, che sia anche sufficientemente precisa, non è agevole.

30. La prima soluzione astrattamente possibile sarebbe costituita dall'impiego di norme a carattere materiale, come già avviene oggi ad esempio nei contratti di consumo e di lavoro. Si potrebbe ritenere che, ogniqualvolta una parte vanta un diritto fondamentale, debba essere prescelto un criterio di collegamento, che consenta la facile conoscibilità della legge applicabile e/o una disciplina sostanziale almeno minimale e favorevole alla tutela di quel diritto. Tuttavia, gli esempi presentati nel paragrafo precedente consentono di affermare che questo metodo non è sempre adeguato allo scopo. Infatti, in questo modo è assicurabile la tutela di una parte nei confronti dell'altra, il cui stato di debolezza è desumibile in via generale dagli equilibri che normalmente si instaurano in un determinato rapporto, e individuabile in un elemento che è presunto essere costante, come l'assenza di capacità negoziale del consumatore, la posizione di necessità del lavoratore, lo stato di bisogno dell'alimentando. L'astrazione e la presunzione della ripetizione costante di certi equilibri dimostra tuttavia come la tecnica non sia perfetta nemmeno in una serie di rapporti *standard*⁵¹: valutazioni aprioristiche e generali per la costruzione di una norma di conflitto a carattere materiale sono ancora meno giustificabili in una varietà di relazioni in cui sono opposti diritti fondamentali, ugualmente tutelabili, la cui portata concreta non è facilmente preventivabile e che eventualmente sono limitabili alle stesse condizioni. Ad esempio, nel conflitto fra diritto di espressione e diritti della personalità, uno sbilanciamento delle norme di diritto internazionale privato a favore dell'editore –come il luogo della sede– comporta una valorizzazione del primo a discapito del secondo; un'ottica maggiormente orientata alla “vittima” –come la sua residenza abituale– protegge meglio il suo diritto alla *privacy*, ma rischia di limitare la libertà d'espressione⁵². Infine, il luogo del danno rischia di coincidere con la residenza abituale della vittima, producendone gli stessi effetti⁵³. I vantaggi dipendono

⁵⁰ Ai sensi dell'art. 35 della Carta dei diritti fondamentali, le cure mediche sono garantite alle condizioni stabilite dalle legislazioni e dalle prassi nazionali, ma non il diritto stesso. P. IVALDI, “Unione europea, tutela ambientale e diritto internazionale privato: l'art. 7 del regolamento Roma II”, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, p. 880; R. PAVONI, *Interesse pubblico e diritto individuali nella giurisprudenza ambientale della Corte europea dei diritti umani*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013.

⁵¹ Anche per questa ipotesi la prassi ha già offerto un esempio: si pensi alla fattispecie nel caso affrontato dalla Corte giust., 27 aprile 1999, causa C-99/96, *Mietz*, in *Racc.*, 1999, p. 1-2277. Nell'ambito del contratto di lavoro, non è difficile immaginare un lavoratore specializzato che diventa una parte forte (o almeno in una posizione di parità rispetto al datore di lavoro) per le sue competenze particolari, che gli permettono di contrattare le sue condizioni contrattuali. V.: I. BENHÖR, *EU Consumer Law and Human Rights*, Oxford, OUP, 2013. Si veda l'analisi comparatistica sull'uso del metodo effettuata da S. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law*, cit., p. 251.

⁵² Da una certa giurisprudenza della Corte di giustizia si può comunque intravedere una maggiore propensione alla tutela del diritto alla *privacy*. Si pensi alla sentenza 13 maggio 2014, causa C-131/12, *Google Spain*, non ancora pubblicata in *Racc.*; v. J.P. JAQUÉ, “Protection des données personnelles, Internet et conflits entre droit fondamentaux devant la Cour de justice”, in *Rev. trim. droit européen*, 2014, p. 283.

⁵³ Ad avviso di chi scrive, il luogo in cui si è verificato il danno favorisce solo parzialmente la vittima. Qualsiasi criterio di collegamento impiegato dà come esito l'individuazione di una legge più vicina a una delle parti contrapposte, proprio in quanto si fonda su requisiti di prossimità: almeno una parte ha con ogni probabilità un collegamento intenso con quello Stato. Si tratta di una conseguenza insita alla materia stessa. Pertanto, nell'esempio posto il criterio di collegamento del luogo del danno non può essere escluso in quanto tale, ma al contrario, potrebbe costituire una soluzione equilibrata. Infatti, è facilmente prevedibile per entrambe le parti, e non pone alcun vantaggio aprioristico; inoltre, è neutrale, come è dimostrato *a contrario* in quanto potrebbe addirittura non riuscire ad operare, come ad esempio nella diffamazione di persone con reputazione mondiale.

dalla più facile conoscibilità della legge e dalla maggior prevedibilità per una parte, dalle quali consegue anche, se del caso, una migliore possibilità organizzativa. Pertanto, o è attribuita prevalenza aprioristica a uno dei due diritti tutelati⁵⁴, oppure deve essere modificato il punto di vista, rinvenendo un criterio di collegamento che sia il più neutrale ed equidistante dalle parti, sicché nessuna delle due ottenga un vantaggio rispetto all'altra. Il metodo delle norme materiali di conflitto deve quindi essere utilizzato in via eccezionale, per una serie di rapporti predeterminati, suscettibili di astrazione: in via generale non è idoneo a garantire un bilanciamento fra diritti contrapposti e ugualmente meritevoli di protezione.

31. Alcune linee guida possono comunque essere tracciate: talune tecniche potrebbero essere funzionali allo scopo.

32. Ad avviso di chi scrive, la norma di conflitto deve temperare soprattutto due esigenze, la prevedibilità, in modo tale che l'interessato possa conoscere quale sia il comportamento da lui atteso, e organizzare i propri rapporti, personali e patrimoniali, di conseguenza, e la flessibilità, in modo tale da poter essere orientata agli interessi delle parti e ai diritti da bilanciare. Questo risultato può essere realizzato in diversi modi, di cui quello più utilizzato e noto è il principio di prossimità, impiegato sia come criterio di collegamento principale, sia come clausola di eccezione speciale o generale, sia come formula di chiusura per gli *unprovided for cases*⁵⁵.

Da ciò conseguono tre soluzioni possibili.

33. In primo luogo, il principio di prossimità potrebbe essere utilizzato come criterio di collegamento principale⁵⁶. Ciò tuttavia genererebbe incertezza proprio nelle fattispecie più frammentate, nelle quali è difficilmente rinvenibile un collegamento prevalente. La flessibilità diverrebbe imprevedibilità, da cui discenderebbe l'impossibilità di organizzare il proprio rapporto, e incertezza sull'esito dell'applicazione delle norme di diritto internazionale privato. Anche la tutela dei diritti fondamentali ne risulterebbe pregiudicata. Ad esempio, l'incertezza sulla legge applicabile rischia di rendere difficile qualsiasi previsione relativamente agli atti di disposizione dei propri beni e diritti, inficiando il diritto alla proprietà privata. Questa soluzione sarebbe ammissibile solo se la discrezionalità nell'applicazione del principio fosse in qualche modo guidata, come ad esempio avveniva nella Convenzione di Roma del 1980, attraverso presunzioni che non dovrebbero tuttavia essere rigide, ma costituire soltanto una guida per l'interprete.

34. Più adatta pare la seconda soluzione prospettabile. Il criterio di collegamento impiegato potrebbe essere rigido, ma corretto per il tramite del principio di prossimità quale clausola di eccezione⁵⁷, al fine di assicurare un nesso sempre significativo nell'economia del rapporto, adattato sulle circostanze del caso concreto e pertanto prevedibile. La clausola potrebbe essere sia generale, come forma di adattamento alle regole rigide, come avviene nell'art. 15 della legge di diritto internazionale privato svizzera e nell'art. 8 della legge olandese, sia speciale, cioè stabilita per talune fattispecie particolari. Come dimostra la prassi svizzera, la clausola può essere utilizzata anche al fine di raggiungere obiettivi di carattere materiale⁵⁸. Una clausola particolare è quella prevista nell'ambito del regolamento "Roma I". Infatti, la

⁵⁴ Ciò è quanto può correttamente avvenire in relazione al superiore interesse del minore, che prevale rispetto ad altri diritti fondamentali tutelati anche nell'ambito della CEDU, come è occorso nei citati casi *Povse* e *Sneerson*. Per un'applicazione concreta di questo bilanciamento da parte delle nostre giurisdizioni: S. TONOLO, "La trascrizione degli atti di nascita derivanti da maternità surrogata: ordine pubblico e interesse del minore", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2014, p. 81.

⁵⁵ Per maggiori approfondimenti: S. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law*, cit., p. 174.

⁵⁶ Secondo D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, "La tendance", cit., p. 301 il principio di non discriminazione è garantito dal soddisfacimento di un requisito di prossimità.

⁵⁷ P. LAGARDE, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain", in *Recueil des Cours*, vol. 196, 1986, p. 32; D. KOKKINI-IATRIDOU (a cura di), *Les clauses d'exception en matière de conflits de lois et de conflits de juridiction – ou le principe de proximité*, Dodrecht, Boston, London, Martinus Nijhoff Publishers, 1994; A.E. VON OVERBECK, "De quelques règles générales des conflits de lois dans les codifications récentes", in Basedow (a cura di), *Private Law in the international Arena – Liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague, Springer, 2000, p. 550.

⁵⁸ A. BONOMI, "Swiss Codification of International Private Law of 1987, Swiss Report 2010", in *Cardozo Law Bulletin*,

soluzione internazionalprivatistica è avvicinata alle aspettative delle parti, che vedono la prevalenza di un insieme di fattori, tutti localizzati in un medesimo paese, rispetto al luogo in cui si trova il presupposto baricentro del rapporto. Inoltre, è mantenuta l'equidistanza della norma di conflitto rispetto alla posizione delle parti e la ragionevolezza nel suo utilizzo⁵⁹.

35. Infine, il principio potrebbe costituire una clausola generale per tutti i casi non previsti da norme di conflitto rigide, al fine di assicurare alle parti e al giudice una soluzione internazionalprivatistica, per non rischiare un *non liquet* oppure una decisione eccessivamente discrezionale sulla questione. Questa possibilità non esclude, evidentemente, l'uso delle precedenti.

36. Queste osservazioni non risolvono il problema basilare, cioè l'individuazione dei criteri idonei alla protezione dei diritti dell'uomo in via astratta, rispetto ai quali il principio di prossimità fungerebbe da correttivo, o che, al contrario, costituiscono presunzioni per la maggior concretizzazione del principio. In taluni casi, la scelta può essere piuttosto semplice. Nell'ambito dei diritti reali immobiliari è naturale il collegamento alla *lex rei sitae*, in qualche modo necessitato alla luce della certezza del diritto⁶⁰. Il criterio di collegamento è oggettivo, prevedibile, fondato su un elemento centrale del rapporto, è equidistante dalle parti, salvaguarda l'interesse dello Stato nel mantenimento del catalogo chiuso di diritti reali, salvo l'eventuale adattamento. Anche questo strumento, a ben vedere, è una forma di tutela del diritto reale del titolare che immagina di poter godere di certe facoltà e di essere soggetto a determinati obblighi, quelli della *lex rei sitae*, alla luce della quale ha esercitato le facoltà derivanti da quel diritto. Analogamente, il fatto che sia richiesta una qualsiasi forma di registrazione, trascrizione o iscrizione rende lo Stato in cui questa formalità avviene quello più prossimo alla fattispecie, e più prevedibile per le parti⁶¹.

37. In altre ipotesi, la scelta è complessa. Per tutelare la vita privata, è preferibile il criterio della cittadinanza o della residenza abituale dell'interessato per le questioni di *status*? Per assicurare la libertà di impresa e il diritto di proprietà, nella disciplina delle persone giuridiche deve essere utilizzato il collegamento al luogo di incorporazione o dello svolgimento dell'attività⁶²? Nella ricerca dell'equilibrio fra diritto alla *privacy* e libertà d'espressione, deve essere preferito il luogo della sede dell'editore, quello del danno, o quello della residenza abituale della vittima? Ciascun criterio è idoneo a tutelare in modo diverso differenti diritti, e una scelta aprioristica potrebbe non essere adatta nel caso concreto. Ad avviso di chi scrive, questo aspetto non può essere affrontato in modo definitivo sul solo fondamento della tutela dei diritti dell'uomo. La scelta non può che dipendere da considerazioni di carattere politico e non giuridico, in forza degli interessi e del diritto considerati più rilevanti.

38. Tuttavia, esistono tecniche di diritto internazionale privato che consentono una certa flessibilità per assicurare il contemperamento di diversi diritti. I criteri di collegamento possono essere alternativi fra di loro, e l'individuazione di quello applicabile potrebbe essere effettuata secondo due mo-

Fall 2010, consultabile sul sito: <https://sites.google.com/site/cardozolawbulletin/home/fall-2010?pli=1>; S. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law*, cit., p. 283.

⁵⁹ Si noti tuttavia che non tutte le clausole di eccezione hanno una formulazione che assicura la loro effettività. (S. SYMEONIDES, *Codifying Choice of Law*, cit., p. 201 mette in luce come quella contenuta nell'articolo 4, par. 3 del regolamento 864/2007 rischia di essere poco efficace, dal momento che è concentrata soprattutto su elementi geografici, e non sull'idoneità dell'esito dell'applicazione del criterio di collegamento alla fattispecie, e che considera lo svolgersi dell'intero fatto illecito, e non delle questioni concretamente controverse. Pertanto, la clausola di eccezione dovrebbe essere formulata con attenzione, considerando la significatività del collegamento nel suo complesso e la questione controversa.

⁶⁰ D. MARTINY, "Lex rei sitae as a connecting factor in EU Private international law", in *IPRax*, 2012, p. 119; K. KROLL-LUDWIGS, *Die Rolle*, cit., p. 531.

⁶¹ E. JAYME, "Identité culturelle et intégration: le droit international privé post-moderne", in *Recueil des Cours*, vol. 251, 1995, p. 202.

⁶² Il riferimento al luogo di registrazione compiuto nel testo farebbe propendere per una soluzione favorevole all'incorporazione piuttosto che all'attività. In questo caso si pone tuttavia la necessaria tutela dei terzi. Pertanto, se l'attività è esercitata prevalentemente in uno Stato diverso, esternamente risulta maggiormente visibile e i terzi potrebbero fare maggior affidamento su questo collegamento.

dalità. In primo luogo, potrebbe essere lasciata alle parti una possibilità di scelta (necessitata), in modo tale che sia assicurata l'applicazione di una legge desiderata, anche alla luce del suo contenuto, o delle aspettative delle parti, che abbiano temuto un comportamento conforme alla legge che immaginavano applicabile. Ciò appare in sintonia anche con le giurisprudenze delle Corti europee. In secondo luogo, il giudice potrebbe individuare il collegamento più adatto sul fondamento del principio di prossimità, e quindi di volta in volta una legge contemporaneamente prevedibile e significativa nell'economia del rapporto. Nel primo caso, sarebbe privilegiata l'autodeterminazione degli interessati; nel secondo, la certezza del diritto, la neutralità rispetto alle parti, una certa discrezionalità per temperare la norma astratta con la fattispecie concreta⁶³. Poiché è lasciato un certo spazio a valutazioni non astratte, il metodo non pregiudica i diritti dell'uomo, *in primis* il principio di non discriminazione.

39. Tuttavia, questi criteri potrebbero non operare nel caso concreto. Ciò accade, ad esempio, nell'applicazione del principio di prossimità quale criterio principale o quale strumento di scelta fra più criteri oggettivi: nelle fattispecie particolarmente frammentate, potrebbe non dare alcun esito positivo. Anche quando la scelta è rimessa alle parti, potrebbe non sussistere alcun accordo. Infine, se è utilizzato un criterio di collegamento rigido, quest'ultimo potrebbe non essere rinvenibile nella realtà fattuale (come ad esempio quando sia modellato in relazione a più soggetti: la cittadinanza comune, la residenza abituale comune, ecc...). Allora, è estremamente utile che sia prevista una serie di criteri a cascata. Questo metodo consente di individuare comunque una legge applicabile. Inoltre, si tratta di una tecnica utile ad assicurare l'effettiva transnazionalità della fattispecie: l'automatica applicazione della *lex fori* in quanto tale rischia di pregiudicare il carattere internazionale del rapporto, sminuendo gli altri importanti collegamenti che può avere con altri ordinamenti, violando nuovamente il principio di non discriminazione. Una serie di alternative risulta più funzionale; questa non esclude l'applicazione della *lex fori*, che viene però individuata in quanto presenta collegamenti significativi, e non perché è soluzione di comodo⁶⁴.

40. Per questi motivi, sono opportune soluzioni analoghe a quelle contenute nella proposta di regolamento in materia di regimi patrimoniali dei coniugi, struttura poi seguita anche dal Parlamento europeo negli emendamenti alla proposta di regolamento sugli effetti patrimoniali delle unioni registrate⁶⁵. Sono stabiliti criteri di collegamento a cascata che considerano la residenza abituale comune⁶⁶, la cittadinanza comune e il principio di prossimità. Tuttavia, in assenza, rileva la cittadinanza comune, in una struttura a cascata. Una maggior flessibilità e una maggior garanzia della tutela dei diritti fondamentali sottostanti sarebbero raggiunte qualora questi criteri, irrinunciabili, fossero posti fin dall'inizio in combinazione con il principio di prossimità, permettendo l'applicazione della legge della cittadinanza comune anche qualora i coniugi possiedano una residenza abituale comune, ma fosse loro più vicina

⁶³ Nell'ambito dello *status* delle persone giuridiche l'alternatività fra luogo dell'incorporazione e luogo dello svolgimento delle attività sul fondamento del principio di prossimità assicurerebbe una sufficiente prevedibilità, temperata alle esigenze di flessibilità, non pregiudicherebbe la certezza del diritto (perché l'attività commerciale in un altro Stato è evidente anche ai terzi), faciliterebbe la libera circolazione delle persone giuridiche nell'ottica dell'Unione europea e lo stesso diritto fondamentale alla libertà di impresa (perché non dovrebbero ogni volta procedere alla propria dissoluzione e nuova ricostituzione in un altro paese). La differenziazione fra persone fisiche e giuridiche nella determinazione della loro residenza abituale nell'esercizio dell'attività di impresa all'art. 19 del regolamento 593/2008 non risponde a questa esigenza, rendendo rigida e diversa nei due casi – in cui pur sempre si tratta di un imprenditore! – una nozione per natura flessibile ad adattabile alle circostanze concrete.

⁶⁴ Si ricordi l'interessante formulazione di E. JAYME, "Identité culturelle", cit., p. 172, secondo il quale anche le norme di conflitto a carattere locale possono essere modellate al fine di tutelare il diritto all'identità culturale, prendendo in considerazione l'ordinamento cui appartiene la persona di cui si tratta.

⁶⁵ Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi, presentata dalla Commissione il 16 marzo 2011, COM(2011) 126 definitivo, 2011/0059 (CNS); Proposta di Regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate, presentata dalla Commissione il 16 marzo 2011, COM(2011) 127 definitivo, 2011/0060 (CNS).

⁶⁶ Il criterio tende a favorire le libertà di circolazione comunitarie: M. BOGDAN, "Private international law as component of the law of the forum", in *Recueil des Cours*, vol. 348, 2010, p. 65; N. SAUVAGE, "La dangereuse notion de "prévisibilité raisonnable" et l'exigence de sécurité juridique", in *Rev. Union europ.*, 2012, p. 519; C.A. KERN, D. GLÜCKER, "Das Neue Europäische Erbstatut und seine Aufnahme in der deutschen Literatur", in *RebelsZ*, 2014, p. 309.

quella del paese di cittadinanza, anche per fattori personali (ad esempio, perché non ancora integrati nello Stato di residenza), o con l'autonomia della volontà, nel senso che gli interessati siano chiamati a scegliere necessariamente fra l'una o l'altra.

VI. Il controllo sul contenuto della legge applicabile

41. Alle difficoltà di individuare criteri di collegamento funzionali alla tutela dei diritti dell'uomo si aggiunge il fatto che quest'ultima dipende necessariamente, in una seconda fase, dal contenuto della legge applicabile. Ciò è particolarmente evidente anche nell'uso del metodo delle norme materiali di conflitto. Per limitarci a un esempio già ampiamente studiato, la legge della residenza abituale del consumatore dovrebbe essere favorevole a quest'ultimo per il fatto di essere conosciuta o facilmente conoscibile, per motivi di prossimità. Tuttavia, se la legge individuata non ammette alcuna protezione del consumatore, questa vicinanza cognitiva risulta poco utile. Analogamente si può ragionare in termini di diritti dell'uomo: se la legge richiamata non ne consente una protezione sufficiente, si rischia una violazione dei diritti in fase di applicazione della legge, sebbene sia stata evitata inizialmente tramite un criterio di collegamento astrattamente idoneo.

42. Anche in questa fase, il diritto internazionale privato può fornire strumenti utili alla tutela dei diritti fondamentali, primo fra tutti, il classico istituto dell'ordine pubblico⁶⁷. Inoltre, qualora un ordinamento riconosca un valore estremamente elevato a un particolare diritto fondamentale, e lo concretizzi in talune disposizioni, queste possono senz'altro assumere il rango delle norme di applicazione necessaria⁶⁸. Un approccio unilaterale di questo tipo è giustificato dalla sentenza *Omega*, che valorizza la tutela particolare assicurata nell'ordinamento tedesco alla dignità dell'uomo, nonostante il fatto che il conflitto fosse posto con un altro ordinamento di uno Stato membro dell'Unione europea, e nonostante la conseguente limitazione di una libertà fondamentale di circolazione.

43. Oltre all'approccio classico, parte della dottrina ha proposto una soluzione che potrebbe essere interessante a tal fine⁶⁹, il rinvio per considerazioni materiali⁷⁰. Qualora la legge individuata per prima non permetta una sufficiente protezione dei diritti dell'uomo, potrebbe essere applicato il sistema di diritto internazionale privato dell'ordinamento richiamato per valutare se la legge a cui quest'ultimo rinvia garantisca invece quel diritto. Si tratta di uno strumento già noto nel sistema internazionalprivatistico italiano, sebbene posto in senso contrario a quanto ora affermato, relativamente alla filiazione (art. 13, III c. l. 218/95): il rinvio è ammesso non per verificare se esiste una tutela che nel primo ordinamento richiamato non è garantita, ma all'opposto, solo se a seguito del rinvio sia comunque possibile garantirne la protezione.

44. Ulteriore dottrina⁷¹ propone di applicare un'eccezione "diritti dell'uomo", a condizione che la legge richiamata violi il nocciolo di un diritto fondamentale, che quest'ultimo sia chiaramente identificato e garantito incondizionatamente e che non sia sufficiente alcuno strumento classico di diritto

⁶⁷ Sui limiti con i quali può essere impiegato in questo contesto: C. CAMPIGLIO, "Identità culturale", cit., p. 1055.

⁶⁸ H. GAUDEMONT TALLON, "Individualisme et mondialisation", cit., p. 185; T. JOHN, L. DELAHAYE, "The Use of Private International Law Escape Device to Manage the Mediate Application of (Foreign) Human Rights in Civil and Commercial Disputes in Australia", in *A Commitment*, cit., p. 248. In questi casi, anche la scelta di legge potrebbe essere superata, incidendo sugli effetti dell'applicazione della legge. Si può riproporre l'esempio presentato da B. BOURDELOIS, "Relations familiales internationales et *professio juris*", in *Les relations privées internationales*, cit., p. 152, che esamina il caso in cui la legge scelta sia discriminatoria nella determinazione della quota successoria sulla base del sesso del chiamato all'eredità. Se nel suo contenuto viola i diritti umani, l'*optio iuris* deve essere superata. Ciò non inficia, tuttavia, il principio della libera espressione della volontà delle parti: gli strumenti di controllo sul contenuto della legge applicabile sono generali, anche nell'applicazione di criteri di collegamento oggettivi.

⁶⁹ T. JOHN, L. DELAHAYE, "The Use of Private International Law", cit., p. 248.

⁷⁰ Sugli obiettivi realizzabili per il tramite del rinvio: P. PICONE, "Riflessioni sulle finalità del "rinvio" nel diritto internazionale privato contemporaneo", in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 1192.

⁷¹ L. D'AVOUT, *Droits fondamentaux*, cit., p. 196.

internazionale privato. Altrimenti, il coordinamento deve comunque avvenire per il tramite delle norme di conflitto, che costituisce la vera “*charnière*” fra diversi ordinamenti. Si tratterebbe di uno strumento di *extrema ratio*, qualora non sia possibile garantire in altro modo un diritto fondamentale.

45. Il problema principale sorge, ancora una volta, in caso di conflitto di titolarità di diritti diversi. In queste ipotesi, la soluzione del problema non può essere astratta, ma deve necessariamente essere modulata sul caso concreto. Nell'impossibilità di valorizzare in modo assoluto entrambi i diritti, l'equilibrio dipende da una scelta di fondo, la quale non deve annullare la portata del diritto meno tutelato⁷². Una soluzione potrebbe essere la “presa in considerazione” della legge che entra in conflitto, ma non risulta applicabile. L'analogia è a quanto prescritto dall'art. 17 del regolamento 864/2007: le norme di sicurezza e condotta del paese in cui è avvenuto il fatto non hanno l'efficacia di legge che sarebbe loro propria, costituendo meri dati di fatto. Analogamente la legge in conflitto, ma non applicabile, può rilevare come fatto per una valutazione circa il grado di tutela assegnato ai diritti fondamentali contrastanti. La legge non applicata potrebbe essere presa in considerazione qualora quella regolatrice non soddisfi in modo sufficiente i diritti fondamentali della persona⁷³. In questo caso non avremmo un vero e proprio conflitto di leggi sostanziali, dal momento che, ad esempio, sarebbe applicabile la legge della cittadinanza in materia di *status* personali. Tuttavia, se l'interessato ritiene di vantare un diritto fondamentale in forza della legge del luogo della sua residenza abituale, quest'ultima dovrebbe comunque essere presa in considerazione, e concretamente verificato se sia possibile assicurare il godimento di quel diritto, interpretando e applicando a tal fine la *lex causae*.

46. Vi sia un vero e proprio conflitto fra diritti contrapposti, o sia riscontrabile una possibile violazione di un diritto fondamentale nell'applicazione rigida delle norme di conflitto, se le due leggi contengono scelte politiche molto distanti è necessaria una ponderazione. Anche in quest'ambito potrebbe intervenire l'adattamento, istituto utilizzato soprattutto nell'ambito dei diritti reali, ma che potrebbe essere letto in un'ottica più ampia⁷⁴: le leggi potenzialmente applicabili vanno adattate fra loro, qualora esprimano entrambe valori fondamentali e non rinunciabili, al fine di garantire un corretto equilibrio fra i diritti in contrapposizione. Ciò significa riconoscere un potere di temperamento al giudice. Questa discrezionalità deve essere guidata: è applicabile la legge richiamata, ma in caso di palese contrapposizione fra le leggi in conflitto, una ponderazione è necessaria, con riguardo alle posizioni tutelate anche dall'altra legge (o dalle altre leggi). È prospettabile una modulazione della tutela offerta dalla legge applicabile alla luce della protezione degli altri diritti garantiti dagli altri ordinamenti. In questo modo, è applicata la legge richiamata, in modo corretto dal punto di vista di un diritto internazionale privato già orientato alla protezione dei diritti umani; è tutelato il diritto considerato preminente nell'ordinamento della *lex causae*; tuttavia, non è pregiudicato eccessivamente l'altro diritto. Entrambi vengono quantomeno presi in considerazione per la soluzione concreta della controversia, senza dover invocare l'ordine pubblico o le norme di applicazione necessaria. Potrebbe essere sollevata l'obiezione per cui giudici di diversi ordinamenti potrebbero ritenere che l'equilibrio è posto in punti differenti, a seconda della prevalenza che la *lex fori* attribuisce all'uno o all'altro diritto tutelato. Non si tratterebbe certo di un abuso, ma di una diversa sensibilità giuridica del decidente, che gli proviene necessariamente dalla propria formazione e dall'ambiente in cui opera. Questo significa che il punto di equilibrio, che in un

⁷² O.O. CHEREDNYCHENCKO, “Fundamental Rights, European Private Law and Financial Services”, in *Constitutionalisation of European Private Law*, cit., p. 209.

⁷³ Nell'ambito della tutela all'identità culturale, E. JAYME, “Identité culturelle”, cit., p. 179, già suggeriva una soluzione analoga. Possono essere considerate come dati di fatto le leggi di cittadinanza, che sono portatrici dell'identità culturale della persona, senza tuttavia inficiare l'applicabilità della legge della residenza abituale. A p. 255 l'autore cita alcuni esempi della giurisprudenza. Più recentemente, nell'ambito del diritto di famiglia: M.-P. WELLER, “Die neue Mobilitätsanknüpfung im Internationale Familienrecht – Abfederung des Personalstatutenwechsels über die Datumtheorie”, in *IPRax*, 2014, p. 225. In questo modo è altresì parzialmente superabile il dilemma nella scelta fra cittadinanza e residenza abituale come criterio di collegamento.

⁷⁴ V. per l'estensione dello strumento: B. AUDIT, L. D'AVOUT, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2013, p. 383; L. NI-BOYET, “Les remèdes à la fragmentation des instruments européens de droit International privé (à la lumière de la porosité des catégories “*alimony*” et “*matrimonial property*” en droit anglais)”, in *Les relations privées internationales*, cit., p. 562.

ordinamento può essere considerato assolutamente soddisfacente, non è lo stesso che sarebbe stato rinvenuto altrove⁷⁵. Questo esito risulta inevitabile: tuttavia, se l'adattamento è ricercato in modo adeguato e non solo formalmente, quella decisione, seppur non pienamente condivisibile, risulterebbe accettabile anche nell'ordinamento la cui legge non è stata applicata, evitandosi problemi di riconoscimento ed esecuzione della sentenza. Inoltre, questa soluzione risulta più felice dell'applicazione sia dell'ordine pubblico, che comporta l'esclusione, sebbene solo parziale, della *lex causae*, sia delle norme di applicazione necessaria, che presuppongono una certa focalizzazione sulla *lex fori*. Non sarebbe riconosciuta prevalenza automatica ad alcun ordinamento, e di conseguenza ad alcun diritto fondamentale, pur tutelando tutti quelli in rilievo; sarebbe rispettata la portata transnazionale della fattispecie; sarebbero coordinati gli ordinamenti; le aspettative delle parti non sarebbero disattese. Ampliare la portata dello strumento dell'adattamento alla luce della considerazione materiale di tutte le leggi in conflitto risulterebbe quindi funzionale per la tutela dei diritti dell'uomo.

⁷⁵ Già negli ordinamenti di *common law*, l'approccio al problema della diffamazione è differente: R. GARNET, M. RICHARDSON, "Libel Tourism or Just Redress? Reconciling the (English) Right to Reputation with the (American) Right to Free Speech in Cross-Border Libel Cases", in *Jour. Private Int. Law*, 2009, p. 471.

I PROVVEDIMENTI PROVVISORI E CAUTELARI NEL NUOVO REGOLAMENTO BRUXELLES I-BIS*

PROVISIONAL MEASURES IN THE NEW BRUSSELS I REGULATION

NICOLÒ NISI

*Dottorando di ricerca
Università Bocconi, Milano*

Recibido: 16.02.2015 /Aceptado: 20.02.2015

Riassunto: Il regolamento (UE) n. 1215/2012 (c.d. regolamento Bruxelles I-bis) contiene alcune importanti novità in materia di provvedimenti provvisori e cautelari, in particolare con riguardo al regime di circolazione di tali provvedimenti. Il presente articolo offre un'illustrazione ed un primo esame critico di queste novità, proponendo altresì alcune soluzioni interpretative rispetto alle questioni che il nuovo testo non riesce a chiarire completamente e che saranno probabilmente oggetto di interpretazione da parte della Corte di giustizia. Ad ogni modo, la novità più interessante riguarda senza dubbio la previsione di un regime differenziato quanto all'efficacia transfrontaliera dei provvedimenti provvisori, nel senso che mentre i provvedimenti adottati da un giudice competente per il merito circolano alla stregua di qualsiasi altra decisione, al contrario, quelli emessi ai sensi dell'art. 35 sulla base del rinvio operato dalla norma agli ordinamenti nazionali, producono effetti soltanto nello Stato membro di origine.

Parole chiave: regolamento n. 1215/2012 - giurisdizione in materia civile e commerciale - provvedimenti provvisori e cautelari - libera circolazione delle decisioni - provvedimenti *inaudita altera parte*.

Abstract: The Regulation (EU) No. 1215/2012 (Brussels I-bis Regulation) does contain some important changes relating to provisional and protective measures, in particular with regard to the their regime of free movement. This article provides an illustration and a first critical examination of these innovations, trying to propose some interpretative solutions relating to the issues that the new regulation fails to clarify and that will probably be referred for preliminary rulings to the CJEU. However, the most interesting evolution is undoubtedly the introduction of a differentiated regime as to the cross-border enforcement of provisional measures, in the sense that, while measures ordered by a court having jurisdiction as to the substance of the matter can freely circulate under the regulation, on the contrary, the effects of measures ordered pursuant to art. 35 by a court of a Member State not having jurisdiction as to the substance of the matter are confined to the territory of that Member State.

Keywords: Regulation No. 1215/2012 - jurisdiction in civil and commercial matters - provisional and protective measures - free movement of judgments - ex parte measures.

Sommario: I. Cenni introduttivi. II. I provvedimenti concessi da un giudice non competente per il merito: la nozione di “provvedimento cautelare o provvisorio”. III. Problemi applicativi del “nesso effettivo di collegamento”. IV. Il nuovo regime differenziato di circolazione dei provvedimenti cautelari: 1. La portata della non circolazione dei provvedimenti provvisori ex art. 35. 2. La circolazione dei provvedimenti emessi *inaudita altera parte*. V. Competenza a conoscere nel merito e provvedimenti *ante causam*. VI. Conclusioni

* Questo articolo riprende il testo della relazione presentata al convegno “Las situaciones jurídicas transfronterizas en el siglo XXI”, organizzato dall'Università di Murcia nei giorni 19-20 giugno 2014.

I. Cenni introduttivi

1. La disciplina dei provvedimenti provvisori e cautelari è senza dubbio uno degli aspetti che meritava maggiore attenzione nell'ambito dell'ambizioso progetto di riforma del regolamento n. 44/2001 (c.d. Bruxelles I)¹, considerata la sua particolare importanza nelle controversie tra privati che presentano elementi di internazionalità². Sin dalla sua prima stesura nella convenzione di Bruxelles, infatti, tale disciplina ha creato rilevanti problemi interpretativi che però, nonostante le diverse sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea che si sono occupate della materia, non hanno trovato alcuna soluzione nel passaggio dalla convenzione al regolamento, e di fatto la lettera della norma è rimasta immutata rispetto alla formulazione originale.

Com'è noto, in materia cautelare, il sistema di Bruxelles segue un c.d. binario doppio (*double-track system*), per cui, da un lato, i giudici competenti nel merito in base ad uno dei fori previsti dal regolamento possono pacificamente adottare anche tutte le misure provvisorie e cautelari che risultino necessarie³; dall'altro, al fine di garantire un'ampia efficacia della tutela cautelare, il regolamento consente anche ai giudici di uno Stato membro non competenti per il merito di adottare i provvedimenti provvisori e cautelari previsti dalla propria legge, sulla base dei criteri di giurisdizione della *lex fori* e delle condizioni da questa richieste, purché rientrino nell'ambito di applicazione *ratione materiae* del regolamento e nella nozione di misure cautelari delineata dalla Corte di giustizia.

2. Il nuovo regolamento n. 1215/2012 (c.d. Bruxelles I-bis)⁴ interviene su questa disciplina e presenta alcune interessanti novità, in particolare con riguardo al regime di circolazione dei provvedimenti provvisori e cautelari, che per lo più non sono state valutate positivamente dalla dottrina a causa del loro effetto restrittivo⁵. Questo contributo cercherà quindi di analizzare tali novità, illustrando l'impatto della nuova disciplina sul contenzioso transnazionale, senza concentrarsi su altre questioni che, benché importanti e ancora oggi dibattute⁶, non sono state oggetto di riforma o non sono comunque confluite nel nuovo testo.

¹ Sulla proposta di riforma presentata dalla Commissione nel dicembre 2010, tra molti v. F. POCAR, I. VIARENGO, F. VILLATA (eds.), *Recasting Brussels I*, Padova, Cedam, 2012; E. LEIN (ed.), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, 2012, London, BIICL; H. GAUDEMET-TALLON, "La refonte du Règlement Bruxelles I", in M. DOUCHY-OUUDOT, E. GUINCHARD (dir.), *La justice civile européenne en marche*, Paris, Dalloz, 2012, p. 21 ss.; P.-A. NIELSEN, "The Recast of the Brussels I Regulation", in M. BONELL, M.-L. HOLLE, P.-A. NIELSEN (eds.), *Liber Amicorum Ole Lando*, Copenhagen, Djøf, 2012, p. 257 ss.

² L. COLLINS, "Provisional and Protective Measures in International Litigation", in *Recueil des cours*, 1992, t. 234, p. 19 ss.; H. BOULARBAH, "Les mesures provisoires en droit commercial international: développements récents au regard des Conventions de Bruxelles et de Lugano", in *Revue de droit commercial belge*, 1999, p. 604; H. MUIR WATT, D. BUREAU, *Droit international privé*, Tome I, Paris, PUF, 2014, p. 182: "La physionomie du contentieux international se transforme, se jouant de plus en plus désormais au stade du provisoire".

³ M. NIOCHE, *La décision provisoire en droit international privé européen. Qualification et régime en matière civile et commerciale*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 32-33. Sentenza 17 novembre 1998, causa C-391/95, *Van Uden Maritime*, in *Raccolta*, 1998, p. I-7091, punti 19 e 22; 27 aprile 1999, causa C-99/96, *Mietz*, in *Raccolta*, 1999, p. I-2277, punti 40-41. L'art. 35 della proposta della Commissione prevedeva espressamente l'attribuzione del potere di adottare provvedimenti cautelari al giudice competente per il merito della controversia. Sullo stretto legame tra la competenza cautelare e la competenza nel merito, v. F. SALERNO, *La giurisdizione italiana in materia cautelare*, Padova, Cedam, 1993, p. 234 ss.; F. GARCIMARTÍN, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, Mc Graw Hill, 1996, p. 41 ss.

⁴ G.U.U.E. n. L 351 del 20 dicembre 2012, p. 1 ss. Tra i numerosi contributi apparsi in dottrina sul nuovo regolamento, v. A. NUYTS, "La refonte du Règlement Bruxelles I", in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2013, p. 1 ss.; P.-A. NIELSEN, "The new Brussels I Regulation", in *Common Market Law Review*, 2013, p. 503 ss.; A. LEANDRO, "Prime riflessioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012 ("Bruxelles I bis")", in *Il giusto processo civile*, 2013, p. 583 ss.; T. DOMEJ, "Die Neufassung der EuGVVO", in *RabelsZ*, 2014, p. 508 ss.; J. VON HEIN, "Die Neufassung der EuGVVO", in *Recht der Internationalen Wirtschaft*, 2013, p. 97 ss.

⁵ Vedi in particolare C. HONORATI, "Provisional measures and the Recast of Brussels I Regulation: A Missed Opportunity for a Better Ruling", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2012, p. 525 ss.; A. NUYTS, "La refonte du Règlement Bruxelles I", cit., p. 37. Sulla proposta della Commissione, con specifico riferimento alle misure cautelari, v. anche C. HEINZE, "Choice of Courts Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation", in *RabelsZ*, 2011, p. 602 ss.; A. DICKINSON, "Provisional measures in the "Brussels I" Review: Disturbing the Status Quo?", in *J. Private Int. Law*, 2010, p. 519 ss.; F. SEATZU, "La proposta per la riforma del Regolamento "Bruxelles I" e i provvedimenti provvisori", in *Cuadernos de derecho transnacional*, 2011, vol. 3, n. 2, p. 170 ss.; L. SANDRINI, "Coordination of Substantive and Interim Proceedings", in F. POCAR et al. (eds.), *Recasting Brussels I*, cit., p. 273 ss.

⁶ Si pensi ad esempio al problema del coordinamento tra procedimenti cautelari e procedimenti di merito, su cui v. G. BIAGIONI, "Interferenze tra provvedimenti provvisori o cautelari e decisione di merito nella convenzione di Bruxelles", in *Riv.*

II. I provvedimenti concessi da un giudice non competente per il merito: la nozione di “provvedimento cautelare o provvisorio”

3. Un primo aspetto su cui è intervenuto il nuovo regolamento è quello della definizione di “provvedimento cautelare o provvisorio” ai fini della disciplina contenuta nell’art. 35 (*ex art.* 31), in tutti quei casi in cui il giudice adito non sia competente a decidere la controversia nel merito⁷. Si tratta, invero, di un concetto non facilmente definibile, specialmente considerando le profonde diversità che gli ordinamenti nazionali presentano con riguardo ai caratteri e alle finalità della tutela cautelare⁸. Tale problema è poi accentuato dal fatto che la norma rinvia espressamente alle legislazioni degli Stati membri, senza fornire ulteriori indicazioni al riguardo, e tale rinvio è potenzialmente in grado di minare l’applicazione uniforme del regolamento, per lo meno nei casi in cui i rimedi previsti dagli ordinamenti nazionali consistono in una definizione anticipata della controversia, indipendentemente dall’esito della causa di merito⁹.

4. La mancanza di una definizione era stata in parte colmata dalla Corte di giustizia, la quale aveva affermato che si tratta di una nozione autonoma, che ricomprende “i provvedimenti volti, nelle materie oggetto [del Regolamento], alla conservazione di una situazione di fatto o di diritto onde preservare diritti dei quali spetterà poi al giudice del merito accertare l’esistenza”¹⁰. In linea generale, è possibile affermare che non rientrano in tale nozione quei provvedimenti che hanno natura anticipatoria della decisione di merito e che sono idonei a determinare effetti potenzialmente irreversibili, alterando in questo modo il riparto della competenza stabilito dal regolamento e aprendo indirettamente la porta ai fori c.d. esorbitanti¹¹. La Corte, dunque, pur non entrando nel merito della tradizionale distinzione tra misure conservative e misure anticipatorie, aveva evidenziato come i rimedi previsti dall’art. 35 debbano necessariamente presentare il carattere della reversibilità e della strumentalità rispetto al procedimento di merito¹².

dir. int., 2002, p. 711 ss.; F. SALERNO, “Coordinamento e primato tra giurisdizioni civili nella prospettiva della revisione del regolamento (CE) n. 44/2001”, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, n. 1, p. 21; F. SEATZU, “La proposta per la riforma del regolamento ‘Bruxelles I’ e i provvedimenti provvisori”, cit., p. 170 ss.; L. SANDRINI, “Coordination of Substantive and Interim Proceedings”, cit., p. 273 ss. In proposito, l’art. 31 della proposta prevedeva che, nel caso in cui il procedimento di merito fosse stato instaurato davanti a un giudice di uno Stato membro diverso da quello adito in via cautelare, i giudici interessati avrebbero dovuto cooperare per garantire un coordinamento adeguato tra i due procedimenti.

⁷ Nel senso di specificare che il giudice competente per il merito può adottare misure cautelari senza restrizioni, v. A. DICKINSON, “Provisional measures in the “Brussels I” Review: Disturbing the Status Quo?”, cit., p. 545; M. NIOCHE, *La décision provisoire en droit international privé européen*, cit., p. 196.

⁸ Per uno sguardo comparatistico, v. C. KESSEDIAN, *Note on Provisional and Protective Measures in Private International Law and Comparative Law*, Hague Conference on Private International Law, Enforcement of Judgments, Prel Doc no 10, 1998; O. MERKT, *Les mesures provisoires en droit international privé*, Zurich, Schulthess, 1993, p. 17-62; B. HESS, *Study No JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union*, 18 Feb 2004; L. QUERZOLA, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, Bononia University Press, 2005, p. 43 ss.

⁹ Relazione esplicativa sulla convenzione concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale firmata il 30 ottobre 2007 a Lugano, elaborata dal Prof. dr. Pocar, c.d. *Relazione Pocar*, punto 125.

¹⁰ Sentenza 26 marzo 1992, causa C-261/90, *Reichert*, in *Raccolta*, 1992, p. I-2149, punto 34, con riferimento all’esclusione di un’azione revocatoria; sentenza *Van Uden* cit., punto, 37; 28 aprile 2005, causa C-104/03, *St. Paul Dairy*, in *Raccolta*, 2005, p. I-3481, punto 13. Nello stesso senso v. anche le definizioni contenute nei c.d. *Helsinki Principles*, un “Progetto sulle misure provvisorie e cautelari nel contenzioso transnazionale” adottato dalla *International Law Association* (ILA) ad Helsinki nel 1996, sui quali v. P. NYGH, “Provisional and Protective Measures in International Litigation. The Helsinki Principles”, in *RabelsZ*, 1998, p. 115-122; e C. KESSEDIAN, “Mesures provisoires et conservatoires. A propos d’une résolution adoptée par l’Association de droit international”, in *Clunet*, 1997, p. 103 ss.

¹¹ F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, Padova, Cedam, 2006, p. 296. L’Autore, in un’opera precedente, aveva affermato che “l’espressione in esame comprende ogni tipo di provvedimento che non sia suscettibile di risolvere la controversia sostituendosi al giudizio di merito”, senza escludere dunque “l’adozione di provvedimenti cautelari con finalità diverse da quelle propriamente conservative”, cfr. *La giurisdizione italiana in materia cautelare*, cit., p. 209.

¹² Si pensi ad esempio alla giurisprudenza della Corte sulle ingiunzioni di pagamento in via provvisoria di una controprestazione contrattuale, e alle due condizioni previste affinché tali misure possano essere ricomprese nell’ambito di applicazione della norma: (i) la prestazione di un’adeguata garanzia nell’ipotesi di una successiva soccombenza nel merito del ricorrente

5. Nonostante la proposta della Commissione avesse riconosciuto la necessità di chiarire la nozione di provvedimenti provvisori e cautelari¹³, il nuovo regolamento interviene in maniera mirata, e a dire il vero un po' ambigua, soltanto con riguardo ai provvedimenti relativi all'istruzione probatoria.

La Corte di giustizia si era già espressa al riguardo nel caso *St. Paul Dairy*, in cui aveva escluso dall'ambito del regolamento i provvedimenti che ordinano l'audizione di un teste, ma soltanto quelli concessi "allo scopo di permettere all'attore di valutare l'opportunità di un'eventuale azione, di determinare il fondamento di una tale azione e di calcolare la pertinenza dei motivi che potrebbero essere fatti valere in tale ambito"¹⁴. Secondo la Corte, infatti, la concessione di questo tipo di provvedimenti non risponde alle finalità dell'art. 35, in quanto potrebbe comportare una molteplicità di criteri di competenza giurisdizionale relativamente al medesimo rapporto giuridico, alterando in questo modo il sistema di riparto della giurisdizione fissato dal regolamento.

Ad ogni modo, il nuovo considerando n. 25 si limita ad escludere espressamente le misure di istruzione preventiva, come ad esempio l'audizione di testimoni, che non hanno natura cautelare e fa salva l'applicazione del regolamento n. 1206/2001 relativo all'assunzione delle prove in materia civile o commerciale¹⁵. Sono invece ricomprese nell'art. 35 le ordinanze cautelari dirette a ottenere informazioni o a conservare le prove di cui agli articoli 6 e 7 della direttiva n. 2004/48/CE sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale¹⁶.

6. Per quanto riguarda l'esclusione delle misure che non hanno natura cautelare, il testo del considerando sembra confermare la pronuncia della Corte, che si era espressa soltanto nei riguardi delle misure di istruzione *in futurum* e sembrava in ogni caso aver fatto salvi quei provvedimenti, tipicamente cautelari, che rispondono ad un interesse dell'attore diverso da quello della valutazione dell'opportunità di un procedimento nel merito, come ad esempio quello di assicurare la conservazione della prova o di garantire gli effetti del provvedimento attraverso l'effetto sorpresa¹⁷.

e (ii) la necessità che il provvedimento richiesto riguardi solo determinati beni del convenuto che si situano, o che si devono situare, nella sfera della competenza territoriale del giudice adito, cfr. sentenza *Van Uden* cit., punto 47; sentenza *Mietz* cit., punto 43. L. QUERZOLA, "Il nuovo sistema delle misure provvisorie e cautelare nel reg. Ue n. 1215/ del 2012", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2012, p. 1487; e M.-A. LUPOI, "L'attuazione negli altri Stati membri dei provvedimenti provvisori e cautelari nel regolamento UE n. 1215 del 2012 (Bruxelles I bis)", in B. CAPPONI *et al.* (a cura di), *Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, Torino, Utet, 2014, p. 1521-1522, ritengono che l'instaurazione del giudizio di merito sia soltanto eventuale. Sulla nozione di strumentalità utilizzata dalla Corte, v. anche C. CONSOLO, "Van Uden e Mietz: un'evitabile Babele", in *Int'l Lis*, 2001/2002, p. 34; e L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, vol. I, Padova, Cedam, 1999, p. 722.

¹³ Cfr. considerando n. 22 della proposta. Anche la dottrina era favorevole all'inserimento della definizione fornita dalla Corte di giustizia in un considerando, magari con qualche modifica riguardante i procedimenti arbitrali e le misure cautelari *post-causam*, cfr. C. HEINZE, "Choice of Courts Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation", cit., p. 603; M. NIOCHE, *La décision provisoire en droit international privé européen*, cit., p. 308-309. Per una critica all'assenza di una definizione, v. anche U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, "The Proposal for the Reform of Brussels I", in *ZVglRWiss*, 2011, p. 291.

¹⁴ Sentenza *St. Paul Dairy* cit., punti 15 ss.

¹⁵ Sul punto, il nuovo regolamento non prende una posizione netta, lasciando quindi senza risposta tutte le questioni che erano state poste dalla dottrina, cfr. T. DOMEJ, "Die Neufassung der EuGVVO", cit., p. 547. Sulla determinazione di una linea di demarcazione tra i due strumenti normativi, in dottrina sono state proposte interpretazioni diverse, cfr. J. VON HEIN, "Drawing the line between Brussels I and the Evidence Regulation", in *European Legal Forum*, 2008, p. I-34 ss.; P. MANKOWSKI, "Selbständige Beweisverfahren und einstweiliger Rechtsschutz in Europa", in *Juristenzeitung*, 2005, p. 1144 ss.; B. HESS, C. ZHOU, "Beweissicherung und Beweisbeschaffung im europäischen Justizraum", in *IPRax*, 2007, p. 183 ss. Ad ogni modo, considerato il carattere non "esclusivo" del regolamento n. 1206 sull'assunzione delle prove, si ritiene che anche nel vigore del nuovo regolamento possa sempre farsi ricorso all'art. 35, quanto meno nel caso in cui la presentazione dell'istanza dinanzi al giudice del luogo in cui la prova deve essere assunta risulti necessaria per garantire l'efficacia della sentenza nel merito e il ricorso allo strumento di cooperazione previsto dal regolamento n. 1206 non presenti le stesse garanzie di protezione degli interessi dell'attore, cfr. A. NUYTS, "Le règlement communautaire sur l'obtention des preuves: un instrument exclusif ?", in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2007, p. 62-64; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4° ed., Paris, LGDJ, 2010, p. 323.

¹⁶ Sul testo del nuovo considerando, si è espressa in senso molto critico L. QUERZOLA, "Il nuovo sistema delle misure provvisorie e cautelare nel reg. Ue n. 1215/ del 2012", cit., p. 1485.

¹⁷ Cfr. sentenza *St. Paul Dairy* cit., punto 17. In questo senso, v. anche C. BESSO, "L'assunzione preventiva della prova sganciata dal *periculum in mora* non è –secondo la Corte europea di giustizia– un procedimento provvisorio o cautelare", in *Int'l Lis*, 2/2006, p. 76 ss.; M. VIRGÓS SORIANO, F. GARCIMARTÍN, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Madrid, Civitas, 2007, p. 346; e D. TSIKRIKAS, "The European Dimension of Provisional Measures", in *Revue Hellenique*

Allo stesso modo, anche l'esclusione dei provvedimenti che ordinano l'audizione di un teste, senza ulteriori chiarimenti e soprattutto senza alcun riferimento alla funzione cautelare della prova, deve essere interpretata alla luce della giurisprudenza della Corte, che, come detto, nella sentenza *St. Paul Dairy* non aveva espresso un principio generale ma aveva preso in considerazione soltanto le specificità e le finalità dell'istituto nel diritto processuale olandese¹⁸.

Peraltro, questa lettura della pronuncia della Corte consente di comprendere l'inclusione delle ordinanze cautelari espressamente menzionate in materia di proprietà intellettuale, che vengono qualificate dal legislatore europeo come cautelari e dunque non rientrano nell'esclusione sopra illustrata¹⁹. A giudizio di chi scrive, quindi, l'inclusione delle ordinanze previste dalla direttiva conferma l'interpretazione per cui tutti i provvedimenti di istruzione preventiva che hanno una funzione cautelare conservativa, e che dunque rientrano nella definizione fornita dalla Corte nel caso *Reichert*, ricadono nell'ambito dell'art. 35 e possono essere richiesti al giudice del luogo in cui la prova deve essere raccolta.

III. Problemi applicativi del “nesso effettivo di collegamento”

7. Un ulteriore problema interpretativo manifestatosi nella prassi, al quale si è peraltro accompagnata una profonda incertezza circa le diverse soluzioni proposte dalla dottrina, è rappresentato dal rinvio compiuto dal regolamento agli ordinamenti nazionali. In particolare, la dottrina si era interrogata se tale rinvio dovesse essere in qualche modo limitato, così da rendere operativo anche in materia cautelare il divieto di fori esorbitanti su cui si fonda il sistema di Bruxelles e limitare il fenomeno del c.d. *remedy shopping*.

8. Nel noto caso *Van Uden*, la Corte di giustizia era stata espressamente investita della questione e aveva precisato che “il divieto stabilito dall'art. 3 [della convenzione] di invocare norme di competenza esorbitanti non si applica al regime speciale contemplato dall'art. 24”²⁰. Inoltre, la Corte aveva affermato che la concessione di provvedimenti provvisori e cautelari in forza dell'allora art. 24 della convenzione è subordinata alla condizione dell'esistenza di un “effettivo nesso di collegamento” (*real connecting*

de Droit International, 2008, p. 702. Questa interpretazione è stata poi condivisa dalla giurisprudenza francese, cfr. Cass. civ. Ire, 4 maggio 2011, *Ceai spa et Ceia international c. M. X*, Pourvoi n° 10-13.712; e tedesca, cfr. OLG Dresden, 15 settembre 2011 - 10 W 0376/11; e OLG Köln, 24 maggio 2006 - 16 W 25/06. Nel senso di una vasta esclusione delle misure di istruzione probatoria dal regime delle misure provvisorie e cautelari dal regolamento Bruxelles I, si era invece espresso E. PATAUT, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 2005, p. 749 ss.

¹⁸ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, C. DE BOE, “Les mesures provisoires et conservatoires dans le nouveau règlement Bruxelles I bis”, in E. GUINCHARD (dir.), *Le nouveau règlement Bruxelles I bis*, Bruxelles, Bruylant, 2014, p. 180-181.

¹⁹ C. HEINZE, “Choice of Courts Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation”, cit., p. 605; B. UBERTAZZI, “The EC Council Regulation on evidence and the “description” of goods infringing IP rights”, in *European Legal Forum*, 2008, p. I-85; M. BOGDAN, “The Proposed Recast of Rules on Provisional Measures under the Brussels I Regulation”, in E. LEIN (ed.), *The Brussels I Review Proposal Uncovered*, cit., p. 131. In questo senso, anche F. GARCIMARTÍN, “Provisional and protective measures in the Recast Regulation”, in *Yearbook of Private International Law*, 2014/2015 [forthcoming], il quale però opera una distinzione tra le finalità dell'art. 6 e dell'art. 7 della direttiva n. 2004/48/EC, facendo ricomprendere in ogni caso entrambe le fattispecie all'interno dell'art. 35. In senso difforme si è invece espresso A. LEANDRO, “Prime riflessioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012 (“Bruxelles I bis”)”, cit., p. 628, secondo cui si tratta di un'eccezione all'esclusione delle misure d'istruzione preventiva.

²⁰ Sentenza *Van Uden* cit., punto 42. Sul carattere esorbitante della norma, v. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, cit., p. 283; L. PALSSON, “Interim Relief under the Brussels and Lugano Conventions”, in J. BASEDOW et al. (ed.), *Private Law in the International Arena. Liber amicorum Kurt Siehr*, The Hague, Asser, 2000, p. 633; J. CARRASCOSA GONZALEZ, “Council Regulation N. 44/2001 and the Fight for the Provisional and Protective Measures”, in D. MOURA VICENTE et al. (eds.), *Estudos em memoria do Professor Doutor Antonio Marques Dos Santos*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2005, p. 269-270. In linea di principio, secondo M. VIRGÓS SORIANO, F. GARCIMARTÍN, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, cit., p. 343, l'applicazione dell'art. 35 sarebbe in questo caso giustificata soltanto se, indipendente dal domicilio del convenuto, il giudice di almeno uno Stato membro si riconoscesse come competente per il merito, anche ai sensi della propria legge nazionale, e fosse dunque nella posizione di adottare una decisione capace di circolare ai sensi del regolamento negli altri Stati membri. Sul punto v. anche l'art. 73-ter del regolamento n. 1215, introdotto recentemente dal regolamento n. 542/2014 del 15 maggio 2014 con riferimento alle norme da applicare al Tribunale unificato dei brevetti e alla Corte di giustizia del Benelux.

link, lien de rattachement réel) fra l'oggetto dei provvedimenti richiesti e la competenza territoriale dello Stato membro del giudice adito²¹, nesso che è sempre considerato realizzato ogniqualvolta la misura cautelare deve essere eseguita in tale Stato²². Nonostante gli anni trascorsi dalla pronuncia della Corte, la nozione di "nesso effettivo di collegamento" ha ancora oggi dei contorni piuttosto sfumati ed è tuttora oggetto di interpretazioni contrastanti²³. In particolare, tali divergenze si concentrano su quale grado di collegamento possa considerarsi sufficiente ai fini dell'art. 31 del regolamento n. 44.

9. Benché questa non sia la sede opportuna per affrontare l'interessante dibattito dottrinale che si è sviluppato sulla questione, vale la pena ricordare come secondo la dottrina prevalente, alla luce del riferimento contenuto nelle sentenze *Denilauler* e *Van Uden* al luogo in cui si trovano i beni oggetto del provvedimento, il nesso effettivo di collegamento debba essere interpretato nel senso di attribuire rilevanza soltanto al luogo di esecuzione della misura. Viene dunque implicitamente ammesso che i provvedimenti adottati ai sensi dell'art. 31 del regolamento n. 44 sono sottratti al regime di libera circolazione delle decisioni²⁴, ovvero che essi possono essere emanati soltanto da un giudice che possa farli attuare senza bisogno di *exequatur* in altri Stati²⁵.

Tale interpretazione appare in realtà eccessivamente restrittiva e non pienamente in linea con le pronunce della Corte di giustizia. Non può infatti essere sottaciuto che il luogo di esecuzione non costituisce l'unico criterio che permette di stabilire un nesso di collegamento effettivo tra il provvedimento richiesto e il giudice adito²⁶. Più precisamente, dalle sentenze della Corte non può dedursi una generalizzata esclusione delle misure cautelari dal regime di libera circolazione; al contrario, la Corte ha preso in considerazione la specificità delle misure richieste e oggetto di quelle decisioni (ad esempio, il pagamento in via cautelare di una provvisoria), non escludendo in linea di principio che il giudice possa attribuire rilevanza a collegamenti diversi da quelli della situazione dei beni²⁷.

²¹ Sentenza *Van Uden* cit., punto 40.

²² C. CONSOLO, "Van Uden e Mietz: un'evitabile Babele", cit., p. 31; M. PERTEGAS, "Art. 31", in P. MANKOWSKI, U. MAGNUS (eds.), *Brussels I Regulation, 2nd Revised Edition*, München, Sellier, 2012, p. 619. Del resto, questa idea di prossimità, accanto alla volontà di evitare possibili abusi delle norme sulla competenza del regolamento, era stata posta a fondamento della sentenza nel caso *Denilauler*, in cui la Corte aveva affermato che il giudice del luogo in cui sono situati i beni oggetto dei provvedimenti richiesti è certamente il più qualificato per valutare le circostanze che possono condurre alla concessione od al rifiuto dei provvedimenti richiesti od alla prescrizione delle modalità e delle condizioni che l'istante dovrà rispettare per garantire il carattere provvisorio e cautelare di tali provvedimenti (cfr. punto 16).

²³ Utilizzando l'espressione di T. HARTLEY, "Interim Measures under the Brussels Jurisdiction and Judgments Convention", in *European Law Review*, 1999, p. 678: "this judgment raises almost as many questions as it answers". Su queste differenze, v. segnatamente le ricostruzioni di L. SANDRINI, *Tutela cautelare in funzione di giudizi esteri*, cit., p. 324 ss.; e M. NIOCHE, *La décision provisoire en droit international privé européen*, cit., p. 272 ss.

²⁴ Tra molti, v. C. CONSOLO, "Van Uden e Mietz: un'evitabile Babele", cit., p. 32; H. BOULARBAH, "Les mesures provisoires en droit commercial international: développements récents au regard des Conventions de Bruxelles et de Lugano", cit., p. 606; J. NORMAND, in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1999, p. 362; B. HESS, *Study No JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union*, cit., p. 136; ID., "Die begrenzte Freizügigkeit einstweiliger Maßnahmen im Binnenmarkt II - weitere Klarstellungen des Europäischen Gerichtshofs", in *IPRax*, 2000, p. 373; D. TSIKRIKAS, "The European Dimension of Provisional Measures", cit., p. 700 ss.; H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, cit., p. 329; M. VIRGÓS SORIANO, F. GARCIMARTÍN, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, cit., p. 347 ss. Con riferimento alla norma identica contenuta nella Convenzione di Lugano, v. A. BUCHER, "Art. 31", in A. BONOMI, A. BUCHER (eds.), *Loi sur le droit international privé - Convention de Lugano*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2011, p. 1997 ss.

²⁵ Espressamente in questi termini, v. L. MARI, *Il diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, cit., p. 729; P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, "La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires", in *Rev. crit. dr. int. privé*, 1996, p. 429; e più recentemente H. MUIR WATT, D. BUREAU, *Droit international privé*, cit., p. 183.

²⁶ F. GERHARD, "La compétence du juge d'appui pour prononcer des mesures provisoires extraterritoriales", in *SZIER*, 1999, p. 130 ss.

²⁷ In questo senso, v. anche M. PERTEGAS, "Art. 31", cit., p. 618-619, secondo la quale il limite della territorialità posto dalla sentenza *Van Uden* si riferisce esclusivamente agli *interim payments*. Nello stesso senso v. G. CUNIBERTI, "La Cour de justice précise le sens de l'article 24 de la Convention de Bruxelles", in *Recueil Dalloz*, 2000, p. 381; P. SCHLOSSER, "Jurisdiction and international judicial and administrative co-operation", in *Recueil des cours*, 2000, t. 284, p. 188; G. MAHER, B.-J. RODGER, "Provisional and Protective Remedies: The British Experience of the Brussels Convention", in *ICLQ*, 1999, p. 317. D'altronde, la stessa Commissione europea nella proposta di modifica della vecchia convenzione di Bruxelles suggeriva di introdurre un nuovo art. 18-bis, che faceva riferimento al luogo di esecuzione delle misure, ma "a prescindere dal luogo in cui si producono i loro effetti", cfr. documento COM(97) 609 def del 26 Novembre 1997.

10. In altre parole, se da un lato è possibile affermare che il legame territoriale richiesto dalla Corte sussiste sempre quando il giudice adito è in grado di far eseguire il provvedimento cautelare (*forum loci executionis*), dall'altro lato non si può negare che la ricerca di tale collegamento è *necessariamente condizionata dal contenuto del provvedimento stesso*²⁸ e che, dunque, possono essere presi in considerazione criteri di collegamento diversi, ma ugualmente idonei a soddisfare le esigenze poste alla base della decisione *Van Uden*. Pertanto, nelle misure che hanno ad oggetto il sequestro di beni e più in generale nelle misure *in rem*, tale collegamento è certamente costituito dal luogo in cui si trovano i beni oggetto del provvedimento. Al contrario, per quanto riguarda le misure *in personam*, come ad esempio quelle aventi ad oggetto obblighi di fare o di non fare, ciò che rileva non è la localizzazione dei beni, ma il legame territoriale con la persona, di modo che il giudice sia in grado di far eseguire il provvedimento sanzionando il destinatario della misura nel caso di mancata ottemperanza.²⁹

IV. Il nuovo regime differenziato di circolazione dei provvedimenti cautelari

11. I provvedimenti provvisori e cautelari emessi ai sensi dell'art. 24 dell'allora convenzione di Bruxelles e dell'art. 31 del regolamento Bruxelles I sono stati considerati, sin dall'inizio, idonei a circolare liberamente alle condizioni stabilite dai rispettivi strumenti normativi³⁰. Solo in un secondo momento, la Corte ha evidenziato il carattere prevalentemente territoriale di tali provvedimenti, radicando in alcuni autori il convincimento che essi potessero produrre effetti nel solo territorio del foro nazionale esorbitante³¹.

12. Il nuovo regolamento, al fine di evitare le complicazioni relative all'individuazione dell'effettivo nesso di collegamento³², non modifica il testo del vecchio art. 31, ma interviene sulla

²⁸ Cfr. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, cit., p. 289.

²⁹ Ad esempio, con riferimento alle c.d. *worldwide freezing injunctions*, che come noto producono degli effetti extraterritoriali nei confronti di tutti i beni del destinatario dell'ingiunzione, indipendentemente dal luogo in cui tali beni sono situati, si ritiene che la presenza del convenuto nello Stato membro possa considerarsi come un collegamento sufficiente per consentire al giudice di tale Stato la loro concessione. Per questo tipo di provvedimenti, infatti, ai fini dell'esercizio della giurisdizione cautelare è necessario concentrarsi sul legame territoriale del foro adito con la persona, che, nel caso della persona fisica, può essere integrato dal domicilio o dalla residenza abituale, cfr. F. SALERNO, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel regolamento (CE) n. 44/2001*, cit., p. 291 ss. Nella giurisprudenza inglese, la presenza del convenuto nello Stato viene considerata come un nesso di collegamento sufficiente ai fini della giurisdizione *Van Uden*, cfr. *Motorola Credit Corporation v. Uzan* [2004] 1 W.L.R. 113 (CA); *Sandisk Corporation v Koninklijke Philips Electronics NV & Ors* [2007] EWHC 332 (Ch) (27 February 2007); *Masri v Consolidated Contractors International Company SAL & Anor* (includes Addendum) [2008] EWCA Civ 303 (4 April 2008). Secondo un approccio più restrittivo, invece, ai fini della concessione e della riconoscibilità all'estero della misura, sarebbe necessario considerare dove sono localizzati i beni, almeno in misura prevalente, cfr. *Banco Nacional De Comercio Exterior SNC v Empresa De Telecomunicaciones De Cuba SA & Anor* [2007] EWCA Civ 662 (04 July 2007), su cui v. L. MERRETT, "Worldwide freezing orders in Europe", in *Cambridge Law Journal*, 2007, p. 495 ss.

³⁰ Sentenza 21 maggio 1980, causa 125/79, *Denilauler*, in *Raccolta*, 1980, p. 1553, punto 17. In una precedente pronuncia, la Corte di giustizia aveva solo implicitamente ammesso l'applicazione del titolo III ai provvedimenti cautelari, in base alla considerazione che mancano nella convenzione dei criteri per distinguere tra provvedimenti provvisori o conservativi e provvedimenti definitivi, cfr. sentenza 27 marzo 1979, in causa C-143/78, *de Cavel c. de Cavel*, in *Raccolta*, 1979, p. 1055. Sul punto v. C. CONSOLO, "La tutela sommaria e la convenzione di Bruxelles: la "circolazione" comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, p. 597 ss.; A. DI BLASE, "Provvedimenti cautelari e convenzione di Bruxelles", in *Riv. dir. int.*, 1987, p. 17 ss.; G. MAHER, B.-J. RODGER, "Provisional and Protective Remedies: The British Experience of the Brussels Convention", cit., p. 316. F. GARCIMARTÍN, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, cit., p. 139; F. GERHARD, "La compétence du juge d'appui pour prononcer des mesures provisoires extraterritoriales", cit., p. 127-128; A. LAYTON, H. MERCER (eds.), *European Civil Practice*, vol. I, 2nd edn., London, Sweet & Maxwell, 2004, par. 23.022.

³¹ Ad ogni modo, come sostiene efficacemente C. HONORATI, "Provisional measures and the Recast of Brussels I Regulation: A Missed Opportunity for a Better Ruling", cit., p. 529-530, tale convincimento è dovuto ad una lettura non corretta delle pronunce della Corte, che, nonostante la poca chiarezza, non si era espressa in alcun modo a favore di una limitazione generalizzata della circolazione delle misure adottate ai sensi dell'art. 31 del regolamento. Nello stesso senso, v. A. DICKINSON, "Provisional measures in the "Brussels I" Review: Disturbing the Status Quo?", cit., p. 533. E infatti, l'argomentazione della Corte nel caso *Mietz* presuppone evidentemente che le misure adottate ai sensi dell'art. 24 della convenzione di Bruxelles potessero essere riconosciute in altri Stati membri, a condizione però che rispettassero le condizioni poste dalla sentenza *Van Uden*.

³² Sulle difficoltà applicative di questo requisito si è concentrato il *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, presented by Prof. Dr. Burkhard Hess, Prof. Dr. Thomas Pfeiffer and Prof. Dr. Peter Schlosser, Study JLS/C4/2005/03, c.d. *Heidelberg Report*, par. 730 ss. Al riguardo, A. DICKINSON, "Provisional measures in the "Brussels I" Review:

disciplina dell'esecuzione introducendo un regime differenziato quanto all'efficacia transfrontaliera dei provvedimenti provvisori. In particolare, mentre i provvedimenti adottati da un giudice competente per il merito circolano alla stregua di qualsiasi altra decisione e, alla luce dell'abolizione dell'*exequatur*, possono essere direttamente eseguiti in uno Stato membro diverso da quello in cui sono stati emessi; al contrario, quelli emanati ai sensi dell'art. 35 da un giudice non competente per il merito producono effetti soltanto nello Stato membro di origine³³. In altre parole, la soluzione scelta dal nuovo regolamento è quella di trasferire la questione della territorialità di tali provvedimenti dalla fase dell'accertamento della giurisdizione a quella dell'esecuzione.

Con una modalità che è stata molto criticata in dottrina³⁴, il regime differenziato di circolazione viene evidenziato all'art. 2, lett. a, che fa rientrare nella nozione di "decisione" ai fini del capo III sul riconoscimento e l'esecuzione anche i provvedimenti provvisori e cautelari emessi da un'autorità giurisdizionale competente a conoscere nel merito ai sensi del regolamento. Allo stesso modo, il considerando n. 33 prevede che "quando sono adottati provvedimenti provvisori, compresi i provvedimenti cautelari, da parte di un'autorità giurisdizionale competente a conoscere nel merito, dovrebbe esserne assicurata la libera circolazione a norma del presente regolamento", e che, al contrario, quando "i provvedimenti provvisori ... sono disposti da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro che non è competente a conoscere nel merito, la loro efficacia a norma del presente regolamento dovrebbe limitarsi al territorio dello Stato membro interessato"³⁵.

13. La nuova disciplina, introdotta al fine di evitare pratiche abusive delle parti che si rivolgono al foro per loro più conveniente ed efficace –diverso da quello competente per il merito– e in considerazione delle notevoli differenze tra le normative nazionali in materia³⁶, comporta un netto cambio di rotta rispetto alla giurisprudenza precedente della Corte di giustizia. Secondo quest'ultima, infatti, almeno per l'interpretazione qui preferita, non esisteva alcun ostacolo preventivo alla libera circolazione delle misure cautelari, salvo il mancato rispetto dei limiti posti alla concessione di tali provvedimenti, ovvero il criterio del nesso effettivo di collegamento e il necessario carattere provvisorio o cautelare del provvedimento concesso³⁷.

Disturbing the Status Quo?", cit., p. 547, proponeva di convertire l'esistenza del "nesso effettivo di collegamento" da requisito per la concessione di provvedimenti cautelari a fattore da prendere in considerazione ai fini dell'esercizio della giurisdizione cautelare ai sensi dell'art. 31 del regolamento. Tale requisito doveva essere mantenuto anche secondo M. NIOCHE, *La décision provisoire en droit international privé européen*, cit., p. 302 ss., secondo la quale doveva essere utilizzato come criterio giurisdizionale autonomo, a garanzia della territorialità delle misure cautelari richieste. Con sfumature diverse, v. anche J. VON HEIN, "Die Neufassung der EuGVVO", cit., p. 107; U. MAGNUS, P. MANKOWSKI, "The Proposal for the Reform of Brussels I", cit., p. 289; M. WELLER, "Der Kommissionsentwurf zur Reform der Brüssel I-VO", in *Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, 2012, p. 43.

³³ In questa direzione si era autorevolmente espressa anche la *Relazione Pocar*, par. 127. Questa soluzione, peraltro, era stata già auspicata, o comunque proposta in via interpretativa, tra i vari da E. MERLIN, "Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo", in *Riv. dir. proc.*, 2002, p. 786-788; L. MARI, "Autorizzazione e riconoscimento di provvedimenti cautelari in base alla convenzione di Bruxelles del 1968", in *Dir. com. scambi int.*, 1981, p. 237 ss.; P. GOTHOT, D. HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 Septembre 1968, Compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Paris, Jupiter, 1985, p. 115-117; H. GAUDEMET-TALLON, *Les conventions de Bruxelles et de Lugano*, Paris, LGDJ, 1993, p. 189, e ugualmente nelle edizioni successive; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, "Les compétences internationales et territoriale du juge du provisoire", in J. VAN COMPERNOLLE, G. TARZIA (dir.), *Les mesures provisoires en droit belge, français et italien*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 508 ss. Più recentemente, v. anche J. VON HEIN, J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, 9. Auflage, Frankfurt am Main, R&W, 2011, p. 527.

³⁴ Tra gli autori più critici, v. C. HONORATI, "Provisional measures and the Recast of Brussels I Regulation: A Missed Opportunity for a Better Ruling", cit., p. 528.

³⁵ Tale meccanismo viene infine realizzato anche dall'art. 42, par. 2, lett. b, il quale richiede, ai fini dell'esecuzione in uno Stato membro di un provvedimento provvisorio o cautelare, un attestato contenente una descrizione del provvedimento e certificante, tra l'altro, che l'autorità giurisdizionale è competente a conoscere del merito. Di conseguenza, alla luce del principio della fiducia reciproca e della semplificazione delle procedure di esecuzione delle decisioni straniere, deve ritenersi che la valutazione compiuta dal giudice d'origine sulla propria competenza non possa essere in alcun modo contestata e che quindi sia escluso qualsiasi forma di controllo da parte dell'autorità competente per l'esecuzione nello Stato membro richiesto.

³⁶ Tale soluzione, peraltro, rischia di accentuare le differenze ad oggi esistenti tra gli Stati membri in materia di tutela cautelare, cfr. A. NUYS, "La refonte du Règlement Bruxelles I", cit., p. 37.

³⁷ Cfr. A. LAYTON, H. MERCER (eds.), *European Civil Practice*, cit., par. 23.023; L. SANDRINI, "Coordination of Substantive and Interim Proceedings", cit., p. 274; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, C. DE BOE, "Les mesures provisoires et conservatoires dans le nouveau règlement Bruxelles I bis", cit., p. 204; A. NUYS, "La refonte du Règlement Bruxelles I", cit., p. 35 ss., parla di "renversement de la jurisprudence et de la pratique développées sous l'empire du règlement Bruxelles I".

Peraltro, è interessante notare come la soluzione offerta dal nuovo regolamento alla questione dell'esecuzione delle misure provvisorie fosse già stata adottata dalla Corte di giustizia in relazione all'art. 20 del regolamento Bruxelles II-bis³⁸. Precisamente, nella nota sentenza *Parrucker*, la Corte aveva affermato che i provvedimenti provvisori che rientrano nell'art. 20, e che quindi siano stati adottati da un giudice non competente nel merito, non fruiscono del sistema di riconoscimento e di esecuzione previsto dal regolamento, ragion per cui i loro effetti sono in linea di principio limitati allo Stato membro cui appartiene l'autorità giurisdizionale che li ha adottati³⁹.

14. La pronuncia da ultimo richiamata non può essere automaticamente trasposta nel contesto del regolamento Bruxelles I-bis. Tuttavia, alla luce di quanto sostenuto dalla Corte in quell'occasione, è opportuno domandarsi se, qualora il provvedimento sia stato emesso da un giudice non competente per il merito, non sia comunque possibile l'esecuzione in uno diverso Stato membro in forza di altri strumenti internazionali o di altre normative nazionali più favorevoli di quella prevista dal regolamento⁴⁰. Al riguardo, nonostante uno degli obiettivi principali perseguiti dal sistema di Bruxelles sia la libera circolazione delle decisioni all'interno dello spazio giudiziario europeo, ci sono diverse ragioni che sembrano escludere tale possibilità.

Difatti, se da un lato è vero che il considerando n. 33 limita l'efficacia "*a norma del presente regolamento*" dei provvedimenti cautelari adottati ai sensi dell'art. 35, dall'altro lato, la possibilità che il riconoscimento e l'esecuzione in un altro Stato membro possano avvenire, al di fuori del regolamento, sulla base delle legislazioni nazionali è prevista espressamente soltanto per i provvedimenti che sono stati adottati *inaudita altera parte*, e non in via generale. Inoltre, bisogna sottolineare che in materia cautelare non trovano applicazione i limiti previsti dall'art. 5 all'utilizzo dei fori nazionali esorbitanti e che dunque, se i provvedimenti provvisori concessi da un giudice non competente per il merito potessero essere eseguiti in altri Stati membri sulla base di regimi nazionali più favorevoli, l'effetto utile della disciplina contenuta nel regolamento verrebbe compromesso e le norme sulla giurisdizione potrebbero essere facilmente aggirate⁴¹.

1. La portata della non circolazione dei provvedimenti provvisori ex art. 35

15. Alla luce di quanto sopra, possiamo dunque affermare che, nel caso in cui l'attore non richieda la concessione del provvedimento cautelare a un giudice competente per il merito, egli dovrà necessariamente presentare la propria istanza in ogni Stato membro in cui vuole eseguire il provvedimento. Questa soluzione è stata però criticata, perché sembra porsi in contrasto con le finalità del regolamento ed in particolare con il principio della libera circolazione delle decisioni nello spazio giudiziario europeo⁴². Inoltre, appare evidente che in questo modo verrebbero incoraggiate azioni elusive e una proliferazione di procedimenti, aumentando i costi e riducendo altresì le possibilità che la decisione finale possa poi essere eseguita con successo⁴³.

³⁸ L'art. 20 del regolamento n. 2201/2003 prevede che, in casi d'urgenza, un giudice non competente per il merito possa adottare i provvedimenti provvisori o cautelari previsti dalla legge interna, relativamente alle persone presenti in quello Stato o ai beni in esso situati. Tali provvedimenti cessano però di essere applicabili quando l'autorità giurisdizionale dello Stato membro competente per il merito abbia adottato i provvedimenti ritenuti appropriati. Secondo F. SALERNO, "Necessità di un coordinamento nello spazio giudiziario europeo tra provvedimenti cautelari stranieri esorbitanti e competenza cautelare del giudice di merito", in *Riv. dir. int.*, 2003, p. 1099-1100, questa soluzione doveva essere trasposta anche all'interno del regolamento Bruxelles I.

³⁹ Sentenza 15 luglio 2010, causa C-256/09, *Parrucker*, in *Raccolta*, 2010, p. I-7353, su cui v. O. FERACI, "Riconoscimento ed esecuzione all'estero dei provvedimenti provvisori in materia familiare: alcune riflessioni sulla sentenza *Parrucker*", in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 107 ss.; C. HONORATI, "*Parrucker I e II* ed il regime speciale dei provvedimenti provvisori e cautelari a tutela dei minori", in *Int'l Lis*, 2011, p. 66 ss.

⁴⁰ Sentenza *Parrucker* cit., punto 92.

⁴¹ Dello stesso avviso anche O. LOPES PEGNA, "Il regime di circolazione delle decisioni nel regolamento (UE) n. 1215/2012 ("Bruxelles I-bis")", in *Riv. dir. int.*, 2013, p. 1208; e T. DOMEJ, "Die Neufassung der EuGVVO", cit., p. 545.

⁴² Sulla rilevanza di questo principio, nella materia cautelare, v. F. GERHARD, "La compétence du juge d'appui pour prononcer des mesures provisoires extraterritoriales", cit., p. 131; C. CONSOLO, "La tutela sommaria e la convenzione di Bruxelles: la "circolazione" comunitaria dei provvedimenti cautelari e dei decreti ingiuntivi", cit., p. 593 ss.

⁴³ A. DICKINSON, "Provisional measures in the "Brussels I" Review: Disturbing the Status Quo?", cit., p. 559; C. HONORATI, "Provisional measures and the Recast of Brussels I Regulation: A Missed Opportunity for a Better Ruling", cit., p. 532-533.

Inoltre, in termini generali, possiamo osservare che il nuovo regime fissato dal regolamento n. 1215 ben si presta ad essere applicato con riguardo alle misure *in rem*, come ad esempio quelle che hanno ad oggetto il sequestro di beni. Diversamente, resta ancora da vedere in che modo potrà essere applicato con riguardo ai pagamenti di una somma a titolo di provvisionale oppure, alla luce dei problemi evidenziati dalla prassi⁴⁴, con riferimento alle *freezing injunctions* e più in generale alle misure *in personam*: in questi casi, infatti, risulta tutt'altro che semplice contemperare le caratteristiche di questo tipo di provvedimenti con la necessità richiesta dal considerando n. 33 del regolamento che l'efficacia di tali misure sia limitata al territorio dello stato membro interessato.

16. Sarà dunque interessante vedere in che modo tale limitazione alla circolazione dei provvedimenti cautelari emessi ai sensi dell'art. 35 verrà interpretata nella prassi giudiziaria degli Stati membri. In considerazione del tenore letterale del considerando n. 33, a giudizio di chi scrive, i giudici nazionali dovranno concentrarsi non tanto sul luogo di esecuzione del provvedimento, quanto sui suoi effetti, che devono quindi essere limitati a beni presenti sul territorio dello Stato membro interessato o comunque a comportamenti che devono essere attuati o inibiti sempre all'interno del medesimo Stato⁴⁵.

Ad ogni modo, non può non rilevarsi che la scelta restrittiva operata dal nuovo regolamento pone alcuni problemi che non tarderanno a manifestarsi nella prassi del contenzioso transnazionale. Uno su tutti è certamente quello relativo alla possibilità che durante le more del procedimento cautelare avviato ai sensi dell'art. 35, o comunque in prossimità della sua concessione, il convenuto trasferisca in un altro Stato membro i beni interessati dalla misura, sfruttando abusivamente a proprio vantaggio il divieto di circolazione previsto dal regolamento⁴⁶. In questo caso, ad esempio, sarebbe opportuno ammettere un'eccezione al divieto posto dal regolamento e consentire l'esecuzione del provvedimento all'estero, in virtù del fatto che tale possibilità eviterebbe pratiche abusive delle parti, senza però privare in alcun modo la disciplina del suo effetto utile⁴⁷.

2. La circolazione dei provvedimenti emessi *inaudita altera parte*

18. La Commissione europea proponeva di introdurre un regime di libera circolazione anche per i provvedimenti concessi *inaudita altera parte* (c.d. *ex parte measures*), purché corredati di garanzie

È dunque comprensibile il timore che il fenomeno della molteplicità di richieste cautelari possa in tal modo provocare “*un morcellement du litige international qui met à mal la réunion du provisoire et du principal devant la même jurisdiction*”, cfr. P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, “La compétence internationale des tribunaux français en matière de mesures provisoires”, cit., p. 425 s. Secondo W. KENNETT, *The Enforcement of Judgments in Europe*, Oxford, OUP, 2002, p. 138: “in the absence of any co-ordination between jurisdictions, this could lead to unjustifiable pressure being exercised by the claimant through multiple proceedings”. Nello stesso senso, E. MERLIN, “Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo”, cit., p. 803, che parla di “indebita pressione sul debitore”.

⁴⁴ Cfr. nota n. 29.

⁴⁵ L. SANDRINI, *Tutela cautelare in funzione di giudizi esteri*, cit., p. 334 s. e 346; E. MERLIN, “Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo”, cit., p. 783-784.

⁴⁶ C. HEINZE, “Choice of Courts Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation”, cit., p. 611; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, “Les contours de l'article 24 de la Convention de Bruxelles : éléments de réflexion”, in R. FENTIMAN *et al.* (eds.), *L'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 255; *Heidelberg Report*, par. 745; S. LEIBLE, “Art. 31”, in T. RAUSCHER (hrsg.), *Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht: Brüssel I-VO, LugÜbk 2007*, München, Sellier, 2011, p. 702-703, par. 38; U. SPELLENBERG, S. LEIBLE, “Anmerkung zu den Van Uden- und Mietz-Entscheidungen”, in *Zeitschrift für Zivilprozeß International*, 1999, p. 231-232. E. MERLIN, “Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo”, cit., p. 791, riteneva questo principio già operante in forza della decisione *Van Uden* sulla base di un criterio di verosimiglianza, in ragione dell'inciso “beni che si situano o si devono situare”. Al riguardo, è interessante notare come, nel contesto del regolamento n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza, l'avv. gen. Mengozzi abbia affermato che ogni spostamento dei beni del debitore al di fuori del territorio dello Stato membro di apertura della procedura secondaria, dopo che la decisione di apertura di tale procedura è divenuta efficace, non può portare alla conseguenza di sottrarre tali beni alla procedura secondaria, cfr. conclusioni nella causa *Nortel*, C-649/13, presentate il 29 gennaio 2015, punto 66.

⁴⁷ Più in generale, potrebbe ammettersi che tali misure possano comunque essere eseguite in altri Stati membri dove si trovino una parte residuale di beni che sono oggetto del provvedimento e che sono specificamente individuati dallo stesso, cfr. B. HESS, *Study No JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union*, cit., p. 136; M. NIOCHE, *La décision provisoire en droit international privé européen*, cit., p. 307.

appropriate⁴⁸, modificando dunque la ormai trentennale giurisprudenza *Denilauler*, secondo la quale i provvedimenti cautelari possono essere riconosciuti solo se sono stati pronunciati nel rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa. Più precisamente, secondo la Corte, i provvedimenti emessi *inaudita altera parte* rientrano nell'ambito di applicazione del regolamento soltanto se si tratta di decisioni giurisdizionali che, prima del momento in cui il loro riconoscimento e la loro esecuzione vengano richiesti in uno Stato diverso da quello di origine, sono state oggetto, o avrebbero potuto essere oggetto, nello Stato di origine, di un'istruzione in contraddittorio⁴⁹. Pertanto, anche se detti provvedimenti sono stati emanati in esito ad una prima fase procedurale non contraddittoria, essi possono parimenti costituire oggetto di contraddittorio prima che sorga la questione del loro riconoscimento o della loro esecuzione⁵⁰.

19. Il nuovo regolamento non ha recepito la proposta della Commissione e sempre all'art. 2 stabilisce che la nozione di "decisione" ai fini del capo III non comprende i provvedimenti provvisori e cautelari emessi senza che il convenuto sia stato invitato a comparire, a meno che la decisione contenente il provvedimento sia stata notificata o comunicata al convenuto prima dell'esecuzione⁵¹. Inoltre, affinché tale condizione sia rispettata, l'art. 42, par. 2, lett. c, prevede che ai fini dell'esecuzione in un altro Stato membro di un provvedimento disposto senza che il convenuto sia stato invitato a comparire, è necessario fornire la prova della notificazione o comunicazione della decisione.

Nonostante la proposta della Commissione e autorevole dottrina avessero suggerito di superare la decisione *Denilauler*, affermando anche in questo ambito il principio della libera circolazione delle decisioni⁵², il nuovo regolamento non tiene conto né delle più recenti evoluzioni né delle necessità della pratica, e di fatto sembra codificare tale giurisprudenza.

20. In realtà, però, il regolamento fa un passo ulteriore. Secondo la giurisprudenza sopra richiamata, infatti, la Corte non riteneva sufficiente che il provvedimento fosse comunicato al debitore prima dell'esecuzione, ma esigeva che l'esecuzione fosse preceduta da un'istruzione contraddittoria, ovvero che il debitore fosse quanto meno messo nella condizione di contestare il provvedimento nell'ambito di un dibattito contraddittorio tra le parti. La nuova disciplina, invece, riduce sensibilmente il livello di protezione del convenuto, discostandosi dunque dalla giurisprudenza della Corte e dalla *ratio* che l'aveva ispirata; allo stesso tempo, però, l'esecuzione di tali provvedimenti senza la previa comunicazione al debitore viene espressamente esclusa, impedendo dunque agli stessi di produrre il c.d. effetto sorpresa⁵³.

21. Il regolamento stesso prevede in ogni caso due eccezioni al divieto di circolazione dei provvedimenti cautelari emessi *inaudita altera parte*, in assenza della previa notifica o comunicazione al convenuto. In primo luogo, il considerando n. 33 prevede che tali provvedimenti possano essere "riconosciuti ed eseguiti a norma della legislazione nazionale". Pertanto, pur non potendo beneficiare del regime semplificato di circolazione delle decisioni del regolamento, il creditore può ugualmente ottenere l'esecuzione di tali provvedimenti sulla base di regimi nazionali più favorevoli⁵⁴.

⁴⁸ Cfr. art. 2 della proposta.

⁴⁹ Sentenza *Denilauler* cit., punto 13; 2 aprile 2009, causa C-394/07, *Gambazzi*, in *Raccolta*, 2009, p. I-02563, punto 23.

⁵⁰ Sentenza 14 ottobre 2004, causa C-39/02, *Maersk Olie*, in *Raccolta*, 2004, p. I-9657, punti 50-51; 13 luglio 1995, causa C474/93, *Hengst Import*, in *Raccolta*, 1995, p. I2113, punto 14.

⁵¹ Nello stesso senso v. anche il considerando n. 33.

⁵² In senso critico rispetto alla pronuncia della Corte, si erano già espressi A. HUET, in *Clunet*, 1980, p. 939 ss.; e L. COLLINS, "Provisional Measures, the conflict of laws and the Brussels Convention", in *Yearbook of European Law*, 1981, p. 249 ss. Più recentemente, tra molti, v. H. BOULARBAH, *Requête unilatérale et inversion du contentieux*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 668 ss. Nello specifico, v. anche C. HEINZE, "Choice of Courts Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation", cit., p. 615; M. NIOCHE, *La décision provisoire en droit international privé européen*, cit., p. 198-201; e J.-F. VAN DROOGHENBROECK, C. DE BOE, "Les mesures provisoires et conservatoires dans le nouveau règlement Bruxelles I bis", cit., p. 200-201.

⁵³ F. GARCIMARTÍN, "Provisional and protective measures in the Recast Regulation", cit.; J. VON HEIN, "Die Neufassung der EuGVVO", cit., p. 108; T. DOMEJ, "Die Neufassung der EuGVVO", cit., p. 546.

⁵⁴ Tale possibilità, che come detto sopra non può in ogni caso essere oggetto di applicazione generalizzata, sembrerebbe trovare il proprio fondamento nella volontà di limitare gli effetti restrittivi della disciplina e di ricucire in qualche modo lo strappo con la proposta che era stata presentata dalla Commissione. In senso critico, v. H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et*

La seconda eccezione consiste invece nella possibilità offerta al creditore dall'art. 40 del regolamento, ai sensi del quale “una decisione esecutiva implica di diritto l'autorizzazione a procedere a provvedimenti cautelari previsti dalla legge dello Stato membro richiesto”. In particolare, si ritiene che il creditore, dopo aver ottenuto un provvedimento cautelare *inaudita altera parte* e sempre che ciò sia consentito dall'ordinamento dello Stato richiesto, possa richiedere direttamente la concessione dei provvedimenti cautelari previsti da tale ordinamento, senza la necessità di adempiere gli obblighi di comunicazione e notifica previsti dall'art. 43⁵⁵. In questo modo, pur non potendo chiedere immediatamente l'esecuzione all'estero del provvedimento ottenuto nello Stato di origine, il creditore potrebbe ugualmente ottenere nello Stato membro richiesto un provvedimento analogo previsto dal diritto interno, senza che ricorrano i limiti fissati dagli artt. 2 e 42 del regolamento.

V. Competenza a conoscere nel merito e provvedimenti *ante causam*

22. Come si è già detto, il regime differenziato di circolazione delle misure cautelari si fonda sulla distinzione tra i provvedimenti adottati da un giudice competente nel merito della controversia e quelli adottati da un giudice sulla base del rinvio dell'art. 35 alle norme nazionali. Con riguardo alla prima fattispecie, sorgono però dei dubbi interpretativi sulla nozione di “competenza a conoscere nel merito”: in particolare, considerato che il regolamento mette a disposizione dell'attore diversi fori tra loro concorrenti, è necessario comprendere se il riferimento deve intendersi come fatto esclusivamente a favore del giudice che è stato *effettivamente* adito per il merito della controversia o se invece è sufficiente che il giudice sia investito anche solo *potenzialmente* di tale competenza.

23. In primo luogo, la determinazione dell'autorità giurisdizionale competente a conoscere nel merito non pone alcun problema quando il giudice è stato effettivamente adito, precedentemente o contestualmente alla richiesta cautelare, per conoscere della controversia secondo uno dei fori previsti dal regolamento, oppure è dotato di una competenza esclusiva ai sensi dell'art. 24⁵⁶. In questi casi, infatti, i giudici degli altri Stati membri possono adottare provvedimenti cautelari esclusivamente sulla base dei criteri nazionali richiamati dall'art. 35, con le conseguenti limitazioni relativamente alla loro circolazione nello spazio giudiziario europeo⁵⁷.

24. Meno facile ed immediato è invece comprendere in che modo questo criterio debba trovare applicazione nel caso in cui il giudizio di merito non sia ancora stato avviato, né sussista una competenza esclusiva, e dunque venga richiesto un provvedimento cautelare *ante causam*. In questo caso, è necessario precisare che il regolamento non fa alcun riferimento alla previa pendenza del procedimento di merito né richiede l'instaurazione di tale procedimento entro un determinato periodo di tempo⁵⁸.

exécution des jugements en Europe, cit., p. 448 ss.; A. NUYTS, “La refonte du Règlement Bruxelles I”, cit., p. 43-44. La scelta operata dal nuovo regolamento è in ogni caso difficilmente condivisibile, in quanto la mancata applicazione uniforme in tutti gli Stati membri del regime europeo sulla circolazione delle decisioni e la conseguente apertura agli ordinamenti nazionali sembra essere contraria ai principi ispiratori del sistema di Bruxelles, quali ad esempio la certezza del diritto e la buona amministrazione della giustizia. In tal modo, si ammetterebbe poi la possibilità che all'interno dello spazio giudiziario europeo si arrivi a soluzioni diverse, a seconda degli Stati membri, in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni.

⁵⁵ J.-F. VAN DROOGHENBROECK, C. DE BOE, “Les mesures provisoires et conservatoires dans le nouveau règlement Bruxelles I bis”, cit., p. 202.

⁵⁶ In quest'ultimo caso, potrebbe trovare applicazione lo stesso principio espresso dalla Corte di giustizia nella sentenza 3 aprile 2014, causa C-438/12, *Weber*, non ancora pubblicata in Raccolta, con riferimento ai rapporti tra le competenze esclusive previste dall'art. 24 (*ex art. 22*) e l'art. 29 (*ex art. 27*) in materia di litispendenza.

⁵⁷ In questo senso, cfr. sentenza *Van Uden* cit., punto 34. C. HONORATI, “Provisional measures and the Recast of Brussels I Regulation: A Missed Opportunity for a Better Ruling”, cit., p. 539; L. SANDRINI, *Tutela cautelare in funzione di giudizi esteri*, cit., p. 394; J. VON HEIN, J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht*, cit., p. 522, par. 11; M. VIRGÓS SORIANO, F. GARCIMARTÍN, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, cit., p. 340-341; P. BEAUMONT, P. MCELEAVY, *Anton's Private International Law*, 3° ed., Edinburgh, W. Green, 2011, par. 8.342, secondo i quali l'espressione utilizzata dal regolamento è ambigua e dovrebbe essere chiarita nel senso che la norma si riferisce soltanto a “a court exercising jurisdiction over the substance of a matter”.

⁵⁸ In termini diversi, v. invece l'art 9, par. 5, della direttiva 2004/48/EC sul rispetto dei diritti di proprietà intellettuale e l'art. 10 del regolamento n. 655/2014 che istituisce una procedura per l'ordinanza europea di sequestro conservativo su conti

In particolare, in assenza di efficaci meccanismi di coordinamento, ci si chiede cosa succeda nel caso in cui il provvedimento cautelare sia richiesto ad un giudice potenzialmente competente nel merito ai sensi del regolamento (si pensi ad esempio al foro generale del domicilio del convenuto), e successivamente un giudice di un altro Stato membro sia effettivamente adito per il merito della controversia (sulla base di uno dei fori speciali previsti dall'art. 7)⁵⁹.

Al fine di evitare il rischio di un possibile contrasto tra provvedimenti cautelari, e tenuto conto della volontà del legislatore europeo di valorizzare la competenza cautelare dell'autorità chiamata a decidere nel merito, sembra più corretto considerare come "competente per il merito" ai sensi dell'art. 2 soltanto il giudice che è stato effettivamente adito sulla base di uno dei fori previsti dal Regolamento⁶⁰. In altre parole, la soluzione preferibile sembra essere quella per cui un giudice potenzialmente competente, ma non ancora effettivamente adito, possa adottare provvedimenti provvisori e cautelari soltanto ai sensi dell'art. 35, sulla base quindi dei fori cautelari nazionali e con effetti territorialmente limitati allo Stato membro interessato⁶¹. Ne consegue che, ad eccezione del caso in cui il giudice adito sia dotato di una competenza esclusiva ai sensi dell'art. 24, la parte che vuole ottenere un provvedimento cautelare *ante causam* ad effetti extraterritoriali sarebbe costretta a instaurare contestualmente il procedimento di merito.

25. Al contrario, alcuni autori ritengono che il criterio qui in esame si riferisca a qualsiasi giudice potenzialmente competente ai sensi del regolamento. Di conseguenza, qualora venga successivamente adito per il merito il giudice di uno Stato membro diverso, le misure precedentemente adottate potrebbero essere mantenute soltanto nei limiti previsti dall'art. 35, ed in caso contrario tali misure dovrebbero essere revocate o comunque ne cesserebbero gli effetti extraterritoriali (con conseguente estinzione di eventuali procedure di esecuzione in altri Stati membri)⁶².

Questa interpretazione, però, oltre a non garantire il principio della certezza del diritto e della prevedibilità del foro cautelare, consentirebbe a giudici non aditi per il merito di adottare misure provvisorie o cautelari al di là dei limiti posti dalla Corte di giustizia, in particolare con riguardo alla nozione

bancari. Sul punto, v. anche le conclusioni dell'avv. gen. Cruz Villalon nella causa *Solvay*, C-616/10, presentate il 29 marzo 2012, punto 48.

⁵⁹ Si ricorda che la richiesta cautelare ai sensi dell'art. 35 del regolamento non ha alcun effetto sull'accertamento della competenza per il merito, cfr. Cass. s.u., 13 febbraio 1993, n. 1821, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, p. 354 ss. Cfr. F. GARCIMARTÍN, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, cit., p. 46. In senso contrario, v. B. HESS, *Study No JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union*, cit., p. 142, nota n. 814.

⁶⁰ Cfr. *Helsinki Principles*, n. 16, che fanno riferimento all'esercizio effettivo della competenza nel merito ai fini degli effetti extraterritoriali delle misure adottate, indipendentemente dalla localizzazione dei beni. V. anche E. MERLIN, "Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario europeo", cit., p. 804.

⁶¹ In questo senso, v. C. HONORATI, "Provisional measures and the Recast of Brussels I Regulation: A Missed Opportunity for a Better Ruling", cit., p. 539-540; A. DICKINSON, "Provisional measures in the "Brussels I" Review: Disturbing the Status Quo?", cit., p. 545-546; M. NIOCHE, *La décision provisoire en droit international privé européen*, cit., p. 197; J-F. VAN DROOGHENBROECK, C. DE BOE, "Les mesures provisoires et conservatoires dans le nouveau règlement Bruxelles I bis", cit., p. 193; A. BRIGGS, P. REES, *Civil jurisdiction and judgments*, 5th ed., London, Informa, 2009, p. 650; A. Nuyts, "La refonte du Règlement Bruxelles I", cit., p. 37 ss. Né una diversa interpretazione può trarsi dalla recente adozione del regolamento n. 655 del 2014 che istituisce una procedura per l'ordinanza europea di sequestro conservativo su conti bancari, il quale, all'art. 5, prevede espressamente che il creditore possa avvalersi dell'ordinanza di sequestro conservativo anche prima dell'introduzione del procedimento di merito contro il debitore in uno Stato membro. Si tratta infatti di uno strumento strettamente conservativo (cfr. art. 10), che per le sue caratteristiche non consente di essere applicato in via analogica nell'ambito dell'art. 35 del regolamento n. 1215. Inoltre, il suo carattere di strumento di diritto processuale uniforme comporta un superamento delle profonde differenze esistenti in materia cautelare tra i vari ordinamenti nazionali e si pone quindi al di fuori della *ratio* dell'art. 35 e dei problemi che si sono posti nell'ambito del regolamento Bruxelles I.

⁶² Con sfumature tra loro diverse, v. F. GARCIMARTÍN, "Provisional and protective measures in the Recast Regulation", cit.; ID., *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, cit., p. 45-47; L. SANDRINI, *Tutela cautelare in funzione di giudizi esteri*, cit., p. 392-394; EAD., "Coordination of Substantive and Interim Proceedings", cit., p. 280; M.-A. LUPOI, "L'attuazione negli altri Stati membri dei provvedimenti provvisori e cautelari nel regolamento UE n. 1215 del 2012 (Bruxelles I bis)", cit., p. 1533. Tale interpretazione è particolarmente radicata nella dottrina tedesca, cfr. H. NAGEL, P. GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, 7. Auflage, Köln, Schmidt, 2013, p. 802, par. 8; S. LEIBLE, "Art. 31", cit., p. 691, par. 18; P. SCHLOSSER, *EU-Zivilprozessrecht*, 3. Auflage, München, C. H. Beck, 2009, p. 154, par. 10; B. HESS, "Die begrenzte Freizügigkeit einstweiliger Maßnahmen im Binnenmarkt II - weitere Klarstellungen des Europäischen Gerichtshofs", cit., p. 374; U. SPELLENBERG, S. LEIBLE, "Anmerkung zu den Van Uden- und Mietz-Entscheidungen", cit., p. 228; A. STADLER, "Erlaß und Freizügigkeit einstweiliger Maßnahmen im Anwendungsbereich des EuGVÜ", in *Juristenzeitung*, 1999, p. 1094 ss.

di misure provvisorie ai sensi dell'art. 35. Inoltre, una siffatta lettura si porrebbe in contrasto con la *ratio* della nuova disciplina, che mira alla concentrazione della competenza cautelare e di merito dinanzi al medesimo giudice. Da ultimo, ad avviso di chi scrive, la norma si presterebbe ad essere facilmente aggirata da parte del destinatario della misura, il quale, subito dopo la concessione di un provvedimento provvisorio adottato *ante causam* da un giudice potenzialmente competente, potrebbe decidere di avviare il giudizio di merito –magari proponendo una domanda di accertamento negativo capace di attivare le norme sulla litispendenza fondate sul criterio di prevenzione cronologica⁶³– davanti a un giudice diverso da quello cautelare, facendo così cessare gli effetti extraterritoriali della misura e privando dunque la norma di qualsiasi utilità pratica.

VI. Conclusioni

26. Come emerge dai paragrafi precedenti, le novità introdotte dal nuovo regolamento n. 1215 in materia cautelare non convincono nel loro complesso. Il divieto di circolazione dei provvedimenti provvisori e cautelari, adottati da un giudice non competente per il merito, risulta eccessivo rispetto alle ragioni di fondo che ne hanno giustificato l'inserimento, ed è dunque difficilmente comprensibile alla luce della direzione intrapresa dal diritto internazionale privato europeo verso una maggiore efficacia del regime di circolazione delle decisioni. In altre parole, si tratta di una restrizione che si pone in contrasto con il principio ispiratore del sistema di Bruxelles e con la volontà stessa di creare un vero spazio giudiziario europeo.

Inoltre, la soluzione del nuovo regolamento, introdotta per eliminare le incertezze interpretative legate alla nozione del “nesso effettivo di collegamento”, e più in generale per risolvere i problemi che erano emersi nella prassi, finisce in definitiva per crearne di nuovi, favorendo la separazione degli ordinamenti nazionali e incoraggiando altresì possibili comportamenti abusivi da parte dei soggetti interessati. Proprio al fine di evitare che si vengano a creare ulteriori problemi di coordinamento tra procedimenti cautelari e procedimenti di merito, si ritiene che la nozione di “competenza a conoscere nel merito”, nonostante la (colpevole) assenza di un'indicazione espressa, debba essere interpretata nel senso che soltanto il giudice che è stato effettivamente adito, sulla base di uno dei fori previsti dal regolamento, possa adottare provvedimenti ad effetti extraterritoriali.

27. Per il resto, le novità introdotte con riferimento alla nozione di provvedimenti provvisori e cautelari appaiono modeste e tutt'altro che risolutive, anche a causa dell'utilizzo di espressioni ambigue e fuorvianti. Invero, il regolamento ha rinunciato ad inserire nel testo una definizione di provvedimenti cautelari o a prendere posizione sulla rilevanza, ai fini dell'esercizio della giurisdizione cautelare, della natura conservativa o meno del provvedimento richiesto. Allo stesso modo, non viene per nulla chiarito il rapporto con il regolamento n. 1206 in materia di assunzione delle prove, lasciando senza risposta le questioni evidenziate dalla dottrina.

Anche la scelta fatta in relazione ai provvedimenti che vengono concessi *inaudita altera parte* appare discutibile e lontana dalle esigenze evidenziate dalla prassi. La via di mezzo seguita dal regolamento, infatti, si discosta dalla giurisprudenza *Denilauler* in un modo che diminuisce sensibilmente le garanzie del debitore, senza però consentire al creditore di avvantaggiarsi dell'effetto sorpresa che contraddistingue queste misure.

⁶³ Si ricorda che il procedimento cautelare non ha alcuna rilevanza ai fini della prevenzione, cfr. *Nordea Bank Norge ASA, Vasonia Shipping Company Limited v Unicredit Corporate Banking SpA, Banca di Roma SpA* [2011] EWHC 30 (Comm).

LA PROTECCIÓN DE BIENES CULTURALES ROBADOS E ILÍCITAMENTE EXPORTADOS A EE.UU. INCORPORACIÓN DEL ARTÍCULO 7 DE LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO DE 1970 AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESTADOUNIDENSE

PROTECCION OF STOLEN AND ILLICITLY EXPORTED CULTURAL PROPERTY TO U.S. INCORPORATION OF ARTICLE 7 OF THE 1970 UNESCO CONVENTION TO THE UNITED STATES LEGAL SYSTEM

M. ESTHER PORTELA VÁZQUEZ

*Doctora en Derecho de la Cultura (Instituto Interuniversitario para la Comunicación Cultural,
UNED-Universidad Carlos III de Madrid)*

Recibido: 11.01.2015/ Aceptado: 26.01.2015

Resumen: En 1983 se aprobaba en EE.UU. la *Cultural Property Implementation Act*, la ley que incorpora la Convención de la UNESCO de 1970 al ordenamiento jurídico estadounidense. Este artículo analiza pormenorizadamente la forma en la que el art.7 de la Convención fue incorporado, partiendo de la definición de bien cultural y finalizando con los requisitos de obligado cumplimiento que establece dicha ley para lograr la protección de los mismos, y que son desgranados mediante el examen de casos de robo ocurridos en los últimos años. Las disposiciones de la CCPIA en materia de bienes culturales son comparadas con las de la Convención de 1970, poniendo de manifiesto las similitudes y sobre todo las diferencias entre ambos instrumentos.

Palabras clave: tráfico ilícito de bienes culturales, protección internacional bienes culturales robados, CCPIA, Convención UNESCO 1970.

Abstract: In 1983 was enacted in U.S. the Cultural Property Implementation Act, the law that incorporates 1970 UNESCO Convention to the United States Legal System. This article focuses on the way that article 7 of the Convention was incorporated, starting with the definition of Cultural Property and finalizing with the mandatory requirements established by this Law to get its protection, that are detailed here, using examples of real cases. CCPIA's Cultural Property provisions are compared with those included in the Convention, trying to identify the similarity and differences between both instruments.

Key words: Illicit Trade of Cultural Property, International Protection of Stolen Cultural Property, CCPIA, 1970 UNESCO Convention.

Sumario: I. Introducción. II. Definición de bienes culturales en virtud de la CCPIA. Diferencias con relación a la definición propuesta por la Convención de 1970. 1. Bienes culturales en virtud de la CCPIA. 2. Diferencias con la definición de bienes culturales propuesta por la Convención de 1970. A. Eliminación de la designación de los bienes culturales como de "importancia". B. Enfoque de la definición. Nacionalismo versus internacionalismo. C. Bienes culturales frente a objetos culturales. Consideraciones sobre los bienes culturales como propiedad privada. III. Bienes culturales protegidos por la sección 2607 de la CCPIA. Requisitos de obligado cumplimiento. 1. El

robo. A. Definición del término robado en virtud de la CCPIA. B. Consecuencias de la aplicación de la doctrina *McClain*. a. Revisión del término *robado* en la legislación estadounidense. b. Jurisprudencia tras *McClain* y *Schultz*. c. Cohabitación de la CCPIA y la NSPA. 2. Sujeto víctima del robo. A. Museos. a. Caso del robo en el *Chebli-Ahcene Cultural Centre of Skikda* (Argelia). b. Caso del colgante robado del Museo Hermitage de San Petersburgo. c. Caso del robo de las pinturas “Venus y Adonis” y “Hércules y Omfale” del Museo Brancaccio. B. Monumentos. a. Caso del robo en la iglesia de *Santa María degli Angeli Alle Croci* (Nápoles). b. *United States v. One Tenth Century Marble Wall Panel Sculpture of a Guardian From The Tomb of Wang Chuzi*. C. Instituciones de similares características. 3. Condición de los bienes culturales. A. Bienes identificados y registrados por la institución en su inventario. B. Bienes identificados cuya pertenencia al inventario se acredita por vías indirectas. C. Bienes identificados que no pertenecen al inventario de la institución. 4. Lugar del robo. A. Lugar en el que se hallan los bienes en el momento del robo. B. Lugar en el que se ubican los museos, monumentos e instituciones de similares características del que los bienes culturales son robados. 5. Fecha en la que se ha producido el robo y su posterior exportación a EE.UU.

I. Introducción

1. Podemos afirmar que el artículo 7 de la Convención de 1970, ha sido uno de los menos controvertidos en el transcurso de los debates previos a la aprobación y posterior redacción de la *Cultural Property Implementation Act* (CCPIA), la ley que incorpora dicha convención al ordenamiento jurídico estadounidense¹.

Una de las causas de la menor confrontación es que fue la propia Delegación estadounidense la que sugirió e impulsó la reforma de este artículo y la mayor parte de su planteamiento y contenido².

2. En su forma definitiva, éste contiene las disposiciones relativas al comportamiento de los museos e instituciones de similares características y a la prohibición de la importación de los bienes que han sido robados de ellos³.

El primero de estos puntos, que fue incorporado finalmente por la UNESCO para complementar el art.7, bebía de las fuentes de los Principios Generales de su Recomendación de 1964⁴. De forma

¹ “Convention on Cultural Property Implementation Act”, 19 U.S.C. §§ 2601-2613 (2011).

² M. B. FELDMAN, “The UNESCO Convention on Cultural Property: A Drafter’s Perspective”, en ART AND CULTURAL HERITAGE LAW COMMITTEE, *Art & Cultural Heritage Law Newsletter*, vol. 2, nº1, verano 2010, pp. 1-6.; P.M. BATOR, “An Essay on the International Trade in Art”, *Stanford Law Review*, vol. 34, nº 2, 1981-1982, pp. 275-384.

³ “Instrumento de Ratificación de la Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales hecha en París el 17 de noviembre de 1970”, *BOE*, nº 31, 5 febrero 1986, pp. 4869-4872. “Art. 7. Los Estados partes en la presente Convención se obligan:

a) a tomar todas las medidas necesarias, conformes a la legislación nacional, para impedir la adquisición de bienes culturales procedentes de otro Estado Parte en la Convención, por los museos y otras instituciones similares situados en su territorio, si esos bienes se hubieren exportado ilícitamente después de la entrada en vigor de la Convención; y en lo posible, a informar al Estado de origen, Parte en la Convención, de toda oferta de bienes culturales exportados ilícitamente de ese Estado después de la entrada en vigor de la presente Convención en ambos Estados;

b) i) a prohibir la importación de bienes culturales robados en un museo, un monumento público civil o religioso, o una institución similar, situados en el territorio de otro Estado Parte en la Convención, después de la entrada en vigor de la misma en los Estados en cuestión, siempre que se pruebe que tales bienes figuran en el inventario de la institución interesada ;

ii) a tomar medidas apropiadas para decomisar y restituir, a petición del Estado de origen Parte en la Convención, todo bien cultural robado e importado después de la entrada en vigor de la presente Convención en los dos Estados interesados, a condición de que el Estado requirente abone una indemnización equitativa a la persona que lo adquirió de buena fe o que sea poseedora legal de esos bienes. Las peticiones de decomiso y restitución deberán dirigirse al Estado requerido por vía diplomática. El Estado requirente deberá facilitar, a su costa, todos los medios de prueba necesarios para justificar su petición de decomiso y restitución. Los Estados partes se abstendrán de imponer derechos de aduana, u otros gravámenes, sobre los bienes culturales restituidos con arreglo al presente artículo.

Todos los gastos correspondientes a la restitución del o de los bienes culturales en cuestión, correrán a cargo del Estado requirente”.

⁴ “Recomendación sobre Medidas Encaminadas a Prohibir e Impedir la Exportación, Importación y Transferencia de Propiedades Ilícitas de Bienes Culturales, en “*Conferencia General, 13ª reunión*”, 1964. En concreto en p. 155: “II. 8. Los museos, y en general todas las instituciones y servicios encargados de la conservación de bienes culturales, deben abstenerse de adquirir cualquier bien cultural procedente de una exportación, de una importación o de una transferencia de propiedad ilícitas”.

menos estricta que en el borrador preliminar, el art. 7. a) prohíbe la adquisición de bienes culturales por parte de museos e instituciones, que hayan sido ilícitamente exportados de otro Estado parte⁵. Este punto no fue secundado por la Delegación estadounidense y como consecuencia no ha sido incorporado a su legislación. Como así lo expresó ésta, el Gobierno de EE.UU. no deseaba inmiscuirse en el funcionamiento diario de las instituciones o museos, cuya práctica totalidad son de índole privado. Su intervencionismo se limita únicamente a abogar por el cumplimiento de esta premisa en las escasas representaciones de entidades públicas del país, y en una mera recomendación al resto. Y para que así conste, el Ejecutivo y posteriormente el Congreso, incluyeron este postulado dentro de las reservas y declaraciones a las que EE.UU. condicionó la aprobación de la Convención de 1970 en su territorio⁶. Es únicamente ahí donde se menciona este punto, que no aparece reflejado ni en la transposición del art.7 ni en el resto de secciones de la CCPIA. En consecuencia, en el supuesto de que la exportación ilícita se haya consumado y el bien se encuentre en territorio estadounidense y sea objeto de venta, el Estado parte de origen no podrá apelar a la aplicación del art.7. a)⁷.

El segundo establece la prohibición de importar bienes culturales que hayan sido robados de un museo, monumento público o institución de similares características y su restitución al Estado parte de origen. Ambas obligaciones fueron secundadas por EE.UU. desde el inicio. La sección 2607 de la CCPIA recoge la primera de ellas, mientras que el desarrollo de la segunda se encuentra repartido entre las secciones 2609 y 2610.

3. Otra de las razones que justificaría la mayor disposición a la implementación del art.7.b. podría devenir de la misión social y educativa que llevan a cabo las instituciones a las que éste se refiere. El artículo y su sección homóloga de la CCPIA, no abogan por la protección de todo el universo de bienes culturales, sino por la de una muestra de ellos, que ambas definen de similar pero no idéntica forma. Los selectos, lo son en virtud de sus propietarios, entidades constituidas con espíritu y vocación de servicio a la sociedad y sin fines lucrativos. Se prima su labor social, pero también se penaliza de algún modo, su negligencia en la custodia de los bienes que albergan, puesto que cuando no pueden demostrar documentalmente que son de su propiedad, éstos son automáticamente desprotegidos.

La sustracción de los objetos inventariados en las instituciones de referencia no conlleva únicamente el perjuicio individual para el propietario, sino para la sociedad en su conjunto, a quien sirve. El reconocimiento internacional de esta realidad favorece la unánime e indiscutida protección que merecen y su restitución al lugar de origen en caso de robo.

4. La definición del término “robado” (*stolen*) es el punto más problemático de la transposición de este artículo y uno de los más controvertidos de cuantos se discutieron durante las negociaciones, fundamentalmente por la necesidad de limitar el alcance de la doctrina *McClain*⁸.

⁵ El punto i) del borrador preliminar contemplaba sanciones disciplinarias y penales para los responsables de museos o instituciones de similares características que hubieran añadido a las colecciones de éstos, bienes culturales ilícitamente exportados sin haber verificado su procedencia.

⁶ U.S. DEPARTMENT OF STATE, “Letter of Submittal. The Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property on November 11th, 1971”, en U.S. SENATE, *Convention of Ownership of Cultural Property*, Executive Report nº 92-29, 8 agosto 1972, pp. 17-25. En concreto en p. 20: “The United States Delegation to the UNESCO Sixteenth General Conference, which adopted the Convention, made a statement before voting that in its view Article 7 (a) is a compromise provision which applies to institutions whose acquisition policy is subject to national control under domestic legislation, and that it does not require the enactment of new laws to establish national control over other institutions, but will exert powerful moral influence on all institutions. No delegation objected to the United States interpretations”.

⁷ J.L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ menciona tres supuestos de aplicación del art.7 de la Convención de 1970 en relación a la protección de los bienes culturales del patrimonio histórico español. En el primer supuesto, que se refiere a un bien cultural exportado ilícitamente en proceso de venta, considera que el Gobierno español podría solicitar al Gobierno del Estado en el que se encuentre el bien, aplicar el art.7. a), obligando a la institución a detener la venta por motivos éticos. Sin embargo, en el caso de EE.UU. esto no sería posible puesto que la CCPIA únicamente recoge el art.7.b. En dicho supuesto, el Gobierno español podría solicitar al estadounidense que iniciara la acción de incautación y decomiso recogida en ese último artículo, bien antes de la venta o tras haberse consumado. Al respecto *vid.* J.L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, “Estudios jurídicos sobre patrimonio cultural de España”, Marcial Pons, Barcelona, 2004, pp. 410-412.

⁸ *Vid.* §§ 28-30.

II. Definición de bienes culturales en virtud de la CCPIA. Diferencias con relación a la definición propuesta por la Convención de 1970

1. Bienes culturales en virtud de la CCPIA

5. A diferencia de la Convención de 1970, que contempla únicamente una tipología de bienes a los que denomina de forma genérica “bienes culturales”, la CCPIA efectúa una clara e importante distinción entre los objetos que protege. A los “bienes culturales (*cultural property*)”, que son los que corresponderían a los definidos en dicha Convención, se suman los denominados, “materiales arqueológicos o etnológicos (*archaeological or ethnological material*)”, que al igual que los primeros, disponen de un tratamiento específico y diferenciado, con derechos y obligaciones diseñados en torno a ellos. Los “bienes culturales” son la base de la implementación del art.7, mientras que los “materiales arqueológicos o etnológicos”, los de la del art.9.

A efectos de la CCPIA, “bienes culturales” (*cultural property*) son aquellos objetos incluidos dentro de las categorías a)-k) del art. 1 de la Convención de 1970⁹. En ellas se recogen bienes muebles de todo tipo y condición, independientemente de su valor económico y antigüedad (sólo requerida en los puntos e) y k) y algunos inmuebles¹⁰. Monumentos artísticos, históricos o zonas arqueológicas, y en general, cualquier objeto que pueda surgir de su desmembración, se incluirían en estos últimos¹¹.

6. La referencia al art.1 de la Convención se introdujo en 1977 a propuesta de los grupos favorables a la incorporación de ésta al ordenamiento jurídico estadounidense¹². En un primer momento se descartó su consideración puesto que, desde el origen de las negociaciones, el Gobierno estadounidense rechazaba las dos primeras: la (a) que se refiere a los especímenes de zoología, botánica o paleontología,

⁹ 19 U.S.C. § 2601 (6) (2011).

¹⁰ Convención de la UNESCO de 17 de noviembre de 1970, art. 1: “Para los efectos de la presente Convención se considerarán como bienes culturales los objetos que, por razones religiosas o profanas, hayan sido expresamente designados por cada Estado como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia y que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación:

- a) las colecciones y ejemplares raros de zoología, botánica, mineralogía, anatomía, y los objetos de interés paleontológico;
- b) los bienes relacionados con la historia, con inclusión de la historia de las ciencias y de las técnicas, la historia militar y la historia social, así como con la vida de los dirigentes, pensadores, sabios y artistas nacionales y con los acontecimientos de importancia nacional;
- c) el producto de las excavaciones (tanto autorizadas como clandestinas) o de los descubrimientos arqueológicos;
- d) los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico;
- e) antigüedades que tengan más de 100 años, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados;
- f) el material etnológico;
- g) los bienes de interés artístico tales como:
 - i) cuadros, pinturas y dibujos hechos enteramente a mano sobre cualquier soporte y en cualquier material (con exclusión de los dibujos industriales y de los artículos manufacturados decorados a mano);
 - ii) producciones originales de arte estatuario y de escultura en cualquier material;
 - iii) grabados, estampas y litografías originales;
 - iv) conjuntos y montajes artísticos originales en cualquier materia;
- h) manuscritos raros e incunables, libros, documentos y publicaciones antiguos de interés especial (histórico, artístico, científico, literario, etc.) sueltos o en colecciones;
- i) sellos de correo, sellos fiscales y análogos, sueltos o en colecciones;
- j) archivos, incluidos los fonográficos, fotográficos y cinematográficos;
- k) objetos de mobiliario que tengan más de 100 años e instrumentos de música antiguos.

¹¹ Los bienes muebles procedentes de la desmembración de inmuebles son expresamente mencionados en el punto d) de la Convención, pero también por el Comité de Finanzas del Senado, que declara en relación a ellos, que la intención de la sección es la de proteger igualmente a los ornamentos que se localizan en las fachadas, muros interiores y exteriores.

Al respecto *vid.* U.S. SENATE COMMITTEE ON FINANCE, “Miscellaneous Tariff 1982. Hearings before the Subcommittee on International Trade of the Committee on Finance United States Senate”, U.S. Government Printing Office, 1982. En p. 32: “An article of cultural property would be covered by section 208 (ahora sección 2607) if it were listed in the inventory of a particular institution or if it were affixed to or located in or on an edifice or site which itself is included in an inventory”.

¹² H.R. 5643, 95th Cong. (1977), § 13 (6): “The term “cultural property” includes articles described in Article 1 (a) through (b) of the Convention”.

y la (b) que alude a los bienes relacionados con la historia, la ciencia, la técnica o la historia militar¹³. La razón de su supresión era que, a su juicio, ambas se dispersaban de la definición de bien cultural tradicional, que aludía básicamente a antigüedades y otras manifestaciones artísticas de similares características. Posteriormente, en 1982, se introducían ambas categorías pero se omitían el resto, probablemente debido más a un error de transcripción que a una acción intencionada¹⁴. Finalmente, en la última de las propuestas de ley se llegaba al acuerdo de adoptar las once categorías que contempla la Convención, que habían sido consensuadas internacionalmente en 1970.

7. La categoría de “bienes culturales” es más amplia que la de “materiales arqueológicos y etnológicos”, estando éstos últimos englobados dentro de los primeros¹⁵. Los “materiales arqueológicos o etnológicos” son en sí mismos “bienes culturales”, pero no son los únicos existentes, comparten esta distinción con el resto de los descritos en el art.1. de la Convención. A pesar de que algunos autores rechazan la consideración de los materiales arqueológicos como bienes culturales, la diferenciación que establece la CCPIA, las exigencias precisas para lograr la protección en cada tipología y el hecho de que EE.UU. sea quien ostente el poder para determinar si se satisfacen o no, persiguen idéntico resultado. Ambos constituyen fórmulas que tratan de impedir que la protección sea generalizada, que se extienda a todos los bienes culturales, y especialmente a los materiales arqueológicos y etnológicos, que son los que mayores intereses generan.

Los bienes culturales sólo serán protegidos si son robados y si cumplen las disposiciones de la sección 2607. Una protección de aplicación directa, que a priori puede parecer menos restringida que la dispuesta *ad hoc* para los materiales arqueológicos o etnológicos, aunque en la práctica resulte de difícil cumplimiento. En realidad, la aplicación de la CCPIA es más sencilla en éstos últimos, puesto que el *handicap* se halla en una etapa previa, que es en la que se les designa como protegidos en virtud de un acuerdo bilateral/multilateral o medidas de emergencia firmado entre el Gobierno de EE.UU. y otro Estado parte. Alcanzar un acuerdo de estas características requiere la satisfacción de requisitos muy específicos y complejos, que difícilmente pueden estar al alcance de todos los países ricos en patrimonio, pero una vez que se han satisfecho, las condiciones exigidas para la aplicación de la CCPIA son menores que las requeridas a los bienes culturales, que deben mostrar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la sección 2607 de ésta, en el momento en el que se inician las medidas sancionadoras previstas. En suma, estas últimas podrían ser definidas como medidas reactivas, es decir, acciones que responden a un hecho concreto que se ha producido, y las primeras, como medidas preventivas, cuya intención sería la de reducir el riesgo de robo de un material que se encuentra en peligro potencial.

En base a ello, y dado que los materiales arqueológicos son a su vez bienes culturales, si se da la circunstancia de que son importados a EE.UU. contraviniendo tanto las disposiciones específicamente

¹³ UNESCO, “Revised Draft Convention Concerning the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property”, en *Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property. Annex II*, Documento SHC/MD/5, 27 febrero 1970. En p.1: “Art.1. For the purpose of the Convention, the term ‘cultural property’ means:

(a) Rare specimens of flora, fauna and minerals; paleontological specimens;
 (b) Property which is important for history, including the history of technology;
 (c) The product of archaeological excavations or discoveries;
 (d) Elements of artistic or historical monuments or archaeological sites which have been dismembered;
 (e) Objects of ethnological interest;
 (f) Property of artistic interest which is more than fifty years old and works of contemporary art acquired by a State;
 (g) Rare manuscripts and incunabula, old books and publications of special interest (historical, scientific, etc.) rare art books, philatelic collections and stamps of great value; Scientific collections and important collections of books and archives, including photographic, sound and cinematographic archives”.

¹⁴ H.R.4566, 95th Cong. (Dec. 1982).

¹⁵ Los materiales arqueológicos y etnológicos son bienes culturales en virtud de la CCPIA porque están incluidos dentro de las categorías d, e y f del art.1. de la Convención de la UNESCO.

Al respecto *vid.* Convención de la UNESCO de 17 de noviembre de 1970, art.1 (c): “El producto de las excavaciones (tanto autorizadas como clandestinas) o de los descubrimientos arqueológicos;

d) los elementos procedentes de la desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico;
 e) antigüedades que tengan más de 100 años, tales como inscripciones, monedas y sellos grabados;
 f) el material etnológico”.

establecidas para ellos (2602-2606), como la que hace referencia a bienes culturales (2607), será preferible optar por recuperar el bien por incumplimiento de las primeras. Aunque como hemos mencionado en otras ocasiones, será el Gobierno de EE.UU. el que deba decidir por cuál de las dos opciones decantarse.

Tanto en una como en otra tipología, los requisitos necesarios para garantizar su protección han sido expresamente diseñados y negociados, para que la cobertura se limite a un reducido número de objetos. Aunque en los últimos años, numerosos autores han comenzado a denunciar la falta de eficacia en el cumplimiento de este objetivo, criticando especialmente la amplitud de tipologías de materiales arqueológicos/etnológicos protegidos por los acuerdos firmados¹⁶.

2. Diferencias con la definición de bienes culturales propuesta por la Convención de 1970

8. La remisión al art.1 de la Convención de 1970 y la equiparación de categorías, no significa que la definición de bien cultural contenida en ambos instrumentos sea idéntica. Son, al menos, dos las diferencias observables entre ambos planteamientos: la obligatoriedad de la designación expresa de los bienes como de importancia y las connotaciones del término “bien cultural” en relación a las tesis nacionalismo/internacionalismo y a las de los bienes culturales como propiedad.

A. Eliminación de la designación de los bienes culturales como de “importancia”

9. A diferencia de la Convención, la CCPIA no obliga a que los bienes culturales hayan sido “expresamente designados por los Estados parte, como de importancia para la arqueología, la prehistoria, la historia, la literatura, el arte o la ciencia”. En su definición, contenida en su sección 2601, alude a que serán considerados como tales, aquellos artículos que estén incluidos en una de las categorías mencionadas en el art.1 de la Convención de 1970, independientemente de que se haya producido o no dicha declaración¹⁷.

La CCPIA es, en este sentido, menos estricta que la Convención de 1970 y a priori cubre un espectro más amplio de bienes. Ésta no precisa que un bien cultural haya sido declarado “bien de interés cultural” o “bien de interés histórico”, por ejemplo, para ser definido como tal, siempre que pertenezca a una de las categorías mencionadas. Por esta misma causa, tampoco son tenidos en cuenta los motivos por los que se consideran dichos bienes como de importancia para el Estado, descartando la alusión a la procedencia religiosa o profana y la exigencia de que deban ser considerados de interés dentro de la disciplina a la que pertenecen¹⁸. A los efectos de la CCPIA, ambos aspectos son irrelevantes a la hora de lograr la protección de los bienes culturales, a los que únicamente se define en virtud de su pertenencia a alguna de las categorías mencionadas¹⁹.

10. Según los propios legisladores, los argumentos para eliminar este requisito de la propuesta de EE.UU. podrían ser resumidos en dos: las dificultades y consecuencias operativas, y las propias restricciones del art.7.b.

En referencia a las primeras, la designación de los objetos podría disminuir la eficacia de la Convención. A los bienes culturales cubiertos por ésta se les presupone una importancia que debe ser expresa. Sin embargo, para P. BATOR, ésta presenta inconvenientes tanto si las designaciones son previas al robo como si se producen posteriormente²⁰. La posibilidad de contar con inventarios nacionales o con

¹⁶ J. F. FITZPATRICK, “Intervención de James Fitzpatrick” en *Seminar Transcript: Cultural Property Implementation Act: Is it Working?*, The proceedings of the CPRI Seminar, Russell Senate Office Building, Washington D.C., 21 marzo 2011, pp. 15-18; W. G. PEARLSTEIN, “People’s Republic...”; J. CUNO, “Testimony before the Cultural property Advisory Committee”, <http://www.aamd.org/advocacy/documents/Testimony--JCuno.pdf>, 17 febrero 2005.

¹⁷ 19 U.S.C. § 2601 (2011).

¹⁸ P. M. BATOR, “An Essay on the Internacional...”, p. 377.

¹⁹ Autores como R.W. MASTALIR defienden la exclusión de este tipo de consideraciones porque omiten el motivo más relevante que es la relación del objeto con la identidad cultural de un grupo o de una Nación. R.W. MASTALIR, “A Proposal for Protecting the Cultural and Property Aspects of Cultural Property Under International Law”, *Fordham International Law Journal*, vol. 6, n°4, pp. 1033-1093.

²⁰ P. M. BATOR, “An Essay on the Internacional...”, pp. 381-383.

instrumentos similares en los que se recojan todos los bienes de importancia, no está al alcance de todos los Estados. Acuciados muchos de ellos por problemas económicos y por desigualdad en su desarrollo, necesitarán tiempo y recursos para iniciar proyectos de la envergadura que propone la Convención de 1970. Por el contrario, su designación a posteriori, no prohibida por ésta, supondría un trastorno para los grupos de interés, puesto que no sabrían con certeza si los bienes se encuentran protegidos. Como principal consecuencia, los Estados, especialmente los ricos en patrimonio, optarían por la solución más práctica, que consistiría en la designación de todos los bienes como de importancia.

Por otro lado, a pesar de que a priori amplía el espectro de bienes potencialmente cubiertos por la CCPIA en relación a los protegidos por la Convención de 1970, en la práctica esto podría suceder en contadas ocasiones, puesto que tanto las restricciones de la sección 2607 como las excepciones previstas en la 2611, actúan como filtros impidiendo que la protección se generalice.

En definitiva, la CCPIA prevé la anulación de la duplicidad de inventario exigida por la Convención de 1970 para que los bienes sean protegidos. A sus efectos, es suficiente con que hayan sido documentados dentro del inventario de la institución del que han sido robados. La designación por parte del Estado se considera innecesaria, inoperativa e intrascendente para lograr la cobertura de la sección 2607²¹.

A ambos argumentos podría añadirse un tercero, ya esgrimido en relación a otros instrumentos, y que quizá sea el más importante: eliminando este requisito se evita dejar el resultado de las resoluciones de restitución en manos de los países de origen de los bienes²². Será el Gobierno de Estados Unidos quien ostente la potestad de determinar si los requisitos se satisfacen o no, en cada caso concreto. La reserva de este derecho, y el de actuar consecuentemente si así lo considera, minimiza la intervención y la consideración de las leyes del Estado de origen, que sólo serán tenidas en cuenta si EE.UU. lo cree justificado, y según sus propios criterios²³. Constituyen fórmulas para derrocar el “monopolio de autoridad” que la legislación internacional ha conferido a las naciones a la hora de invocar sus derechos sobre la propiedad y la disposición de los bienes culturales que se encuentran en su territorio²⁴.

B. Enfoque de la definición. Nacionalismo *versus* internacionalismo

11. Cuando la Convención de 1970 utiliza el término, “bienes culturales” pero establece como condición *sine qua non* su designación como de importancia, podríamos afirmar que, más que de objetos culturales, se está refiriendo a bienes que integran su patrimonio. Bienes importantes cuya salida del territorio supondría, según la propia Convención, un empobrecimiento del mismo²⁵. Un patrimonio que se define en el art.4, y al que el Estado es obligado a controlar y actualizar en un inventario nacional de protección²⁶. En definitiva, como apunta J. MERRYMAN, es cada Estado el que autodefine sus propios

²¹ P. M. BATOR, “An Essay on the Internacional...”, p. 383: “Since article 7 (b) applies to cultural property ‘documented as appertaining to the inventory’ of a museum or public monument, the ‘designation’ requirement of article 1 will not bear significantly on its coverage”.

²² CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, alude a esta circunstancia en relación al Convenio de UNIDROIT. Al respecto, *vid.* C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ “Conflicto de Jurisdicción y de Leyes en el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales”, Colex, Madrid, 2007, p. 132.

²³ B.T. HOFFMAN, “International Art Transactions and the Resolution of Art and Cultural Property Disputes: A United States Perspective” en B. T. HOFFMAN, *Art and Cultural Heritage. Law, Policy and Practice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006, pp. 159-177. En concreto en p.160: “A central element of compromise between the government and the arts community embodied in the CPIA is that the United States would not give source nations a ‘blank check’ by automatically enforcing their cultural property laws”.

²⁴ J.P. FISHMAN, “Locating the international interest in international Cultural Property disputes”, *Yale Journal of International Law*, vol. 35, nº347, verano 2010, pp.1-50.

²⁵ Convención de la UNESCO de 17 de noviembre de 1970, art.2.1: “Los Estados partes en la presente Convención reconocen que la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de los bienes culturales constituyen una de las causas principales del empobrecimiento del patrimonio cultural de los países de origen de dichos bienes ()”.

²⁶ Convención de la UNESCO de 17 de noviembre de 1970, art.4: “Los Estados partes en la presente Convención reconocen que para los efectos de la misma, forman parte del patrimonio cultural de cada Estado los bienes que pertenezcan a las categorías enumeradas a continuación :

a) bienes culturales debidos al genio individual o colectivo de nacionales de Estados de que se trate y bienes culturales importantes para ese mismo Estado y que hayan sido creados en su territorio por nacionales de otros países o por apátridas que residan en él;

b) bienes culturales hallados en el territorio nacional;

bienes culturales, y lo hace, a partir de estas designaciones, que son más amplias o reducidas, en función de la política cultural que desarrolle el país²⁷.

12. Las referencias a la vinculación de los bienes culturales con la Nación, ha sido denunciada por buena parte de la doctrina, que tachan de nacionalista a la Convención de la UNESCO de 1970²⁸. En base a ello, dividen a los Estados entre aquéllos guiados por tendencias de corte nacionalista y los que se autoproclaman internacionalistas²⁹. Éstos últimos, inspiradores de la tesis, consideran que la Convención de 1970, con sus consignas en pro del patrimonio y los bienes de cada Nación, es un instrumento claramente nacionalista, que se aleja de otros de la UNESCO, como la Convención de La Haya de 1954³⁰. A pesar de que esta última fue ratificada por EE.UU. recientemente (2009), sus postulados y especialmente su preámbulo, han sido utilizadas por estos grupos durante décadas, para censurar a la Convención de 1970 y como punto de partida de su tesis³¹. La evocación de la defensa de los bienes culturales de los pueblos, cuya destrucción supondría un perjuicio para el patrimonio cultural de toda la humanidad, ha servido de pretexto para argumentar, que los bienes culturales poseen un carácter supranacional que los emancipa del territorio en el que han sido hallados. De este modo, éstos pueden ser disfrutados por toda la humanidad, a la que se presupone el mismo o incluso mayor derecho de posesión y disfrute, que el de las naciones en las que han sido descubiertos.

13. Desde la perspectiva internacionalista, existirían dos tipos de naciones, las *sources* y las *market nations*³². Las primeras, ricas en patrimonio, llevarían a cabo políticas culturales centralistas

c) bienes culturales adquiridos por misiones arqueológicas, etnológicas o de ciencias naturales con el consentimiento de las autoridades competentes del país de origen de esos bienes;

d) bienes culturales que hayan sido objeto de intercambios libremente consentidos;

e) bienes culturales recibidos a título gratuito o adquiridos legalmente con el consentimiento de las autoridades competentes del país de origen de esos bienes.

Art. 5. Para asegurar la protección de sus bienes culturales contra la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas, los Estados partes en la presente Convención se obligan a establecer en su territorio, en las condiciones apropiadas a cada país, uno o varios servicios de protección del patrimonio cultural, si esos servicios no existen aún, dotados de personal competente y en número suficiente para garantizar de manera eficaz las funciones que se indican a continuación;

b) establecer y mantener al día, a partir de un inventario nacional de protección, la lista de los bienes culturales importantes, públicos y privados, cuya exportación constituiría un empobrecimiento considerable del patrimonio cultural nacional”.

CUNNING, apunta a que es el art.6 de la Convención, no transpuesto por EE.UU., el que limita el alcance del enfoque nacionalista de la Convención. Al respecto *vid.* A. CUNNING, “U.S. policy on the enforcement of foreign export restrictions on cultural property and destructive aspects of retention schemes”, *Houston Journal of International Law*, vol. 26, 22 marzo 2004, pp.449-454.

²⁷ J. H. MERRYMAN, “Cultural Property Internationalism”, *International Journal of Cultural Property*, vol. 12, 2005, pp. 11-39.

²⁸ El inspirador y máximo exponente de esta tesis es J. H. MERRYMAN, al respecto *vid.* J. H. MERRYMAN, “The Protection of Cultural Property”, *International Legal Materials*, vol. 289, pp. 1507-1528 ; J. H. MERRYMAN, “The Free International Movement of Cultural Property”, en P. GERSTENBLITH, *Art, Cultural Heritage and the Law. Cases and Materials*, Carolina Academic Press, Carolina del Norte, 2004, pp. 596-599; J. H. MERRYMAN, “Two Ways of Thinking About the Cultural Property”, *The American Journal of International Law*, vol. 80, n.º. 4, octubre 1986, pp. 831-853”; J. H. MERRYMAN, “Cultural Property...”.

²⁹ J. H. MERRYMAN, “Two Ways of Thinking...”; J. H. MERRYMAN, “Cultural Property...”.

³⁰ Esta tesis ha sido refutada por algunos autores que consideran un error que se compare la consideración que cada una de ellas efectúa en relación a la defensa y protección de los bienes culturales, debido principalmente, al propósito con el que cada una de ellas fue aprobada. La Convención de 1954, aprobada tras las dos grandes guerras, tiene por objeto la protección de los bienes culturales en tiempos de conflicto, mientras que la de 1970, alude a su protección en tiempos de paz y frente a su tráfico ilícito. Al respecto *vid.* J. A. COHAN, “An Examination of Archaeological Ethics and the Repatriation Movement Respecting Cultural Property (Part II)”, *Environmental Law & Policy Journal*, vol. 28, n.º 1, otoño 2004; L. M. KAYE, “Cultural Property Disputes in Foreign Courts”, en E. C. SCHNEIDER/ R. M. SCHNEIDER (EDIS.), *Cultural Property Protection*, Deutsche-Türkische Rechtsstudien, Istanbul Conference, verano 2004, pp. 43-75.

³¹ “Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, hecho en La Haya el 14 de mayo de 1954”, *BOE*, n.º 178, 25 julio 1992, pp. 25844-25845. En su Preámbulo, afirma: “(Las Altas Partes Contratantes) *Convencidas* de que los daños ocasionados a los bienes culturales pertenecientes a cualquier pueblo constituyen un menoscabo al patrimonio cultural de toda la humanidad, puesto que cada pueblo aporta su contribución a la cultura mundial”. Al respecto *vid.* J. H. MERRYMAN, “Two Ways of Thinking...”, p. 833.

³² J. H. MERRYMAN, “Two Ways of Thinking...”.

cuyo objetivo sería la concentración y retención de la totalidad o el máximo número de bienes culturales en su territorio. Las leyes que proclaman propiedad de la Nación todos los bienes hallados entre sus fronteras, las que prohíben la exportación de bienes culturales, o las que a su juicio, adolecen de la necesidad de designar únicamente como bienes culturales aquellos realmente significativos, son algunas de las políticas denunciadas.

Las primeras, denominadas *Patrimony Laws* u *Ownership Laws*, han sido las más criticadas. En base a ellas, la propiedad de todos los materiales arqueológicos descubiertos o por descubrir a partir de su entrada en vigor, pertenecen a la Nación. Los partidarios de esta tesis sostienen que las *source nations* incluyen erróneamente a los materiales arqueológicos dentro de los bienes culturales. Las antigüedades son sin embargo, objetos que no deben poseer un propietario individual y definido, sino que deben pertenecer a la humanidad en su conjunto³³. Corresponden a una categoría de objetos cuya relevancia trasciende cualquier frontera y, por tanto, son bienes que deben mantenerse al margen de cuestiones de territorialidad, entre otros argumentos, porque las fronteras modernas del país en el que han sido descubiertos no tienen que corresponder necesariamente con las del país donde surgieron en su origen, o porque no existen lazos de unión entre su población actual y la que produjo los objetos³⁴. Guerras, conflictos, repartos territoriales o productos procedentes de culturas centenarias dispersas por amplias zonas, pueden contribuir a que se produzca dicha circunstancia.

En consecuencia, el hecho de que los bienes sean descubiertos en un territorio concreto no implica que exista una correlación entre éstos y los pueblos que actualmente habitan esas tierras. Puede ocurrir en algunos casos, que sí hayan sido producidos por grupos étnicos claramente identificables que han sobrevivido durante siglos en ese territorio y su propiedad pueda serle atribuida sin discusión³⁵. Pero por lo general, esos objetos no han sido expresamente producidos por y para la Nación que accidentalmente los alberga³⁶. Por ello, no pueden ser esgrimidos, como lo son por los países ricos en patrimonio, como elementos explicativos de su identidad y herencia legada por sus ancestros. El mero hallazgo dentro de las modernas fronteras del país, no puede constituir una razón de peso para atribuir su propiedad a la Nación. Para los seguidores del internacionalismo cultural, los bienes culturales deben ser independientes de los derechos de propiedad de la Nación y de su control sobre ellos³⁷.

En relación a las leyes de exportación que impiden la salida de todas las antigüedades, naciones como Egipto son duramente denunciadas. Evitar de forma drástica que los bienes abandonen el país, intensifica la búsqueda de medios al margen de la ley, que puedan propiciar su salida. También son censurados, aquellos países en los que los permisos de exportación son concedidos en limitadas ocasiones. Gobiernos como el italiano estarían a la vanguardia, mientras que el de Japón sería ejemplo de políticas de exportación racionales e internacionalmente defendibles³⁸.

³³ J. CUNO, "Who owns antiquity? Museums and the Battle over Ancient Heritage", *Princeton University Press*, Nueva Jersey, 2008, p. 20: "Antiquities cannot be owned. It is our heritage as represented by and in antiquities and ancient texts and architecture".

³⁴ J. H. MERRYMAN, "The Nation and the Object", en J. CUNO (ED.), *Whose culture? The promise of Museums and the Debate over Antiquities*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2009, pp.183-203; J. CUNO, "Who owns antiquity...", pp.124-125; E. A. POSNER, "The International Protection of Cultural Property: Some Skeptical Observations", *Chicago Journal of International Law*, vol. 8, nº1, verano 2007, pp. 213-231.

³⁵ En relación a los bienes de estos grupos étnicos, comienzan a surgir teorías acerca de las posturas centralistas de los países nacionalistas, a los que se achaca el concentrar estos bienes culturales en los grandes museos o instituciones de las capitales en lugar de en manos de los grupos étnicos en los que han surgido. Esta tesis corresponde a lo que se denomina "cultural intra-nationalism", nacionalismo dentro del propio Estado. Al respecto *vid.* J. WATKINS, *Cultural Nationalism, Internationalism, and Intra-nationalism: Who's Right and Whose Right?*, *International Journal of Cultural Property*, vol. 12, 2005, pp. 78-94.

³⁶ J. CUNO, "Who owns antiquity...", pp.124-125: "Whoever they (antiquities) were made for, they were certainly not made for the modern nations now occupying the land of the ancient governing entities that ruled their makers, be they ancient Egyptians, Babylonians, Lydians, Persians (...). If they makers made them with thoughts of their lasting, they were made 'forever' and not for a particular unknown and unknowable modern nation-state"; K. A. APPIAH, "Whose Culture is it?" en J. CUNO (ED.), *Whose culture? The promise of Museums and the Debate over Antiquities*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2009, pp.71-86.

³⁷ G. SHENG, "International Protection of Cultural Property: some Preliminary issues and the role of International Conventions", *Singapore Year Book of International Law*, 2008, pp. 57-79.

³⁸ Al respecto *vid.* J.M. PODESTA, "Saving Culture, but Passing the Buck: How the 1970 UNESCO Convention Undermines its Goals by Unduly Targeting Market Nations", *Cardozo Journal of International Law*, vol. 16, pp. 457-491; M.R. HOFFMAN, "Cultural Pragmatism: A new approach to the International Movement of Antiquities", *Iowa Law Review*, vol.95, 2010, pp.665-691.

Finalmente, las designaciones de todos los objetos como bienes culturales, son consideradas un error de base de los países ricos en patrimonio. La atribución a todos ellos de la misma importancia y significación, y por tanto, su máxima protección, impiden que buena parte de ellos salga al mercado. Para los defensores de esta tesis, la protección generalizada de todos los bienes culturales impide discriminar a aquéllos de menor relevancia, que deberían poder abandonar el territorio del Estado. Se establecería, por tanto, una división entre los bienes culturales a los que sus características y singularidad los definen como de gran relevancia y que serían los que disfrutarían de protección, frente a aquéllos de los que existen numerosos ejemplos, son repetitivos, duplicados, poco representativos o de calidad cuestionable, que no deberían ser considerados a la misma altura, ni protegidos de igual forma que los anteriores. La protección, tanto desde el punto nacional como internacional, debería reservarse a los bienes que constituyen el patrimonio cultural (*cultural patrimony*)³⁹.

La aprobación de estas leyes provoca, por un lado, que los países ricos atesoren bienes culturales que ni siquiera pueden ser contemplados por sus propios nacionales, y por otro, que en ciertos países con escasez de recursos económicos, resulten inaplicables⁴⁰. Por tanto, para los defensores de esta hipótesis, estas medidas únicamente contribuyen a incentivar el mercado negro de bienes culturales, debido a que resulta imposible satisfacer la demanda con la oferta legal existente.

En definitiva, son políticas orientadas a la Nación (*nation-oriented*) no al objeto (*object-oriented*), cuya importancia debe ser el punto de partida de cualquier política⁴¹. Este último, es definido a partir de tres pilares básicos: preservación, veracidad y accesibilidad⁴².

La preservación del objeto es el eje principal de esta teoría. Éste debe ser protegido a toda costa de cualquier daño o posible causa de destrucción. Si el país dentro de cuyas fronteras ha sido descubierto no puede garantizar su protección y seguridad, entonces debe permitir su exportación y estancia en otro en el que existan garantías de su supervivencia⁴³.

La veracidad se refiere a la información acerca del pasado que se puede desprender de la observación y estudio del objeto desde diferentes disciplinas, y la que puede aportar en relación al contexto.

La accesibilidad hace referencia al carácter transnacional de los bienes culturales como objetos pertenecientes a toda la humanidad. Éstos deben ser repartidos por países diferentes a aquéllos en los que han sido descubiertos, quienes tienen la obligación de compartirlos con el resto. Como objetos cul-

³⁹ J. CUNO, "Beyond Bamiyan: will the world be ready next time?" en B.T. HOFFMAN, *Art and Cultural Heritage. Law, Policy and Practice*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006, pp. 41-46. En concreto en p. 41: "Of critical importance here is the distinction between cultural patrimony and cultural property. Art.1 of the UNESCO Convention defines cultural property broadly as 'products of archaeological excavation...; elements of artistic or historical monuments or archaeological sites which have been dismembered; antiquities more than one hundred such as inscriptions, coins and engrave seals...; (and) property of artistic interest'. Differences between cultural property and cultural patrimony are often confused in these reports. Common sense would hold that cultural patrimony is a subset of cultural property. For example, all old bells are cultural property but the Liberty Bell, is cultural patrimony. Cultural patrimony, in other words, suggests a level of importance greater than that of cultural property. It is not something own by a people, but something of them, a part of their defining collective identity".

⁴⁰ J. H. MERRYMAN, "A Licit International Trade in Cultural Objects", en K. FITZ GIBBON (ED.), *Who Owns the Past? Cultural Policy, Cultural Property, and the Law*, Rutgers University Press, Nueva Jersey, 2005, pp. 269-289. En concreto en p. 276: "Designation as part of the national heritage or patrimony signifies for most people a way of distinguish treasures-objects of outstanding artistic value-from the common run of human artifacts. But as we seen, major source nations prohibit the export of undistinguished works of art and retain stores of deteriorating antiquities that are not 'important' enough to be studied, published, or exhibited. Most national retentive schemes are in this sense excessive; they retain too much and justify the excessive retention by supplying euphemistic meanings to 'protection', 'national' and 'heritage'".

⁴¹ J. H. MERRYMAN, "The Nation and the Object", en J. CUNO (ED.), *Whose culture? The promise of Museums and the Debate over Antiquities*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2009, pp.183-203.

⁴² Ídem; J. H. MERRYMAN, "The Retention of Cultural Property", *University of California Davis Law Review*, vol. 21, pp. 477-513; J. H. MERRYMAN, "The Public Interest in Cultural Property", *California Law Review*, vol. 77, n°2, pp. 339-364.

⁴³ K. A. APPIAH, "Whose Culture is it?" en J. CUNO (ED.), *Whose culture? The promise of Museums and the Debate over Antiquities*, Princeton University Press, Nueva Jersey, 2009, pp.71-86. En concreto en p. 83: "Because cultural property has a value for all of us, we should make sure that those to whom is returned are in a position to act as responsible trustees. Repatriation of some objects to poor countries with necessarily small museums budgets might just lead to their decay. Where I advising a poor community pressing for the return of many ritual objects, I might urge them to consider whether leaving some of them to be respectfully displayed in other countries might not be part of their contribution to cross-cultural understanding as well as a way to ensure their survival for later generations".

turales que constituyen el legado de los ancestros de toda la humanidad, deben poder ser disfrutados por todos sus pueblos.

14. Como contraposición a estas tesis, la mayoría de los países ricos en patrimonio y los que defienden sus posturas, sostienen que los bienes culturales hallados dentro de un territorio configuran la identidad del país, y por tanto, deben ser protegidos al máximo nivel. A sus efectos, la tesis anterior constituye una nueva fórmula de imperialismo de las naciones mercado (*market nations*), construida sobre reminiscencias de tiempos pasados, que refleja la realidad de forma poco objetiva y profunda, obviando aspectos relevantes⁴⁴. Estas naciones, que en su mayoría disponen de importantes recursos económicos, tratan de incentivar el mercado para poder tener acceso a unos bienes culturales de los que adolecen o cuentan con escasos ejemplos propios en sus territorios⁴⁵. La fuerte demanda incentiva las conductas delictivas y ocasiona la búsqueda de materiales arqueológicos con métodos no científicos que pueden provocar daños irreversibles en unos objetos, irremplazables y finitos, cuyo contexto se pierde irremediabilmente⁴⁶.

La ausencia de equidad en la distribución y acceso a los bienes es una de las críticas más enraizadas⁴⁷. Los lazos entre culturas o el derecho al disfrute universal de los bienes son argumentos que ocultan el verdadero factor discriminante, que es la disponibilidad de recursos económicos. Éstos logran inclinar la balanza hacia los países ricos, cuyos sistemas museísticos más avanzados, compiten de forma desleal con los de los países pobres en recursos, en los que el reducido número de instalaciones y la calidad de las mismas, reducen la posibilidad de acceso a los bienes culturales que se presuponen universales⁴⁸.

15. Sin embargo, como apunta D. FINCHAM, la dicotomía nacionalismo-internacionalismo, asume erróneamente que ambas son fórmulas excluyentes y las únicas existentes de enfrentarse al tráfico ilícito de bienes culturales⁴⁹. En realidad, existen otras que bien conjugan postulados de ambas tesis

⁴⁴ F. LEMME, "I beni culturali e la disciplina internazionale e comunitaria", en N. ASSINI/P. FRANCALACCI, *Manuale dei beni culturali*, CEDAM, Padua, 2000; J.A. R. NAFZIGER, "Cultural Heritage Law: The International Regime-Report of the director of studies of the English-speaking section of the Centre", en J.A.R. NAFZIGER/T. SCOVAZZI (EDI.), *The Cultural Heritage of Mankind*, Hague Academy of International Law, Maubeuge, 2008; P. GERSTENBLITH, "Antiquities: International Cultural Property?", en *Who Owns Culture?*, National Arts Journalism Conference Program, <http://www.najp.org/publications/conference-reports/072-089%20Antiquities.pdf>; C. CARUTHERS, "International Cultural Property: Another Tragedy of the Commons", *Pacific Rim Law and Policy Journal Association*, vol. 7, n°1, pp. 143-169; F. VACAS FERNÁNDEZ, "La cuestión del retorno de bienes culturales a sus Estados de origen: la posición española", en C.R. FERNÁNDEZ LIESA/J. PRIETO DE PEDRO (DIRS.), *Cultura y comercio en la comunidad internacional*, Escuela Diplomática, 2008, pp.443-476.

⁴⁵ F. LEMME, "I beni culturali e la disciplina internazionale e comunitaria", en N. ASSINI/P. FRANCALACCI, *Manuale dei beni culturali*, CEDAM, Padua, 2000; C. CARUTHERS, "International Cultural Property...", pp. 155-156.

⁴⁶ D. FINCHAM, "The Fundamental Importance of Archaeological Context", en N. CHARNEY (EDI.), *Art and Crime: Exploring the Dark Side of the Art World*, Praeger, California, mayo 2009, pp. 3-12.

⁴⁷ A.A. BAUER, "New Ways of Thinking About Cultural Property: A critical Appraisal of the Antiquities Trade Debates", *Fordham International Law Journal*, vol. 31, n°3, 2007, pp.690-724; M. PAPA-SOKAL, "Who 'Owns' the Who 'Owns' the Euphronios Krater? Nationalism and Internationalism in the Protection of Archaeological Heritage", *Present the Past*, vol. 3, 2011, pp. 2-8.

⁴⁸ Al respecto vid. M.R. HOFFMAN, "Cultural Pragmatism: A new approach to the International Movement of Antiquities", *Iowa Law Review*, vol. 95, 2010, pp.665-691. En concreto en p. 671: "As most universal museums are located in the Western world, their audience is limited to those in the Western world or those with the resources to visit them. This excludes many people from source countries who wish to learn about their own cultures"; K. OPOKU, "Reader Comment: A Plea For Fair and Equal Treatment", http://www.culturekiosque.com/art/comment/antiquities_kwame_opoku224.html, 21 agosto 2008. "Are the British Museum, the Metropolitan Museum of Art, the Louvre, the Musée du Quai Branly and Berlin's Ethnologisches Museum sharing or ready to share? And who is hoarding? Those who have few objects and are requesting the return of stolen items? Or those who have so much that objects are more likely to be stored than displayed? (...)Those in Africa, Asia and Latin America, who would also like to have their cultural treasures close to them; who would prefer not to have to cross oceans to gaze in wonder at the products of their own cultures"; F. VACAS FERNÁNDEZ, "La cuestión del retorno de bienes culturales a sus Estados de origen: la posición española", en C.R. FERNÁNDEZ LIESA/J. PRIETO DE PEDRO (DIRS.), *Cultura y comercio en la comunidad internacional*, Escuela Diplomática, 2008, pp. 443-476; C. R. FERNÁNDEZ LIESA, "El Convenio de C.R. FERNÁNDEZ LIESA, "El Convenio de Protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado de 1954, y los Protocolos de 1954 y 1999" en C.R. FERNÁNDEZ LIESA/J. PRIETO DE PEDRO (DIRS.), *La Protección Jurídico Internacional del Patrimonio Cultural. Especial Referencia a España*, Colex, Madrid, 2009, pp. 103-134.

⁴⁹ D. FINCHAM, "Why U.S. Federal Criminal Penalties for Dealing in Illicit Cultural Property are Ineffective, and a Pragmatic Alternative", *Cardozo Arts and Entertainment*, vol. 25, n° 597, 2007, pp. 597-645. En concreto en p. 606: "The nationalist/inter-

enfocados desde perspectivas diversas, o que rechazan esa visión tradicional aportando nuevas orientaciones que valoran aspectos hasta ahora descuidados⁵⁰. En este nuevo tipo de teorías se analizan aspectos como la relación del individuo o del grupo con el bien, la identidad social y la importancia de la diversidad de grupos y culturas, u otras consideraciones que pueden influir en la conceptualización de los bienes culturales y en su protección⁵¹.

16. A pesar de que la redacción de la CCPIA es anterior a todas las teorías expuestas, algunos autores perciben en ella el acercamiento de EE.UU. a las tesis nacionalistas, sin embargo, varios aspectos nos llevan a concluir que, al menos en su concepción inicial, adopta una postura más cercana al internacionalismo que al nacionalismo⁵². De hecho, algunos de los postulados de los legisladores y los argumentos surgidos tras once años de debate, podrían haber sido una de las fuentes de estas tesis.

En referencia al primer punto, algunos autores han observado en las teorías de P. BATOR, un claro antecedente de las de J. MERRYMAN⁵³. Éste señala la preservación del objeto y la accesibilidad o visibilidad como puntos clave en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales. A la hora de considerar ambas premisas, P. BATOR realiza un profundo análisis en función de la tipología de bienes, muebles o inmuebles, y de su pertenencia o independencia a un conjunto. Desde un punto de vista menos radicalizado, apunta que el comercio de bienes culturales es necesario para erradicar el problema, al igual que la accesibilidad y la visibilidad lo son, pero siempre teniendo en cuenta las particularidades del objeto. Aboga por la exportación de los mismos, sobre todo en lo que respecta a los arqueológicos, una vez que se ha podido estudiar el entorno en el que han sido descubiertos y cuando ya se ha registrado la información. Por otro lado, defiende el derecho de que los objetos puedan ser disfrutados internacionalmente pero también en su lugar de origen, y siempre que la visibilidad del objeto no perturbe sus condiciones de estabilidad y ponga en peligro su conservación. Asimismo realiza varias aseveraciones en torno al nacionalismo de algunos Estados y a sus políticas culturales, tendentes a restringir la exportación y/o nacionalizar todos los bienes.

Respecto al segundo punto, y como hemos señalado en el primer capítulo, la implicación del Gobierno de EE.UU. en las negociaciones de la Convención de 1970 se debió, según aquéllos que participaron en ellas, a la solicitud de los Gobiernos vecinos de poner freno al alarmante incremento de exportaciones ilícitas de materiales arqueológicos robados. El Gobierno de EE.UU. se planteó en ese momento su aprobación, con el propósito de ofrecer su colaboración a estas naciones cuyo patrimonio se veía empobrecido por el saqueo de dichos bienes, que además de para el país de origen, eran de gran importancia para el conocimiento del patrimonio de la humanidad⁵⁴. Es en este contexto de defensa del

nationalist dichotomy, though useful as a theoretical tool, neglects to incorporate the full complexity of the problem. It often promotes a dualistic fallacy, which assumes that either the national or international position is the only correct approach to a dispute”.

⁵⁰ En este sentido y tomando como base los postulados de MERRYMAN, A. A. BAUER, analiza las prioridades y perspectivas de cada uno de los grupos involucrados y como la ideología de cada uno de ellos influye a la hora de determinar qué preservar y para qué, quien debe tener acceso y los diferentes puntos de vista en relación a la información (*truth*).

Al respecto *vid.* A. A. BAUER, “New Ways of Thinking About Cultural Property: A critical Appraisal of the Antiquities Trade Debates”, *Fordham International Law Journal*, vol. 31, n°3, 2007, pp. 690-724; Por su parte, R.W.MASTALIR, igualmente utilizando como punto de partida las tesis de MERRYMAN, señala que el debate no debe centrarse en la cuestión del nacionalismo frente al internacionalismo sino de los aspectos culturales frente a los aspectos de propiedad de los bienes culturales. Propone buscar un equilibrio entre ambos en el que ninguno de ellos prepondere frente al otro y en el que el objetivo prioritario sea la preservación del objeto. Al respecto *vid.* R.W. MASTALIR, “A Proposal for Protecting the Cultural and Property Aspects of Cultural Property Under International Law”, *Fordham International Law Journal*, vol. 6, n°4, pp. 1033-1093.

⁵¹ R. J. COOMBE reclama un mayor énfasis en la diversidad de identidades, de los grupos y del papel que juegan los bienes en cada grupo. *Vid.* R. J. COOMBE, “The Expanding Purview of Cultural Properties and Their Politics”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 5, 2009, pp. 393-412; D. FINCHAM, “The Distinctiveness of Property and Heritage”, *Penn State Law Review*, vol. 115, n°3, pp. 641-684.

⁵² A. CUNNING, “U.S. policy on the on the enforcement of foreign export restrictions on cultural property and destructive aspects of retention schemes”, *Houston Journal of International Law*, vol. 26, 22 marzo 2004, pp. 449-506. En concreto en pp.453-454: “By becoming a party to the UNESCO Convention, the United States is agreeing with the Convention’s Preamble and thereby is taking a cultural nationalist approach to cultural property protection. Yet the United States attempts to limit the full implications of a cultural nationalist policy by not implementing Article 6 of the Convention domestically”.

⁵³ D. FINCHAM, “Why U.S. Federal Criminal Penalties for Dealing in Illicit Cultural Property are Ineffective, and a Pragmatic Alternative”, *Cardozo Arts and Entertainment*, vol. 25, n° 597, 2007, pp. 597-645.

⁵⁴ L. J. WEISS, “The role of museums in sustaining the illicit trade in Cultural Property”, *Cardozo Arts and Entertainment*, vol.25, 2007, pp. 837-875.

patrimonio de dichas Naciones en el que podríamos vislumbrar cierto acercamiento a las denominadas posturas nacionalistas, aunque junto a ellas se observe parte de la ideología defendida por el internacionalismo, en el que se profundizó durante el arduo y duro debate mantenido por los que compartían un interés por los bienes culturales y a los que se ha definido como “un subsistema social denominado *cultural property world*”⁵⁵. Durante el mismo, dos de los aspectos más denunciados por los grupos opositores fueron la imposibilidad de los estadounidenses de disfrutar del arte y antigüedades procedentes de otros países, que hasta entonces disponían de libre acceso al territorio, y la denuncia de los escasos recursos o medios de los países ricos en patrimonio, frente a la superioridad y calidad de los museos estadounidenses. Ambos argumentos, que en la tesis internacionalista podríamos denominar accesibilidad y preservación, se tradujeron en la Ley, en el recrudescimiento e incremento de las condiciones exigidas por EE.UU. para prestar su apoyo. Se acordaba proteger a un número muy restringido de bienes culturales y materiales arqueológicos, y a la vez, el libre mercado del resto⁵⁶.

17. Obviamente y como denuncian algunos autores, la postura que adoptó desde entonces el Gobierno estadounidense fue evolucionando, pasando del absoluto libre mercado, que encajaría con la postura internacionalista más radical, a un mercado en el que se contemplan ciertas restricciones⁵⁷. En cuanto a que éstas surgen, se produce una consecuente reducción del internacionalismo, pero ello no implica la adopción total del nacionalismo, ni la desaparición del internacionalismo. La consideración de que únicamente adopta una de ambas tesis, podría caer en una simplicidad que no reflejaría del todo la realidad. Su complejidad conjuga parte de la ideología de los grupos de orientación-mercado, que fundamentalmente persiguen la tesis internacionalista, con las necesidades de política exterior y los requerimientos básicos de los grupos de orientación-contexto. El resultado es una ley que, al menos en su redacción, restringe de manera muy concisa las categorías de bienes que son protegidos, aunque en la práctica, sus disposiciones se apliquen de manera más amplia.

Este equilibrio entre el apoyo a las potencias extranjeras y las concesiones al intercambio comercial es igualmente observable en la propia transposición de la Convención de 1970. Ésta se realiza de forma particular y específica, incorporando únicamente dos de los veintiséis artículos y excluyendo prácticamente todos los que hacen referencia a los aspectos más nacionalistas de la misma. El hecho de que la CCPIA no transponga ninguno de ellos, junto con la ausencia de la designación de los bienes, esconde la decisión de EE.UU. de eludir cualquier asociación del objeto con la Nación.

C. Bienes culturales frente a objetos culturales. Consideraciones sobre los bienes culturales como propiedad privada

18. La ausencia de designación de los bienes como de importancia en el Convenio de UNIDROIT, aprobado más de una década después de la CCPIA, fue justificada como un intento de moralizar

⁵⁵ J. H. MERRYMAN, “Cultural Property...”, p. 12: “Empirically, cultural property centrally includes the sorts of things that dealers deal in, collectors collect, and museums acquire and display: principally works of art, antiquities and ethnographic objects. These are the foci of a social subsystem we can call ‘the cultural property world’, which is populated by artists, collectors, dealers and auction houses, museums and their professionals, art historians, archaeologists and ethnographers and source nations cultural officials, among others”.

⁵⁶ Al respecto *vid.* W. G. PEARLSTEIN, “Cultural Property, Congress, Courts, and Customs. The Decline and Fall of the Antiquities Market?” en K. FITZ-GIBBON, *Who Owns the Past? Cultural Policy, Cultural Property, and the Law*, Rutgers University Press, Nueva Jersey, 2006. En concreto en p.15: “The terms of the Implementation Act, its legislative history, and statements by the principal US drafters all support the conclusion that the implementation Act was intended to afford relief to source nations only in certain narrowly defined circumstances, and to facilitate the broadest possible international exchange of cultural property consistent with the protection of important archaeological sites and the retention of significant or important materials, the pillage of which would jeopardize the applicant’s *cultural patrimony*”.

⁵⁷ J. H. MERRYMAN, “Two Ways of Thinking...”, p. 852: “The United States was committed to free trade in cultural property. Works stolen abroad and brought into the United States could of course be recovered by their owners in civil actions before state or federal courts, as had long been the rule in all nations. The novelty was the gradual introduction, over a period beginning around 1970, of a growing number and variety of restrictions on the importation of cultural property in response to the retentive policies of source nations. Despite the occasionally successful efforts of collector, dealer and museum interests to moderate this response, the general direction in the United States has been one of support for cultural nationalism”.

el comercio de bienes culturales, entendible porque este instrumento incorporaba la posibilidad de restitución de bienes culturales robados a propietarios particulares⁵⁸. En el caso de la CCPIA, ésta circunstancia, unida al hecho de que se haya obviado la transposición de los artículos que más relación tenían con la Nación, podría responder a este mismo criterio o a la defensa de la propiedad privada, pero en sentido inverso. Podría esconder el deseo de subrayar que se trata de bienes con un propietario definido y concreto, que ostentan sobre los mismos, derechos propios a los de la propiedad privada.

En este sentido, la CCPIA estaría en consonancia con otras leyes federales en materia de protección del patrimonio. Éstas únicamente protegen a los objetos descubiertos en terreno público, cuya propiedad es atribuida a la Nación, y a los descubiertos en tierras indias, en las que se respetan las decisiones tomadas por estos grupos y los derechos que le confieren sus propias normas⁵⁹. La titularidad de los objetos descubiertos en terrenos de propiedad particular corresponde al propietario de los mismos⁶⁰.

19. Por consiguiente, la definición de bienes culturales en virtud de la Convención de 1970 se aproximaría más a la de patrimonio cultural, mientras que la de la CCPIA se asociaría en mayor medida a la de objetos culturales⁶¹. Esta circunstancia podría ser apoyada por el hecho de que, a diferencia del art. 7 de la Convención de 1970, la sección 2607, se refiere a los bienes que protege como *article of cultural property* en lugar de *cultural property*, que es como constan en la primera. En nuestro idioma, la traducción aceptada de *cultural property* por “bienes culturales” y la de *article* por “artículo”, nos llevaría a una disposición de difícil comprensión. Sin embargo, su traducción literal, “artículos de propiedad cultural”, tendría más significado y se asociaría más a esta idea.

20. El alejamiento de la CCPIA en relación a esta cuestión podría deberse a la intención de los legisladores de mostrar la individualidad o unicidad de los objetos frente a la idea de protección generalizada que podría desprenderse del otro término⁶². Para el Gobierno estadounidense y sobre todo para los grupos de presión, es imprescindible que se respeten los derechos de propiedad privada. Las leyes extranjeras y las disposiciones de la Convención de 1970 en esta materia, especialmente su art.3, no podrán afectar estos derechos por acuerdo previo y condicionante de la transposición de la Convención de 1970 al ordenamiento jurídico estadounidense⁶³.

⁵⁸ C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Conflicto de Jurisdicción y de Leyes en el Tráfico Ilícito de Bienes Culturales”, Colex, Madrid, 2007, p. 132.

⁵⁹ “Archaeological Resources Protection Act”, 16 U.S.C. §§ 470aa-470mm (2011); 16 U.S.C. § 470bb 3.3 (2011): “The term “public lands” means—

(A) lands which are owned and administered by the United States as part of—

(i) the national park system,

(ii) the national wildlife refuge system, or

(iii) the national forest system; and

(B) All other lands the fee title to which is held by the United States, other than lands on the Outer Continental Shelf and lands which are under the jurisdiction of the Smithsonian Institution.

16 U.S.C. § 470bb 4 (2011): “The term ‘Indian lands’ means lands of Indian tribes, or Indian individuals, which are either held in trust by the United States or subject to a restriction against alienation imposed by the United States, except for any subsurface interests in lands not owned or controlled by an Indian tribe or an Indian individual”.

16 U.S.C. § 470bb 4.3 (2011): “The archaeological resources which are excavated or removed from public lands will remain the property of the United States, and such resources and copies of associated archaeological records and data will be preserved by a suitable university, museum, or other scientific or educational institution”

Respecto a la legislación estadounidense en materia de protección de recursos arqueológicos *vid.* NATIONAL PARK SERVICE. U.S. DEPARTMENT OF INTERIOR, “Archaeology Laws and Ethics”, <http://www.nps.gov/archeology/public/publicLaw.htm>.

⁶⁰ 16 U.S.C. § 470kk (c) (2011): “Nothing in this Act shall be construed to affect any land other than public land or Indian land or to affect the lawful recovery, collection, or sale of archaeological resources from land other than public land or Indian land”.

⁶¹ Al respecto *vid.* R.W. MASTALIR, “A Proposal for...”, p. 1039: “The significance of cultural property is derived from two features: the *cultural* and the *property* aspects. Cultural significance is what gives particular objects value to a culture or to a collector”;

⁶² En este sentido podríamos afirmar que en la determinación de los bienes que son culturales, la CCPIA se acercaría a lo que J.M. A. MAGÁN, denomina “solución minimalista”. Al respecto *vid.* J. M. A. MAGÁN PERALES, “La circulación ilícita...”.

⁶³ U.S. DEPARTMENT OF STATE, “Letter of Submittal...”, p.18: “The United States understands the provisions of the Convention to be neither self-executing nor retroactive”; Convención de la UNESCO de 17 de noviembre de 1970, art.3: “Son ilícitas la importación, la exportación y la transferencia de propiedad de los bienes culturales que se efectúen infringiendo las disposiciones adoptadas por los Estados Partes en virtud de la presente Convención”.

El término “bienes (*property*)” relaciona de algún modo al objeto con su propietario⁶⁴. Éste es definido, los posee y ostenta todos los derechos inherentes a unos objetos que, salvo por sus características culturales, poco difieren de cualquier propiedad privada. Y por tanto, como tales, son susceptibles de explotación, enajenación y exclusión o disfrute⁶⁵.

No obstante, en la CCPIA, estos derechos son limitados por los requisitos de la sección 2607, que circunscriben el ámbito de bienes a proteger, a aquéllos cuyos propietarios, públicos o privados, son instituciones con una misión social y un propósito de servicio público. Los bienes culturales cuyos propietarios se reservan el derecho de uso y disfrute para sí mismos, son desprotegidos por la CCPIA, y serán, entre otras cosas, bienes comercializables que engrosarán el mercado y que se encontrarán al margen de las disposiciones de la Ley, cuyo compromiso inicial es el de causar la menor interferencia posible en su intercambio comercial.

21. En este sentido, la utilización del término “artículo (*article*)”, y las connotaciones del vocablo “propiedad (*property*)”, muestran el mayor acercamiento de la CCPIA hacia el intercambio de estos bienes o productos y la defensa de su libre mercado⁶⁶. Siguiendo la tesis de R.W. MASTALIR, en la definición de “bienes culturales” que ésta propone, primarían los aspectos de propiedad frente a los culturales. Al contrario, la Convención de 1970 se decantaría por éstos últimos, primando la relevancia cultural y la protección de los bienes integrantes del patrimonio de los Estados parte⁶⁷.

III. Bienes culturales protegidos por la sección 2607 de la CCPIA. Requisitos de obligado cumplimiento

22. La Convención de 1970 se incorpora al ordenamiento jurídico estadounidense como ley de aduana, y como tal, se incluye dentro título 19 del U.S.C., que compila las obligaciones aduaneras (*Custom Duties*)⁶⁸. Es por tanto una ley de carácter civil, que protegerá los bienes a su amparo, prohibiendo su importación en circunstancias concretas definidas y detalladas en su articulado.

23. P. BATOR distingue tres tipos de importaciones ilícitas: aquellas en las que la ilicitud no se fundamenta en el robo, aquellas en las que la titularidad del objeto es ambigua y se determina en base a una ley (de patrimonio) y aquellas cuya ilicitud se explica por el robo del bien importado. Únicamente éstas últimas son las que considera la sección 2607⁶⁹.

⁶⁴ R.W. MASTALIR señala que referirse a algo con el concepto “bien (*property*)” sugiere que el objeto del que se trata es propiedad de alguien o al menos poseído o controlado por alguien. Al respecto *vid.* R.W. MASTALIR, “A Proposal for...”, p. 1037.

⁶⁵ L.V. PROTT/P. J. O’KEEFE, “Cultural Heritage or Cultural Property”, *International Journal of Cultural Property*, vol. 1, n° 307, 1992, pp. 309-312; J.A. R. NAFZIGER, “Cultural Heritage Law...”, p. 145; M. FRIGO, “Cultural property v. cultural heritage: A battle of concepts in international law?”, *International Review of the Red Cross*, vol. 86, n° 854, 2004, pp. 367-378.

⁶⁶ M. BUSSE, “Museums and the Things in Them should be Alive”, *International Journal of Cultural Property*, vol. 15, 2008, pp.189-200. En concreto en p. 193: “Cultural property is an infelicitous phrase for another reason: its inherent commercial connotations (...) to use term such as property or cultural property it to use the language of the market and to highlight certain kinds of relationships and rights”.

⁶⁷ A pesar de que el autor subraya el mayor equilibrio de la Convención en relación a la contemplación de los dos aspectos que conforman el término, y considera un acierto que se prime la significancia cultural, crítica que sea la Nación el único sujeto legitimado para atribuir esa significancia. Al respecto *vid.* R.W. MASTALIR, “A Proposal for...”, p. 1041-1042: “Although UNESCO 1970 emphasizes the property aspect of cultural property, its definition of cultural property is at least partly in terms of cultural significance and cultural context. The introduction of cultural significance into the definition of cultural property in UNESCO 1970 does not go far enough because of the final element of the definition of interest here. That element is the definition’s preoccupation with the relationship of nation-states to cultural property. Not only do states designate what items are cultural property, as noted above, but they are the only entities competent to do so”.

⁶⁸ Además de su codificación en el US Code, podemos referirnos a ella como ley pública. Al respecto *vid.* “Convention on Cultural Property Implementation Act”, Partial text of Public Law 97-446, 96 Stat. 2329, 12 de enero de 1983, as amended, Public Law 100-204, 101 Stat. 1331, 22 diciembre 1987.

⁶⁹ P. M. BATOR, “An Essay on the International...”, p. 286: “In sum, an illegally exported art object may belong to one of three categories: it may be clear and provable that no question of theft was involved; it may be clear and provable that theft was involved; the question of title may be mysterious or ambiguous as a matter of law”.

24. Por tanto, lo primero que debemos tener en cuenta es que ésta no prohíbe la importación de bienes culturales ilícitamente exportados, sino la importación de bienes culturales robados, es decir, que lo que fundamenta la protección que brinda esta Ley, es el robo no la importación. A sus efectos, y en general, a los de la legislación estadounidense, no es ilícita *de facto* la importación a EE.UU. de un bien ilegalmente exportado⁷⁰.

No obstante, es preciso apuntar, que el hecho de que la CCPIA sea una norma aduanera y que lo que prohíbe es la importación del bien robado, conlleva necesariamente, la internacionalización del conflicto y por tanto un cruce de frontera internacional⁷¹. Ello significa que el robo debe haberse cometido en un país diferente a EE.UU. y el objeto robado ser posteriormente importado a éste. En *U.S.A. v. Steven Lee Olson*, por ejemplo, a pesar de que “Niños con carretilla” era considerado un bien cultural robado a un museo, no lo era en virtud de la CCPIA, puesto que el robo se había cometido en territorio estadounidense y su propietario era un museo de este país⁷². Al no haberse producido el necesario y excluyente cruce de fronteras, el objeto no podía ser devuelto al museo en virtud de esta Ley⁷³.

En definitiva, es imprescindible que se produzca y en este orden: el robo de un bien cultural y, posteriormente, su importación a territorio estadounidense. Además, es necesario que se trate de un bien cultural en virtud de la CCPIA y que cumpla los requisitos que establece la sección 2607, que tienen que ver con: el robo, el sujeto víctima del mismo, la condición de los bienes robados, el lugar en el que se comete y el espacio temporal⁷⁴.

1. El robo

A. Definición del término *robado* en virtud de la CCPIA

25. Al igual que la CCPIA distingue entre bienes culturales y materiales arqueológicos y etnológicos, reserva diferentes calificativos para aludir a su sustracción. En referencia a estos últimos, la Ley protege a los que han sido objeto o se encuentran en riesgo de pillaje (*pillaged*), o a los que han sido saqueados (*looted*), mientras que en relación a los primeros, sólo protege a los que han sido robados (*stolen*). La contemplación de diferentes términos responde a la necesidad de la CCPIA de distinguir

⁷⁰ B.T. HOFFMAN, “International Art Transactions...”, p. 159: “The fact that an art work has been illegally exported does not, in of itself, bar it from lawful importation into the United States: illegal export does not itself render the importer (or one who took from him) in any way actionable in a U.S. court”.

Existe una excepción a esta norma general, y es la importación ilícita de objetos pre-colombinos protegidos por la “Importation of Pre-Columbian Monumental or Architectural Sculpture or Murals Act”. Al respecto *vid.* P. M. BATOR, “An Essay on the International...”, p. 288: “Note that this statute (Importation of Pre-Columbian Monumental or Architectural Sculpture or Murals Act) is a direct qualification to the general rule. Its operation is triggered by illegal export alone, and does not depend on any showing that the property was stolen”.

⁷¹ C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Conflicto de jurisdicción...”, pp. 128-129.

⁷² Este lienzo de Francisco de Goya pertenece al *Toledo Museum of Art* (Ohio) y fue robado en la madrugada del 7 al 8 de noviembre de 2006 en EE.UU. Al respecto *vid.* U.S. ATTORNEY DISTRICT OF NEW JERSEY, “Bergen County Man Admits Theft of Goya Painting”, <http://www.justice.gov/usao/nj/press/press/files/pdffiles/olso1220rel.pdf>, 20 diciembre 2007; U.S.A. v. Steven Lee Olson, No. 7-cr-847-01 (D.N.J. 2008); U.S. ATTORNEY DISTRICT OF NEW JERSEY, “Bergen County Man Sentenced to Five Years for Theft of Goya Painting”, <http://www.justice.gov/usao/nj/press/press/files/pdffiles/olso0611%20rel.pdf>, 11 junio 2008.

Los sujetos que cometieron el robo fueron localizados días después y acusados y condenados por violar la Ley 18 U.S.C. § 668 (b) (1) y (2). Al respecto *vid.* “Theft of major artwork”, 18 U.S.C. § 668 (2011). (b) Offenses. - A person who –

(1) steals or obtains by fraud from the care, custody, or control of a museum any object of cultural heritage; or (2) knowing that an object of cultural heritage has been stolen or obtained by fraud, if in fact the object was stolen or obtained from the care, custody, or control of a museum (whether or not that fact is known to the person), receives, conceals, exhibits, or disposes of the object, shall be fined under this title, imprisoned not more than 10 years, or both”.

⁷³ Dado que el acto criminal tiene lugar en territorio estadounidense, aunque el bien robado hubiera sido propiedad de un museo español, como la mayor parte de las 135 obras que formaban la exposición, éste no disfrutaría de la cobertura de la CCPIA. Para que fuera posible, no sólo tendría que pertenecer a un museo o institución de similares características ubicado en un territorio diferente al estadounidense, sino también haber sido robado de las instalaciones de éste.

⁷⁴ 19 U.S.C. § 2607 (2011): “No article of cultural property documented as appertaining to the inventory of a museum or religious or secular public monument or similar institution in any State Party which is stolen from such institution after the effective date of this title, or after the date of entry into force of the Convention for the State Party, whichever date is later, may be imported into the United States”.

entre dos tipos de robo: el de bienes desconocidos o indocumentados y el de los identificados y poseídos por un sujeto⁷⁵.

26. A pesar de que la definición del término “stolen” no está presente en la sección 2602, en la que se reúnen los conceptos fundamentales de la Ley, podemos afirmar que su significado se asocia con la segunda de las tipologías y es la sección 2607 la que confirma esta aseveración. Ésta acota el alcance del término y establece las pautas para determinar qué proteger y cuando. Según sus disposiciones únicamente serán protegidos los bienes culturales, es decir, los objetos incluidos en alguna de las categorías del art.1 de la Convención de 1970, documentados como pertenecientes al inventario de un museo, monumento público o institución de similares características, del que hayan sido robados con posterioridad a la entrada en vigor de dicha Convención en el Estado parte y de la CCPIA en EE.UU. En suma, los límites del concepto “robado”, y en general, los de la cobertura de la sección, se definen a partir de la tipología y características del bien, las de su propietario y las de las circunstancias en las que se ha producido el robo.

La contemplación de estos requisitos excluye necesariamente a propietarios particulares diferentes a los citados, a los objetos cuya pertenencia al inventario no puede ser acreditada, o simplemente, a aquellos que no pertenecen al inventario de ninguna institución. Entre estos últimos, se encontrarían los bienes culturales producto de hallazgos fortuitos o de excavaciones clandestinas, que aunque bienes culturales por su pertenencia al apartado c) de la Convención de 1970, no serán protegidos al permanecer ocultos hasta su aparición en el mercado.

A pesar de que todos estos elementos son discriminantes de protección, podríamos afirmar que lo que fundamenta la misma es, en definitiva, la propiedad y la posesión. Así, para que el bien cultural se considere robado en virtud de esta Ley, el sujeto, además de su propietario debe ser su poseedor.

27. La consecuencia directa de estas peculiaridades es, esencialmente, la restricción de la cobertura de la CCPIA a un reducidísimo número de bienes culturales, susceptibles de cumplir todas ellas. En este sentido, la CCPIA se acerca a los postulados de la Convención de 1970, exigiendo requisitos similares, que únicamente difieren en dos aspectos muy concretos: la eliminación de la designación de los bienes como de importancia de la definición de bien cultural y el límite temporal en el que se inicia la cobertura.

B. Consecuencias de la aplicación de la doctrina *McClain*

28. Conscientes de los efectos que podría provocar la doctrina *McClain*, los grupos de presión contrarios a la aprobación de la CCPIA, se esforzaron al máximo por minimizar sus efectos, siendo dos las fórmulas examinadas: la inclusión de la definición del término “robado” en la redacción de la CCPIA y la enmienda de la *National Stolen Property Act* (NSPA) para impedir su aplicación a casos de robos de bienes culturales. Formalmente, ambas propuestas, que habían sido introducidas por el *Metropolitan Museum*, fracasarán⁷⁶. Sin embargo, la promesa de llevar a cabo la última de ellas, fue una de las causas de la obtención del apoyo de los grupos opositores más radicales a la aprobación de la CCPIA. A pesar de que nunca llegó a cumplirse, la ausencia de casos en los que *McClain* se aplicaría en la práctica, propiciaría una tensa calma hasta que llegara el primero de ellos en el año 2001.

29. En *U.S.A. v. Frederick Schultz*, este prominente anticuario de Nueva York y expresidente de NADAOPA, fue acusado y condenado de conspirar para recibir, poseer y vender propiedad robada

⁷⁵ Al respecto *vid.* L.M. KAYE/H.N. SPIEGLER, “Looted Art Carries its Own Set of Problems”, *New York Law Journal*, vol. 4, nº1, 24 mayo 2004.

⁷⁶ “National Stolen Property Act”, 18 U.S.C. §§2314-2315 (2011); El Metropolitan Museum impulsó la inclusión del término “robado” y la enmienda de la NSPA, tratando de presentar, entre otras, las posibles consecuencias derivadas del caso *McClain*, y de las que la Cámara de Representantes del Congreso de EE.UU. era consciente. Al respecto *vid.* D. DILLON, Metropolitan Museum President, “Letter to the Honorable Al Ullman, Chairman of the Committee on Ways and Means, September 9th, 1977”, *National Archives*, Washington D.C.; H. T. LAMAR, Professional Staff Member, Trade Subcommittee, “Letter to Ashton Hawkins, Secretary and Counsel of the Metropolitan Museum of Art, August 15th, 1977”, *National Archives*, Washington D.C.

en virtud de la NSPA⁷⁷. Entre 1990-1996, Schultz había adquirido a Jonathan Tokeley-Parry, ciudadano británico, antigüedades egipcias que éste exportaba ilícitamente junto a otro sujeto de origen egipcio. Ambos transformaban temporalmente las piezas, que habían sido previamente descubiertas de forma fortuita o tras excavaciones ilegales, para conferirles el aspecto de *souvenir* y poder enviarlas a Gran Bretaña. Allí, después ser restauradas por Parry y de proporcionarles una falsa procedencia como parte de una colección de principios de siglo, eran enviadas a Schultz quien procuraba su venta⁷⁸.

En 1997 Tokely-Parry era juzgado en Gran Bretaña y condenado a seis años de prisión. Las investigaciones realizadas con motivo de su arresto y procesamiento conducían a Schultz, con quien éste mantenía frecuente correspondencia, en ocasiones, en clave⁷⁹.

Schultz alegó en su defensa que los bienes no podían considerarse robados según el *common law*, puesto que no disponían de propietario. Al no existir un propietario legítimo, al que le habían sido sustraídos, no existía el robo ni causa para su procesamiento. Basándose en la doctrina *McClain*, el tribunal consideró no obstante, que los bienes culturales eran propiedad del Gobierno de Egipto, a quien la Ley 117 de Antigüedades confería el derecho de propiedad de todas las antigüedades descubiertas en ese territorio con posterioridad a la entrada en vigor de esta Ley. La defensa de Schultz trató de demostrar que ésta no era una verdadera Ley de propiedad pero después de analizar sus disposiciones con la ayuda de testigos expertos en la materia, el tribunal concluyó que sí lo era y que sus disposiciones establecían de forma precisa en qué casos se le atribuía la propiedad de los bienes al Gobierno egipcio, y cuáles eran las acciones delictivas, y las sanciones y penas por cometerlas.

Los objetos por los que Schultz era procesado podían ser definidos como bienes culturales en virtud de la CCPIA debido a que podían ser englobados en el punto c) del art.1 de la Convención de 1970, que contempla los objetos procedentes de excavaciones clandestinas o descubrimientos arqueológicos. Asimismo, las excavaciones arqueológicas, podrían considerarse instituciones de similares características a un museo o un monumento público, lo que propiciaría el cumplimiento de otro de los requisitos de su sección 2607. No obstante, para que ésta sea aplicable, los bienes robados deben pertenecer a la institución de la que son sustraídos y existir evidencias tanto del robo como de su pertenencia a la misma. En este caso, sólo conocían la existencia y procedencia de los bienes, los ladrones y sus colaboradores. Por tanto, eran materiales arqueológicos no identificados ni registrados por su propietario, de los que el Gobierno egipcio; no constató su desaparición hasta que reaparecieron en el mercado. Por esta circunstancia, los bienes culturales robados no podían ser reclamados ni en consecuencia restituidos en virtud de la sección 2607 de la CCPIA. Por otro lado, EE.UU. y Egipto no habían firmado ningún acuerdo bilateral, multilateral o medidas de emergencia por el que dichos objetos disfrutaran de protección. Por ello, los bienes culturales robados no podían ser definidos como materiales arqueológicos designados en virtud de las secciones 2602-2606 de la CCPIA, lo que igualmente impedía su aplicación.

La defensa de Schultz, concedora de estas circunstancias, presentó una moción en la que aludía a que la CCPIA debía ser la única Ley de aplicación en este caso, por ser la que regula el tráfico internacional de bienes culturales de forma específica. El tribunal la desestimó aludiendo a que la existencia de la CCPIA no impide, en ningún caso, la aplicación de otras leyes vigentes. La NSPA, por la que había sido procesado, era aplicable en este caso, y en general, en cualquier otro de transporte internacional de bienes culturales robados, pudiendo confluir con la CCPIA en ciertos casos. El solapamiento de ambas leyes no imposibilitaba, a juicio del tribunal, la aplicación de la NSPA⁸⁰. Si la moción hubiera sido

⁷⁷ U.S.A. v. Frederick Schultz, No. 333 F.3d 393 (2nd Cir. 2003).

⁷⁸ La colección "Thomas Alcock Collection". Thomas Alcock era un ficticio aristócrata inglés cuya colección habría abandonado Egipto en los años 20 rumbo a Inglaterra, donde habría permanecido hasta entonces. Para conferir una mayor credibilidad a la colección, Parry fabricó unas etiquetas con la grafía y el estilo de las de los años 20, a las que les dio una pátina a base de bolsas de té usadas que les confirieron el aspecto envejecido necesario.

⁷⁹ Al respecto *vid.* J.A. KREDER, "The Choice between Civil and Criminal Remedies in Stolen Art Litigation", *Vanderbilt Journal Of Transnational Law*, vol. 38, n° 4, 2005, pp. 1199-1252.

⁸⁰ U.S.A. v. Frederick Schultz, No. 333 F.3d 393 (2nd Cir. 2003). "It may be true that there are cases in which a person will be violating both the CPIA and the NSPA when he imports an object into the United States. But it is not inappropriate for the same conduct to result in a person being subject to both civil penalties and criminal prosecution, and the potential overlap between the CPIA and the NSPA is no reason to limit the reach of the NSPA. *See, e.g., Hudson v. United States*, 522 U.S. 93,

aceptada, no hubiera existido causa, puesto que como hemos afirmado, al no cumplirse los requisitos exigidos por la CCPIA, ésta no hubiera podido ser de aplicación.

30. La doctrina *McClain* y su aplicación al caso Schultz arrojaron consecuencias sumamente importantes: la revisión del término robado en virtud de la aceptación de las leyes de patrimonio extranjeras, la jurisprudencia sentada en el tribunal de apelaciones del área de Nueva York, y por último, la cohabitación de la CCPIA con la NSPA.

a. Revisión del término robado en la legislación estadounidense

31. Como hemos afirmado anteriormente, la sección 2607 de la CCPIA limita el término robado en base a unos requisitos prestablecidos y de obligado cumplimiento. La interacción de dos de ellos: bien identificado y acreditable, y propietario definido y concreto, provocan que la doctrina *McClain* sea inviable con esta Ley, debido a que ambas premisas se incumplirían en aquellos casos cuya propiedad reside en el Estado por una mera cuestión de territorialidad⁸¹.

Sin embargo, aunque no es directamente aplicable a la CCPIA, los efectos de su aplicación a otra Ley federal, la NSPA, son extraordinariamente relevantes para ésta y en general, para la restitución de bienes culturales robados e ilícitamente exportados a EE.UU., porque no sólo ampara a la mayoría de los bienes culturales protegidos por la CCPIA sino a buena parte de los que desprotege.

32. La relevancia de la doctrina *McClain* reside en que hace posible la categorización de los bienes culturales como robados, en base a las disposiciones de una Ley de patrimonio extranjera. Son bienes que a algunos grupos les resultaría difícil considerar como robados pero que gracias a un mecanismo legal cuentan como si lo fueran⁸². En definitiva, *McClain* supone la ruptura de lo que tradicionalmente se consideraba “robado”, ya que entre otros aspectos, conlleva la disociación entre propietario y poseedor⁸³. En virtud de la CCPIA es la pérdida de la posesión la que convierte los bienes culturales (propiedad de un sujeto) en robados, mientras que en virtud de *McClain* es la “pérdida” de la propiedad. De manera que en los supuestos que sea aplicable esta última, será posible recuperar un bien cultural, cuyo propietario jamás lo haya poseído en sentido físico, y del que ni siquiera haya tenido constancia.

33. Revisar el término, ampliando sus límites de cobertura, ha causado la fragmentación de la doctrina. Especialmente aquellos que se posicionan como internacionalistas, consideran que la utilización de este tipo de normas supone extender un cheque en blanco a las naciones ricas en patrimonio. Por el contrario, los que las defienden, consideran que constituyen una fórmula eficaz en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.

34. Pese a ello, es necesario apuntar que aunque eficaces, no siempre son posibles. Para que las leyes de patrimonio extranjeras puedan ser tenidas en cuenta en EE.UU. es preciso que cumplan tres re-

98-99, 118 S.Ct. 488, 139 L.Ed.2d 450 (1997) (holding that a person may be subjected to civil and criminal penalties for the same conduct without violating the Double Jeopardy Clause)”.

⁸¹ J.H. MERRYMAN/ A.E. ELSEN/ S.K.URICE, “Law, Ethics and the Visual Art”, Kluwer Law International, Países Bajos, 2007. En concreto en p. 324: “The definition in paragraph (7.b.) (i) (of the Convention) so restricts the meaning of “stolen” that it would exclude Hollinshead, McClain, and analogous civil applications of typical blanket nationalization legislation. (...) The U.S. Cultural Property Implementation Act limits the limit of “stolen” in the same way in § 2607”.

⁸² Al respecto *vid.* L.M. KAYE/H.N. SPIEGLER, “Looted Art Carries its Own Set of Problems”, *New York Law Journal*, vol. 4, nº1, 24 mayo 2004. En concreto los autores afirman: “Many countries have consequently given cultural property distinctive legal protections, and therefore, objects are sometimes counted as stolen in circumstances that those unfamiliar with the trade and practice in this area might find unexpected”.

⁸³ J. FITZPATRICK, Senior Partner, Arnold & Porter (Washington, D.C.), “Entrevista con el autor”, Washington D.C., 22 abril 2011. “Historically, up to McClain, the idea of something being stolen was “taken from possession” that has been, I think, both in the Europe and in the United States, that is the commonly accepted view of something is stolen (it is something that) is taken from the possession of an institution or an individual. Here, McClain and Schultz introduced a new concept of stolenness that something could be stolen from a foreign nation, simply because that foreign nation has passed an adequate patrimony law, which declares thenceforth, all antiquities were the property of the nation, whether the nation or any museum had ever been in possession”.

quisitos: que sean lo suficientemente claras, que la exportación se haya producido con posterioridad a la promulgación de la Ley y que el infractor conociera la existencia de la misma antes de cometer el delito.

Respecto al primer punto, el tribunal debe constatar que la Ley en cuestión es una verdadera Ley de propiedad y no una de exportación que únicamente prohíbe la salida del bien del territorio. Como apunta L.M. KAYE, esta confirmación puede resultar extraordinariamente compleja en la práctica. El tribunal debe analizar las disposiciones de la Ley, que en la mayoría de las ocasiones está redactada en otro idioma y con otros usos y costumbres, y comprobar que otorgan la propiedad de todos los bienes culturales a ese Estado. En *U.S.A. v. Schultz*, el estudio pormenorizado de la Ley de antigüedades 117, así como los testimonios de expertos, llevaron a concluir que esta premisa se cumplía. En otros, como el de *Republic of Turkey v. OKS partners*, la acepción de un solo término de la Ley turca sobre protección de bienes culturales y nacionales fue utilizada por la defensa para arrojar dudas acerca de la naturaleza de esta Ley, que finalmente fue aceptada como Ley de propiedad por parte del tribunal⁸⁴.

Si la Ley extranjera satisface esta premisa, todavía es preciso superar una barrera temporal, la de la fecha efectiva de la propia Ley. Los bienes culturales sólo se podrán considerar robados si su exportación tuvo lugar después de que la Ley que los nacionaliza hubiera sido aprobada⁸⁵.

El cumplimiento de este requisito es, en ocasiones, extraordinariamente difícil de demostrar. No hay que olvidar que se trata de bienes culturales de los que se desconoce su existencia y por tanto de los que no constan registros. Como sucedía en el punto anterior, en algunos casos existen circunstancias que ayudan a determinar la fecha de su salida exacta o aproximada, y por ende, la constatación de si ha tenido lugar antes o después de la entrada en vigor de la Ley. En otros es inviable. En *Government of Peru v. Johnson*, por ejemplo, el tribunal consideró que el Gobierno de Perú había fracasado en su intento por demostrar que los materiales aprehendidos a Johnson procedían de Perú y que habían salido de ese país con posterioridad a 1929, fecha efectiva de la entrada en vigor de la Ley que lo investía como legítimo propietario de las antigüedades en cuestión⁸⁶.

Sin embargo, decisiones recientes han generado dudas acerca del grado de exigencia en el cumplimiento de esta segunda prerrogativa. Algunos autores, han puesto de manifiesto que en casos como el del Sarcófago Egipcio, incluso se ha obviado⁸⁷. En él, a Joseph A. Lewis III, le incautaron este bien cultural a su entrada a EE.UU. Lewis lo había adquirido a Félix Cervera, propietario de una galería de arte de Barcelona, cuyo padre lo había adquirido a su vez, a Miguel Ángel Buendía. Éste último, afirmó haberlo comprado durante una serie de viajes que había efectuado décadas atrás, tras los cuales lo había vendido a Cervera (padre) a principios de los años setenta. Durante la investigación, el anticuario barcelonés, de quien la policía española no halló indicio de conductas delictivas, no pudo aportar ningún documento acreditativo de la exportación del bien desde Egipto⁸⁸. El ICE decomisó el bien por considerarlo mercancía robada en virtud de sucesivas leyes de propiedad promulgadas por el Gobierno egipcio

⁸⁴ L. M. KAYE, "Cultural Property...", p. 51: "From 1906 until the revision in 1983, the words *devlet malidir* were used and all parties agreed to translate this as 'are state property'. But in 1983, those words of the statute were changed to read *devlet maliteligindedir* which we all translated literally into English as *having the quality of state property*". The defendants' lawyers seized upon the distinction in language and argued that because of the change in terminology, the 1983 law should be read not as an ownership law, but rather, as an export control law".

Al respecto *vid. Republic of Turkey vs. OKS Partners*, civ-A.89-3061-wjs (D.Mass. filed 1994).

⁸⁵ *U.S.A. v. McClain*, No. 545 F.2d 988 (5th Cir. 1977). En concreto en p. 8: "We hold that a declaration of national ownership is necessary before illegal exportation of an article can be considered theft, and the exported article considered 'stolen', within the meaning of the National Stolen Property Act".

⁸⁶ El caso de *Government of Peru v. Johnson*, forma parte de las acciones que ese país llevó a cabo para lograr la restitución de 1.300 objetos que el *U.S. Customs* había embargado, a anticuarios y coleccionistas de la zona de Los Ángeles, en marzo de 1988. De los 123 objetos que el Gobierno de Perú pudo recuperar, ninguno de ellos era de los embargados a Johnson. El Gobierno estadounidense tuvo que levantar el embargo y devolver todos los bienes que le habían embargado a este sujeto, tras la finalización del juicio, y la imposibilidad de Perú de reunir pruebas que demostrasen que eran de su propiedad.

Al respecto *vid. Government of Peru v. Johnson*, No. 720 F. Supp. 810 (C.D.C. 1989), No. 933 F.2d 1013 (9th Cir. 1991); S. MUCHNIC, "Peru Artifacts Seized in Raids Are Going Home", *Los Angeles Times*, http://articles.latimes.com/1989-12-02/local/me-41_1_northern-peru, 2 diciembre 1989.

⁸⁷ S.K.URICE/ A.L.ADLER, "Unveiling the Executive Unveiling Branch's Extralegal Cultural Property Policy", <http://ssrn.com/abstract=1658519>, 12 agosto 2010, pp. 12-13.

⁸⁸ A. TENORIO, Inspector Jefe, Brigada de Patrimonio Histórico de la U.D.E.V., Policía Judicial, "Entrevista con el autor", 3 marzo 2011.

desde 1874⁸⁹. Debido a la antigüedad de la primera Ley y la fecha aproximada de compra, el Gobierno concluyó que el sarcófago podía ser considerado robado, aunque pasó por alto la constatación de cuándo había sido exportado, que era realidad lo que lo convertía en robado⁹⁰.

Por último, para que la doctrina *McClain* pueda ser de aplicación, es necesario que se demuestre que el acusado conocía o al menos debía conocer la existencia de la Ley que convierte a los bienes en propiedad del Estado extranjero. En *U.S.A. vs McClain*, aunque el tribunal de apelación revirtió la condena de los acusados por violación de la NSPA, los condenó por conspiración para violarla. Una de las razones aludidas fue la de que los acusados conocían que su comportamiento vulneraba la Ley mexicana. En *U.S.A. v. Schultz*, el tribunal contó con los testimonios de varios expertos y con el del ayudante de Schultz, que declararon conocer la existencia de la Ley 117 de Antigüedades y la prohibición de exportación de antigüedades egipcias desde ese país. El tribunal concluyó, basándose en estas y otras evidencias, que por extensión, el acusado que era experto en la materia, conocía al igual que el resto, la Ley egipcia.

b. Jurisprudencia tras *McClain* y *Schultz*

35. Una de las consecuencias más relevantes del caso Schultz tiene que ver con la zona en la que se desarrolla el litigio. El sistema judicial de EE.UU. divide el territorio en zonas o regiones (*federal circuits*), cada una con un tribunal federal de apelación⁹¹. Los casos que se juzgan en cada zona, sientan jurisprudencia para el resto de los que se juzgan posteriormente en ese circuito, y son tenidos en consideración por los tribunales federales de apelación del resto del país. Como señalan algunos autores, el hecho de que el litigio tuviera lugar en el Tribunal de Apelaciones del área de Nueva York, significa que sentará jurisprudencia para otros casos de similares características que se sucedan en esta área. La aplicación de la doctrina *McClain* en el *federal circuit* de Nueva York, en la que se concentra buena parte del sector del comercio de arte y antigüedades, puede ser crucial a la hora decantar la balanza hacia el lado de aquellos que soliciten la restitución de bienes culturales considerados robados en virtud de las leyes nacionales de sus países.

Con esta decisión judicial, las tres áreas más relevantes del país en cuanto al comercio de antigüedades se ven afectas por la misma doctrina: Los Ángeles, en base al caso Hollinshead, Chicago con *McClain* y *Schultz* con Nueva York⁹².

c. Cohabitación de la CCPIA y la NSPA

36. En el transcurso de las negociaciones previas a la aprobación de la Convención de 1970, el Gobierno estadounidense expresó su voluntad de que la CCPIA no se convirtiera en el único instrumento viable para la recuperación de bienes culturales robados e ilícitamente exportados a EE.UU. Entre sus fronteras éstos podrán ser reclamados en virtud de la CCPIA, o de otras normas que penalicen el robo o el contrabando. Su decisión se incorporó, además, como uno de los seis acuerdos a los que EE.UU.

⁸⁹ Al respecto *vid.* S. PARCHIN, "U.S. Return Missing Sarcophagus to Egypt", *Art Museum Journal*, http://artmuseumjournal.com/US_returns_sarcophagus_egypt.aspx, 10 marzo 2010; ICE, "ICE closes case on missing sarcophagus. Ancient coffin return home to Egypt", <http://www.ice.gov/news/releases/1003/100310washingtondc2.htm>, 10 marzo 2010; ICE, "U.S. Returns ancient sarcophagus to Egypt at National Geographic Society. 3.000-years-old antiquity was found at Miami airport and traced to Spanish Gallery", <http://www.ice.gov/news/releases/1003/100310washingtondc.htm>, 10 marzo 2010.

⁹⁰ S.K.URICE/ A.L. ADLER, "Unveiling the Executive...", pp.12-13: "The government's claim for forfeiture is legally deficient because it does not allege *when* the sarcophagus left Egypt. The omission of this fact is critical because in order for the sarcophagus to be considered stolen under *McClain*, it must have been unlawfully taken from Egypt *after* Egypt clearly vested itself with ownership. (...) Thus, even if the government were correct to assert that Egypt clearly vested itself with ownership over all antiquities since 1874, that assertion, by itself, was legally incomplete; only if the sarcophagus was illegally exported after that law became effective could it be stolen".

⁹¹ Al respecto *vid.* P. GERSTENBLITH, "United States v. Schultz", *Culture without Context*, primavera, vol. 10, pp.27-31, 2002; L. M. KAYE, "Cultural Property...", pp. 43-75.

⁹² Al respecto *vid.* L. M. KAYE, "Cultural Property...", pp. 43-75.

condicionó la aprobación de la Convención, que fueron reflejados y formalizados en el consentimiento del Senado⁹³.

37. En la práctica, los escasos ejemplos conocidos de decomiso judicial en virtud de la sección 2607 de la CCPIA, evitó durante años las dificultades derivadas de la confluencia de ambas leyes, que no se hicieron patentes hasta el procesamiento de Schultz. Como hemos mencionado anteriormente, durante el juicio, la defensa sostenía erróneamente que la CCPIA es la única Ley que regula el tráfico ilícito de bienes culturales y por tanto, sólo ésta podía ser aplicable. Alegando la intención del Gobierno estadounidense de que la CCPIA conviviera con otras existentes, el tribunal desmontó el argumento dejando constancia de la cohabitación de ambos recursos, por primera vez⁹⁴.

38. Esta convivencia antes teórica y ahora práctica se convirtió en un nuevo foro de discusión y ruptura de la doctrina, que como en otras ocasiones en relación al contenido de esta Ley, se muestra fragmentada en dos corrientes perfectamente identificables.

39. En referencia a los detractores, más que el hecho de que ambas puedan ser aplicables indistintamente, lo que más preocupa es que la NSPA, que ya era considerada un instrumento alternativo a la CCPIA, se convierta con *McClain*, en un sustitutivo perfecto.

La CCPIA es un instrumento complejo y sumamente específico que restringe su protección a un reducido número de objetos, que cumplen los requisitos exigidos en sus disposiciones. Por el contrario, la NSPA es un instrumento generalista que penaliza entre otras, la recepción, venta, transmisión, posesión y transporte internacional o interestatal de mercancía robada, cuyo valor sea superior a 5.000 dólares, y siempre que el sujeto tenga conocimiento de que la mercancía ha sido previamente robada. Su ámbito de aplicación es, por tanto, considerablemente mayor que el de la CCPIA, puesto que cubre cualquier tipo de artículo (ya sea o no bien cultural), robado a cualquier clase de sujeto y de cualquier lugar, sin necesidad de que haya sido previamente inventariado, y que haya cruzado la frontera, ya sea la de EE.UU. o la de uno de sus Estados⁹⁵.

La NSPA ya había sido utilizada en *U.S.A. v. Hollinhead*, sin embargo, en su caso se trataba de bienes conocidos, bienes que habían sido inventariados con anterioridad y de los que existía material gráfico que lo demostraba⁹⁶. Eran en suma, objetos que hubieran estado al amparo de las disposiciones de la CCPIA, si ésta hubiera estado en vigencia entonces. A diferencia del caso *Hollinshead*, en *U.S.A. v. Schultz*, se consideró que los objetos habían sido “robados” en base a una Ley extranjera que otorgaba al Estado la propiedad de todos los objetos descubiertos o por descubrir en su territorio. La aplicación de la doctrina *McClain* a la NSPA se convertía de este modo, en efecto multiplicador de sus ventajas respecto a la CCPIA, ampliando todavía más, su cobertura y posibilidades.

Aquellos reacios a la convivencia entre ambas aluden a dos argumentos complementarios para explicar su postura: la pérdida de la esencia de la CCPIA y el riesgo de que la NSPA se convierta en un cheque en blanco para las naciones ricas en patrimonio⁹⁷.

⁹³ U.S. DEPARTMENT OF STATE, “Letter of Submittal...”, p.21: “The United states understands that Article 7 (b) is without prejudice to other remedies, civil or penal, available under the laws of the States parties for the recovery of stolen cultural property to the rightful owner without payment of compensation”.

⁹⁴ *U.S.A. v. Frederick Schultz*, No. 333 F.3d 393 (2nd Cir. 2003). “The CPIA also bars the importation of items that have been stolen from a museum or other cultural institution in a foreign signatory nation. *See* 19 U.S.C. § 2607. Schultz argues that because only those items that are stolen *from specified places* are covered by the CPIA, Congress never intended in any way to limit the import of items “stolen” only in the sense that they were taken in violation of patrimony laws. This argument is unpersuasive. The CPIA does not state that importing objects stolen from somewhere *other than* a museum is legal. If, for instance, an artifact covered by the CPIA were stolen from a private home in a signatory nation and imported into the United States, the CPIA would not be violated, but surely the thief could be prosecuted for transporting stolen goods in violation of the NSPA”.

⁹⁵ K. D. VITALE, “The War on Antiquities: United States Law and the Foreign Cultural Property”, *Notre Dame Law Review*, vol. 84, n° 4, 2009, pp. 1835-1873.

⁹⁶ Al respecto *vid.* K. E. YASAITIS, “National Ownership Laws as Cultural Property protection Policy: The Emerging Trend in United States v. Schultz”, *International Journal of Cultural Property*, vol.12, 2005, pp. 95-113.

⁹⁷ W.G. PEARLSTEIN, “Claims for the Repatriation of Cultural Property: Prospects for a Managed Antiquities Market”, *Law and Policy in International Business*, vol. 28, n°1, otoño, 1996, pp. 123-150; J. CUNO, “View from the Universal Museum”, en

Según este grupo, la CCPIA expresa el consenso y el equilibrio entre los distintos grupos participantes en el sector de bienes culturales. La utilización de la NSPA en lugar de la CCPIA, conlleva la ruptura del acuerdo, puesto que las restricciones y condiciones que lo garantizan, se diluyen en una Ley no consensuada ni promulgada para la regulación específica de unos objetos que presentan particularidades en relación al resto⁹⁸.

La ausencia de los requerimientos establecidos por la CCPIA, que impiden la protección generalizada de los objetos culturales, se neutralizan⁹⁹. La NSPA no es una ley de exportación que regule su entrada como lo hace la anterior, por el contrario, es una ley criminal que penaliza al sujeto que la introduce o que la posee ilícitamente en territorio estadounidense. Al desaparecer las barreras enfocadas a reducir el control de las importaciones, los Estados parte podrán reclamar cualquier objeto robado en cuanto sea descubierto en EE.UU. Si la CCPIA únicamente cubre a bienes culturales muy concretos y protege a materiales arqueológicos que forman parte de un acuerdo, la NSPA garantiza la protección de todos o casi todos los restantes. En consecuencia, siempre que se cumplan los requisitos exigidos por esta Ley, las conductas ilícitas se penalizarán tanto si los acuerdos existen como si no, lo que en definitiva provocará el debilitamiento de la CCPIA¹⁰⁰. Ésta pierde su esencia como instrumento específico y pasa de ser una pieza fundamental de la política cultural estadounidense a una parte insignificante de ella¹⁰¹.

La NSPA perjudicará el intercambio comercial de bienes culturales puesto que será contemplada como una amenaza. Máxime en cuanto a que con ésta, el peso de la ley recaerá sobre el sujeto mientras que con la CCPIA lo hará sobre el objeto. La importación o tenencia ilícita de bienes culturales se podrá considerar una actividad criminal en lugar de una infracción.

40. Por el contrario, los defensores de la convivencia entre ambas leyes consideran muy positiva su complementariedad¹⁰². Probablemente por el mismo argumento: la NSPA permite proteger unos bienes a los que la CCPIA tiene vetado su acceso. Si con esta Ley pueden estar cubiertos, la coexistencia entre ambas incrementa las posibilidades de éxito en la recuperación de bienes culturales, que es en suma, lo que más preocupa a estos grupos.

Las leyes de patrimonio dotan de propietario a bienes no descubiertos, que en su ausencia, carecerían de él o sería difícil determinarlo¹⁰³. La utilización de las mismas en base a la doctrina *McClain* contribuye a reconocer al propietario original de éstos, pero no si le deben ser devueltos¹⁰⁴. Esa decisión recae únicamente en los tribunales estadounidenses y en virtud de la aplicación de la legislación doméstica. De hecho, que un bien cultural haya sido robado en otro país no implica que sea considerado robado en EE.UU. o que pueda o sea recuperado en base a ello, como se dejó constancia en *U.S.A. v. An*

J. H. MERRYMAN (ED.), *Imperialism, Art and Restitution*, Cambridge University Press, Nueva York, 2006, pp.15-36. S.K. URICE, "Between Rocks and Hard Places: Unprovenanced Antiquities and the National Stolen Property Act", *New Mexico Law Review*, vol. 40, invierno 2010, pp. 123-161; K.D. VITALE, "The War on...", pp. 1867-1869; K. FITZ-GIBBON, "Dangerous Objects: Museums and Antiquities in 2008", <http://ssrn.com/abstract=1479424>, 1 marzo 2009.

⁹⁸ W. G. PEARLSTEIN, "Cultural Property...", pp. 15-16; J. M. PODESTA, "Saving Culture...", p. 488; K. FITZ-GIBBON, "Dangerous Objects...", p. 27.

⁹⁹ K. FITZ GIBBON, "Dangerous Objects: Museums and Antiquities in 2008", <http://ssrn.com/abstract=1479424>, 1 marzo 2009, p. 25.

¹⁰⁰ Al respecto *vid.* K. D. VITALE, "The War on...", p. 1873.

¹⁰¹ Al respecto *vid.* W. G. PEARLSTEIN, "Cultural Property...", p.11: "Schultz converts the Implementation Act from centerpiece of US cultural property to a sideshow. It's a classic example of judicial nullification of congressional intent".

¹⁰² L.M. KAYE/H.N. SPIEGLER, "Looted Art Carries..."; P. GERSTENBLITH, "United States...", p. 31; L. M. KAYE, "Cultural Property...", pp. 43-75; G. GREEN, "Evaluating the application of the National Stolen Property Act to Art Trafficking Cases", *Harvard Journal of Legislation*, vol. 44, 2007, pp. 251-263; J. E. MORROW, "The National Stolen Property Act and the Return of Stolen Cultural Property to its Rightful Foreign Owners", *Boston College International and Comparative Law Review*, vol. 30, 2007, pp. 249-261.

¹⁰³ P. GERSTENBLITH, "Controlling the International Market in Antiquities: Reducing the Harm, Preserving the Past", *Chicago Journal of International Law*, vol.8, nº1, 2007, pp. 169-195. En concreto en p. 183. "Without national ownership laws, buried antiquities would be regarded as having no owner or it would be impossible to prove who the true owner is".

¹⁰⁴ H. SPIEGLER/ Y. WEITZ, "The Ancient World Meets the Modern World: A Primer on the Restitution of Looted Antiquities", *Art and Advocacy*, vol. 6, 2010. En concreto en p. 2: "The courts' answer to the complaints about applying foreign law in a U.S. court is that the court is not using foreign law in place of U.S. law to determine these cases; rather, it is using foreign law to determine who owns the property in the first place and then using U.S. law to determine whether it should be returned".

*Antique Platter of Gold*¹⁰⁵. La NSPA contempla pocos requisitos para que los bienes sean potencialmente protegidos en base a ella, sin embargo, exige mayores esfuerzos para demostrar que se han producido los hechos aludidos¹⁰⁶. Especialmente porque deben ser probados más allá de cualquier duda, en lugar de por valoración de la prueba, como exige la CCPIA.

2. Sujeto víctima del robo

41. Sin duda, uno de los requisitos más relevantes de cuantos establece la sección 2607 es el hecho de que los bienes tengan propietario. Esta es la esencia de la misma y lo que contribuye a distinguirlos de aquellos que han sido fruto de una mera importación ilegal¹⁰⁷.

42. Podríamos afirmar por tanto, que para que un bien cultural sea considerado “robado” y en consecuencia, protegido por ésta, debe existir un sujeto, propietario del bien, al que se le sustrae un objeto identificado y conocido por éste, que es retenido en contra de su voluntad, por el ladrón o un tercero, que le privan de su derecho a poseerlo.

Sin embargo, si nos atuviéramos a esa definición, disfrutarían de la misma protección, los bienes culturales procedentes de la colección privada de un coleccionista o los de una galería comercial, siempre que dispusieran de un inventario de sus bienes y pudieran documentarlo, pero este no es el caso. Como sucedió en *U.S.A. v. Christian Popescu*, en el que el sujeto era arrestado por posesión e intento de venta de un marca páginas de oro robado de la casa de subastas Durán (Madrid), estos bienes no se encuentran al amparo de las disposiciones de la CCPIA¹⁰⁸. El marca páginas de oro era un bien cultural de incalculable valor histórico debido a que había sido un regalo de Eva Braum a Adolf Hitler, pero su propietario era un sujeto particular y fue robado de una casa de subastas, a la que éste lo había consignado¹⁰⁹. Por ambos motivos, a pesar de haber sido sustraído en España y cruzado la frontera de EE.UU., no era protegible por la sección 2607. Ello es debido a que ésta prevé un segundo atributo que contribuye a conferir a estos bienes la categoría de “robados”, y que no es otro, que el sujeto propietario del bien cultural al cual le es sustraído. Para que los bienes culturales sean protegidos en virtud de la sección, su propietario debe ser conocido e identificable, pero además debe pertenecer a una tipología concreta y excluyente de sujetos.

Por consiguiente, tan relevante es el conocimiento del bien que ha sido robado como la identidad de su propietario original. La sección 2607 únicamente protege a los bienes culturales documentados como pertenecientes a museos, monumentos públicos o religiosos e instituciones de similares características. En consecuencia, quedarían automáticamente excluidos de la protección de esta sección

¹⁰⁵ I. BAUM, “The Great Mall of China: Should the United States Restrict Importation of Chinese Cultural Property?” *Cardozo Art and Entertainment*, vol. 14, 2006, pp. 919-952. En concreto en p.928: “Even if a good is considered stolen in one country, it is not automatically a *stolen good* in the United States”.

En *U.S.A. v. An Antique Platter of Gold* las autoridades estadounidenses incautaron un plato de oro ceremonial procedente de Italia. En su demanda para solicitar la confiscación definitiva y la devolución de la pieza a ese país, argumentaron dos causas: el falso testimonio en las declaraciones de aduana y el incumplimiento de la NSPA. En la apelación, el tribunal se decantó por conceder la confiscación en base a la primera de ellas, y obvió la segunda. La pieza que Italia consideraba robada en virtud de su ley de patrimonio, fue devuelta no por ser considerada robada en virtud de la legislación estadounidense sino por falsear que los documentos que habían propiciado la exportación de la misma. En ellos, se había hecho constar el país de procedencia era Suiza cuando su origen era Italia. El tribunal consideró que el cambio de un país por otro, tenía un gran peso, puesto que propiciaba o facilitaba la importación de un objeto que no hubiera podido ser importado en caso de haber constado su origen real. Al respecto *vid.* *U.S.A. v. An Antique Platter of Gold*, No. 184 F.3d 131 (2nd Cir. 1999).

¹⁰⁶ K. E. YASAITIS, “National Ownership...”, p. 106.

¹⁰⁷ J. E. MORROW, “The National Stolen...”, p. 252: “The difference between a stolen object of cultural property, and one that is illicitly exported is that for an object to be considered stolen, it must have an owner, while an illegally exported object is merely one that has been taken out of the source country in violation of that nation’s export laws”.

¹⁰⁸ *U.S.A. v. Christian Popescu*, No. 08-cr-00400-RSM (W. D.W. 2009).

¹⁰⁹ Al respecto *vid.* M. CARTER, “Kenmore man arrested for trying to sell stolen bookmark purportedly belonging to Hitler”, http://seattletimes.nwsource.com/html/localnews/2008439655_webbookmark26m.html, 26 noviembre 2008; I. ITH, “Kenmore man sentenced for possessing stolen Hitler bookmark”, http://seattletimes.nwsource.com/html/localnews/2009362197_bookmark20m0.html, 20 junio 2009; REUTERS, “Recuperado en EE.UU. un marca páginas de oro que Eva Braun regaló a Adolf Hitler”, *El País*, 27 noviembre 2008.

los objetos pertenecientes a sujetos diferentes a los mencionados. En este sentido, la CCPIA se ciñe estrictamente a la redacción de la art.7.b.i de la Convención, que contiene los mismos preceptos.

43. El museo, monumento o institución que es objeto de robo debe estar constituido como tal en el momento en que éste tiene lugar. No obstante, dado que nada se menciona a cerca de que la institución deba perdurar desde que se comete el robo hasta que se descubre el paradero del bien robado, ésta puede haber desaparecido para entonces. Cabría la posibilidad, al menos en teoría, de que objetos robados de una institución que entre dentro del ámbito de la CCPIA, pero ya desaparecida, pudiera ser reclamados en virtud de la misma por sus herederos o sucesores, siempre y cuando se cumplan el resto de los requisitos exigidos en su sección 2607.

En 1996, por ejemplo, el prototipo de la pistola *Borchardt Luger Parabellum 5* de 1898, fue robada del *Waffenfabrik Museum* (Suiza) y sustituida por una falsificación¹¹⁰. Poco después del robo, el museo cerraba sus puertas y su colección era trasladada sin que el robo fuera descubierto. El arma fue robada por Walter Schlatter, conservador del Museo, quien creyó que la desaparición de la institución haría difícil que fuera descubierto. En junio de 2002, el hijo del conservador vendía la pieza a un anticuario de California especializado en la venta de armas antiguas. Éste adquiría la pieza en Suiza por 60.000 dólares, gracias a los servicios de un intermediario de Austin (Texas). Tras la adquisición, la pistola era exportada a Alemania junto con otras cuatro de menor importancia y valor, y de ahí enviadas a EE.UU., donde eran declaradas en la aduana por un valor de 5.000 dólares.

El 30 de abril de 2003, la pistola era incautada por el ICE al anticuario de California. A pesar de que éste se opuso a la acción del Gobierno, el bien fue confiscado y restituido al Gobierno suizo en febrero de 2004. La restitución no se produjo en virtud de la CCPIA porque Suiza no era Estado parte de la Convención de 1970 cuando se produjo el robo y por tanto, era inaplicable. No obstante, dado que se cumplían el resto de las premisas, si se hubiera satisfecho ésta, nos habríamos encontrado ante la reclamación de un bien cultural de una institución extinguida.

44. Por otro lado, la transmisión temporal o definitiva del bien cultural robado a una institución de las características de las mencionadas con posterioridad al robo, carecería de sentido. En referencia a ello, la Legislación española prevé la cesión de un bien cultural que ha sido robado, a efectos de la reclamación del mismo por parte del Estado¹¹¹. En este caso, a pesar de que el objeto tuviera la condición de bien cultural (antes o después del robo), la medida sería inefectiva debido, esencialmente, a que es imprescindible que el objeto haya sido robado de la institución a la que pertenece. Si la titularidad corresponde a un sujeto particular y éste no lo había cedido de forma permanente o a largo plazo a una institución de las mencionadas con anterioridad al hecho, ni él ni el Estado, podrán reclamarlo en virtud de la sección 2607¹¹².

¹¹⁰ P. BEACH, "On the trail of the missing Luger", *Laredo Morning Times*, 29 mayo 2005, p.16 A.

¹¹¹ Ley 16/1985, de 25 de junio, del "Patrimonio Histórico Español", *BOE* nº 155 de 29 junio 1985, pp.20342-20352. "Art. 29. 1. Pertenecen al Estado los bienes muebles integrantes del Patrimonio Histórico Español que sean exportados sin la autorización requerida por el artículo 5.º de esta Ley. Dichos bienes son inalienables e imprescriptibles; 3. Cuando el anterior titular acreditase la pérdida o sustracción previa del bien ilegalmente exportado, podrá solicitar su cesión del Estado, obligándose a abonar el importe de los gastos derivados de su recuperación y, en su caso, el reembolso del precio que hubiere satisfecho el Estado al adquirente de buena fe".

¹¹² B. L. CARRILLO CARRILLO, "Tráfico internacional ilícito de bienes culturales y Derecho Internacional Privado", *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, nº 19, 2001, pp. 205-234; P. LÓPEZ-CARCELLER MARTÍNEZ, "La reivindicación de los bienes culturales muebles ilegalmente exportados", Tirant lo Blanch, Valencia, 2001; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, "El papel de la Administración pública frente a la exportación ilegal de bienes culturales", en A. L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDENA (DIRS.), *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 99-129; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, "La propiedad de los bienes culturales robados en Derecho Internacional Privado", en A. L. CALVO CARAVACA/S. AREAL LUDENA (DIRS.), *Cuestiones actuales del Derecho Mercantil Internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 71-98; G. OROZCO PARDO/E. J. PÉREZ ALONSO, "La tutela civil y penal del patrimonio histórico cultural o artístico", *McGraw-Hill*, Madrid, 1996; P. GARCÍA ESCUDERO/ B. PENDÁS GARCÍA, "El nuevo régimen jurídico del patrimonio histórico español", *Ministerio de Cultura, Secretaría General Técnica*, Madrid, 1986; M. T. CARRANCHO HERRERO, "La circulación de bienes culturales muebles", *Universidad de Burgos*, Madrid, 2001; J.L. ÁLVAREZ ÁLVAREZ, "Estudios sobre el patrimonio histórico español y la Ley de 25 de junio de 1985", Civitas, Madrid, 1989; J. M. ALEGRE ÁVILA, "Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico: la configuración dogmática de la propiedad histórica en la Ley 16/1985, de 25 de junio del Patrimonio Histórico", Ministerio de Cultura, Madrid, tomo II,

A. Museos

45. Al igual que sucede en la Convención de 1970, la CCPIA no incluye en la sección que se ocupa de su protección, ni en ninguna otra, la definición de cada tipo de institución cuyos objetos protege.

Sin embargo, ésta sí está presente en el título 19 del CFR, que establece las Obligaciones Aduaneras, y que remite a la definición de “museo” contenida en la *Museum and Library Services Act*¹¹³. En su sección 9172 (1) define el término como: “una agencia, pública o privada, o institución sin ánimo de lucro, constituida con carácter permanente para esencialmente, propósitos educacionales y estéticos, que utiliza personal profesional, posee o utiliza objetos tangibles, cuida de objetos tangibles y exhibe objetos tangibles al público de forma regular”¹¹⁴. Dispone además, que a los efectos de la CCPIA, el término “reconocido museo (*recognized museum*)” será sinónimo de “museo”¹¹⁵.

Una definición similar, aunque omite la referencia al personal profesional y a la finalidad no lucrativa de la institución, es la que recoge nuestro Derecho. La Ley 16/1985 los define como “instituciones de carácter permanente que adquieren, conservan, investigan, comunican y exhiben para fines de estudio, educación y contemplación conjuntos y colecciones de valor histórico, artístico, científico y técnico o de cualquier otra naturaleza cultural”¹¹⁶.

Podríamos pensar entonces, que la caracterización de una institución como museo viene dada por su permanencia, sus fines educativos, estéticos o culturales al cuidado de unos objetos determinados y su servicio o apertura al público.

46. Al contrario de lo que afirman algunos autores en relación a las instituciones que protege la Convención de 1970, éstas no sólo se circunscriben a las de titularidad pública. Ciñéndonos a la definición recogida en la *Museum and Library Services Act*, ésta protegerá tanto a las públicas como a las privadas, siempre que cumplan el resto de las características exigidas en la primera.

47. En relación al tipo de instituciones que se consideran museos, el CFR no menciona su tipología pero ésta se recoge en la *Museum and Library Services Act*, a la que éste remite y por tanto podemos acudir. En referencia a ellas, la Ley recoge un amplio repertorio de instituciones¹¹⁷. Algunas son las que tradicionalmente reconocemos como museos como: los de arte, antropología o museos especializados. Otros por el contrario, como los acuarios, los parques zoológicos o los centros tecnológicos podrían considerarse una extensión al concepto tradicional. Además, el término incluye tanto a aquellos que disponen de colecciones tangibles como a aquellos cuyas colecciones son digitales¹¹⁸.

Por el momento, la CCPIA se ha aplicado a casos como el del robo en el *Chebli-Ahcene Cultural Centre*, el producido en el Museo Hermitage de San Petersburgo o el del Museo Brancaccio, todos ellos instituciones que encajan en el concepto más tradicional de museo, sin embargo, las posibilidades que ofrece el CFR al remitir a la *Museum and Library Services Act*, en relación a los sujetos que protege la CCPIA, son probablemente mayores que las de la Convención de 1970. Hay que tener presente, además, que los tipos de instituciones que recoge no se limita a las que se mencionan, puesto que se refiere a ellas como “instituciones tales como” y no como “las siguientes instituciones”. En definitiva, estarán protegidas las tipologías que recoge y otras similares a éstas. Podría darse el caso, por ejemplo, que en

1994, pp. 324-325; M. R. ALONSO IBÁÑEZ, “El patrimonio histórico. Destino público y valor cultural”, Civitas, Madrid, 1992, pp. 345-346; M. R. ALONSO IBÁÑEZ, ¿A quién pertenecen los bienes exportados ilícitamente?, *Patrimonio Cultural y Derecho*, nº 17, 2013, pp. 257-261.

¹¹³ “Special Classes of Merchandise”, 19 CFR 12 § 12.104 (e); “Museum and Library Services Act”, 20 U.S.C. Chapter 72 (2011).

¹¹⁴ 20 U.S.C. § 9172 (1) (2011).

¹¹⁵ 19 CFR 12 § 12.104 (e).

¹¹⁶ Ley 16/1985, de 25 de junio.

¹¹⁷ 20 U.S.C. § 9172 (1) (2011): “Such term includes museums that have tangible and digital collections and includes aquariums, arboretums, botanical gardens, art museums, children’s museums, general museums, historic houses and sites, history museums, nature centers, natural history and anthropology museums, planetariums, science and technology centers, specialized museums, and zoological parks”.

¹¹⁸ 20 U.S.C. § 9172 (1) (2011).

supuestos como el del robo de la “colección Zambelli”, un conjunto de restos óseos humanos del paleolítico, éstos pudieran ser protegidos por la CCPIA, si la universidad italiana de la que fueron robados no tuviera fines lucrativos¹¹⁹.

a. Caso del robo en el *Chebli-Ahcene Cultural Centre of Skikda* (Argelia)

48. El 22 de diciembre de 1996 el *Chebli-Ahcene Cultural Centre*, situado a unos quinientos kilómetros de la capital argelina, sufría un robo¹²⁰. Durante el mismo eran sustraídas nueve esculturas de piedra de la época del Imperio romano, algunas de ellas esculpidas por artistas de renombre como Phidias. Las autoridades argelinas comunicaban el robo a INTERPOL en 1997.

Las esculturas desaparecieron durante varios años sin dejar rastro, sin embargo, tras casi una década de espera, reaparecía la primera de ellas en el mercado estadounidense. La pieza era descubierta por *Art Loss Register* en un catálogo de la casa de subastas Christies’ de Nueva York. La escultura había sido consignada a ésta por la Galería “*Samarcanda, ancient art*” de París. Tras alertar a INTERPOL, éste contactaba con el ICE quienes incautaban la pieza. El poseedor no se oponía a la acción gubernamental y el 15 de enero de 2008, las autoridades estadounidenses restituían la pieza al Gobierno argelino en virtud de la CCPIA¹²¹.

49. La restitución fue posible porque se cumplían todos los requisitos exigidos en la sección 2607. La escultura era una cabeza de mármol de la época del Imperio romano, que representa al emperador Marco Aurelio. Ésta es un bien cultural a los efectos de la Convención de 1970 y de la CCPIA, por estar incluida dentro del apartado ii) de la categoría g) del art. 1 de dicha Convención, que contempla bienes artísticos de tipo escultórico.

El robo se cometió en el *Chebli-Ahcene Cultural Centre*, un museo provincial de Argelia, donde se encontraban las nueve esculturas. Éstas pertenecían a la citada institución de la que habían sido robadas y existían evidencias de que las mismas formaban parte de su inventario.

Por otro lado, y como hemos mencionado anteriormente, el robo se produjo en 1997, fecha muy posterior a la entrada en vigor de la Convención de 1970 en Argelia, uno de los primeros países en ratificarla, y también a 1983, fecha en la que entraba en vigor la CCPIA.

b. Caso del colgante robado del Museo Hermitage de San Petersburgo

50. Durante un control de inventario efectuado en el Museo Hermitage entre 2005 y 2006 se descubrió que faltaban 221 piezas de su colección estable. Entre los objetos sustraídos, piezas de joyería, iconos y objetos religiosos cuyo valor total fue cifrado en unos cinco millones de dólares.

El suceso conmocionó al sector del arte y los museos, y evidenció los acuciantes problemas de seguridad y de acondicionamiento de las instituciones museísticas rusas. Tras la detención de un anti-cuadro que posteriormente fue liberado, la policía de ese país, concluía que el robo había sido cometido por un matrimonio y su hijo, éste último posteriormente exculpado.

La investigación oficial afirma que, Larisa Zavadskaya, conservadora de metales preciosos y joyería, fallecida en 2005 cuando se iniciaba la inspección, fue la autora de la progresiva sustracción de objetos

¹¹⁹ Robada en agosto de 1998, fue localizada por las autoridades italianas en Dallas, tras haber sido puesta a la venta a través de Internet. Tras la solicitud del Gobierno italiano, los huesos fueron recuperados y restituidos a éste en febrero de 2000. Debido a su importancia para la paleontología, los huesos podían haber ser definidos como bienes culturales en virtud de la CCPIA, al estar incluidos dentro del art.1. (a) de la Convención de la UNESCO, habían sido robados de una institución dedicada a la educación que podría haber encajado dentro de la definición mencionada.

Al respecto *vid.* U.S. CUSTOMS, “U.S. Customs Recovers Prehistoric Italian Bones Sold on an Internet Site, Returns to Italian Government”, www.customs.gov/hot-news/pressrel/2000/0209-00.htm, 9 de febrero de 2000.

¹²⁰ U.S. IMMIGRATION AND CUSTOMS ENFORCEMENT, “ICE returns ancient marble sculpture of Roman Emperor to Algerian government. Antiquity was among nine stolen from the Algerian Museum in 1996”, www.ice.gov/pi/newsreleases/articles/080115washington.htm, 15 enero 2008.

¹²¹ U.S. IMMIGRATION AND CUSTOMS ENFORCEMENT, “ICE returns ancient marble sculpture of Roman Emperor...”.

del almacén de seguridad del Museo¹²². Su marido, Nikolai Zavadskiy, que colaboraba con ella en esta actividad, fue acusado del robo de 70 de los objetos, declarado culpable y condenado a 5 años de prisión.

Algunas de las piezas robadas fueron devueltas por anticuarios y sujetos particulares cuando se difundió la noticia del robo, otros por el contrario, permanecieron en paradero desconocido hasta años más tarde, y la gran mayoría todavía no han sido localizados.

En el año 2009 uno de los objetos robados reaparecía en EE.UU. Se trataba de un colgante de plata grabado con la imagen en miniatura del zar Pedro El Grande, que había sido donado por Nicolás II, último zar de Rusia. En 1947, el medallón y otras 1200 piezas históricas que habían pertenecido a Pedro El Grande fueron entregadas al Museo Hermitage.

51. El medallón es un bien cultural a los efectos de la Convención de 1970 y de la CCPIA debido a que puede ser incluido en al menos tres de las categorías del art.1 de la citada Convención. Es un objeto personal que pertenecía a uno de los zares, por lo que podría incluirse dentro de la categoría b) que engloba los bienes de importancia para la historia y los relacionados, entre otros, con dirigentes. Asimismo, por sus características artísticas, podría considerarse un bien de interés artístico, en cuyo caso se correspondería con la categoría g). Y por su antigüedad, de más de cien años, formaría parte de la categoría e).

La pieza robada pertenece al Hermitage, museo estatal de la Federación Rusa que alberga más de tres millones de obras de arte y antigüedades. En el momento del robo la pieza no se encontraba expuesta, pero se hallaba en los almacenes de seguridad del museo ubicados en su sótano.

Asimismo, el bien cultural robado formaba parte del inventario del Hermitage desde que había sido depositado junto con el resto de pertenencias de Pedro El Grande en 1947. Y existían evidencias documentales de ello, las cuales habían hecho palpable su desaparición en 2006.

El robo del medallón y del resto de los objetos robados se detectó entre 2005-2006, sin embargo, la investigación policial puso de manifiesto que se había producido de forma escalonada durante los diez años previos a la fecha del inventario. Como afirmábamos, éste se desarrolló entre 2005 y 2006, en consecuencia, la sustracción se efectuó entre 1995 y 2005. Debido a que la Federación Rusa ratificó la Convención de 1970 en 1988, momento en el que era efectiva la CCPIA, el bien cultural robado estaba protegido por ésta en virtud de su sección 2607. A pesar de que ésta no fue de aplicación, el 4 de marzo de 2010 fue restituido al Gobierno ruso¹²³.

c. Caso del robo de las pinturas “Venus y Adonis” y “Hércules y Omfale” del Museo Brancaccio

52. El 20 de junio de 1999 las autoridades italianas difundían la noticia del robo de dos pinturas del artista italiano Andrea Appiani (1754-1817) del Castillo Brancaccio (San Gregorio de Sassola, Italia). Tras varios años en paradero desconocido, el 17 de junio de 2004 surgían en el catálogo de Christies’ Nueva York. “Venus y Adonis” y “Hércules y Omfale”, habían sido consignadas por un coleccionista de Los Ángeles a la casa de subastas neoyorkina, con motivo de la subasta de pinturas de antiguos maestros que se iba a celebrar ese día.

Después de que ambas fueran identificadas por el personal del Castillo Brancaccio, fueron incautadas por el ICE y decomisadas tras una orden expedida a petición del fiscal del Distrito Sur de Nueva York.

53. Por su interés artístico, las dos obras de manufactura italiana y antigüedad de más de cien años, pueden ser englobadas en la categoría g) i) del art.1. de la Convención de 1970, y consecuentemente, definidas como bienes culturales en virtud de la CCPIA.

¹²² MOSNEWS, “191 Exhibits still missing from top Russian Museum”, <http://mosnews.com/culture/2009/03/24/theftfrom-hermitage/>, 24 marzo 2010.

¹²³ U.S. IMMIGRATION AND CUSTOMS ENFORCEMENT, “Pendant engraved with the image of Peter the Great returned to Russian authorities. Artifact reported stolen from Heritage Collection was offered for sale in Seattle”, www.ice.gov/news/releases/1003/100304moscow.htm, 4 marzo 2010; Según fuentes del ICE consultadas, el objeto fue adquirido durante una operación encubierta que no condujo al arresto de ningún sujeto. La pieza adquirida fue devuelta al Gobierno ruso.

Fueron robadas en Italia y posteriormente exportadas a EE.UU., donde fueron descubiertas, produciéndose el cruce de frontera internacional que precisa la CCPIA para su aplicación.

El robo se cometió en el Castillo Brancaccio, un castillo-museo que data del s. X, propiedad del Ayuntamiento de San Gregorio de Sassola (*Comune di San Gregorio de Sassola*). En el momento del robo las piezas se encontraban expuestas en la planta baja del museo. Se desconoce la fecha exacta en que éste tuvo lugar, no obstante, las autoridades policiales lo sitúan entre 1994 y 1999, período durante el que se acometió la reforma del castillo.

Italia ratificó la Convención de 1970, en 1978, entrando en vigor en este país en 1979, la CCPIA, en 1983. El robo tuvo lugar con posterioridad a esta última fecha, que es la más tardía de las dos, por lo que habiéndose cumplido el resto de requisitos, los dos bienes culturales fueron decomisados por incumplimiento de la sección 2607 de esta Ley. En 2005, las pinturas fueron restituidas al Gobierno italiano¹²⁴.

B. Monumentos

54. El concepto del término “monumento” es más complejo. Al igual que en la Convención de 1970, la CCPIA omite su definición o tipología, y ésta tampoco consta en el CFR, que únicamente recoge el término “museo”.

Si nos remitimos al Derecho estadounidense, podemos hallar el significado de “monumento nacional” pero no así el de “monumento”¹²⁵. Se define como tal, a los lugares en los que se han producido hitos históricos, a las estructuras históricas o prehistóricas, y a objetos de interés histórico o científico, que se localizan en terrenos propiedad del Gobierno, o controlados por éste, que han sido declarados públicamente como tales, por el Presidente de EE.UU. De modo que, que al margen de las consideraciones nacionales, el concepto de monumento podría definirse en virtud de dos atributos: su relevancia para la historia o la ciencia y su reconocimiento público como tal.

En cuanto a su tipología, si observamos los monumentos nacionales de EE.UU. hallamos lugares en los que se han producido acontecimientos históricos, o estructuras erigidas para conmemorarlos, lugares que honran la memoria de personajes ilustres o que han contribuido a la defensa del país o de sus ideales, lugares de residencia de presidentes o en los que éstos han resultado heridos o muertos, fuertes, ruinas, yacimientos prehistóricos, asentamientos indios, santuarios, capillas, iglesias, objetos históricos como la Campana de la Libertad o algunos barcos, y otros más relacionados con la naturaleza como volcanes, arrecifes, estuarios o entornos marinos.

55. En nuestro Derecho, sin embargo, la definición de monumento no se refiere tanto a lugares o zonas naturales, como a estructuras. Concretamente, se definen éstos como “bienes muebles que constituyen realizaciones arquitectónicas o de ingeniería, u obras de escultura colosal siempre que tengan interés histórico, artístico o social”¹²⁶. No obstante, la mayor parte de las categorías que hemos citado estarían incluidas dentro de las que recoge la Ley 16/1985, en relación a bienes inmuebles declarados bienes de interés cultural. Por tanto de forma más estructurada, quizá por la variedad y por las numerosas representaciones con las que cuenta nuestro país, además de en la categoría de monumento, podríamos

¹²⁴ U.S. ATTORNEY SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK, “U.S. Seizes Paintings stolen from Italian Museum”, <http://www.justice.gov/usao/nys/pressreleases/JULY04/italianartseizurepr.pdf>, 1 julio 2004.

¹²⁵ “National and International Monuments and Memorials”, 16 U.S.C. §§ 431-450 ss-7 (2011). “Sec. 431. The President of the United States is authorized, in his discretion, to declare by public proclamation historic landmarks, historic and prehistoric structures, and other objects of historic or scientific interest that are situated upon the lands owned or controlled by the Government of the United States to be national monuments, and may reserve as a part thereof parcels of land, the limits of which in all cases shall be confined to the smallest area compatible with the proper care and management of the objects to be protected. When such objects are situated upon a tract covered by a bona fide unperfected claim or held in private ownership, the tract, or so much thereof as may be necessary for the proper care and management of the object, may be relinquished to the Government, and the Secretary of the Interior is authorized to accept the relinquishment of such tracts in behalf of the Government of the United States”.

¹²⁶ Ley 16/1985, de 25 de junio.

englobar a casi la totalidad de las anteriores entre: jardín histórico, conjunto histórico, sitio histórico o zona arqueológica¹²⁷.

Estas categorías aunque al margen de la definición estricta de monumento en virtud de nuestro Derecho, serían comparables a las del estadounidense y dispondrían además de la otra característica necesaria, su declaración o proclamación pública como tales.

56. En relación a lo dispuesto en la sección 2607 de la CCPIA, ésta protege tanto a monumentos civiles como religiosos, es decir, que mientras dispongan de esa condición, serán protegidos tanto aquellos cuya existencia está ligada a motivos religiosos como a los que son erigidos con aparente laicidad. Por ejemplo, en relación a los primeros, entraría dentro del ámbito de la CCPIA, los bienes robados en *Santa María degli Angeli Alle Croci*, y entre los segundos, aquellos como el que tuvo lugar en la tumba de *Wang Chuzi*.

a. Caso del robo en la iglesia de *Santa María degli Angeli Alle Croci* (Nápoles)

57. Uno de los casos más repetidos dentro de los que se engloban en la categoría de robos de bienes culturales en monumentos, es el que se produce en las iglesias o lugares de culto.

58. En noviembre de 1990 unos sujetos irrumpían en la Iglesia de *Santa María degli Angeli Alle Croci* de Nápoles y robaban diecisiete esculturas y dos pinturas, entre ellas el busto de San Inocente¹²⁸. En el momento del robo las piezas se encontraban almacenadas en un cubículo situado en el transepto de la iglesia.

El busto de San Inocente fue vendido por un ciudadano italiano a un anticuario estadounidense, quien lo vendió a su vez a un anticuario de Charlotte, que hizo lo propio con uno de sus clientes. El 8 mayo de 2008 la pieza era localizada en posesión de este último y posteriormente incautada en virtud de la CCPIA.

59. El decomiso y posterior restitución del bien a Italia se fundamentó en la aplicación de la sección 2607 de esta Ley¹²⁹. El busto de San Inocente, del s. XVII, es un bien cultural debido a que puede ser incluido en el apartado ii) de la categoría g) de la Convención de 1970, que contempla bienes artísticos en formato escultórico.

Pertenecía al inventario de una iglesia, que puede ser considerada como monumento y en consecuencia, ser una de las que disfrutan de la protección jurídica de la CCPIA.

Asimismo, existían evidencias claras de que el robo se había cometido, y que había tenido lugar en fecha posterior a 1983, momento en que entraba en vigor la CCPIA y 1978, fecha de ratificación de la Convención por el Gobierno italiano.

¹²⁷ Ley 16/1985, de 25 de junio, art.15 (2): “Jardín Histórico es el espacio delimitado, producto de la ordenación por el hombre de elementos naturales, a veces complementado con estructuras de fábrica, y estimado de interés en función de su origen o pasado histórico o de sus valores estéticos, sensoriales o botánicos.

(3) Conjunto Histórico es la agrupación de bienes inmuebles que forman una unidad de asentamiento, continua o dispersa, condicionada por una estructura física representativa de la evolución de una comunidad humana por ser testimonio de su cultura o constituir un valor de uso y disfrute para la colectividad. Asimismo es Conjunto Histórico cualquier núcleo individualizado de inmuebles comprendidos en una unidad superior de población que reúna esas mismas características y pueda ser claramente delimitado.

(4) Sitio Histórico es el lugar o paraje natural vinculado a acontecimientos o recuerdos del pasado, a tradiciones populares, creaciones culturales o de la naturaleza y a obras del hombre, que posean valor histórico, etnológico, paleontológico o antropológico.

(5) Zona Arqueológica es el lugar o paraje natural donde existen bienes muebles o inmuebles susceptibles de ser estudiados con metodología arqueológica, hayan sido o no extraídos y tanto si se encuentran en la superficie, en el subsuelo o bajo las aguas territoriales españolas”.

¹²⁸ U.S. IMMIGRATION AND CUSTOMS ENFORCEMENT, “ICE seizes stolen Italian religious sculpture in North Carolina 350-year-old bust of Saint Innocent disappeared from Naples church in 1990”, www.ice.gov/pi/nr/0903/090317winstonsalem.htm, 17 marzo 2009.

¹²⁹ Fuentes del ICE.

b. *United States v. One Tenth Century Marble Wall Panel Sculpture of a Guardian From The Tomb of Wang Chuzi*

60. La tumba de este guerrero es el único ejemplo que podemos constatar hasta el momento, de aplicación de la sección 2607 al robo de un monumento laico¹³⁰. Es también destacable porque el bien podría haber sido restituido en virtud de esa sección o por incumplimiento de la 2606, que cubre los materiales arqueológicos designados por un acuerdo, si el acuerdo bilateral firmado entre China y EE.UU. en 2009 hubiera estado en vigor¹³¹.

Este complejo funerario del s. X no había sido excavado legalmente con anterioridad al robo, y sólo después de que éste tuvo lugar, se iniciaron los trabajos arqueológicos, que pusieron de manifiesto los daños irreversibles que había sufrido durante el saqueo debido al empleo de dinamita.

Los ladrones, que nunca pudieron ser identificados ni localizados, robaron unos diez paneles esculpidos en piedra que constituían la ornamentación de las paredes del complejo, desapareciendo sin dejar rastro.

En marzo del 2000 Christie's Nueva York publicitaba la salida a la venta de un relieve en piedra que representaba a un guardián chino con su espada. La pieza había sido consignada por una galería de Hong Kong en 1999 e inmediatamente llamó la atención de las autoridades chinas. Aludiendo a que el panel era uno de los robados en la tumba de *Wang Chuzhi*, el Gobierno chino, solicitaba su decomiso civil al Gobierno estadounidense en un tribunal federal de Nueva York, en virtud de la CCPIA.¹³²

El relieve, cuyo precio de mercado se estima entre 400.000 y 500.000 dólares, fue incautado antes de su salida a subasta. El 7 de marzo de 2001 un juez del tribunal federal expedía orden de restitución al Gobierno chino, que recibía la pieza dos meses después. El 23 de mayo de ese mismo año el Gobierno de EE.UU. entregaba la pieza recuperada¹³³.

61. La restitución fue posible debido a que el Gobierno estadounidense pudo establecer que se cumplían los requisitos exigidos en la sección 2607 de esta Ley. En primer lugar la tumba era un monumento cultural protegido, cuya propiedad, tanto en base a la legislación local como nacional, era atribuida al Estado chino.

El objeto se consideró bien cultural a los efectos de la CCPIA puesto que podía ser incluido en el punto d) del art.1 de la Convención de 1970, que contempla los elementos procedentes de la “desmembración de monumentos artísticos o históricos y de lugares de interés arqueológico”.

El punto más complejo del caso y sin duda el más interesante y discutible fue demostrar que los paneles robados pertenecían a una tumba que no había sido escavada previamente y cuya ornamentación no había sido fotografiada ni documentada. Se consideró probada esta circunstancia en base a las declaraciones de los expertos que habían participado en la excavación posterior, sus características y peculiaridades artísticas, semejantes a las halladas en la tumba, y en el hecho de que las dimensiones y formato encajaran en uno de los huecos de la misma.

No fue preciso que el bien robado estuviese inventariado de forma unitaria pues tanto la Convención de 1970 en su art.1, como los informes previos a la promulgación de CCPIA, reflejan la intención del legislador de proteger bienes culturales inventariados o bienes que proceden de la desmembración de edificios, sitios o lugares que se encuentran inventariados en su conjunto, como es el caso de la tumba de *Wang Chuzhi*.

¹³⁰ U.S.A. v. One Tenth Century Marble Wall Panel Sculpture of a Guardian From The Tomb of Wang Chuzi Located at Christies, 20 Rockefeller Plaza, New York, NY, No. 00 Civ. 2356 (A.K.H.).

¹³¹ “Memorandum of Understanding Between the Government of the United States of America and the Government of the People's Republic of China Concerning the Imposition of Import Restrictions on Categories of Archaeological Material from the Paleolithic Period through the Tang Dynasty and Monumental Sculpture and Wall Art at Least 250 years old, signed in Washington D.C. on January 14th, 2009”, <http://eca.state.gov/files/bureau/ch2009mou.pdf>.

¹³² UNESCO, “Intergovernmental Committee for Promoting the Return of Cultural Property to its Countries of Origin or its Restitution in case of Illicit Appropriation. Generic Examples of Return and Restitution of Cultural Property (outside the Committee)”, *CLT-2005/CONF.202/INF.2*, enero 2005.

¹³³ U.S. CUSTOMS AND BORDER PROTECTION, “U.S. Customs Service Returns Rare 10th Century Burial Sculpture to China”, www.cbp.gov/hot-news/pressrel/2001/0523-04.htm, 23 mayo 2001.

Ello unido a que se podía constatar que el robo se había producido en 1994, fecha posterior a la entrada en vigor de la CCPIA y a 1989, momento en el que China aceptó la Convención de 1970, dio como resultado el decomiso y posterior restitución del panel al Estado chino.

C. Instituciones de similares características

62. Al igual que sucede con el término monumento, la CCPIA no especifica qué entiende por instituciones de similares características. No obstante, la intención del legislador queda recogida en los informes previos a la aprobación de la Ley. En el análisis que efectúa el Comité de Finanzas del Senado en septiembre de 1982, señala que el objetivo de la sección es cubrir, no sólo a los bienes culturales de museos y monumentos públicos, sino a los pertenecientes a mezquitas, catedrales, templos y otros edificios abiertos al público u objeto de estudio científico¹³⁴.

63. Con la introducción de esta tercera tipología de sujetos el espectro de instituciones o lugares que estarían al amparo de la Ley sería todavía más amplio del que podría parecer a priori. Además de lugares sagrados o destinados al culto, no considerados monumentos, sería factible que estuvieran cubiertos, los objetos de cualquier institución que dispusiera de un régimen de apertura al público, o de un interés o singularidad, que lo convirtiera en objeto de investigación científica, siempre que éstos estuvieran dentro de alguna de la categorías del art. 1. de la Convención de 1970. Dentro de esta tipología podríamos situar, por ejemplo, a archivos y bibliotecas o zonas arqueológicas.

La mayor amplitud se refleja igualmente en la titularidad de la institución que no queda expresamente definida ni clarificada en la Ley ni en sus antecedentes. A pesar de que algunos autores presuponen que se trata únicamente de instituciones públicas, la Ley no es especialmente clara en este sentido. Por un lado, la sección alude a la protección de monumentos públicos y religiosos pero por otro a museos de forma genérica, es decir, tanto a los de titularidad pública como a los privados. En referencia a las “instituciones” al incluir la palabra “similares”, se entiende que está comparando éstas con las anteriores, es decir, con monumentos civiles o religiosos, o con las dos anteriores. Si lo hiciera únicamente con la primera, deberíamos descartar a las instituciones privadas, pero si la comparación alude a ambas, estarían cubiertas las dos. No obstante si la intención del legislador hubiera sido proteger únicamente a los bienes de instituciones públicas lo habría hecho constar expresamente, su no alusión, por tanto, refleja la intención de proteger tanto a unas como a otras.

64. Uno de los tipos de institución que podrían encajar en estas características, serían los archivos y bibliotecas. Entre 1994 y 2002, por ejemplo, se producía el robo de aproximadamente un millar de documentos históricos de la época de los zares, en los Archivos Nacionales de las dos principales ciudades de la Federación Rusa: Moscú y San Petersburgo.

En 2010 las autoridades de este país alertaban al Gobierno estadounidense de la posible localización de algunos de ellos en su territorio. Los objetos se habían puesto a la venta a través de cinco páginas web, a precios que oscilaban entre 300 y 15.000 dólares.

La investigación llevada a cabo por el ICE daba como resultado la localización de veintiuno de los objetos robados, diseminados por cinco Estados (New Hampshire, Connecticut, California, Georgia y Nueva York). El 3 de diciembre de 2010 el Gobierno estadounidense restituía los objetos al Gobierno ruso¹³⁵.

A pesar de que su valor en términos económicos no es excesivo, los documentos recuperados disponen de un alto valor histórico. Recogen acontecimientos y regulan aspectos que contribuyen al aprendizaje de las circunstancias políticas y sociales que rodeaban el período de los zares. La mayoría

¹³⁴ U. S. SENATE COMMITTEE ON FINANCE, “Miscellaneous Tariff...”, p. 31: “This provision will apply to items of cultural property stolen from a broad range of institutions and public monuments in State Parties. In addition to public museum, the language is intended to cover cathedrals, temples, shrines, and other such edifices or sties open for public visitation or scientific study. Examples include the Wailing Wall in Jerusalem; Pompeii, Italy; Teotihuacan, Mexico; Angkor Wat, Cambodia; the Colosseum, Rome; Arc de Triomphe, Paris, etc”.

¹³⁵ U.S. IMMIGRATION AND CUSTOMS ENFORCEMENT, “ICE returns historical documents to Russian Federation. ICE Director Morton returns 21 stolen items to Russian Ambassador Kislyak”, <http://www.ice.gov/news/releases/1012/101203washington2.htm>, 3 diciembre 2010.

contienen la firma original de personajes emblemáticos de su historia. Entre ellos se incluyen varios decretos firmados por Ana Ioannovna (1733), Isabel Petrovna (1737), Catalina II (1764), Catalina la Grande (1792), Alejandro I (1825), Nicolás II (1832), Alejandro II (1867 y 1892), Alejandro III (1892) y Nicolás II (1914), y una orden y lista personal del general Zhukov (1949). Como documentos antiguos de interés histórico todos ellos son bienes culturales en virtud del art.1 de la Convención de 1970 y por tanto de la CCPIA, por considerarlos dentro de la categoría h) que engloba, entre otros, a los documentos antiguos de interés histórico, o en la j) que recoge los archivos.

Los bienes robados se encontraban depositados en los Archivos Nacionales tanto de Moscú como de San Petersburgo en el momento del robo. Dichas instituciones, con régimen de apertura al público y destinadas a la investigación y al estudio son a efectos de la CCPIA, instituciones de similares características a un museo o monumento.

Todos ellos habían sido previamente inventariados por ambas instituciones, eran bienes identificables y reconocibles por sus propietarios.

A pesar de que es difícil precisar con exactitud el momento en que se produce el robo de material bibliográfico, las autoridades rusas podían constatar que éste había tenido lugar entre 1994 y 2002. Dado que la Federación rusa ratificó la Convención en 1988, fecha anterior a la del robo y posterior a la entrada en vigor de la CCPIA, los documentos robados podían disponer de la protección de esta última y ser decomisados y restituidos a su país de origen en virtud de ésta¹³⁶.

3. Condición de los bienes culturales

65. Como requisito imprescindible y excluyente la CCPIA estipula la obligatoriedad de que los bienes culturales robados pertenezcan al inventario del museo, monumento o institución de similares características, de los que han sido robados.

Ésta únicamente protege a bienes identificados, es decir, aquellos de los que se conoce su existencia con anterioridad a la fecha de su robo y además pertenecen a alguna de las instituciones mencionadas. Quedan excluidos por tanto, aquellos que como en el caso Schultz, pertenecen a un Estado en virtud de una declaración de propiedad sobre los bienes descubiertos en su territorio.

66. La pertenencia de los bienes robados al inventario de la institución debe ser acreditada. Este requerimiento se incorporó a la redacción de la CCPIA a finales de 1982, endureciendo las condiciones de obtención de protección, que en un primer momento eran más flexibles, al no ser requerida ni la designación de los bienes como de importancia por parte del Estado parte, ni la acreditación documental de su inclusión en el inventario de la institución¹³⁷. La primera de ellas se mantuvo, sin embargo, la segunda se añadió para ceñirse a los postulados de la Convención de 1970, que como ésta, exige igualmente la existencia de documentación.

La ausencia de la misma se traduce inevitablemente en su exclusión como objetos susceptibles de protección por parte de la CCPIA, que con independencia de que los bienes culturales puedan incluirse en alguna de las categorías del art.1 de la Convención de 1970 y se cumplan los requisitos restantes, no serán protegidos.

67. La Ley no estipula el modo en el que debe ser probada la pertenencia a la institución, por lo que para encontrar alguna referencia al respecto debemos remitirnos a sus antecedentes. En el informe que remite el Comité de Finanzas del Senado en 1982, éste alude a que “documentados como pertenecientes al inventario”, se refiere a que los objetos deben haber sido registrados mediante cualquier herramienta utilizada por la Nación para identificar sus tesoros culturales, en el contexto general de las

¹³⁶ Según confirman fuentes del ICE consultadas expresamente durante esta investigación, al menos los descubiertos en New Hampshire y en California fueron decomisados en virtud de la CCPIA.

¹³⁷ H.R.4566, 95th Cong. (Dec.1982), § 2607. “No article of cultural property documented as appertaining to the inventory of a museum or religious or secular public monumental or similar institution in any State Party which is stolen from such institution after the effective date of this title, or after the date of entry into force of the Convention for the State Party, whichever date is later, may be imported into the United States.”

prácticas habituales que llevan a cabo museos o monumentos¹³⁸. En relación a los documentos que podrían acreditar su pertenencia, el Comité indica que podrán ser fotografías u otro tipo de pruebas además de los registros formales de los museos¹³⁹. Asimismo, señala que el término “inventario” se entenderá en sentido amplio cuando se trate de bienes pertenecientes a monumentos o instituciones similares¹⁴⁰.

En definitiva, la institución podrá acreditar que el bien robado le pertenece a partir de la presentación de documentación procedente de fuentes primarias, registros y o herramientas similares, o de otras de carácter secundario.

A. Bienes identificados y registrados por la institución en su inventario

68. La pertenencia del bien cultural al inventario de la institución puede acreditarse en base a las fuentes de información propia y de control de las que dispone la misma. En este sentido, cobra especial importancia el registro e inventariado de las piezas que constituyen la colección y de las que se van incorporando a ella en el transcurso del tiempo.

69. La actuación de los museos e instituciones de similares características en relación al proceso de inventario se ha replanteado en los últimos años. Organizaciones como la UNESCO o el ICOM han conjugado esfuerzos para promocionar esta herramienta como uno de los instrumentos de protección más efectivos en la lucha contra el tráfico ilícito de bienes culturales.

La tendencia general es que se concurra hacia técnicas de inventario uniformes, que permitan la identificación de los objetos y el envío ágil de información práctica en caso de desaparición. La tesis más o menos extendida e internacionalmente aceptada por museos e instituciones de similares características es la de optar por la documentación tanto a la entrada y salida de la obra, como de los elementos que se hallan en la institución de forma permanente.

70. Con relación al Derecho español, el Reglamento de museos de titularidad estatal y del sistema español de museos; exige a éstos la creación y actualización de un registro y de otros dos libros de control¹⁴¹.

En el registro consta la entrada y salida de obra tanto de los bienes de la colección estable como los depósitos, no siendo anotados aquellos que constituyen las exposiciones temporales¹⁴².

¹³⁸ U. S. SENATE COMMITTEE ON FINANCE, “Miscellaneous Tariff...”, p. 32: “An article of cultural property would be covered by section 208 (2607) if it were listed in the inventory of a particular institution or if it were affixed to or located in or on an edifice or site which itself is included in an inventory. The committee intends the language *documented as appertaining to the inventory* to be read broadly in the context of the actual practices by which nations identify and maintain their cultural treasures, not only in museum but also those associated with monuments”.

¹³⁹ *Ídem*, “*Documented*, for example, is intended to cover photographic and other types of evidence in addition to formal museum records”.

¹⁴⁰ *Ídem*: “*Inventory* should be broadly construed where public and religious monuments and similar institutions are concerned”.

¹⁴¹ Real Decreto 620/1987, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Museos de titularidad estatal y del Sistema Español de Museos, *BOE*, nº. 114, 13 mayo 1987, pp. 13960-13964. “Art.12 1. Además de los Registros señalados en el artículo 10 de este Reglamento, todos los Museos de titularidad estatal deberán elaborar separadamente: a) El Inventario, que tiene como finalidad identificar pormenorizadamente los fondos asignados al Museo y los depositados en éste, con referencia a la significación científica o artística de los mismos, y conocer su ubicación topográfica. Este Inventario se llevará por orden cronológico de entrada de los bienes en el Museo. b) El Catálogo, que tiene como finalidad documentar y estudiar los fondos asignados al Museo y los depositados en el mismo en relación con su marco artístico, histórico, arqueológico, científico o técnico”. Al respecto *vid.* P. BARRACA DE RAMOS, “Algunos aspectos de la documentación en los museos”, *Boletín ANABAD*, vol. 44, nº 1, pp.135-153; L. CABALLERO ZOREDA, “La documentación museológica”, *Boletín ANABAD*, vol. 38, nº 4, pp.455-495; F. BENÍTEZ DE LUGO Y GUILLÉN, “El patrimonio cultural Español. Aspectos jurídicos, administrativos y fiscales”, *Comares*, Granada, 1988.

¹⁴² Real Decreto 620/1987, de 10 de abril, art.10 (1): “Los museos adscritos al Ministerio de Cultura deberán llevar los siguientes Registros:

- a) De la colección estable del Museo, en el que se inscribirán los fondos que la integran.
 - b) De depósitos de fondos pertenecientes a la Administración del Estado y a sus Organismos autónomos, en el que se inscribirán los de esa titularidad que ingresen por dicho concepto en el Museo.
 - c) De otros depósitos, en el que se inscribirán los fondos de cualquier otra titularidad que se ingresen en el Museo.
- (2) No se inscribirán en los Registros anteriores los bienes que ingresen en los Museos para la celebración de exposiciones temporales, sin perjuicio del debido control administrativo de la recepción y de la salida de los mismos”.

El inventario refleja por orden cronológico de incorporación a la institución las colecciones estables y los depósitos, especificando su ubicación física dentro del mismo. Por último, el catálogo recoge el estado de conservación de cada obra del inventario, las intervenciones que se han efectuado en cada una, y toda la información disponible que sirva para contextualizar el objeto.

Ambos mecanismos de control recogen, no sólo los bienes muebles, sino también los inmuebles: edificios e instalaciones, elementos decorativos que los cubren, tales como pinturas al fresco, esculturas murales y/o ornamentación en general. No hay que olvidar que el art. 1. de la Convención de 1970 cubre los fragmentos o elementos procedentes de la desmembración de los inmuebles, sin embargo, éstos sólo estarán protegidos por dicha Convención y por la CCPIA si se encuentran inventariados. En casos como el anteriormente citado de la tumba de *Wang Chuzi*, la acreditación de documentación de propiedad del bien inmueble en su conjunto, puede propiciar la protección de uno de sus elementos.

En base a todo ello cabría pensar, al menos en teoría, que si se produce el robo de una obra de un museo español dentro de sus instalaciones, tanto el inventario como el catálogo servirían para demostrar su pertenencia a la misma. En la práctica, dependerá del museo o institución de similares características y lo avanzado y normalizado que esté su inventario.

71. El robo de los mapamundi de la Biblioteca Nacional de España ilustra claramente, la relevancia que cobra el proceso de inventario y catalogación como medio para identificar, localizar y probar la pertenencia de éstos a la institución.

En el transcurso de una inspección rutinaria de sus fondos, que transcurrió durante el mes de agosto de 2007, los técnicos de la Biblioteca Nacional de España, detectaron el robo de 16 páginas de varios libros. La operación *Cosmografía*, llevada a cabo por la Guardia Civil, dio como resultado la localización de la mayoría de ellas y su restitución al Gobierno español. En territorio estadounidense fueron descubiertas dos: el mapamundi de *Ptolomeo Cosmografía* de 1482 y el Mapa de *Ptolomeo Geografía* de 1548.

Como elementos constitutivos de su colección estable, todos los bienes sustraídos formaban parte del inventario de la Institución y ésta pudo presentar evidencias que así lo certificaron.

Concretamente, *Ptolomeo Cosmografía* es uno de los 3.100 ejemplares que componen su colección de incunables (libros impresos antes del 1 de enero de 1501). Es identificado con la signatura INC/116 que revela que es el incunable número 116, que se halla dentro de los Fondos Antiguos y depositado en la Sala Cervantes. La Biblioteca posee cuatro ejemplares, dos de ellos incunables, y otros dos en formato microfilm, cada uno con su código individualizado que los distingue frente al resto. En su registro en el catálogo figura su título, autor y fecha de publicación, así como ocho “referencias precisas” con los detalles que permiten su descripción física¹⁴³.

Ptolomeo Geografía es una monografía antigua (libros impresos con posterioridad a 1501). Tiene asignado el número R/38541. Su signatura indica que es uno de los ejemplares definidos como “Raros”. La Biblioteca Nacional sólo conserva un ejemplar, que se ubica igualmente en la Sala Cervantes. Su registro en el catálogo aporta información sobre su título completo, autor principal y autores secundarios, número de páginas y mapas, lugar y lengua, y marcas y otros signos que lo caracterizan y distinguen¹⁴⁴.

La información mencionada sirvió para demostrar que la Biblioteca Nacional poseía ambas publicaciones. Sin embargo, el ladrón no sustrajo los ejemplares completos, sino que los mutiló, llevando consigo algunas de sus hojas. Debido a que, como es el caso, no todos los fondos bibliográficos disponen de la unicidad que caracteriza a otros bienes culturales, fue preciso demostrar que las páginas localizadas eran las que habían sido sustraídas de los ejemplares de la Institución.

Los análisis efectuados tanto a las descubiertas en Argentina como a las halladas en Australia y EE.UU. confirmaron este hecho. No obstante, no sucedió lo mismo con la localizada en Gran Bretaña. Tras el peritaje de la hoja (recto y verso) del incunable *Etymologiae* aparecido en Londres, una experta de la Biblioteca Nacional y un especialista británico en mapas antiguos determinaron que, a pesar de que

¹⁴³ BIBLIOTECA NACIONAL, “Catálogo”, <http://catalogo.bne.es/uhtbin/cgiisirsi/jxWBM87N8A/BNMADRID/79025922/9#top>

¹⁴⁴ BIBLIOTECA NACIONAL, “Catálogo”, <http://catalogo.bne.es/uhtbin/cgiisirsi/nbF4fXsu1r/BNMADRID/149085843/9>

era la misma hoja que faltaba en el libro que había sido objeto de robo, no se trataba de la sustraída del ejemplar de la Institución. Su conclusión se fundamentó en las diferencias que existían en el grosor del papel y tonalidad de los fragmentos de la hoja que el ladrón había dejado al rasurarla y los que poseía la hoja de Londres, así como en la ausencia de ciertas marcas y anotaciones que se apreciaban en los márgenes de la copia microfilmada y que no se observaban en la hoja objeto de análisis¹⁴⁵.

72. Todas las páginas robadas eran bienes culturales en virtud de la Convención de 1970 al estar incluidas dentro de la categoría h) del art.1, que entre otros menciona los manuscritos raros y los incunables, y por idéntico motivo, las descubiertas en territorio estadounidense, también lo eran en virtud de la CCPIA.

En referencia a estas últimas, el seguimiento de los movimientos del ladrón y de otros dos sujetos que le apoyaron en la venta o intento de venta de los mapamundi, hizo posible demostrar que los bienes habían cruzado una o varias fronteras desde su robo en España hasta su exportación ilícita a EE.UU., evidenciando de esta forma la internacionalización del conflicto.

Por otro lado, los bienes fueron sustraídos de la Biblioteca Nacional, la institución bibliotecaria superior del Estado español¹⁴⁶. Ésta es un organismo autónomo desde 1991, con personalidad jurídica y capacidad de obrar, y con un patrimonio mueble e inmueble afecto¹⁴⁷. Entre sus fines se encuentra el estudio, investigación, depósito y conservación del patrimonio bibliográfico español, contando en el ejercicio de sus funciones, con un régimen de apertura y servicio público. En definitiva, una institución de similares características a un museo o monumento público en virtud de la CCPIA.

El robo se descubrió en agosto de 2007, sin embargo, después de identificar a su autor y comparar las fechas de sus visitas y de las solicitudes de préstamo, con las de sus viajes desde su lugar de origen en Argentina a Madrid y regreso, la Guardia Civil concluyó que el sujeto viajaba un día antes de la sustracción de las páginas a la capital de España, y regresaba a su país al día siguiente de ésta. De modo que el robo de las páginas se había producido de forma escalonada en el tiempo, y en concreto, a lo largo del año 2007.

Debido a que dicha fecha era posterior a la fecha efectiva de la ratificación de la Convención de 1970 por parte de España (1986) y la de la entrada en vigor de la CCPIA, las páginas localizadas en EE.UU. se encontraban al amparo de esa Ley. El Gobierno estadounidense las restituyó a España el 8 de noviembre de 2007¹⁴⁸.

B. Bienes identificados cuya pertenencia al inventario se acredita por vías indirectas

73. El proceso de inventariado no ha evolucionado al mismo ritmo en todos los países. En algunos de ellos, la escasez de recursos y medios imposibilita su desarrollo, y provoca que puedan llegar a ser inexistentes o hallarse en fase inicial.

¹⁴⁵ Fuentes de la Guardia Civil.

¹⁴⁶ Real Decreto 1581/1991, de 31 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Biblioteca Nacional, *BOE* nº 268, 8 noviembre 1991, pp. 36110-36112. "Artículo Único. De acuerdo con el artículo 97 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, se constituye el organismo autónomo Biblioteca Nacional, y se aprueban sus estatutos, que figuran en el anexo de la presente disposición".

¹⁴⁷ Real Decreto 1581/1991, de 31 de octubre, anexo, art.1(1): "La Biblioteca Nacional, institución bibliotecaria superior del Estado y cabecera del sistema español de bibliotecas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, es un organismo autónomo de carácter administrativo de los comprendidos en el apartado a del número 1 del artículo 4 del texto refundido de la Ley 11/1977, de 4 de enero, General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, y queda adscrito al Ministerio de Educación y Cultura, a través de la Dirección General del Libro y Biblioteca, al que queda reservado además de las funciones legalmente atribuidas, su seguimiento y, sin perjuicio de otras competencias, el control de eficacia, de acuerdo con la normativa vigente.

(2) La Biblioteca Nacional tiene personalidad jurídica propia y capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines y se rige por lo establecido en la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, en la Ley General Presupuestaria, en la Ley del Patrimonio Histórico Español, en la legislación vigente sobre bibliotecas de titularidad estatal y en las demás disposiciones de aplicación a los organismos autónomos".

¹⁴⁸ F.B.I., "F.B.I. return stolen maps to Spain", http://www.fbi.gov/news/stories/2007/november/stolenmaps_110807, 8 noviembre 2007.

74. Son particularmente notorios los robos que se cometen en iglesias, capillas o lugares de culto apartados, en los que a las insuficientes o nulas medidas de seguridad, que las convierten en objetivo de los ladrones, se suma la ausencia de documentación a cerca de las piezas robadas, que imposibilita en numerosas ocasiones su recuperación, porque difícilmente pueden ser reconocidas y/o reclamadas. En julio de 2006, por ejemplo, era robada la estatua del Niño Jesús de la iglesia de Santiago Tepeyahualco¹⁴⁹. Los ladrones abandonaron la urna de cristal en la que yacía, llevándose consigo una escultura de la que no existen registros ni evidencias fotográficas.

75. Las fuentes secundarias o indirectas pueden lograr en situaciones como ésta, el mismo resultado que las directas. Estudios, monografías o material fotográfico o audiovisual, que recojan los bienes de una institución o un bien concreto en su ubicación original pueden ser aceptados como evidencia de su pertenencia a la institución, especialmente cuando se trata de monumentos o instituciones similares.

La relevancia de las fuentes indirectas es especialmente significativa cuando el objeto robado es un bien inmueble o un bien mueble procedente de la desmembración de éste. Como hemos afirmado, los inmuebles gozan de la protección jurídica de la CCPIA, pero es preciso demostrar que el objeto robado era parte del conjunto antes de su remoción, y es aquí donde, en ocasiones, las fuentes directas fallan. Algunas incluyen en sus inventarios la enumeración de sus inmuebles de forma genérica, pero adolecen de las descripciones precisas que permiten el reconocimiento e identificación de cada uno de los elementos fijados a sus estructuras.

76. En *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus vs. Goldberg*, el mosaico robado de la iglesia de *Panagia Kanakaria*, pudo ser identificado a partir de una monografía que había publicado la Universidad de Harvard. Ésta detallaba los trabajos de restauración llevados a cabo en dicha iglesia entre 1959 y 1967 por el Centro de Estudios Bizantinos de Dumbarton Oaks (Universidad de Harvard) en colaboración con el Departamento de Antigüedades de la República de Chipre y la Iglesia de Chipre¹⁵⁰. La restitución del mosaico no se produjo en virtud de la CCPIA porque Chipre no era Estado parte de la Convención de 1970 con anterioridad al robo, sin embargo, durante el juicio, el juez Cudahy, aun haciendo constar la imposibilidad de aplicar esta Ley, explicaba con detalle el cumplimiento de algunos de los requisitos estipulados por su sección 2607¹⁵¹. Entre ellos la posibilidad de que ésta monografía hubiera podido ser admitida como prueba de la existencia del mosaico y su pertenencia a la iglesia de *Panagia Kanakaria*¹⁵².

¹⁴⁹ E. MALKIN, "Nothing Is Sacred, as Looters Rob Mexican Churches of Colonial Treasures", <http://www.nytimes.com/2006/10/04/arts/design/04loot.html?pagewanted=1&r=1>, 4 octubre 2006.

¹⁵⁰ *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus and the Republic of Cyprus v. Golberg & Feldman Fine Arts, Inc.*, No. 17 F. Supp.1374 (S.D.I. 1989).

¹⁵¹ En su fallo concurrente, el juez Cudahy, subrayaba la importancia que tanto EE.UU., que ya era miembro de la Convención, como la Comunidad Internacional, conferían a los bienes culturales de potencias extranjeras. En este sentido, afirmaba que los mosaicos robados e ilícitamente exportados, eran bienes culturales en virtud de la CCPIA, debido a que podían ser incluidos en al menos, tres de las categorías del art.1 de la Convención. Habían sido desmembrados de un bien inmueble, por lo que en base a ello, podían ser englobados dentro del punto (d), que compila objetos procedentes de la desmembración de éstos. Una vez separados del conjunto, es decir, como bienes muebles, podían ser considerados bienes culturales en virtud de su antigüedad, y por tanto, incluidos dentro del punto (e); o de su valor artístico, englobándose en el punto (g) (i) como pinturas o dibujos efectuados en cualquier soporte. El robo se había producido en Chipre, y una vez robados, los bienes habían sido ilícitamente exportados en al menos dos ocasiones. Asimismo, se trataba de bienes culturales que habían sido robados de un templo, un lugar de culto perteneciente a la Iglesia Ortodoxa de Chipre, cuya existencia reconoce la Constitución de este país y a quien la Ley de Bienes Inmuebles de la República de Chipre define como institución religiosa, confiriéndole el derecho a poseer y registrar bienes. Como tal, en virtud de la CCPIA podía ser considerada institución de similares características a un museo o monumento público y por tanto, sus bienes protegidos por su sección 2607.

Al respecto *vid.* *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus and The Republic Cyprus v. Goldberg and Feldman Fine Arts, Inc., and Peg Goldberg*, No. 917 F.2d 278 (7th Cir.1990).

¹⁵² *Autocephalous Greek-Orthodox Church of Cyprus and The Republic Cyprus v. Goldberg and Feldman Fine Arts, Inc., and Peg Goldberg*, No. 917 F.2d 278 (7th Cir.1990). "It is clear that the mosaics in the case before us were stolen (under any reasonable definition of that word) from a religious institution and that the mosaics were extensively documented by the Dumbarton Oaks publication as belonging to the Kanakaria Church (...) the policy that the Act (CCPIA) embodies is clear: at the very least, we should not sanction illegal traffic in stolen cultural property that is clearly documented as belonging to a public or religious institution".

77. En relación a los casos resueltos en virtud de la CCPIA uno de los más peculiares de los últimos años, en referencia a la utilización de fuentes indirectas, es el del robo de la escultura colosal de Trajano.

El 27 de enero de 1998 el Museo Capitolino de Roma notificaba su robo. Las circunstancias del mismo no pudieron ser esclarecidas ni el ladrón identificado. La policía tan sólo pudo constatar que el busto había sido desligado de la base que lo soportaba, que había sido abandonada en el lugar del robo.

En 2003 los carabinieri localizaban la escultura en un artículo de cuatro páginas publicado en el catálogo de Christie's Nueva York del mes de diciembre. En él se hacía referencia a la próxima salida a subasta de una escultura colosal del emperador Trajano de la época del Imperio romano. En relación a su procedencia, se informaba que la pieza había sido consignada a la Casa de Subastas por un coleccionista de Linz (Austria), que aseguraba que la había heredado de su padre, que a su vez la había adquirido en Múnich en 1932.

El precio de salida acordado fue estimado entre 250.000 y 350.000 dólares. Durante la subasta, celebrada el día 11 de diciembre de 2003, Christies' vendía el busto a un millonario, del que no trascendió su identidad, por 276.300 dólares.

78. El 15 de enero de 2004 el ICE incautaba la pieza, que quedaba depositada en Christies' hasta la resolución del caso. Finalmente, el busto era decomisado por el Gobierno de Estados Unidos en virtud de la CCPIA y restituido a Italia¹⁵³. La restitución fue posible porque se cumplían los requisitos exigidos por la sección 2607 de esta Ley.

El objeto es un bien cultural en virtud de la CCPIA puesto que puede ser incluido en al menos dos de las categorías del art. 1. de la Convención: la e) que se refiere a antigüedades de más de cien años y la g) ii) que engloba los bienes de interés artístico de tipo escultórico.

La peculiaridad del caso fue su datación, siendo su antigüedad menor a la presupuesta¹⁵⁴. Con la información remitida por el consignatario, Christies' dio por sentado que la pieza había sido esculpida en los primeros siglos del primer milenio, durante la época del Imperio romano. Sin embargo, el busto pertenece a la serie de retratos en mármol de emperadores romanos que fueron efectuados en torno a 1627 para decorar el *Palazzo dei Conservatori*, uno de los dos edificios que componen el Museo Capitolino.

La actuación de Christies' en el suceso constató la escasa importancia que se confiere a veces a la procedencia de las piezas que salen a la venta. En este caso en concreto, no se debieron verificar adecuadamente los datos aportados por el vendedor ni la antigüedad de la obra, tasándose la pieza por un valor muy superior al que se le hubiera conferido de haberse constatado que databa del s. XVII.

El busto pertenecía al inventario del Museo Capitolino, un museo estatal situado en Roma, y constaba en una monografía realizada por un docente en 1926, en el que se registraba su origen en un inventario de las colecciones del museo de 1627.

Cuando la pieza fue robada se hallaba en uno de los sótanos del museo. Aunque no ha sido posible precisar la fecha exacta en la que se cometió el robo, la institución tiene constancia de la presencia de la pieza en un inventario efectuado en 1990 y de su desaparición en el realizado en 1997. Por tanto, se concluyó que su sustracción se produjo en el período de siete años comprendido entre ambos controles.

Dado que como pronto la pieza desapareció en 1990, siete años después de la entrada en vigor de la CCPIA y doce de la ratificación de la Convención de 1970 por Italia, el robo tuvo lugar con posterioridad a ambas fechas y por tanto, el bien cultural estaría al amparo de la sección 2607 de la CCPIA.

C. Bienes identificados que no pertenecen al inventario de la institución

79. Es preciso señalar, que junto con los inmuebles, colecciones estables y depósitos, cohabitan otros bienes que, aun estando físicamente en las instalaciones de estas instituciones, no forman parte

¹⁵³ U. S. ATTORNEY SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK, "U.S. Seizes Artwork Stolen from Rome Museum", <http://www.justice.gov/usao/nys/pressreleases/January04/trajancomplaint1pr.pdf>, 15 enero 2004.

¹⁵⁴ P. COLETTI, "Recuperato il 'Colossale Traino' sottratto ai Musei Capitolini", *Andromeda Cultura*, enero 2004, p.15.

de sus inventarios. Nos referimos a los objetos que se hallan temporalmente en el museo, monumento o institución, pero que no son de su propiedad. Tal es el caso de los bienes que forman parte de una exposición temporal o itinerante.

Los bienes culturales en préstamo temporal son en este sentido más vulnerables que el resto, al menos en lo que respecta a la CCPIA. Su entrada y salida al museo es controlada, aunque no registrada en el libro de registro, que como señalábamos, contempla de modo exclusivo los movimientos de los bienes culturales que constituyen la colección permanente y los depósitos. Los bienes culturales que forman parte de exposiciones temporales son prestados a las instituciones en base a unas condiciones de seguridad y conservación que se estipulan en Contratos de Préstamo¹⁵⁵. Los seguros “clavo a clavo” (a todo riesgo), exigidos habitualmente como condición *sine qua non*, cubrirían el robo del objeto y garantizarían el pago del valor por el que han sido asegurados, pero no su restitución.

80. Aun así, su publicación en el catálogo de la exposición temporal y el contrato de préstamo entre instituciones y su pertenencia al inventario de otro museo o institución, hubieran servido para obtener la protección de la sección 2607, si ésta no estipulase, como analizaremos en el siguiente epígrafe, que los bienes deben haber sido robados de la institución a la que pertenecen.

En este sentido la CCPIA es más concreta y estricta que la Convención de 1970, cuyo art.7 no contiene tal aseveración. Ello significa que, al menos en teoría, el Gobierno de un Estado podría reclamar la restitución de un bien cultural perteneciente a un museo, monumento o institución de similares características, que hubiera sido robado mientras estuviera físicamente ubicado en otro museo, monumento o institución, independientemente de en cuál de los inventarios figurase¹⁵⁶.

4. Lugar del robo

81. En referencia al lugar del robo es preciso tener en cuenta dos consideraciones: el lugar en el que se hallan los bienes en el momento de la sustracción y el lugar donde se ubican los propios museos o instituciones de los que son robados.

A. Lugar en el que se hallan los bienes en el momento del robo

82. Como hemos afirmado anteriormente, a diferencia de la Convención de 1970, la CCPIA exige expresa y claramente que los bienes culturales robados, lo hayan sido de la institución a la que pertenecen. Es en este sentido, el lugar, un factor excluyente de protección. No serán protegidos por la Ley aquellos que perteneciendo a museos e instituciones, se encuentren en un lugar diferente al suyo propio, cuando son robados.

Por lo general, los bienes culturales se hayan depositados en sus instituciones, que suelen ser reacias al movimiento de sus colecciones por el riesgo al que se ven expuestos durante su transporte y estancia en otra institución. Este no sólo se refiere a la posibilidad de sustracción sino también a la alteración de su estado de conservación. No obstante, en ocasiones, los bienes culturales abandonan temporalmente su institución para ser transportados a otros lugares.

Aquellos cuyo valor y estado de conservación lo permiten son susceptibles de préstamo, fundamentalmente, con objeto de su participación en exposiciones temporales organizadas conjunta o individualmente por otra institución. Debido al corto período de estancia, que por lo general no excede de seis meses, y a que los derechos reales sobre la pieza pertenecen a otra institución, los bienes culturales prestados no son inventariados por la sede que los acoge temporalmente.

¹⁵⁵ Respecto a la cesión y préstamos de obras de arte, *vid.* J. M. ALEGRE ÁVILA, “El préstamo de obras de arte”, *Museo: Revista de la Asociación Profesional de Museólogos de España*, nº 8, 2003, pp. 255-260.

¹⁵⁶ Convención de la UNESCO de 17 de noviembre de 1970, art. 7 (b) (i): “Los Estados partes se comprometen a prohibir la importación de bienes culturales robados en un museo, un monumento público civil o religioso, o una institución similar, situados en el territorio de otro Estado Parte en la Convención, después de la entrada en vigor de la misma en los Estados en cuestión, siempre que se pruebe que tales bienes figuran en el inventario de la institución interesada”.

83. Su ubicación temporal en un lugar distinto al de su institución, provoca la desprotección momentánea del bien, que no recupera su condición de bien protegido hasta que no retorna a su centro de origen.

Si en el transcurso de su estancia son sustraídos y posteriormente exportados a EE.UU. dejarían de cumplir los requisitos exigidos en virtud de la sección 2607 de la CCPIA y por tanto no podrían ser restituidos en virtud de ésta.

Lo mismo sucede si la sustracción tiene lugar en el momento de su movilidad. En cuanto a que se encuentran en un lugar diferente al suyo, los bienes en tránsito, adolecen igualmente de la protección de la CCPIA. El movimiento de los bienes puede durar horas, días o semanas, dependiendo del modo de transporte y de la lejanía entre instituciones. Durante el mismo, los bienes son convenientemente protegidos y transportados por empresas especializadas pero ello no evita que sean susceptibles de robo. La obra “Niños con carretilla”, a la que hacíamos referencia anteriormente, fue robada del camión que la transportaba desde su lugar de origen en Ohio a Nueva York en noviembre de 2006. El motivo del traslado no era sino su préstamo temporal al *Solomon R. Guggenheim Museum*, con motivo de la exposición, “Pintura Española del Greco a Picasso: tiempo, verdad e historia” organizada por la sociedad española SEACEX¹⁵⁷. Obviamente, al pertenecer a un museo estadounidense y haber sido sustraída en este territorio no se produjo el salto de frontera y en consecuencia la internacionalización del conflicto, por lo que no fue de aplicación la CCPIA. Pero si hubiera formado parte del inventario de un museo español, como buena parte de las obras que constituían la muestra, tampoco lo hubiera sido al haber sido robada después de su exportación a EE.UU. Igual de desprotegido hubiera estado en caso de hubiera sido robada años antes de un museo español y hubiera sido exportada a EE.UU. para la exposición de referencia por otro sujeto distinto a su propietario original. En este último supuesto, y siempre que se hubiera solicitado expresamente, constituiría una de las excepciones a las disposiciones de esta Ley¹⁵⁸.

84. En definitiva, podemos afirmar que la movilidad es un factor determinante a la hora de predecir si un bien cultural disfrutará de la protección de esta Ley. Es por tanto, la permanencia en la institución a la que pertenecen, una herramienta de protección, puesto que si los bienes culturales son robados entonces y posteriormente exportados a EE.UU. se beneficiarán de una cobertura que no tendrían de otro modo.

85. Ello no implica, sin embargo, que los bienes precisen estar públicamente expuestos cuando son sustraídos. Dado que la CCPIA no hace ninguna mención expresa a esta circunstancia, disfrutarán igualmente de su cobertura si se encuentran en otro edificio o dependencia, siempre que el inmueble sea propiedad de la institución, museo o monumento protegido por la Ley.

Esta salvedad es de gran relevancia considerando que buena parte de las colecciones y depósitos de los museos se encuentran almacenados. Especialmente en los de grandes dimensiones, el volumen de sus fondos y las limitaciones de espacio, imposibilita que toda la obra esté expuesta, siendo su porcentaje infinitamente inferior al de los almacenados.

B. Lugar en el que se ubican los museos, monumentos e instituciones de similares características del que los bienes culturales son robados

86. Como ley de transposición, la CCPIA, sólo protegerá a bienes culturales que hayan sido robados de museos, monumentos públicos o instituciones de similares características, que se localicen en el territorio de un Estado parte de la Convención de 1970.

87. En la actualidad, dicha Convención suma 127 miembros¹⁵⁹. Serían únicamente los bienes culturales de las instituciones de éstos y los de los Estados que se incorporen posteriormente, los que estarían al amparo de la sección 2607. En casos por ejemplo, como el del robo de la corona de la Torah, robada

¹⁵⁷ TOLEDO MUSEUM OF ART, “Stolen Goya painting Recovered”, <http://www.justice.gov/usao/nj/press/files/pdf/files/GoyaRecoveredToledoMuseumRelease.pdf>, 20 noviembre 2006.

¹⁵⁸ 19 U.S.C. § 2612 (2011).

¹⁵⁹ Última revisión 10 enero 2015.

del museo contiguo a la Gran Sinagoga de Jerusalén (Israel) en mayo de 1998, se dio la circunstancia contraria¹⁶⁰. Por su antigüedad, singularidad e importancia artística era un bien cultural a los efectos de la CCPIA, pero debido a que Israel no es Estado parte de la Convención de 1970, hasta el momento, ésta no podía ser aplicable. No obstante, el bien fue restituido al Gobierno de Israel el 16 de abril de 1999¹⁶¹.

88. La legislación estadounidense contempla otros mecanismos para recuperar un bien cultural robado. La ausencia de declaración de los bienes en la aduana o la falsedad en su valor o procedencia, legitiman la actuación de las autoridades aduaneras y les confieren la autoridad para incautar y solicitar el decomiso final del bien. También lo hace el transporte y venta, o intento de venta de mercancía robada. Aunque herramientas de corte generalista, su aplicación complementa y sustituye la aplicación de la CCPIA, en ocasiones en las que ésta sería difícilmente aplicable.

5. Fecha en la que se ha producido el robo y su posterior exportación a EE.UU.

89. Como afirmábamos en el apartado anterior, es imprescindible que el lugar en el que se produce el robo se localice dentro del territorio de un Estado miembro de la Convención de 1970. Sin embargo, es preciso tener en cuenta que a pesar de que tenga lugar en uno de ellos, existe la posibilidad de que el bien cultural robado no disfrute de la protección de la sección 2607, es la fecha en la que se comete el robo, lo que delimita la misma. Éste necesariamente tiene que haberse producido con posterioridad a la entrada en vigor de dicha Convención en el Estado miembro en el que ha tenido lugar y a la fecha efectiva de la CCPIA.

En referencia a la primera de ellas, la Convención de 1970 estipula en su art.21 que, por norma general, será tres meses después de que el Estado deposite el instrumento de ratificación, adhesión o aceptación¹⁶². La fecha efectiva de entrada en vigor de la Convención de 1970 se estableció en el nonagésimo día después del tercer instrumento de aceptación, ratificación o adhesión¹⁶³. Nigeria fue el tercer Estado en convertirse en parte de la citada Convención, depositando su instrumento de ratificación el 24 de febrero de 1972¹⁶⁴. Es por tanto, el 24 de abril de ese año la fecha en la que ésta se hizo efectiva. En los Estados en los que se ratificó, aceptó o se adhirió antes de dicha fecha, será ésta la que se establezca como la de entrada en vigor en sus respectivos territorios¹⁶⁵.

Por su parte la CCPIA se firmó el 12 de enero de 1983, tres meses después entraba en vigor, pero no se depositaba en la UNESCO hasta el 2 de septiembre de ese año¹⁶⁶. Por tanto, la fecha efectiva de la Convención de la UNESCO en este país es tres meses después de entonces. Pese a ello, la sección no menciona la fecha efectiva de entrada en vigor de la Convención, sino la de la entrada en vigor de la Ley que la incorpora al ordenamiento jurídico estadounidense, 12 de abril de 1983¹⁶⁷.

¹⁶⁰ U.S. IMMIGRATION AND CUSTOMS ENFORCEMENT, "U.S. Customs returns stolen torah crown to Israel, Home insurance policies", <http://www.cbp.gov/hot-new/pressrel/1999/0416-00.htm>, 16 abril 1999.

¹⁶¹ *Ídem*.

¹⁶² Convención de la UNESCO de 17 de noviembre de 1970, art.21.

¹⁶³ Convención de la UNESCO de 17 de noviembre de 1970, art.21.

¹⁶⁴ La lista de Estados parte puede ser consultada en la página: <http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=13039&language=S>.

¹⁶⁵ Como excepción a la disposición general, la Convención dispone de una norma adicional y diferente para los Estados que proceden de la desmembración de otro. Así, en los casos en los que se produzca una notificación de éstas características, la fecha efectiva en el Estado en cuestión será el momento en que éste asuma la responsabilidad de dirigir sus relaciones internacionales. *Vid* Lista de Estados parte en: <http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=13039&language=S>.

¹⁶⁶ "Implementation of Convention on Cultural Property", Public Law 97-446 Tittle III (1983), § 315 (a). "This title shall take effect on the ninetieth day after the date of the enactment of this Act or on any date which the President shall prescribe and publish in the Federal Register, if such date is:

(1) before such ninetieth day and after such date of enactment; and

(2) after the initial membership of the Committee is appointed".

¹⁶⁷ 19 U.S.C. § 2607 (2011): "No article of cultural property documented as appertaining to the inventory of a museum or religious or secular public monument or similar institution in any State Party which is stolen from such institution after the effective date of this title, or after the date of entry into force of the Convention for the State Party, whichever date is later, may be imported into the United States".

En consecuencia, la sección protegerá a aquellos bienes culturales identificados, cuyo robo de un museo o institución de similares características de un Estado miembro, se haya producido con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Convención de 1970 y de la fecha efectiva de la CCPIA.

90. El carácter no retroactivo de esta última, requisito imprescindible para la aprobación de la Convención de 1970 en EE.UU., implica necesariamente la consideración de su fecha de entrada en vigor como límite temporal mínimo y absoluto de cobertura. Lo que significa que, con independencia de cuál sea la fecha de entrada en vigor de dicha Convención en el país de origen, los bienes culturales robados con anterioridad al 12 de abril de 1983 no serán protegidos por esta sección.

91. Ello no quiere decir, sin embargo, que los que cumplan este requisito sean protegidos de forma automática, deberán haber sido robados después de la entrada en vigor de la Convención de 1970 en su país de origen, que podrá ser anterior o posterior a la de la CCPIA.

92. Por otro lado, es preciso subrayar que, a la hora de garantizar la protección de los bienes culturales, la fecha de su exportación o descubrimiento en EE.UU. será irrelevante, si la del robo no cumple las condiciones establecidas, puesto que éste debe haberse cometido con anterioridad a su exportación a territorio estadounidense. En suma, si un bien cultural es robado de un museo o institución similar antes de la entrada en vigor de la Convención de 1970 en su país y/o del 12 de abril de 1983, no será protegido por la CCPIA a pesar de haber sido exportado cuando ambos requisitos se hubieran satisfecho.

93. La primera de estas circunstancias se puso de manifiesto en 1985. El 16 de septiembre de ese año, pocos meses antes de que España se convirtiera en parte de la Convención de 1970, eran robados dos óleos de Rubens, del Museo de Arte de La Coruña: “La Aurora” y “Dédalo y Minotauro”¹⁶⁸. En 1988 esta última reaparecía en Suecia en manos de un sujeto de origen cubano al que consideraron, junto con otro, autores del delito¹⁶⁹. El sujeto era juzgado y condenado, pero en la apelación, una diferencia de aproximadamente 1 cm en las dimensiones de la pieza y algunos errores en la traducción de la documentación aportada por España facilitaban su liberación y la del óleo. Tras dos años de litigio, el Tribunal Supremo de Suecia revertía la sentencia del de apelación y concedía a España la restitución de esta obra en 1990. El 6 de mayo del año siguiente era localizada “La Aurora”¹⁷⁰. El óleo era confiscado en Miami por la Agencia de Aduanas de EE.UU., después de haber sido introducido en territorio estadounidense por dos sujetos procedentes de Nicaragua. Tras una operación encubierta en la que los poseedores trataban de vender la pieza por unos 300 millones de pesetas, ésta era recuperada¹⁷¹. El 8 de mayo de 1991 el Ministerio de Cultura presentaba de oficio el dossier documental que acreditaba la propiedad del cuadro. El 23 de ese mismo mes, se instruían diligencias y se expedía Comisión Rogatoria Internacional Judicial para solicitar la restitución de la pieza. Ésta quedaba supeditada al juicio, que no se iniciaría hasta 1992, por ser retenida como prueba del acto delictivo por el que se juzgaba a ambos sujetos¹⁷². El 30 de noviembre de ese mismo año “La Aurora” era restituida a España¹⁷³.

Como bien de interés artístico, la tabla pintada por Rubens en 1636, era un bien cultural en virtud de la CCPIA, puesto que se incluye dentro de la categoría (g) (i) de la Convención de 1970. Se trataba de una obra identificada y registrada en el inventario del Museo de Bellas Artes de La Coruña, lugar

¹⁶⁸ Al respecto *vid.* L. POUSA, “El robo de arte cotiza al alza”, http://www.lavozdeg Galicia.es/ocioycultura/2010/12/28/0003_8932633.htm, 28 diciembre 2010.

¹⁶⁹ Fuentes de la U. D.E.V. (Unidad de Delincuencia Especializada y Violenta) de la Policía Judicial.

¹⁷⁰ X. M. PEREIRO, “Devuelta a España ‘La Aurora’, de Rubens, robada de La Coruña en 1985”, http://www.elpais.com/articulo/cultura/RUBENS/PETER_PAUL/PINTURA/GALICIA/Devuelta/Espana/aurora/Rubens/robada/Coruna/1985/elpepicul/19921201elpepicul_2/Tes, 1 diciembre 1992.

¹⁷¹ Al respecto *vid.* C. LOWENTHAL/P. BOTIN, “Miami Customs Recovers Rubens Oil Skets for Spain”, *IFAR reports*, vol.12, nº 6, junio 1991.

¹⁷² *Ídem.*

¹⁷³ X.M. PEREIRO, “Devuelta a España...”; EFE, “EE.UU. entrega un óleo de Rubens robado en La Coruña”, http://www.elpais.com/articulo/cultura/RUBENS/PETER_PAUL/PINTURA/ESPANA/ESTADOS_UNIDOS/EE/UU/entrega/oleo/Rubens/robado/Coruna/elpepicul/19921009elpepicul_7/Tes, 9 octubre 1992.

del que fue robada. Y en la época del robo, la institución era un museo nacional. En el momento de su reaparición en territorio estadounidense, tanto España como EE.UU., eran Estados parte de la Convención. La CCPIA se encontraba vigente desde el 12 de abril de 1983, por lo que habiendo sido sustraída con posterioridad a dicha fecha, cumplía el primero de los límites temporales que estipula la sección. El segundo, sin embargo, no se satisfacía, debido a que el Gobierno español depositó el instrumento de ratificación de la Convención de 1970 el 10 de enero de 1986, y por tanto la Convención entraba en vigor el 10 de abril de ese año, unos meses después de que el robo se hubiera cometido¹⁷⁴.

94. Lo mismo sucedió con la obra “Odalisca con pantalón rojo”, pintada por Matisse en 1925. Esta obra, propiedad del Museo de Arte Contemporáneo de Caracas, fue robada entre el 15 de diciembre de 1999 y septiembre de 2000, después de ser arrancada del bastidor, en el que se colocó una falsificación en su lugar¹⁷⁵. Según afirman algunas fuentes, la obra original se introdujo en el mercado de arte estadounidense poco después de su robo, circulando con documentación falsa que indicaba que era el propio Museo o el Gobierno venezolano quien había decidido su venta¹⁷⁶. Sólo en diciembre de 2002, después de varios intentos infructuosos de venta, el Museo venezolano, alertado desde EE.UU., constataba que la pieza que colgaba del marco original no era la verdadera Odalisca¹⁷⁷. Antes de que la obra hubiera sido incautada desapareció de nuevo durante una década, existiendo rumores de que se encontraba en México¹⁷⁸. En 2012 las autoridades estadounidenses ponían en marcha una operación encubierta. Después de que la obra robada cruzara la frontera de EE.UU. y se produjera un infructuoso intento de venta, era incautada y sus poseedores detenidos¹⁷⁹.

“Odalisca con pantalón rojo” es un óleo sobre lienzo que puede definirse como bien cultural en virtud del art.1 de la Convención de la UNESCO de 1970, y en consecuencia, de la CCPIA. Fue robada del Museo de Caracas con posterioridad a 1983, fecha de la promulgación de la CCPIA, y dicha institución podía acreditar que pertenecía a su inventario. Sin embargo, no podía ser restituida a Venezuela en virtud de la misma porque, aunque este país era miembro de la Convención de 1970 cuando se incautó la pieza, no lo era en el momento del robo, ya que su entrada en vigor se hizo efectiva en dicho país en el año 2005¹⁸⁰.

95. La circunstancia contraria se constató en el caso del recipiente de alabastro egipcio que fue robado de un almacén del *Egyptian Antiquities Inspectorate* en Saqqara (Egipto). Según consta en su registro, data del Imperio Medio, décimo segunda dinastía, reinado de Amenemhat III, por lo que puede definirse como bien cultural en virtud de la CCPIA¹⁸¹. Había sido descubierto durante una excavación legal llevada a cabo en marzo de 1979 por el Instituto Germánico de Arqueología (Excavación N° IV 116-117 & IV 124-125)¹⁸². Tanto ése como el resto de los objetos descubiertos fueron registrados como bienes propiedad del Gobierno egipcio. Ese mismo año, algunos de ellos fueron robados. En 2006 el recipiente de alabastro resurgía en Christies’ Nueva York¹⁸³. Sin embargo, éste no podía ser restituido en virtud de la sección 2607 de la CCPIA puesto que a pesar de que Egipto es Estado parte de la Convención de 1970 desde 1973, fecha anterior al robo, EE.UU. no lo sería hasta diez años después. Por tanto, aun cuando la CCPIA era efectiva en el momento en que fue descubierto, la fecha del robo anulaba cualquier posible cobertura.

¹⁷⁴ Vid. ListadeEstadosparteporordencronológicoen: <http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=13039&language=S>.

¹⁷⁵ M. BALBI, “El rapto de la Odalisca”, *Aguilar*, Caracas, 2009.

¹⁷⁶ *Ídem*.

¹⁷⁷ *Ídem*.

¹⁷⁸ *Ídem*.

¹⁷⁹ U.S.A. v. Pedro Antonio Marcuello Guzman and María Martha Elisa Ornelas Mazo, No. 12-20559-CR (S.D.F. 2012).

¹⁸⁰ Vid. ListadeEstadosparteporordencronológicoen: <http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=13039&language=S>.

¹⁸¹ SUPREME COUNCIL OF ANTIQUITIES, “Recovering stolen treasures. Royal Duck Vessels from Saqqara”, http://www.sca-egypt.org/eng/RST_Duck_Vessels.htm.

¹⁸² *Ídem*.

¹⁸³ U.S. IMMIGRATION AND CUSTOMS ENFORCEMENT, “ICE returns a stolen antiquity to the Egyptian government. 4,500-year-old alabaster vessel, stolen from Egypt in 1979, repatriated”, <http://www.ice.gov/pi/newsreleases/articles/070809newyork.htm>, 9 agosto 2009.

96. En definitiva, podemos concluir que la fecha del robo es junto con la acreditación de pertenencia al inventario una de las exigencias más difíciles de cumplir, habiéndose convertido ambas en las razones más frecuentes por la que bienes culturales robados de este tipo de instituciones, han permanecido desprotegidos en virtud de la CCPIA¹⁸⁴. No hay que olvidar que dado que son bienes identificados y reconocibles, cuando son robados, muchos de ellos permanecen ocultos hasta años e incluso décadas más tarde, cuando surgen de nuevo en el mercado. El robo de un dibujo a doble cara atribuido a Rembrandt y robado de su casa museo en 1979, por ejemplo, fue reconocido por uno de los empleados de Christies' Nueva York, después de que éste fuera consignado para su venta el 16 de junio de 1989¹⁸⁵.

En diciembre de 1973, justo diez años antes de la entrada en vigor de la CCPIA, era robada la obra de Degás, "Lavandera con dolor de muelas (*Blanchisseuses Souffrant Des Dents*)" del *Musée Malraux de Le Havre* (Normandía)¹⁸⁶. En octubre de 2010 la pieza reaparecía en Soyheby's Nueva York. El 21 de enero de 2011 era restituida al Gobierno de Francia, trascurridos treinta y siete años desde su desaparición.

En noviembre de 1981 un sujeto robaba del *Musée Faure de Aix-les-Bains* (Francia) dos obras: "Jeanne à la Capeline" de Renoir, y "Le Marché aux Poissons" de Pissarro. Esta última resurgía en San Antonio (Texas) en 1984, pero no sería hasta 2003, momento en que fue consignada a Sotheby's cuando se descubriría su paradero¹⁸⁷. En 2006 el Gobierno de Estados Unidos iniciaba un proceso legal para el decomiso de la obra. Tras cuatro años de litigio, en enero de 2010, el juez declaraba que podía ser objeto de decomiso, fallo que fue ratificado en 2011 por el Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito.

97. Al igual que comentábamos respecto al requisito del lugar en el que se comete el robo, ello no significa que los bienes culturales no puedan ser recuperados. En *U.S.A. v. Melnikas*, por ejemplo, este sujeto fue condenado por transporte internacional y posesión de mercancía robada en violación de la ARPA¹⁸⁸. En un principio, el caso se centró en el robo de varias páginas manuscritas que había sustraído de la Biblioteca del Vaticano en torno a 1975, no obstante, en la investigación salieron a la luz otras, que este sujeto había robado en la Biblioteca de la Catedral de Toledo y en el Archivo de Tortosa. Éstas, robadas en los años sesenta, y restituidas a España el 25 de julio de 1997, no habrían podido regresar en virtud de la CCPIA¹⁸⁹.

¹⁸⁴ El tema de la posibilidad de retroactividad de la Convención de 1970 ha sido tratado recientemente en la UNESCO, al respecto *vid.* P. GERSTENBLITH, "Estados Unidos de América y Canadá. Informe de experto de Patty Gerstenblith para los participantes en la Segunda Reunión de los Estados partes en la Convención de 1970", http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CLT/pdf/gerstenblith_es.pdf, París, sede de la UNESCO, 20-21 junio 2012. Cabe señalar que tanto en la CCPIA como en los acuerdos a los que EE.UU. condiciona la aceptación de la Convención de 1970, contienen de forma expresa la imposibilidad de aplicar la misma con carácter retroactivo.

¹⁸⁵ Al respecto *vid.* M. O'BRIEN, "Rembrandt Drawing Recovered", en *IFAR reports*, vol.10, nº 8, agosto 1989, p. 5.

¹⁸⁶ Al respecto *vid.* U.S. IMMIGRATION AND CUSTOMS ENFORCEMENT, "ICE returns to French government stolen Degas painting missing for 37 years. Homeland Security Investigations seizes iconic work before auction", <http://www.ice.gov/news/releases/1101/110121washingtondc2.htm>, 21 enero 2011.

¹⁸⁷ Al respecto *vid.* *U.S.A. v. Sharyl R. Davis*, No. 10-300-cv (2nd Cir. 2011); *U.S.A. v. The Painting Known as Le Marché*, No. 06 Civ. 12994 (S.D.N.Y. 2006).

¹⁸⁸ 16 U.S.C. 470aa-470mm (2011).

¹⁸⁹ Al respecto *vid.* S. BOOTH CONROY, "Pages in the Annals of Art Theft. Officials Applaud Return Of Medieval Folios", *The Washington Post*, 11 August 1997; CBP, "U.S. Customs returns stolen manuscript pages to Spain", <http://www.cbp.gov/hot-new/pressrel/1997/0725-00.htm>, 25 julio 1997.

PATENTES FARMACÉUTICAS Y APLICACIÓN PRIVADA
DEL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA

PHARMACEUTICAL PATENTS AND PRIVATE ENFORCEMENT
OF COMPETITION LAW

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid

Recibido: 26.01.2015 / Aceptado: 04.02.2015

Resumen: Las empresas que llevan a cabo comportamientos contrarios al Derecho europeo de la competencia no sólo deben ser castigadas por alterar ilícitamente las condiciones de libre competencia en el mercado, sino que, también, deben responder por los daños ocasionados por sus prácticas. Efectivamente, además de reprimir la conducta ilícita y castigar a las empresas que la llevan a cabo por infringir las normas de competencia, la conducta ilegal puede haber causado perjuicio a muchos sujetos, que podrán reclamar una indemnización por daños contra esas entidades infractoras. El objeto de este trabajo es estudiar la competencia judicial internacional y la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual por hechos que vulneran las normas antitrust europeas, en concreto, por abusos de posición de dominio relacionados con patentes farmacéuticas

Palabras clave: Ilícitos *antitrust*, abuso de posición de dominio, demandas de responsabilidad extracontractual, competencia judicial internacional y ley aplicable, patentes farmacéuticas.

Abstract: Undertaking that carry out conduct contrary to European competition law must not only be punished for unlawfully altering the market's competitive conditions, but they are also liable for the damages caused by their practices. Indeed, in addition to suppressing the unlawful conduct and punishing the undertakings who do so by violating competition law, the unlawful conduct may also cause harm to many other subjects who can claim compensation for damages against the infringing undertakings. The object of this paper is to study the international jurisdiction and the applicable law on non-contractual liability for acts that infringe European antitrust laws, in particular, abuses of dominant position related to pharmaceutical patents.

Key words: Unlawful *antitrust*, abuse of dominant position, claims for non-contractual liability, international jurisdiction and applicable law, pharmaceutical patents.

Sumario: I. Introducción; II. Procedimiento en la aplicación privada del Derecho europeo de la competencia; 1. Dos posibles procedimientos. Acciones follow-on y acciones stand alone; 2. Acciones Follow-on; A) Prueba vinculante de la resolución administrativa en el proceso civil de daños; a) Procedimiento civil con previa Decisión de la Comisión; b) procedimiento civil con previa decisión de la autoridad nacional de competencia; B) Cooperación entre los órganos administrativos y los civiles; a) Procedimiento de competencia pendiente ante los órganos administrativos; b) Procedimiento de competencia pendiente ante el órgano judicial competente; 3. Acciones Stand-alone; III. Aplicación privada del Derecho europeo de la competencia: origen Jurisprudencial; IV. Demanda de responsabilidad extracontractual por daños ocasionados por el ilícito antitrust: Competencia judicial internacional; 1. Foro de la sumisión; A) Sumisión Expresa del artículo 25 R1215; B) Sumisión tácita del artículo 26 R1215; 2. Foro del domicilio del demandado del artículo 4 R1215; A) Concepto de domicilio en el R1215; B) Actuación a través de filiales; C) Pluralidad de demandados; 3. Foro

especial del artículo 7.2 R1215; A) Caracteres de los foros especiales del artículo 7; B) Materia contractual y extracontractual; C) Tribunales que se desprenden del tenor literal de artículo 7.2: los del lugar del hecho dañoso; D) Tribunales que se desprenden del tenor literal del artículo 7.2: los del lugar donde pueda producirse el hecho dañoso; E) Tribunales que añade la jurisprudencia comunitaria: los del lugar del daño; a) Ilícitos a distancia; b) Daños plurilocalizados; F) Tribunales que añade la jurisprudencia comunitaria: los del lugar donde pueda producirse el daño; G) Tribunales del hecho dañoso y del daño; 4. Foro especial del artículo 7.5 R1215; 5. Litispendencia y conexidad; A) Litispendencia; B) Conexidad; V. Demanda de responsabilidad extracontractual por daños ocasionados por el ilícito antitrust: Ley aplicable; 1. Ámbito de aplicación del Reglamento Roma II; 2. Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Consideraciones generales; 3. Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Norma de conflicto; A) Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Supuestos en los que el comportamiento ilícito se verifica en un solo país; B) Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Supuestos en los que el comportamiento ilícito se verifica en varios países; C) Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Supuestos en los que existen varios demandados; 4. Excepción de orden público; 5. Ámbito de la legislación aplicable; VI. Conclusiones.

I. Introducción

1. Las empresas farmacéuticas se dedican a encontrar principios activos para combatir las enfermedades que azotan a la humanidad. En la mayoría de las ocasiones pasan años hasta que consiguen el medicamento que buscan, años de investigación, de inversión y de esfuerzo, que se ven recompensados con la obtención del fármaco.

La patente es el instrumento que permite que el laboratorio que ha encontrado el medicamento sea el que únicamente tenga derecho a explotarlo. Con la obtención de la patente, los competidores no pueden elaborar el mismo fármaco patentado; el laboratorio titular de la patente tiene ese derecho en exclusiva.

2. Precisamente, la protección que supone la patente hace que las empresas farmacéuticas titulares de la misma, en algunas ocasiones, para prolongar la exclusividad de actuación en el mercado, soliciten patentes secundarias sobre medicamentos de segunda generación¹. En estos casos, el objetivo no sería proteger y recompensar la inversión en I+D efectuada, la intención de la farmacéutica podría ser dilatar en el tiempo la entrada de productos genéricos y seguir manteniendo el monopolio en el suministro del fármaco en cuestión². Se trataría de una estrategia lícita, que se tornaría ilícita si se actuara

¹ M. MARTÍNEZ PÉREZ, “Las patentes sobre ‘second generation products’ utilizadas como estrategia para dilatar la entrada de genéricos en el mercado de la Unión Europea”, *CDT*, vol. 3, nº 1, marzo 2011, pp. 188-189.

Siguiendo la terminología utilizada por la Comisión, la patente primaria es la que se obtiene sobre moléculas que se utilizan para desarrollar el principio activo, y la patente secundaria es la que se obtiene, después, sobre “*aspectos como diferentes dosificaciones, el proceso de producción o fórmulas farmacéuticas concretas*” (Comunicación de la Comisión, *Resumen analítico del Informe de investigación sectorial sobre el sector farmacéutico*, 8 de julio 2009, p. 11). Así es, la patente secundaria se solicita en relación con aspectos no esenciales de la patente original, si bien, estos aspectos no esenciales deben suponer una *verdadera innovación incremental* y no pequeños cambios en el medicamento (M. MARTÍNEZ PÉREZ, “Las patentes sobre ‘second generation products’...”, p. 180).

² Comunicación de la Comisión, *Resumen analítico del Informe de investigación sectorial sobre el sector farmacéutico*, 8 de julio 2009, pp. 11-12. La Comisión hace referencia en este Informe, además, a la estrategia de obtener multitud de patentes sobre el mismo medicamento –*marañas de patentes* o *racimos de patentes*– (vid., en este sentido, entre otros, C. SHAPIRO, “Navigating the patent thicket: cross licenses, patent pools, and standard setting”, *Innovation policy and the Economy*, 2001, pp. 119-150. Para este autor, la cooperación entre las empresas que poseen diversas patentes sobre componentes de un mismo producto es necesaria para, por un lado, que ellas alcancen más beneficios, y, por otro, que el consumidor pague un menor precio por el producto final –aún tratándose, este último, de un precio de monopolio– (la demostración empírica de esta conclusión se encuentra en C. SHAPIRO, “Navigating the patent ticket...”, pp. 149-150). Otras estrategias que han utilizado las empresas farmacéuticas de medicamentos originales para retrasar la entrada de medicamentos genéricos son, por ejemplo, la iniciación de litigios relacionados con las patentes o la conclusión de acuerdos entre ambos tipos de empresas farmacéuticas, las de medicamentos genéricos y las de medicamentos originales, para limitar la comercialización de los productos genéricos a cambio de un pago directo, una licencia, un acuerdo de distribución u otro *acuerdo complementario* (Comunicación de la Comisión, *Resumen analítico del Informe de investigación sectorial sobre el sector farmacéutico*, 8 de julio 2009, pp. 12-15). En relación con lo primero, con la iniciación de litigios, vid., V. GUIMARAES DE LIMA E SILVA, “Sham Litigation in the Pharmaceutical Sec-

de forma fraudulenta para conseguir ese objetivo. En este último caso, la empresa titular de la patente podría estar abusando de su posición de dominio al impedir la entrada de nuevos competidores en el mercado (art. 102 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE, en adelante–). Así es, los medicamentos genéricos no pueden comercializarse hasta que caduque la patente del medicamento original –a menos que la entrada en el mercado de los primeros se pueda realizar sin infringir el derecho de exclusiva del titular de la patente–³. Pues bien, con la solicitud, y consecuente obtención, de la patente secundaria se pospone la entrada de esos productos genéricos en el mercado. Esta estrategia de la farmacéutica titular de la patente se ve favorecida, además, por la facilidad con la que las Oficinas de Patentes conceden estos derechos exclusivos a los solicitantes. El aumento en el número de solicitudes ante la Oficina Europea de Patentes (OEP), por ejemplo, y la escasez de recursos que tiene, llevan a que el examen de los requisitos de patentabilidad sea poco riguroso y, consecuentemente, la obtención de patente sea relativamente fácil⁴.

3. La concesión de una patente, por definición, lesiona la libre competencia⁵. En efecto, el hecho de impedir que pueda haber competidores en un determinado mercado vulnera las normas sobre Derecho de la competencia –salvo en casos excepcionales–. Precisamente esto es lo que supone una patente, que su titular sea la única empresa que pueda actuar en el mercado con el fármaco objeto de la patente⁶.

En este tema, por tanto, nos encontramos con dos derechos en conflicto⁷. Por un lado, el derecho de propiedad intelectual que supone la concesión de la patente⁸. Por otro, el Derecho de la competencia, que se ve infringido cuando no se permite competir libremente en un determinado mercado que se cierra a la entrada de competidores. En este sentido, la solicitud de una patente secundaria con la intención de

tor”, *European Competition Journal*, vol. 7, nº 3, diciembre 2011, pp. 455-503. Respecto de lo segundo, del pago a las empresas competidoras para que no entren en el mercado, *vid.*, J. DREXL, “‘Pay for delay’ and blocking patent –Targeting pharmaceutical companies under European Competition Law”, *IIC*, 2009, pp. 751-755.

Vid., también, M. MARTÍNEZ PÉREZ, “Las patentes sobre ‘second generation products’ ...”, p. 193; *Id.*, “Los *patent thickets* y los *patent trolls*: Análisis desde la perspectiva europea”, en A. GARCÍA VIDAL (dir.), *Patentes farmacéuticas y Derecho de la competencia*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 67-100.

³ Comunicación de la Comisión, *Resumen analítico del Informe de investigación sectorial sobre el sector farmacéutico*, 8 de julio 2009, p. 8.

⁴ M. MARTÍNEZ PÉREZ, “Las patentes sobre ‘second generation products’ ...”, p. 184.

⁵ B. CONDE GALLEGO, “La política de competencia en el sector farmacéutico: nuevos desafíos para la relación entre los derechos de propiedad industrial y el Derecho de competencia”, *ADI*, vol. 31, 2010-2011, p. 77; M. COLANGELO, “Concorrenza e proprietà intellettuale nel settore farmaceutico in Europa dopo il caso *AstraZeneca*”, *Giur. comm.*, II, 2013, p. 592. *Vid.*, en este sentido, A. SPILLMANN, “Transparency obligation for holders of EU IP assets in the pharmaceutical industry”, *JIPLP*, vol. 9, nº 2, 2014, p. 128 y 129; DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Bruselas, diciembre 2005, disponible en www.ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf, apartado 40.

⁶ La patente supone que no pueda haber competidores por imitación –competencia en precios–, pero sí puede haber competidores por sustitución –competencia en innovación– (J. DREXL, “*AstraZeneca* and the EU sector inquiry: when do patent filings violate competition law?”, Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law Research Paper No. 12-02, pp. 5-6). En el caso *AstraZeneca*, del que hablaremos más adelante, tanto la Comisión como los órganos judiciales europeos, se han centrado en la competencia en precios y no en la competencia dinámica en innovación (M. COLANGELO, “Concorrenza e proprietà ...”, p. 599). En el sector farmacéutico, además, tal como han definido el mercado de referencia las autoridades europeas de competencia, tanto administrativas como judiciales, la titularidad de una patente supone ostentar posición de dominio en el mercado (M. COLE, “Pharmaceuticals and competition: first strike to the Commission?”, *ECLR*, 34(5), 2013, pp. 231-232). Así es, en el asunto *AstraZeneca*, la Comisión, el TG y el TJUE, definieron el mercado de referencia teniendo en cuenta la acción bioquímica del fármaco y, por tanto, el uso terapéutico del mismo (Decisión C(2005) 1757 final de la Comisión, de 15 de junio de 2005, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE y el artículo 54 del Acuerdo EEE –caso COMP/A.37.705/F3 –*AstraZeneca*; STJUE de 6 diciembre 2012, *AstraZeneca*, C-457/10P, no publicada aún, apartados 47 y 51). Con este criterio, en el caso mencionado, el único producto que formaba parte del mercado de referencia era el objeto de la patente, el fármaco Losec, pese a que había otros –anti-H2– que anteriormente se habían prescrito para tratar los mismos problemas gastrointestinales por hiperacidez. Por tanto, todo fármaco que suponga una nueva acción bioquímica, cuando sea patentado, supondrá que la farmacéutica titular de la patente ostentará posición de dominio.

⁷ P.-A. VAN MALLEGHEM/W. DEVROE, “*Astrazeneca*: Court of Justice upholds first decision finding abuse of dominant position in pharmaceutical sector”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4, nº 3, 2013, p. 229.

⁸ Utilizamos la terminología *derechos de propiedad intelectual*, en sentido amplio, para referirnos a los derechos de propiedad intelectual, en sentido estricto, y a los derechos de propiedad industrial –terminología anglosajona-. No obstante lo anterior, debemos decir que si distinguiéramos entre los derechos de propiedad intelectual y los derechos de propiedad industrial, las patentes se englobarían dentro de estos últimos.

evitar la entrada de competidores en el mercado supone un abuso de posición de dominio del artículo 102 TFUE⁹.

4. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en un primer momento, consideró que la existencia y ejercicio de un derecho de propiedad intelectual no suponía, por sí mismo, abuso de posición de dominio¹⁰.

Más tarde, el órgano judicial empezó a distinguir entre estos dos conceptos, existencia y ejercicio del derecho de propiedad intelectual, afirmando que no hay ningún conflicto de intereses entre el derecho de propiedad intelectual y el Derecho europeo de la competencia cuando se trata del primero. Dicho con otras palabras, el Tribunal europeo afirmaba que el conflicto puede aparecer cuando ese derecho de propiedad intelectual se ejercita, que la mera existencia del mismo no supone ninguna violación del Derecho europeo de la competencia¹¹ –salvo en algún supuesto excepcional, como fue el caso *Tetra*

⁹ B. CONDE GALLEGO, “La política de competencia en el sector farmacéutico...”, pp. 68-69; M. MARTÍNEZ PÉREZ, “Las patentes sobre ‘second generation products’...”, p. 196.

¹⁰ En relación con la concesión de una patente sobre un medicamento, *vid.*, en este sentido, STJCE de 29 febrero 1968, *Parke, Davis and Co.*, asunto 24/67, *Rec.* 1968, p. 81. En esta sentencia, el Tribunal europeo afirma “*que, en el ámbito de las disposiciones relativas a la libre circulación de los productos, las prohibiciones y restricciones a la importación justificadas por razones de protección de la propiedad industrial son admitidas por el artículo 36, pero bajo la reserva expresa de que las mismas ‘no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros’; que, por motivos análogos, el ejercicio de los derechos dimanantes de una patente concedida de acuerdo con la legislación de un Estado miembro no supone, en sí mismo, una infracción a las normas sobre la competencia establecidas por el Tratado*”.

En el asunto 78/70 confirmó su jurisprudencia anterior: “*(...) que el fabricante de soportes sonoros, titular de un derecho afín al derecho de autor, no posee una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado por el mero hecho de ejercitar su derecho exclusivo de poner en circulación los objetos protegidos*” (STJCE 8 junio 1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH/Metro-SB-Großmärkte GmbH & Co. KG*, 78/70, *Rec.* 1971, p. 487, apartado 16).

¹¹ Así, en el caso *Volvo*, el Tribunal estipuló lo siguiente: “*(8) Hay que destacar a continuación que la facultad del titular de un modelo protegido de impedir a terceros fabricar y vender o importar, sin su consentimiento, productos que incorporen dicho modelo constituye el contenido mismo de su derecho exclusivo. Por tanto, una obligación impuesta al titular del modelo protegido de conceder a terceros una licencia para suministrar productos que incorporen el modelo protegido, incluso a cambio de una compensación económica razonable, supondría privar a dicho titular del contenido de su derecho exclusivo, y la negativa a conceder tal licencia no constituye en sí misma un abuso de posición dominante. (9) No obstante, hay que destacar que el ejercicio del derecho exclusivo por el titular de un modelo relativo a piezas para carrocería de vehículos automóviles puede estar prohibido por el artículo 86 (LCEur 1986, 8) si da lugar, por parte de una empresa que ocupe una posición dominante, a determinados comportamientos abusivos tales como la negativa arbitraria a suministrar piezas de recambio a los talleres independientes, la fijación de los precios para las piezas de recambio a un nivel no equitativo o la decisión de no seguir produciendo piezas de recambio para un determinado modelo cuando todavía circulan muchos vehículos de ese tipo, a condición de que dichos comportamientos puedan afectar al comercio entre Estados miembros*” (STJCE de 5 octubre 1988, *AB Volvo c. Erik Veng (IK) Ltd*, 238/87, *Rec.* 1988, p. 6211).

El mismo día 5 de octubre de 1988, el Tribunal europeo confirmó lo recogido en la sentencia *Volvo*, en el caso *Renault* (STJCE de 5 octubre 1988, *Consorzio Italiano della Componentistica di Ricambio per Autoveicoli y Maxicar/Regie Nationale des Usines Renault*, 53/87, *Rec.* 1988, p. 6039, apartado 18).

En el asunto *Magill*, el órgano judicial europeo mantiene la distinción entre existencia y ejercicio de un derecho de propiedad intelectual y concreta las circunstancias en las que el ejercicio del mismo puede suponer una infracción de las normas de competencia (STJCE 6 abril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados C-241/91P y C-242/91P, *Rec.* 1995, p. I-743, apartados 46-54). Así, el Tribunal considera que la titularidad de un derecho de propiedad intelectual, un derecho de autor en este caso, no conlleva necesariamente para el titular ostentar posición de dominio. Sin embargo, en este caso, sí supuso que los titulares del mismo tuvieran una posición dominante en el mercado de referencia. En cuanto al ejercicio de dicho derecho de autor, el Tribunal indicó que, como el mismo suponía que no pudiera aparecer un producto nuevo en el mercado, producto, además, demandado por los consumidores, dicho ejercicio constituía un abuso de posición de dominio en este caso.

En el año 1997, en el caso *Tiercé Ladbroke*, el Tribunal de Justicia, recordando la sentencia *Magill*, afirmó que “*(...) En efecto, la negativa opuesta a la demandante sólo puede estar sujeta a la prohibición del artículo 86 si se refiere a un producto o servicio que es esencial para el ejercicio de la actividad de que se trata, en el sentido de que no existe ningún sustituto real o potencial o es un producto nuevo o cuya aparición sería obstaculizada, a pesar de una demanda potencial específica, constante y regular, por parte de los consumidores (véase, a este respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 1995, RTE e ITP/Comisión, asuntos acumulados C-241/91P y C-242/91P, Rec., p. I-743, apartados 52, 53 y 54)*” (STPI 12 junio 1997, *Tiercé Ladbroke SA/Comisión*, T-504/93, *Rec.* 1997, p. II-923, apartado 131).

En el caso *Micro Leader Business*, el Tribunal de Justicia reitera la jurisprudencia anterior (STPI 16 diciembre 1999, *Micro Leader Business*, T-198/98, *Rec.* 1999, p. II-03989, apartado 56).

Pak, en el que la adquisición del derecho de propiedad intelectual suponía el aumento considerable del poder de mercado de la empresa y eliminaba o, al menos, retrasaba la entrada de competidores en un mercado en que, por cierto, había muy poca competencia¹²-. Además, para que ese ejercicio del derecho de propiedad intelectual suponga un abuso de posición de dominio, es necesario que se den determinadas circunstancias que recogió el Tribunal en el asunto *Magill*¹³.

En relación con esto, cuando distinguimos entre existencia y ejercicio del derecho de propiedad intelectual y afirmamos que la mera existencia del mismo no supone abuso de posición de dominio, se ha de distinguir, a su vez, entre adquisición lícita del derecho de propiedad intelectual y adquisición ilícita, ya que, en este último caso, sí podría haber abuso de posición de dominio¹⁴. Precisamente, esto es lo que se plantea, entre otras cosas, en el caso *AstraZeneca* del que hablaremos más adelante¹⁵.

5. El presente trabajo estudia la aplicación privada del Derecho europeo de la competencia cuando los competidores y los consumidores se ven perjudicados por un comportamiento de abuso de posición de dominio llevado a cabo por una farmacéutica titular de una patente¹⁶. En estas circunstancias, los

Por último, en los casos *IMS* y *Microsoft*, el Tribunal europeo utiliza la jurisprudencia *Magill* para exigir que se den, de forma cumulativa, tres requisitos para que se pueda hablar de abuso de posición de dominio (STJCE 29 abril 2004, *IMS Health*, C-418/01, *Rec.* 2004, p. I-05039 y STPI 17 septiembre 2007, *Microsoft/Comisión*, T-201/04, *Rec.* 2007, p. II-3601, respectivamente). Así es, el órgano judicial establece que “(38) De dicha jurisprudencia se desprende que, para que la negativa de una empresa titular de un derecho de autor a permitir el acceso a un producto o a un servicio indispensable para desarrollar una actividad determinada pueda calificarse de abusiva, basta que se cumplan tres requisitos con carácter cumulativo, a saber, que esa negativa obstaculice la aparición de un producto nuevo para el que existe una demanda potencial de los consumidores, que carezca de justificación y que pueda excluir toda competencia en una mercado derivado” (STJCE 29 abril 2004, *IMS Health*, C-418/01, *Rec.* 2004, p. I-05039).

¹² STPI de 10 julio 1990, *Tetra Pak*, T-51/89, *Rec.* 1990, p. II-309, apartado 23. En este caso, el abuso de posición de dominio no venía dado por la mera titularidad de un derecho de propiedad intelectual, venía dado porque esa titularidad se tenía en el contexto mencionado de escasa competencia y suponía la práctica anulación de la misma. Por tanto, no es la sola detentación de un derecho de propiedad intelectual en sentido abstracto, es la adquisición del mismo en el caso concreto, lo que lleva a valorar la situación como posible abuso de posición de dominio (J. STRAUS, “Patent application: obstacle for innovation and abuse of dominant position under article 102 TFUE”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 1, nº 3, 2010, pp. 198-199).

¹³ STJCE 6 abril 1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) e Independent Television Publications Ltd (ITP) c. Comisión de las Comunidades Europeas*, asuntos acumulados C-241/91P y C-242/91P, *Rec.* 1995, p. I-743, apartados 54-56: “54. (...) La negativa de las recurrentes a proporcionar las informaciones básicas alengando las disposiciones nacionales sobre derechos de autor ha obstaculizado, pues, la aparición de un producto nuevo, una guía semanal completa de programas de televisión, que las recurrentes no ofrecían, y para la que había una demanda potencial por parte de los consumidores, lo que constituye un abuso conforme a la letra b) del párrafo segundo del artículo 86 del Tratado. 55. En segundo lugar, esta negativa no estaba justificada ni por la actividad de radio-difusión televisiva ni por la de edición de revistas de televisión (sentencia RTE, apartado 73, e ITP, apartado 58). 56. Finalmente, y en tercer lugar, como ha declarado igualmente el Tribunal de Primera Instancia, las recurrentes se reservaron mediante su comportamiento un mercado secundario, el de las guías semanales de televisión, excluyendo cualquier competencia en el mercado (véase la sentencia de 6 de marzo de 1974, *Commercial Solvents/Comisión*, asuntos acumulados 6/73 y 7/73, *Rec.* p. 223, apartado 25, puesto que las recurrentes negaban el acceso a la información básica, materia prima indispensable para la elaboración de dicha guía”.

¹⁴ B. CONDE GALLEGO, “La política de competencia en el sector farmacéutico...”, p. 65.

Esta misma distinción se hizo en el caso *Walker Process Equipment Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*, de la Corte Suprema de Estados Unidos –382 US 172 (1965)–, caso en el que el Tribunal consideró que la mera solicitud de una patente por parte de una empresa con posición de dominio constituía abuso de dicha posición de dominio si se obtenía de manera fraudulenta (J. STRAUS, “Patent application: obstacle...”, p. 195; M. COLANGELO, “Concorrenza e proprietà...”, p. 597; M. MAGGIOLINO/M.L. MONTAGNANI, “Astrazeneca’s abuse of IPR related procedures. A hypothesis of anti-trust offence, abuse of rights and IPR misuse”, *World Competition*, 2011, pp. 11-12).

¹⁵ STJUE de 6 diciembre 2012, *AstraZeneca*, C-457/10P, no publicada aún. En este caso, el TG y, posteriormente, el TJUE afirman que la solicitud de un derecho de propiedad intelectual puede suponer un abuso de posición de dominio cuando se obtiene de manera engañosa, no hace falta, por tanto, que dicho derecho sea ejercido para valorar esa posibilidad (STG de 1 julio 2010, T-321/05, *AstraZeneca*, *Rec.* 2010, p. II-2805, apartado 362; STJUE de 6 diciembre 2012, *AstraZeneca*, C-457/10P, no publicada aún, apartado 108).

¹⁶ El origen jurisprudencial de este derecho a reclamar una indemnización por los daños y perjuicios irrogados por actuaciones contrarias al Derecho europeo de la competencia se encuentra en la STJCE de 20 septiembre 2001, *Courage*, C-453/99, *Rec.* 2001, p. I-06297 y en la STJCE de 13 julio 2006, *Manfredi*, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Rec.* 2006, p. I-06619, de las que hablaremos más adelante. En esta última sentencia se afirma que los daños que pueden reclamarse son tanto los efectivamente sufridos como el lucro cesante, más los intereses (STJCE de 13 julio 2006, *Manfredi*, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Rec.* 2006, p. I-06619, apartado 100). El artículo 2.2 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones

perjudicados pueden reclamar responsabilidad civil extracontractual y solicitar una indemnización por esos daños y perjuicios sufridos a la empresa infractora del Derecho europeo de la competencia, ante la jurisdicción civil del Estado competente.

Para ilustrar el estudio del tema vamos a utilizar el caso *AstraZeneca* ya mencionado¹⁷. En este asunto, el Tribunal de Justicia desestima el recurso de casación interpuesto por *AstraZeneca AB* y por *AstraZeneca plc.* –*AstraZeneca*, en adelante– contra la sentencia del Tribunal General que, a su vez, desestima el recurso que tenía por objeto la anulación de la Decisión de la Comisión emitida en este caso¹⁸. Los hechos estudiados en este asunto, tanto por la Comisión como por los órganos judiciales europeos, se pueden resumir en un doble abuso de posición de dominio llevado a cabo por *AstraZeneca*, empresa farmacéutica titular de una patente. El primer abuso consistió en aportar informaciones engañosas a las oficinas de patentes –de Bélgica, Dinamarca, Países Bajos, Reino Unido y Noruega– y a los órganos judiciales de varios Estados miembros –Alemania y Noruega–, con el objeto de extender, de manera ilícita, el período de validez de la concesión de un derecho exclusivo de comercialización del medicamento objeto de la patente en esos países –medicamento Losec, basado en omeprazol, para dolencias gastrointestinales relacionadas con la hiperacidez–¹⁹. El segundo consistió en revocar la autorización de comercialización del producto original en varios países –Dinamarca, Suecia y Noruega–, al mismo

de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea –Propuesta de Directiva, en adelante– reconoce este derecho al pleno resarcimiento, lo cual incluye el daño emergente, el lucro cesante y el pago de los intereses devengados desde el momento de perjuicio hasta el momento del abono de la indemnización (COM (2013) 404 final, Estrasburgo, 11 junio 2013).

¹⁷ STJUE de 6 diciembre 2012, *AstraZeneca*, C-457/10P, no publicado aún.

¹⁸ STG de 1 julio 2010, *AstraZeneca*, T-321-05, *Rec.* 2010, p. II-02805; Decisión C(2005) 1757 final de la Comisión, de 15 junio 2005, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE y el artículo 54 del Acuerdo EEE (caso COMP/A.37.507/F3 –*AstraZeneca*).

¹⁹ En relación a este comportamiento, las autoridades europeas no exigen la prueba de que la empresa farmacéutica tiene intención de engañar a las Oficinas de patentes, igual que tampoco se exige que el comportamiento tenga efectos anticompetitivos en el mercado. Lo único que han requerido es la prueba de que la farmacéutica, con esa información engañosa, ha conseguido la protección de un derecho exclusivo de manera ilícita (A. SPILLMANN, “Transparency obligation for ...”, p. 129). En este sentido, si bien es cierto que cometer meros errores en la información comunicada a las autoridades públicas, por parte de una empresa con posición de dominio, no supone, *per se*, un abuso de posición dominante, se acerca mucho a la conducta del artículo 102 TFUE a menos que haya una evidencia de lo contrario. En cuanto a los efectos del comportamiento en el mercado, el Tribunal de Justicia considera que estos no tienen que ser reales y actuales, pueden ser potenciales (apartado 112). Estos dos supuestos llevan a plantearnos cuándo se puede exigir responsabilidad a la empresa con posición de dominio de la información engañosa que ha aportado, sabiendo que no se requiere la intención de fraude por su parte –a diferencia de lo que ocurre en el Derecho de Estados Unidos– y cuándo se puede detectar la existencia de efectos en el mercado cuando estos son potenciales (B. BATCHELOR/M. HEALY, “The AstraZeneca judgment. The EU Court of Justice reins in the General Court”, *Competition Law Insight*, vol. 12, n° 1, 2013, p. 10; *Id.*, “CJEU AstraZeneca judgment: groping towards a test for patent office dealings”, *ECLR*, 34(4), 2013, pp. 172-173; *vid.*, también, en relación con esto, E. DIENY, “Arrêt AstraZeneca: un pas trop loin dans la prise en compte des effets des abus de position dominante?”, *La Semaine Juridique. Entreprise et affaires*, n° 3, 17 enero 2013, pp. 36-37; M. GIANNINO, “The EU Court of Justice upholds the AstraZeneca condemnation for misusing patent law procedures”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 4, n° 4, 2013, p. 318-319; R. PODSZUN, “Can competition law repair patent law and administrative procedures? AstraZeneca”, *CMLRev.*, vol. 51, n° 1, 2014, pp. 288-289; J. DREXL, “AstraZeneca and the EU sector inquiry...”, p. 8; para conocer las diferencias entre el Derecho antitrust norteamericano –análisis del caso *Rambus*– y el Derecho antitrust europeo –análisis del caso *AstraZeneca*–, en relación con la aplicación del abuso de posición de dominio por un comportamiento relacionado con una patente, *vid.*, J. DREXL, “Deceptive conduct in the patent world –A case for US antitrust and EU competition law?”, en W. WALDECK UND PYRMONT/M.J. ADELMAN/R. BRAUNEIS/J. DREXL/ R. NACK (eds.), *Patents and technological progress in a globalized world –Liber amicorum Joseph Straus*, Springer, Berlin, 2009, pp. 137-156). Según algunos autores, en el caso *AstraZeneca* falta un análisis económico para determinar los potenciales efectos del comportamiento en el mercado (R. PODSZUN, “Can competition law ...”, p. 289; *Id.*, “Can competition law ...”, pp. 292-294). Así es, en lugar de utilizar los tests económicos que se siguieron para elaborar el Discussion Paper de la Comisión sobre el artículo 82 TCE, a través del cual se aporta una nueva interpretación del mencionado artículo 82 TCE - DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Bruselas, diciembre 2005, disponible en www.ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf–, en el caso *AstraZeneca* se vuelve a la clásica *competencia en méritos* (R. PODSZUN, “Can competition law ...”, p. 293; en relación con el análisis económico en el Discussion Paper, *vid.*, W. WURMNEST, “The reform of 82 EC in the light of the ‘economic approach’”, en M.-O. MACKENRODT/B. CONDE GALLEGO/E. ENCHELMAIER (eds.), *Abuse of dominant position –New interpretation, new enforcement mechanisms*, Springer, Verlag, 2008, pp. 1-20; D. RIZIOTIS, “Efficiency defence in Article 82 EC”, en M.-O. MACKENRODT/B. CONDE GALLEGO/E. ENCHELMAIER (eds.), *Abuse of dominant position –New interpretation, new enforcement mechanisms*, Springer, Verlag, 2008, pp. 89-116; J. DREXL, “Deceptive conduct in the patent world ...”, pp. 150-151).

tiempo que lanzaba al mercado el producto en comprimidos compuestos de múltiples microgránulos, en lugar de en cápsulas como había hecho hasta ese momento, todo ello con la intención de que los competidores de medicamentos genéricos no pudieran beneficiarse del procedimiento simplificado de obtención de esa autorización de comercialización, previsto en la Directiva 65/65, al tener que realizar ellos mismos pruebas farmacológicas, toxicológicas y clínicas a su medicamento para demostrar su inocuidad y eficacia y no poder beneficiarse de los ensayos clínicos de *AstraZeneca* sobre el medicamento original como consecuencia de la retirada de la autorización de comercialización²⁰. En ambos casos, el objetivo de *AstraZeneca* fue retrasar la entrada de medicamentos genéricos competidores en el mercado donde estaba actuando ella.

6. Los perjudicados inmediatos de ese comportamiento abusivo son los compradores directos de la farmacéutica, quienes deben pagar un precio más alto que el que pagarían por el medicamento en condiciones normales de competencia. Los compradores indirectos son los pacientes, que también se ven perjudicados porque no tienen la posibilidad de acceder al medicamento objeto de la patente a un precio más asequible²¹. Tanto los compradores directos como los indirectos tienen derecho a reclamar una indemnización por los daños efectivamente sufridos²². En este caso, el daño consiste en haber pagado más por un medicamento que, sin el comportamiento ilícito de abuso de posición de dominio, habría costado menos al consumidor. Otros perjudicados directos son los competidores de productos genéricos, quienes se ven privados de la posibilidad de entrar en el mercado por la conducta abusiva de la farmacéutica titular de la patente²³. Su daño es por lucro cesante²⁴. Para ayudar a los órganos jurisdiccionales nacionales a cuantificar el perjuicio sufrido, la Comisión ha publicado una Comunicación al respecto²⁵.

En las demandas por daños interpuestas por los clientes contra la farmacéutica proveedora puede ocurrir que ésta alegue que aquellos no sufrieron ningún perjuicio porque el sobreprecio pagado lo trasladaron a los pacientes-consumidores *–passing-on–*. La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinadas normas por las que se rigen las demandas por daños y perjuicios por infracciones de las disposiciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea reconoce expresamente la defensa del *passing-on* a la empresa infractora (art. 12.1)²⁶. La carga de la prueba, en este caso, la ostenta el demandado, que es quien debe demostrar que el demandante ha repercutido la totalidad o una parte del coste excesivo a su comprador (art. 12.1). Efectivamente, el demandado es el que tiene que probar que esto fue así²⁷. Es más, aunque pruebe que el demandante ha repercutido el sobreprecio al cliente, es posible que existan otros daños indemnizables.

²⁰ Directiva 65/65/CEE del Consejo, de 26 enero 1965, relativa a la aproximación de las disposiciones legales reglamentarias y administrativas, sobre especialidades farmacéuticas (DO n° 22, de 9 febrero 1965, pp. 369-373).

²¹ Los consumidores también se verían perjudicados porque el desincentivo a la innovación que supone la conducta de *AstraZeneca* conlleva que no puedan beneficiarse de nuevos y mejores medicamentos. Precisamente, en este caso *AstraZeneca* no se hace un análisis del daño de este comportamiento a los consumidores (M. COLANGELO, “Concorrenza e proprietà ...”, p. 599).

²² Artículo 13 de la Propuesta de Directiva.

²³ También los competidores de productos sustitutivos se verían perjudicados porque este comportamiento anticompetitivo incidiría en su motivación para innovar. En este sentido, la sociedad en general se vería perjudicada por la falta de innovación, tanto de los competidores como de la empresa farmacéutica original titular de la patente (J. DREXL, “*AstraZeneca* and the EU sector inquiry ...”, pp. 24-25).

²⁴ Los competidores, por el contrario, también podrían intentar beneficiarse del comportamiento anticompetitivo de la empresa original y, si pudieran entrar en el mercado, podrían aumentar los precios de sus medicamentos aprovechando que el precio del producto original se encuentra en niveles elevados. En estos supuestos, los compradores de esos medicamentos de la competencia, que pagan un sobreprecio por la existencia del comportamiento anticompetitivo de la farmacéutica titular de la patente, podrían reclamar a ésta una indemnización por los daños sufridos por haber comprado el producto del competidor a un precio más elevado *–efecto paraguas sobre los precios–* (STJUE de 5 junio 2014, *Kone AG y otros / ÖBB Infrastruktur AG*, C-557/12, no publicada aún. En esta sentencia se utiliza el artículo 101 TFUE, sin embargo, su jurisprudencia podría ser extrapolable a los casos sujetos al artículo 102 TFUE. Para ello, se necesita una relación de causalidad entre el daño y el ilícito *antitrust* (STJUE de 5 junio 2014, *Kone AG y otros / ÖBB Infrastruktur AG*, C-557/12, no publicada aún, apartado 34).

²⁵ Comunicación relativa a la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios ocasionados por infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE, C (2013) 3440, Bruselas.

²⁶ COM (2013) 404 final, Estrasburgo, 11 junio 2013.

²⁷ STS núm. 651/2013 de 7 noviembre 2013, FD Quinto, punto 1 (RJ 2014\487); *vid.*, también, STS núm. 344/2012 de 8 junio 2012, FD Decimosexto (RJ 2012\9317).

Así es, el exceso en el precio pagado no constituye el único perjuicio que se puede reclamar, puede haber otros daños –pérdida de cuota de mercado por la actuación de otros competidores que no se han visto afectados por el ilícito *antitrust* o por el aumento del precio del propio medicamento– que podrían ser indemnizables²⁸.

7. Por último, en el trabajo sólo vamos a estudiar las demandas de responsabilidad extracontractual contra empresas que han abusado de su posición de dominio. No nos vamos a ocupar de las posibles reclamaciones de daños contra el Estado, cuando esta autoridad pública haya contribuido de alguna forma a que se produzca el ilícito concurrencial²⁹. Los Estados no son los destinatarios de las normas del Derecho antitrust, en concreto, del abuso de posición de dominio, son las empresas las únicas que pueden cometer este ilícito del artículo 102 del TFUE. Sin embargo, las autoridades públicas pueden contribuir a que las empresas lleven a cabo estos comportamientos y, por ello, también pueden ser responsables de la infracción del Derecho comunitario. Precisamente, en estos casos del sector farmacéutico, la intervención del Estado, como comprador en régimen de monopsonio de los medicamentos y en la fijación del precio de los mismos, se puede valorar en un momento previo, cuando se ha de determinar si la empresa farmacéutica en cuestión posee posición de dominio en el mercado, pero no se puede observar, una vez se ha acreditado el abuso de posición de dominio, para pedir responsabilidad por los daños ocasionados³⁰.

II. Procedimiento en la aplicación privada del Derecho europeo de la competencia

8. Las empresas farmacéuticas que abusan de su posición de dominio, no sólo deben ser castigadas por alterar ilícitamente las condiciones de libre competencia en el mercado, sino que, también, deben responder por los daños ocasionados por sus prácticas. Efectivamente, además de reprimir la conducta ilícita y castigar a las empresas que la llevan a cabo por infringir las normas de competencia, la conducta ilegal puede haber causado perjuicio a muchos sujetos, quienes podrán reclamar una indemnización por daños contra esas entidades infractoras.

²⁸ Así lo recoge el TS en su sentencia de 7 de noviembre de 2013: “Por tanto, en el caso de reclamación indemnización por los daños causados por la actuación del cartel consistente en la concertación del incremento de precios, no es suficiente probar que el comprador directo ha aumentado también el precio de sus productos. Es necesario probar que con ese aumento del precio cobrado a sus clientes ha logrado repercutir el daño sufrido por el aumento del precio consecuencia de la actuación del cartel. Si el aumento de precio no ha logrado repercutir todo ese daño porque se ha producido una disminución de las ventas (debido a que otros competidores no han sufrido la actuación del cartel y han arrebatado cuota de mercado, nacional o internacional, a quienes sí la han sufrido, o a que la demanda se ha retraído ante el aumento del precio, etc.), no puede estimarse la defensa del “passing-on” o no puede hacerse en su totalidad” (STS núm. 651/2013 de 7 noviembre 2013, FD Quinto, punto tercero *in fine*, RJ 2014\487); *vid.*, también, el punto 4.4 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva.

²⁹ *Vid.*, S. DRAKE, “Scope of Courage and the principle of individual liability for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the Court of Justice”, *European Law Review*, vol. 31, nº 6, 2006, p. 846.

³⁰ En la STJUE del caso *AstraZeneca* se plantea, también, esta cuestión (STJUE de 6 diciembre 2012, *AstraZeneca*, C-457/10P, no publicada aún). La European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations (EFPIA) –organismo que representa a las empresas farmacéuticas de medicamentos originarios– se adhiere al recurso de casación alegando que el Tribunal General había cometido un error de Derecho cuando afirmó que *AstraZeneca* había tenido posición de dominio en el mercado de referencia sin valorar el papel del Estado en ese mercado. Precisamente por ese papel del Estado, el criterio que se tuvo en cuenta para determinar la posición de dominio de *AstraZeneca* fue el mantenimiento de una gran cuota de mercado con precios muy superiores a los de la competencia, lo cual demostraba la independencia de la empresa respecto de los competidores, de los clientes y de los consumidores (apartado 181) (E. DIENY, “Arrêt AstraZeneca...”, p. 36).

En este sentido, la Comisión afirma lo siguiente: “Por lo que respecta a la demanda, el sector farmacéutico es atípico porque, en el caso de los medicamentos sujetos a prescripción, el consumidor final (el paciente) no toma la decisión (en general es el médico quien decide y, en algunos Estados miembros, también el farmacéutico). Sin embargo, ni el paciente, ni el autor de la prescripción, ni el que dispensa el medicamento soportan directamente la mayor parte de los costes, que suelen ser asumidos o reembolsados en gran parte o incluso en su totalidad por un sistema sanitario nacional (seguro de enfermedad). El sector farmacéutico es también atípico porque los precios suelen ser el resultado de un proceso de toma de decisiones regulado, que implica, sin embargo, negociaciones entre las partes interesadas. Cuando no es así, es decir, en los países con libre fijación de precios, los precios dependen de decisiones de reembolso reguladas. Debido a esta estructura, médicos, farmacéuticos y pacientes suelen ser poco sensibles al precio de los medicamentos sujetos a prescripción, aunque existen diversos mecanismos para controlar los presupuestos de tales medicamentos” (Comunicación de la Comisión, *Resumen analítico del Informe de investigación sectorial sobre el sector farmacéutico*, 8 de julio 2009, p. 9).

El Derecho europeo de la competencia protege a los competidores y, sobre todo, a los consumidores, a quienes las sanciones previstas para las empresas infractoras no indemnizan el daño que les hayan podido ocasionar esas prácticas ilícitas. Por eso, además de la nulidad de pleno derecho y de las posibles multas impuestas a las empresas que han llevado a cabo ese comportamiento anticoncurrencial, se pueden exigir daños y perjuicios por parte de cualquier persona, física o jurídica, que se haya visto lesionada en sus derechos.

1. Dos posibles procedimientos. Acciones *follow-on* y acciones *stand alone*

9. En estos casos mencionados se deben distinguir dos posibles procedimientos y dos legislaciones aplicables. En efecto, en estos supuestos debe haber un hecho ilícito que dé lugar a una responsabilidad extracontractual por daño. Debemos diferenciar entre el procedimiento por el hecho ilícito y el procedimiento por el daño. El hecho ilícito es la vulneración del artículo 102 TFUE. El Reglamento 1/2003 determina las autoridades competentes para conocer de ese hecho ilícito, y el Derecho aplicable al mismo se encuentra recogido en el TFUE, en el artículo 102³¹. Por otro lado, en relación con el daño, el Reglamento 1215/2012 se encarga de regular los tribunales competentes para conocer de las demandas de responsabilidad extracontractual y el Reglamento Roma II se ocupa de la ley aplicable a dicha responsabilidad³². Como vemos, centramos el análisis en el entorno europeo, las normas mencionadas son las que aplicarán a estos casos los jueces europeos.

Habría, por tanto, dos legislaciones aplicables. En primer lugar se debe aplicar el Derecho europeo de la competencia para saber si ha habido infracción de las normas antitrust, y para imponer las sanciones administrativas que correspondan. En un segundo momento, una vez que se ha constatado la existencia de ese hecho ilícito, se aplicarán las normas sobre responsabilidad extracontractual para conocer el daño sufrido y la indemnización a pagar por el perjuicio. Las empresas que han llevado a cabo el ilícito concurrencial podrán tener, como consecuencia de lo anterior, dos tipos de sanciones. Por

³¹ El Reglamento 1/2003 es la norma que introduce la descentralización en la aplicación del Derecho *antitrust* (Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 diciembre 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOCE nº L1, de 4 enero 2003, pp. 1-25). Así es, este texto comunitario dispone que, frente a la competencia exclusiva de la Comisión para aplicar el artículo 81.3 TCE recogida en el antiguo Reglamento nº 17, las autoridades nacionales de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales serán competentes para aplicar los artículos 81 y 82 TCE –actuales artículos 101 y 102 TFUE– (Reglamento nº 17, de 6 febrero 1962, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, DOCE nº 13, de 21 febrero 1962, pp. 204-211). Los órganos jurisdiccionales nacionales a los que hace referencia el Reglamento 1/2003, en el caso español son los juzgados de lo mercantil, según recoge la Disposición Adicional Primera de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, de 3 de julio, en relación con el artículo 86. ter 2 letra f de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial (Ley 15/2003, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, publicada en el BOE núm. 159, de 4 julio 2007).

El reparto de asuntos entre las distintas autoridades está recogido en la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia, DOCE nº C101, de 27 abril 2004, pp. 43-53. En este texto se propone el criterio de la autoridad mejor situada para determinar que ésta es la que debe ser competente. Para saber qué se entiende por *mejor situada*, la Comisión considera que se deben cumplir estas tres condiciones: “1. *Que el acuerdo o práctica tenga efectos reales o previsibles, directos y sustanciales, sobre la competencia en su territorio, se ejecute en su territorio o proceda del mismo;* 2. *Que la autoridad pueda poner efectivamente fin a toda la infracción, es decir, pueda ordenar el cese de la misma de modo que se ponga fin a la infracción y pueda, en su caso, sancionarla adecuadamente;* 3. *Que pueda reunir, posiblemente con la ayuda de otras autoridades, las pruebas requeridas para probar la infracción*” (punto 8). En estos casos serán competentes las autoridades correspondientes, a menos que la Comisión se encuentre mejor situada. “*La Comisión está particularmente bien situada cuando uno o varios acuerdos o prácticas, incluidas las redes de acuerdos o prácticas similares, tienen efectos sobre la competencia en más de tres Estados miembros (mercados transfronterizos que cubren más de tres Estados miembros o varios mercados nacionales)*” (punto 14).

En cuanto al Derecho aplicable, el TFUE prevé la nulidad de pleno derecho del acuerdo declarado ilícito, en el caso de las ententes; para el abuso de posición de dominio, el texto europeo no contempla ningún tipo de sanción. Además de la nulidad del acuerdo, si es el caso, la normativa comunitaria, el Reglamento 1/2003, prevé la imposición de multas a las empresas infractoras.

³² Reglamento (UE) nº 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L351, de 20 diciembre 2012, pp. 1-32).

Reglamento (CE) nº 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 julio 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), DO L199, de 31 julio 2007, pp. 40-49).

un lado, habría una sanción administrativa por la vulneración de las normas del Derecho europeo de la competencia. Por otro lado, se podría imponer una sanción civil –la indemnización por daños y perjuicios– por haber infligido daños a terceros con esa conducta ilícita.

10. En este trabajo nos vamos a centrar en el segundo procedimiento y la segunda legislación aplicable, esto es, en la reclamación de daños derivados del abuso de posición de dominio llevado a cabo por la empresa farmacéutica titular de la patente.

11. El juez civil que conoce de la demanda de daños es posible que tenga que determinar él mismo si ha habido una lesión de la competencia para saber si debe conceder una indemnización por los daños sufridos. Se trataría de casos en los que las autoridades competentes para pronunciarse sobre los ilícitos del Derecho de la competencia no han tenido conocimiento de los hechos y, por lo tanto, no han podido emitir una resolución que determine si ha habido lesión de la competencia. El juez civil ante el que se ha interpuesto la demanda de daños llevará a cabo una *aplicación privada del Derecho antitrust*, puesto que tendrá que resolver primero si ha habido infracción de las normas de competencia para, después, decidir si ha habido daño y cuál debe ser la indemnización a pagar. Por el contrario, si son las autoridades administrativas competentes para aplicar el artículo 102 del TFUE los que conocen del supuesto de lesión de la competencia, su actuación será una *aplicación pública del Derecho antitrust*. Tras la cual podrá haber una reclamación de daños por los hechos investigados ante el juez civil competente.

Así es, la reclamación de daños puede plantearse una vez que se ha declarado ilegal el comportamiento denunciado, o, incluso, con ausencia de pronunciamiento en relación con la infracción de las normas de competencia³³. Puede ocurrir que, en primer lugar, haya un pronunciamiento que disponga que determinada actuación lesiona la competencia y que, por lo tanto, debe ser declarada ilícita. Y, después, que los particulares afectados por ese comportamiento reclamen una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. En este caso, nos situamos ante las denominadas acciones de reclamación de daños y perjuicios *follow-on*. Pero también puede ocurrir que se acuda a los órganos jurisdiccionales civiles para pedir la indemnización de daños, sin tener previamente una resolución sobre la vulneración de las normas de competencia. En este supuesto estaremos ante las acciones *stand alone*. Con el primer tipo de acciones se busca el efecto disuasorio y penalizador para las empresas infractoras. Con el segundo, el objetivo es la compensación de la víctima. En la práctica de los tribunales, son muchas más las acciones *follow-on* que las *stand alone*³⁴. Entre otras razones, por la dificultad que plantea la prueba de los hechos contrarios al Derecho antitrust en estas últimas acciones³⁵. Las acciones *stand alone* han quedado para “*casos en los que la víctima y el infractor mantienen una relación directa, probablemente contractual, y en los que se encuentran involucrados sustanciales intereses económicos*”³⁶.

12. La sanción administrativa es independiente de la civil. Tan es así, que es posible que la empresa infractora no tenga que pagar multa alguna y, sin embargo, ello no obsta para que se le pueda exigir responsabilidad civil por su comportamiento³⁷. Efectivamente, en el caso de los cárteles del artículo 101 TFUE, si la empresa se acoge al Programa de Clemencia de la Unión Europea, es posible que la multa

³³ Vid., R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia”, *Rcd*, nº 4, 2009, p. 146.

³⁴ F. MARCOS/A. SÁNCHEZ GRAELLS, “Towards a European Tort Law? Damages actions for breach of the EC Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law through the Back Door?”, *European Review of Private Law*, vol. 16, núm. 3-2008, pp. 479-480.

³⁵ R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional ...”, p. 160. En cuanto a la dificultad probatoria en los procesos de Derecho de la competencia, *vid.*, entre otros, B. CAVALLONE, “Azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie: problema dell’istruzione probatoria”, en F. ROSSI DAL POZZO/B. NASCIBENE (eds.), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 31-39; B. BUTTAZZI, “Il libro bianco 2008 della Commissione europea: un passo avanti per le azioni di risarcimento antitrust?”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, LXIII, 3, 2009, pp. 1087-1090; R. BECKER/N. BESSOT/E. DE SMIJTER, “The White Paper on damages actions for breach of the EC Antitrust rules”, en C. GHEUR/N. PETIT (eds.), *Alternative enforcement techniques in EC Competition Law*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 22. En relación a los procesos de abuso de posición de dominio, *vid.*, E. BRODI, “Illecito antitrust e risarcimento del danno in alcuni recenti casi di abuso di posizione dominante”, *R. soc.*, 53, 6, 2008, pp. 1440-1486.

³⁶ F. MARCOS/A. SÁNCHEZ GRAELLS, “Towards a European ...”, p. 480.

³⁷ R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional ...”, p. 145.

impuesta no tenga que ser pagada, sin embargo, sí podría ser requerida para que pague la indemnización civil de daños y perjuicios ocasionados³⁸. No obstante lo anterior, la Propuesta de Directiva recoge en su artículo 11 que, en el caso de hechos ilícitos llevados a cabo por varias empresas, si una de ellas queda dispensada del pago de la multa por acogerse al Programa de Clemencia, sólo tendrá que hacer frente a los perjuicios ocasionados a los compradores o proveedores directos o indirectos de las otras empresas infractoras cuando los perjudicados demuestren su incapacidad para obtener la indemnización de estas. Por lo tanto, la empresa dispensada del pago de la multa no tiene ninguna responsabilidad civil respecto de sus propios compradores o proveedores.

13. En los ordenamientos en los que se exige la culpabilidad de las empresas infractoras para indemnizar el daño, no concurriría este requisito si, en el caso de una entente, ésta se acoge a la exención del artículo 101.3 TFUE y no es objeto de sanción³⁹. Lo mismo se debe decir cuando las empresas destinatarias de un pliego de cargos de la Comisión, proponen acuerdos para despejar las dudas del órgano comunitario sobre la ilicitud de su comportamiento⁴⁰. En efecto, siguiendo el artículo 9 del Reglamento 1/2003, las empresas pueden ofrecer compromisos a la Comisión a fin de eliminar la preocupación mostrada por el órgano comunitario sobre la posible lesión de la competencia por parte de las entidades advertidas⁴¹. Tampoco habría culpabilidad si la Comisión acepta esos acuerdos propuestos por las empresas⁴².

2. Acciones *follow-on*

A) Prueba vinculante de la resolución administrativa en el proceso civil de daños

14. En las acciones *follow on*, la decisión adoptada por el órgano administrativo que ha resuelto la vulneración de las normas de competencia, debe ser tenida en cuenta por el órgano judicial que está conociendo de la reclamación de daños.

a) Procedimiento civil con previa Decisión de la Comisión

15. El artículo 16.1 del Reglamento 1/2003 dispone que “*Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado ya haya sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento*”.

Por lo tanto, el órgano jurisdiccional civil que se pronuncie sobre una demanda de daños por un ilícito *antitrust* tendrá que utilizar la Decisión de la Comisión como prueba de la infracción de la normativa europea de competencia (apartado 4.3.1 de la Exposición de Motivos de la Propuesta de Directiva).

³⁸ La Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel prevé que “*la Comisión dispensará del pago de la multa que de otro modo se le hubiera impuesto a toda empresa que revele su participación en un presunto cártel que afecte a la Comunidad cuando sea la primera en facilitar información y elementos de prueba que, a juicio de la Comisión, permitan a ésta: a) efectuar una inspección oportunamente orientada sobre el presunto cártel o; b) determinar la existencia de una infracción al artículo 81 del Tratado CE en relación con el presunto cártel*” (Apartado II, Sección A, punto 8) (DOCE nº C298, de 8 diciembre 2006, pp. 17-22)

³⁹ M. CHAGNY, “L’articulation entre actions privées et actions publiques”, *Revue Lamy de la concurrence*, núm. 18, 2009, p. 120.

⁴⁰ M. CHAGNY, “L’articulation entre ...”, p. 120.

⁴¹ Artículo 9.1 Reglamento 1/2003: “*Cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción y las empresas interesadas propongan compromisos que respondan a las inquietudes que haya manifestado la Comisión en su análisis preliminar, ésta podrá, mediante decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas. La decisión podrá ser adoptada por un período de tiempo determinado y en ella constará que ya no hay motivos para la intervención de la Comisión*”

⁴² M. CHAGNY, “L’articulation entre ...”, p. 120.

b) Procedimiento civil con previa decisión de la autoridad nacional de competencia

16. La Propuesta de Directiva, en su artículo 9, equipara una Decisión de la Comisión a una resolución firme de una autoridad nacional de competencia, en el sentido de darle los mismos efectos probatorios. Por lo tanto, cuando la decisión de la autoridad nacional de competencia es firme –porque ha sido objeto de un recurso ante el órgano jurisdiccional de revisión, *ad ex.*–, debe ser utilizada como prueba vinculante de la existencia del hecho ilícito en el proceso de daños iniciado ante el juez civil⁴³.

B) Cooperación entre los órganos administrativos y los civiles

17. En los casos en los que se inicia el procedimiento civil de daños y no ha concluido todavía el procedimiento administrativo de infracción del Derecho de la competencia, la cooperación que debe existir entre estos órganos se detalla a continuación.

a) Procedimiento de competencia pendiente ante los órganos administrativos

18. El supuesto resuelto más arriba es el que presupone la existencia de una resolución dictada por una autoridad nacional de competencia o por la Comisión, sin embargo, cuando todavía no hay tal resolución, es decir, cuando el procedimiento está iniciado pero no ha concluido, cabría preguntarse cuál es la actuación que debería esperarse del juez civil que conoce de la acción de daños, en relación con la intervención de la autoridad de competencia. En este caso, el Reglamento 1/2003 prevé en su artículo 16 que los órganos jurisdiccionales podrán suspender su procedimiento a la espera de que resuelva la Comisión el suyo⁴⁴. En cualquier caso, no podrán adoptar una decisión que sea incompatible con la que prevea dictar la Comisión.

19. Respecto de las autoridades nacionales de competencia, el Reglamento 1/2003 no dice nada puesto que recoge que si conoce de un caso la Comisión, aquellas autoridades no podrán conocer del mismo (art. 11.6).

La vinculación de la decisión ya emitida de la autoridad administrativa nacional en relación con el procedimiento que está llevando a cabo el juez civil de la acción de daños, como ya hemos expuesto antes, está recogida en la Propuesta de Directiva (art. 9). Sin embargo, cuando la autoridad nacional de competencia todavía no ha emitido ninguna decisión al respecto, no parece tan claro que el juez civil tenga que esperar a que aquel órgano dicte su resolución. En efecto, los autores consideran que los jueces no deben quedar vinculados por decisiones del poder ejecutivo, ya que, de esta manera se vería en peligro el principio constitucional de independencia del poder judicial⁴⁵. Por todo ello, si no puede ser en relación con un pronunciamiento previo del órgano nacional de competencia, sí en relación con una

⁴³ Anteriormente a esta Propuesta de Directiva, la Comisión no veía obstáculo alguno para entender que, también, cuando hay una resolución firme de una autoridad nacional de competencia, dicha resolución fuera considerada prueba vinculante para el juez que esté conociendo de la demanda civil de daños y perjuicios. En este sentido, el Libro Blanco disponía que, no sólo la resolución de la autoridad nacional de competencia, también la resolución judicial emitida en relación con un recurso interpuesto contra la decisión administrativa, debería servir de prueba en el proceso de daños (Libro Blanco de la Comisión, sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, COM(2008) 165 final, de 2 abril 2008); siempre que se trate de una resolución judicial firme (*vid.*, D. BECKER, “Les actions en ...”, *ACE, comptabilité, fiscalité, audit, droit des affaires au Luxembourg*, n° 2, 2009, p. 27; M. CHAGNY, “L’articulation entre ...”, p. 117; R. BECKER/N. BESSOT/E. DE SMIJTER, “The White Paper ...”, p. 25). La Comisión iba más allá en el Libro Blanco, y consideraba que esa vinculación debería serlo en todos los Estados miembros, y no sólo en el país de la autoridad administrativa o judicial que la ha emitido. Sin embargo, en España son muchos los autores que consideran que no es posible otorgar carácter vinculante a una decisión administrativa frente a un órgano judicial. Si así fuera, se vería en peligro la independencia del poder judicial que quedaría vinculado por una decisión del poder ejecutivo (*vid.*, A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho antitrust europeo*, t. I, Colex, Madrid, p. 616; C. HERRERO SUÁREZ, “La aplicación privada del Derecho europeo de la competencia”, *Rcd*, n° 3, 2008, p. 111).

⁴⁴ *Vid.*, S. BARIATI, “Violazione di norme antitrust e diritto internazionale privato: il giudice italiano e i cartelli”, *Riv.dir.int. priv.proc.*, XLIV, 2, 2008, pp. 350-351; S. BARIATI/L. PERFETTI, “Prime osservazioni sulle previsioni del Libro Bianco in materia di azioni per il risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust della Commissione e del Codice del Consumo quanto alle relazioni tra procedimenti antitrust e giurisdizione”, *Riv. Ital. Dir. Pubbl Comunitario*, XVIII, 5, 2008, pp. 1156-1159.

⁴⁵ *Vid.*, en relación con el Derecho italiano, *vid.*, S. BARIATI/L. PERFETTI, “Prime osservazioni sulle ...”, p. 1176.

decisión por emitir de dicho órgano, los autores ponen en duda la necesaria suspensión del proceso civil hasta la conclusión del administrativo⁴⁶.

b) Procedimiento de competencia pendiente ante el órgano judicial competente.

20. El Reglamento no se ocupa, sin embargo, como es obvio por otra parte, de determinar la colaboración entre las autoridades judiciales de los Estados miembros en relación con los asuntos de Derecho de la competencia y de Derecho de daños. Efectivamente, podríamos preguntarnos si sería posible que el juez civil español ante el que se interpone una demanda de daños y perjuicios por un acto lesivo de la competencia, suspendiera su proceso hasta que el juez de lo mercantil competente resolviera la cuestión relativa a la infracción del Derecho antitrust. Este supuesto normalmente no se dará en realidad, puesto que, al juez de lo mercantil –que forma parte del orden jurisdiccional civil– acudirán las empresas que denuncian una infracción de las normas europeas de competencia, buscando una indemnización de daños y perjuicios por el hecho ilícito. No obstante lo cual, vamos a plantear la situación y cómo se resolvería.

21. Los preceptos mencionados del Reglamento 1/2003 se refieren a la cooperación de las distintas autoridades competentes para aplicar los artículos 101 y 102 TFUE. Como en el caso que planteamos los jueces civiles ante los que se interpone una demanda de daños deben verificar la lesión de la competencia para poder considerar la indemnización, se puede trasladar lo recogido en el texto comunitario a este tipo de procedimiento en la medida en que debería evitarse que el órgano judicial civil resolviera el supuesto de competencia de forma contraria a como lo haría el juez de lo mercantil que está conociendo del asunto de Derecho de la competencia. Efectivamente, el juez civil de la acción de daños debería verificar el comportamiento ilícito para poder conceder la indemnización, debería entrar a valorar si hay una lesión del Derecho de la competencia, pero si ya existe un juez de lo mercantil que está conociendo del caso, o que ha resuelto el mismo, quizá debería considerar la resolución del órgano de lo mercantil. La Ley de Enjuiciamiento Civil prevé que, *“cuando para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal civil, si no fuere posible la acumulación de autos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas, oída la contraria, podrá mediante auto decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el estado en que se hallen, hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial”* (artículo 43). Por lo tanto, cuando la cuestión de competencia esté siendo conocida por el juez de lo mercantil –los juzgados de lo mercantil forman parte del orden jurisdiccional civil–, el juez civil que conoce de la demanda de daños podrá suspender el proceso hasta que resuelva el asunto el primer tribunal.

3. Acciones *Stand Alone*

22. También podría ocurrir que el juez civil ante quien se plantea la reclamación de daños necesite conocer él mismo de la lesión de la competencia para poder resolver la primera reclamación. Para ello, el artículo 42 de la Ley de Enjuiciamiento Civil permite que, a efectos prejudiciales, los jueces de lo civil puedan conocer de cuestiones de competencia de los otros órdenes jurisdiccionales. Si pueden conocer de asuntos de los otros órdenes jurisdiccionales, mucho más podrán si se trata de asuntos de su mismo orden jurisdiccional. Por lo tanto, podrían conocer de ambas cuestiones, si bien, en lo relativo a la infracción del Derecho de la competencia, lo que dictaminen no tendrá carácter vinculante fuera de ese proceso.

III. Aplicación privada del Derecho europeo de la competencia: origen jurisprudencial

23. La posibilidad de pedir daños y perjuicios ocasionados por un ilícito concurrencial no ha sido siempre una cuestión pacífica. La jurisprudencia comunitaria ha sido la que ha ido elaborando esta

⁴⁶ En relación con el Derecho italiano, S. BARIATI/L. PERFETTI, “Prime osservazioni sulle ...”, pp. 1159-1161.

opción para el perjudicado, si bien lo ha hecho de forma reciente. El origen jurisprudencial de esta cuestión se encuentra en las sentencias *Courage* y *Manfredi*.

24. STJCE de 20 septiembre 2001, *Courage*⁴⁷. En este asunto, la sociedad Courage, fabricante de cerveza, llega a un acuerdo de colaboración con la sociedad Grand Metropolitan. Esta última entidad posee intereses hosteleros y de restauración en el Reino Unido, mercado donde Courage posee una cuota del 19% de las ventas de cerveza. Deciden ambas empresas poner en común sus establecimientos de bebidas –pubs–, y arrendarlos a *Inntrepreneur Estates Ltd* –IEL–. Esta compañía IEL es una sociedad participada a medias por Courage y Grand Metropolitan. Mediante acuerdo entre IEL y Courage se pacta que los locales arrendados debían abastecerse en exclusiva de la cerveza de Courage. Para poner en práctica este acuerdo, IEL presentaba un contrato tipo de arrendamiento a los arrendatarios, contrato en el que el precio del alquiler podía negociarse, sin embargo la obligación de compra en exclusiva no estaba sujeta a negociación.

En 1991, el señor Crehan firmó con IEL dos contratos de arrendamiento por 20 años. Dos años después, Courage demanda al señor Crehan por impago del precio de la cerveza suministrada. El señor Crehan alegó que la cláusula de exclusividad en el suministro de la cerveza era contraria al antiguo artículo 85 TCE, y formuló una reconvenición alegando daños y perjuicios por el hecho de que los precios de venta de la cerveza Courage en los locales arrendados por IEL eran superiores a los ofrecidos cuando se trataba de un pub independiente.

El contrato de arrendamiento en el que se encontraba inserta la cláusula de exclusividad fue notificado a la Comisión en virtud al antiguo Reglamento nº 17⁴⁸. La Comisión concedió una exención a ese comportamiento siguiendo el antiguo artículo 85.3 TCE. No obstante lo cual, el órgano judicial inglés ante quien se presenta la demanda pregunta al TJCE, entre otras cosas, si es posible exigir daños y perjuicios derivados de un contrato que es ilegal desde el punto de vista del Derecho europeo de la competencia.

25. El Tribunal de Justicia, respondiendo a las cuestiones prejudiciales planteadas, y que giran en torno a la posibilidad de solicitar daños y perjuicios derivados de un acto lesivo de la competencia, dispone lo siguiente. Según el órgano judicial comunitario, *“la plena eficacia del artículo 85 del Tratado y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían entredichos si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia”* (apartado 26). Ante la falta de normativa comunitaria al respecto, el Tribunal de Justicia remite al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro, tanto para designar tribunales competentes como para determinar el Derecho aplicable. Ahora bien, lo que sí dispone el Tribunal de Luxemburgo es que *“una parte en un contrato que puede restringir o falsear el juego de la competencia, en el sentido del artículo 85 del Tratado, puede invocar la infracción de esta disposición para obtener una protección jurisdiccional contra la otra parte contratante”* (apartado 36). Asimismo recoge que *“el Derecho comunitario no se opone a una norma de Derecho nacional que no permite que quien sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia se base en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios, cuando esté acreditado que esta parte tiene una responsabilidad significativa en la distorsión de la competencia”* (apartado 36).

26. STJCE de 13 julio 2006, *Manfredi*⁴⁹. En este caso el Tribunal de Justicia contesta las cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano judicial italiano que conoce en segunda instancia de los recursos interpuestos por sujetos perjudicados por una práctica anticompetitiva. Los asuntos en los que se recogen las cuestiones traen causa de una resolución de la Autoridad nacional de defensa de la compe-

⁴⁷ STJCE 20 septiembre 2001, *Courage*, Rec. 2001, p. I-06297.

⁴⁸ Reglamento nº 17, de 6 febrero 1962, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, DOCE nº 13, de 21 febrero 1962, pp. 204-211.

⁴⁹ STJCE 13 julio 2006, *Manfredi*, Rec. 2006, p. I-06619.

tencia y del mercado italiana (AGCM), en virtud de la cual se condena a varias compañías aseguradoras por llevar a cabo acuerdos colusorios que supusieron un incremento del 20% de las primas de seguro de responsabilidad civil de automóviles (Resolución final nº 8546 (I377), de 28 julio 2000, Bolletino 30/2000 de 14 agosto 2000). El señor Manfredi interpone recurso de indemnización contra Lloyd Adriatico Assicurazioni, el señor Cannito hace lo mismo contra Fondiaria Sai y el señor Tricarico y la señora Murgolo contra Assitalia. En esos cuatro recursos se solicita una indemnización de daños y perjuicios por el incremento en las primas de seguro de responsabilidad civil derivada de siniestros causados por automóviles, embarcaciones y ciclomotores.

27. Una de las cuestiones prejudiciales planteadas consiste en saber *“si el artículo 81 CE debe interpretarse en el sentido de que legitima a cualquier persona para invocar la nulidad de un acuerdo o práctica prohibidos por dicho artículo y cuando exista una relación de causalidad entre este acuerdo o práctica y el perjuicio sufrido, para solicitar la reparación de dicho perjuicio”* (apartado 53). En relación con esta cuestión, el Tribunal de Justicia, recordando lo recogido en el caso *Courage* en relación con la eficacia plena y el efecto útil del artículo 81, dispone que el mencionado artículo *“debe interpretarse en el sentido de que legitima a cualquier persona para invocar la nulidad de un acuerdo o práctica prohibidos por dicho artículo y, cuando exista una relación de causalidad entre este acuerdo o práctica y el perjuicio sufrido, para solicitar la reparación del dicho perjuicio”* (apartado 63). Afirma también que, *“ante la inexistencia de normativa comunitaria en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro regular las modalidades de ejercicio de este derecho, incluyendo lo relativo a la aplicación del concepto de relación de causalidad, siempre que se respeten los principios de equivalencia y efectividad”* (apartado 64). No obstante, *“en virtud del principio de efectividad y del derecho de los particulares a solicitar la reparación del perjuicio causado por un contrato o un comportamiento que pueda restringir o falsear el juego de la competencia, los perjudicados deben poder solicitar la reparación, no sólo del daño emergente, sino también del lucro cesante, así como el pago de intereses”* (apartado 100).

28. El origen de la acción de daños por hechos ilícitos del Derecho antitrust se encuentra en las sentencias mencionadas. Sin embargo, ya en el año 1992 el TPI recogió esa posibilidad en el marco de un proceso de infracción del Derecho de la competencia. Se trata de la STPI de 18 septiembre 1992, *Automec*, en la que el órgano judicial comunitario, ante un recurso interpuesto contra una Decisión de la Comisión, dispuso que *“El apartado 1 del artículo 85 prohíbe determinados acuerdos o prácticas contrarias a la competencia. Entre las consecuencias, en lo que respecta al Derecho civil, que puede tener una infracción de dicha prohibición, una sola está prevista expresamente en el apartado 2 del artículo 85, a saber, la nulidad del acuerdo. Corresponde al Derecho nacional definir las otras consecuencias que lleva consigo una infracción del artículo 85 del Tratado, tales como la obligación de reparar el perjuicio causado a un tercero o una posible obligación de contratar (véanse, en cuanto a las posibilidades de que disponen los Jueces nacionales, los procedimientos nacionales que dieron lugar a las sentencias del Tribunal de Justicia, de 16 de junio de 1981, Salonia, 126/80, Rec. pp. 1563 y ss., especialmente p. 1774, y de 3 de julio de 1985, Binon 243/83, Rec. pp. 2015 y ss., especialmente p. 2035). Por tanto, es el Juez nacional quien, llegado el caso y según las normas del Derecho nacional, puede intimar a un operador económico que contrate con otro”* (apartado 50)⁵⁰. La Decisión de la Comisión impugnada consideró que los hechos planteados por la demandante no presentaban interés comunitario suficiente y que, por lo tanto, no debían ser juzgados en el marco del Derecho europeo de la competencia. Los hechos transcurren en la ciudad de Treviso y consisten en un acuerdo de distribución de los vehículos BMW. La compañía de automóviles rescindió el contrato de concesión con la demandante y ésta, además de acudir a la jurisdicción nacional italiana para reclamar la continuidad del contrato, solicitó a la Comisión que BMW le reconociera como distribuidor y que le obligara a abastecerle de suministro de coches.

Del mismo modo, en el año 2002, el TPI volvió a mencionar esta posibilidad, también en el marco de un recurso de anulación de una Decisión de la Comisión que sancionaba una conferencia ma-

⁵⁰ STPI de 18 septiembre 1992, *Automec*, T-24/90, Rec. 1992, p. II-02223.

rítima⁵¹. En este caso, el TPI afirmó que ,“*Asimismo, salvo la sanción de nulidad expresamente prevista en el artículo 85, apartado 2, del Tratado, corresponde al Derecho nacional, según la jurisprudencia, definir las otras consecuencias, en el ámbito civil, que lleva consigo una infracción del artículo 85 del Tratado, tales como la obligación de reparar el perjuicio causado a un tercero o una posible obligación de contratar (véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan, C-453/99, Rec. p. I-6297, apartado 29, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1992, Automec/Comisión, T-24/90, Rec. p. II-2223, apartado 50), siempre que no se menoscabe, sin embargo, el efecto útil del Tratado*” (apartado 414). En la Decisión impugnada (Decisión 94/980/CE, de 19 octubre 1994, *Trans Atlantic Agreement*), la Comisión “(...) *consideró que determinadas disposiciones del Trans Atlantic Agreement (en lo sucesivo, “TAA”), acuerdo del que formaban parte las quince compañías navieras demandantes, relativo al transporte regular (en lo sucesivo, “transporte de línea”) en contenedores a través del Atlántico, entre el norte de Europa y los Estados Unidos, así como a los trayectos terrestres anteriores y posteriores en contenedores, constituían infracciones del artículo 85, apartado 1, del Tratado [por fijación de precios en el transporte]. La Comisión denegó a estas disposiciones el beneficio de una exención en virtud del artículo 85, apartado 3, del Tratado. La Comisión no impuso multas por las infracciones declaradas*” (STPI 28 febrero 2002, *Atlantic Container Line*, apartado 12).

IV. Demanda de responsabilidad extracontractual por daños ocasionados por el ilícito antitrust: Competencia judicial internacional

29. En este apartado vamos a analizar a qué órganos jurisdiccionales deben dirigirse los perjudicados por el abuso de posición de dominio relacionado con obtención ilícita de una patente farmacéutica para interponer una demanda de responsabilidad extracontractual por el daño sufrido.

30. Como venimos afirmando, la forma de articular una reclamación por los daños ocasionados por una infracción del Derecho *antitrust* europeo es a través de la interposición de una demanda pidiendo una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Para solicitar esta indemnización se debe exigir una responsabilidad civil extracontractual frente a la empresa o empresas infractoras del Derecho europeo de la competencia.

31. En el entorno europeo, el Reglamento 1215/2012 es la norma principal de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad extracontractual⁵². Esta norma está en vigor desde el 10 de enero de 2015, por lo tanto, hasta que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre ella, utilizaremos la jurisprudencia comunitaria vertida sobre el Reglamento 44/2001 –antecesor del Reglamento 1215– en todas las cuestiones en las que pudiera ser extrapolable⁵³.

32. Sin embargo, para que sea aplicable es necesario, en la mayoría de los casos, que el domicilio del demandado se encuentre en el territorio de algún Estado parte de la norma, y los países que forman parte del R1215 son todos los de la Unión Europea⁵⁴. Por lo tanto, en esta materia, salvo que haya

⁵¹ STPI 28 febrero 2002, *Atlantic Container Line*, T-18/97, Rec. 2002, p. II-01125.

⁵² Reglamento (UE) N° 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DOUE L351, de 20 diciembre 2012, pp. 1-32.

⁵³ Reglamento (CE) N° 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 200, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L12, de 16 de enero de 2001, pp. 1-23.

⁵⁴ Algunos autores critican la limitación espacial del ámbito de aplicación del R1215, y también del R44, al exigir el domicilio del demandado en un Estado miembro para la aplicación de la mayoría de sus foros (C. PELLISÉ, “Reflexión crítica sobre el ámbito de aplicación especial de la reglas comunitarias de competencia judicial internacional en los litigios de responsabilidad por infracción competencial”, en A. FONT I RIBAS/S. GÓMEZ TRINIDAD, *Competencia y acciones de indemnización. Actas del Congreso Internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales*, Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 29-47). Según estos autores, en los litigios relativos a las reclamaciones de daños por ilícitos *antitrust* existe una falta de coordinación entre

sumisión a algún tribunal de un Estado parte, se requiere que el domicilio del demandado se encuentre en la Unión Europea para aplicar el R1215⁵⁵.

33. De todos los foros que ofrece el R1215 –foros exclusivos, foro de la sumisión, expresa o tácita, foro del domicilio del demandado y foros especiales por razón de la materia–, en materia de responsabilidad extracontractual se podrían utilizar los tres últimos. Jerárquicamente la sumisión se encuentra por encima de los otros dos foros mencionados, el foro general del domicilio del demandado y los foros especiales por razón de la materia, y estos últimos son aplicables de manera alternativa.

1. Foro de la sumisión.

A) Sumisión expresa del artículo 25 R1215.

34. La sumisión es el acuerdo por el que las partes designan el tribunal que va a dirimir las controversias surgidas de su relación jurídica (art. 25 R1215). Para que este acuerdo sea válido en el marco del R1215/2001 no es necesario que alguna de las partes esté domiciliada en el territorio de aplicación de la norma, sólo se requiere que el tribunal elegido sea un órgano jurisdiccional de un Estado parte (art. 25 R1215).

35. En las reclamaciones de daños es difícil que pueda darse la sumisión expresa, puesto que dichas peticiones derivan de una responsabilidad extracontractual. Por lo tanto, puede no haber relación previa entre las partes y, si la hay, normalmente no se van a poner de acuerdo, una vez surgido el litigio, en designar el tribunal competente.

No obstante lo anterior, no está de más que tratemos, siquiera brevemente, el régimen jurídico de la sumisión expresa.

36. El artículo 25 del Reglamento 1215/2012 permite que las partes puedan pactar someterse a la jurisdicción de algún Estado miembro. Esta sumisión pueden hacerla siempre que lo hagan a favor de tribunales que no resultaran competentes por la aplicación del resto de foros; esto es lo que se denomina *efecto de prórroga* de la competencia.

Este acuerdo de las partes pueden hacerlo de forma escrita o de forma verbal siempre que haya constancia por escrito. También puede realizarse siguiendo los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas, y, en el comercio internacional, es válida la sumisión hecha conforme a los “*usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado*” (art. 25.1c).

37. No es válido aquel acuerdo de sumisión contenido en unas condiciones generales de la contratación a las que no remite expresamente el contrato⁵⁶. Se admitirá la conclusión del acuerdo de sumisión cuando la confirmación de la propuesta se realice por escrito y el oferente la reciba sin oponer ninguna objeción, no hace falta, pues, la contestación por escrito a esta confirmación⁵⁷; el TJCE, sin embargo, había venido exigiendo la aceptación escrita de una parte, de la confirmación escrita de la otra⁵⁸.

el ámbito de aplicación de las normas europeas de competencia y el de las normas europeas de competencia judicial internacional, ya que, las primeras sólo requieren que el comportamiento se verifique en el mercado intracomunitario y las segundas exigen, en la mayoría de los casos, el domicilio del demandado en ese territorio. La doctrina considera que para dar coherencia al sistema se debería modificar el R1215 y ampliar su ámbito de aplicación a todas las demandas en esta materia de responsabilidad extracontractual por ilícitos *antitrust*, con independencia de donde se encuentre el domicilio del demandado (C. PELLISÉ, “Reflexión crítica sobre...”, pp. 45-47).

⁵⁵ Si no fuera éste el caso, el ordenamiento español, como el resto de ordenamientos europeos, dispone de otras normas que se aplicarían en su defecto.

⁵⁶ STJCE 14 diciembre 1976, *Colzani*, as. 24-76, *Rec.* 1976, p. 01831, apartado 13.

⁵⁷ STJCE 11 julio 1985, *Berghoefer*, as. 221/84, *Rec.* 1986, p. 02699, apartado 16.

⁵⁸ STJCE 14 diciembre 1976, *Segoura*, as. 25-76, *Rec.* 1976, p. 01851, apartado 12.

38. La sumisión puede realizarse a los tribunales de un Estado miembro en general, o a un concreto tribunal de un Estado miembro. En consecuencia, es un foro de competencia judicial internacional y de competencia judicial interna.

La sumisión expresa puede acordarse antes del surgimiento del litigio entre las partes, circunstancia que es la más normal, pero también puede pactarse cuando ya ha surgido la controversia entre ellas. No es válido el acuerdo si no se concreta a las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica de las partes; no se puede realizar un acuerdo de sumisión global, sin circunscribirlo a una concreta relación jurídica⁵⁹.

39. Efectos objetivos. El pacto de sumisión expresa habitualmente se encuentra recogido en el contrato que une a las partes. Como ya hemos mencionado antes, la sumisión debe referirse a una determinada relación jurídica, y sólo a ella, no puede extenderse a relaciones anejas –*efectos objetivos*–. Cabría preguntarse, entonces, si el acuerdo de sumisión recogido en un contrato se puede extender a la responsabilidad extracontractual derivada del incumplimiento de las normas del Derecho de la competencia europeo. La validez material de la cláusula de sumisión se rige por el Derecho del país cuyos tribunales han sido los elegidos para ser competentes (art. 26.1 R1215)⁶⁰. Por lo tanto, la validez de la cláusula de sumisión inserta en un contrato es independiente a la validez del contrato en el que se encuentra, y la nulidad de dicho contrato no conlleva, necesariamente, la nulidad de aquella (art. 26.5 R1215).

40. Los tribunales españoles estiman que la responsabilidad extracontractual no está incluida en el ámbito de aplicación de una cláusula de sumisión contenida en un contrato, por tanto, no puede considerarse que la elección de tribunal se refiera a asuntos de reclamación de daños⁶¹. Así, el AAP de Madrid (Sección 10ª), 29 junio 2010, dispone que, “*En consecuencia, el hecho de que la demandada sea una persona jurídica distinta de la que ha suscrito el contrato de transporte marítimo, así como el tipo de acción que se ejercita, cuya finalidad es la exigencia de responsabilidad extracontractual, en virtud de lo preceptuado en el artículo 1.902 C.Civil, conducen a considerar que la demandada no se encuentra vinculada al contrato celebrado entre la actora y “Maersk Line”, no siendo, por tanto aplicable a la relación existente entre actora y demandada la cláusula 26ª de sumisión expresa a favor del Tribunal Superior de Justicia de Londres, incluida en el referido contrato*”⁶².

41. En este sentido, la High Court of England and Wales se ha pronunciado en el asunto *Provimi* resolviendo la cuestión de la extensión de la cláusula de sumisión recogida en un contrato a la responsabilidad extracontractual derivada de la infracción del Derecho antitrust⁶³.

El asunto *Provimi* trae causa de una entente llevada a cabo por varias empresas de vitaminas⁶⁴. Las trece empresas sancionadas eran fabricantes de vitaminas A, E, B1, B2, B5, B6, C, D3, H, ácido fólico, betacaroteno y carotínidos, y abastecían a la Comunidad y el Espacio Económico Europeo (EEE, en adelante). Estas entidades acordaron fijar precios en el mercado y asignar cuotas de venta; además crearon un dispositivo de supervisión del cumplimiento de los acuerdos. El mercado afectado era el EEE, aunque la Comisión consideró que cada vitamina podría tener un mercado mundial. La Comisión descubrió diferentes acuerdos relativos a las distintas vitaminas, en los participaban diferentes empresas. La duración de la infracción depende del cartel del que hablemos, los acuerdos que más se extendieron en el tiempo estuvieron en vigor desde el año 1989 hasta el año 1999.

En el caso *Provimi* los demandantes reclaman una indemnización por los perjuicios sufridos por haber tenido que comprar vitaminas a un precio superior al que habría en el mercado de no haber existido la entente que infringía el Derecho europeo de la competencia. La compañía *Trouw Germany*

⁵⁹ STJCE 10 marzo 1992, *Duffryn*, C-214/89, Rec. 1992, p. I-01745, apartado 31.

⁶⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 15ª ed., 2014-2015, Comares, Granada, 2014, p. 231. *Vid.*, también, en este sentido, F. W. BULST, “The *Provimi* Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe”, *European Business Organization Law Review*, 4, 2003, p. 644.

⁶¹ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 15ª ed., 2014-2015, p. 238.

⁶² AAP de Madrid (Sección 10ª), 29 junio 2010, núm. 173/2010, JUR 2010\320244.

⁶³ Sentencia de la High Court of England and Wales, 6 mayo 2003, *Provimi*.

⁶⁴ Decisión de la Comisión de 21 de noviembre 2001, asunto COMP/E-1/37.512 –*Vitaminas*–.

interpuso demanda de reclamación de daños frente a la empresa *Roche UK* alegando el foro del artículo 2 del Reglamento 44/2001. También actuó contra otras dos compañías suizas y para ello la empresa alemana utilizó el Convenio de Lugano, el artículo 6.1 en concreto⁶⁵. Por último, para demandar a *Roche Germany* utilizó el foro del litisconsorcio pasivo del artículo 6.1 del Reglamento 44 para atraer la competencia hacia Inglaterra. Esta compañía demandada, *Roche Germany*, alegó la sumisión expresa a los tribunales alemanes que existía en el contrato de compraventa, para que el foro del artículo 6.1 no pudiera funcionar. El tribunal inglés consideró que la cláusula de sumisión del contrato de compraventa no incluía en su ámbito de aplicación las reclamaciones por la infracción del Derecho europeo de la competencia, por ello entendió que no había sumisión y que podía entrar en juego el foro del artículo 6.1 para atraer la competencia a los tribunales ingleses.

Los argumentos que utilizó el tribunal inglés para excluir de la cláusula de sumisión la responsabilidad extracontractual fueron los siguientes⁶⁶. En primer lugar, el órgano jurisdiccional inglés considera que los tribunales elegidos en el pacto de sumisión no son competentes para dirimir asuntos de este tipo, derivados de la vulneración del Derecho antitrust. En segundo lugar, los daños reclamados no pueden derivar de actuaciones fraudulentas. En el caso en cuestión, el tribunal inglés considera que el contrato de compraventa con *Roche Germany* fue firmado en condiciones de engaño, ya que, la demandante acordó la compra considerando que el precio se había fijado en condiciones competitivas de mercado. En último lugar, un juez alemán consideraría que la reclamación de daños no está incluida en el ámbito de aplicación de la cláusula de sumisión puesto que puede entender que esta demanda de responsabilidad extracontractual no surge de la relación contractual entre las partes sino del hecho de que *Roche Germany* formaba parte de un cartel de precios ya antes de concluir el contrato de compraventa con la demandante.

42. En relación con lo anterior, el tribunal inglés se pregunta qué ley debe aplicar para determinar si la responsabilidad extracontractual está incluida en el ámbito de aplicación de la cláusula de sumisión. En el actual Reglamento 1215 se establece, como ya hemos comentado anteriormente, que la validez material de la cláusula de sumisión debe regirse por el Derecho del Estado cuyos tribunales han sido los elegidos. Cabría preguntarse, a continuación, dentro de ese ordenamiento cuál debe ser la ley a aplicar. Pues bien, como el Reglamento considera que la cláusula de sumisión es un acuerdo independiente al resto de cláusulas del contrato, el Derecho a aplicar será el existente en materia de contratos en ese Estado miembro cuyos tribunales han sido los elegidos⁶⁷.

Por su parte, en relación con el asunto *Provimi* y, por tanto, antes de que entrara en vigor el Reglamento 1215, la doctrina consideraba que el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales no podía ser aplicable para resolver esta cuestión puesto que las cláusulas de determinación de foro están excluidas expresamente de su ámbito de aplicación (art. 1.2 e). El órgano jurisdiccional inglés, ante la falta de jurisprudencia al respecto, consideró que debía valorar este aspecto conforme a las reglas inglesas del *common law* de elección de ley⁶⁸. Estas reglas tienen en cuenta, en primer lugar, la expresa intención de las partes. En segundo lugar, si las partes no han expresado nada al respecto, se debe deducir cuál es esa voluntad de las partes. En tercer lugar, en defecto del anterior, debemos ir al país que presente la conexión más cercana y real con la cláusula de sumisión.

B) Sumisión tácita del artículo 26 R1215.

43. Las partes también pueden acudir, directamente, a unos tribunales concretos para interponer la demanda y contestar a la misma. Así es, no es necesario que haya una concertación entre ellas

⁶⁵ Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988, DO L319 de 25 noviembre 1988, pp. 9-48. Este Convenio ha sido sustituido por el llamado Convenio de Lugano II (Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007, DO L147, de 10 junio 2009, pp. 5-43).

⁶⁶ F. W. BULST, "The *Provimi* Decision ...", pp. 632-634.

⁶⁷ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, ..., p. 229. *Vid.*, también, en este sentido, F. W. BULST, "The *Provimi* Decision ...", p. 644

⁶⁸ F. W. BULST, "The *Provimi* Decision ...", p. 644.

con esa intención de someterse a determina jurisdicción. La sumisión tácita se plantea en el momento en que surge el litigio, cuando el demandante acude a unos tribunales y el demandado contesta a la demanda ante esos órganos jurisdiccionales. No habrá sumisión tácita, sin embargo, cuando el demandado se opone a la competencia del tribunal y, de forma subsidiaria, realiza una defensa sobre el fondo del asunto⁶⁹.

44. Según el texto del artículo 26.1 del Reglamento 1215, la sumisión tácita podría operar aún cuando se designe a tribunales que ya son competentes por otros foros del Reglamento –no se exigiría el efecto de prórroga–. Así, el precepto indica que “*con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado*”. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, con la misma dicción en el Reglamento 44, ha interpretado que el foro de la sumisión tácita requiere, para que sea aplicable, que el tribunal elegido no sea competente por otro foro del Reglamento, por lo tanto, de nuevo, extrapolando esta jurisprudencia al marco del Reglamento 1215, se debería exigir el efecto de prórroga a este foro del artículo 26⁷⁰.

45. Por otra parte, la sumisión tácita posterior prevalece sobre la expresa anterior⁷¹.

46. Por último, este foro necesita que el domicilio del demandado se encuentre en el territorio de aplicación de la norma, así, al menos, lo exige el artículo 26 en relación con el artículo 6. Sin embargo, en el marco del Reglamento 44 ocurría lo mismo, el artículo 24 en relación con el 4 imponía el domicilio del demandado en el territorio 44 y, el TJCE, en el asunto *Josi*, dispuso que no era necesario este requisito personal de aplicabilidad de este foro, por lo tanto, extrapolando esta jurisprudencia al Reglamento 1215 se podría sostener que no se debe exigir el domicilio del demandado en el territorio europeo para que pueda operar el foro de sumisión tácita⁷²; de este modo, también, equipararíamos la sumisión tácita a la expresa al no imponer este requisito adicional de validez que no se exige para la segunda.

2. Foro del domicilio del demandado del artículo 4 R1215

47. El foro general del domicilio del demandado se puede aplicar en cualquier caso, con independencia de la materia de que se trate. Lo único que se requiere para que pueda operar es, evidentemente, que el domicilio del demandado se encuentre en un Estado miembro de la Unión Europea en el momento de la presentación de la demanda. La determinación del concreto órgano jurisdiccional competente se hará de conformidad con la normativa procesal interna del Estado en cuestión.

A) Concepto de domicilio en el R1215.

48. En el sector de la responsabilidad extracontractual por hechos lesivos del Derecho europeo de la competencia los sujetos demandados sólo pueden ser empresas. En efecto, el artículo 102 TFUE, y también el artículo 101 TFUE, sólo pueden ser infringidos por empresas, por lo tanto, sólo ellas pueden ser denunciadas por los daños ocasionados por ello. Pues bien, desde este punto de vista, el domicilio que más se debe tener en cuenta es el de las personas jurídicas⁷³. El artículo 63 del R1215

⁶⁹ STJCE 24 junio 1981, *Elefanten*, as. 150/80, *Rec.* 1981, p. 01671, apartado 17; STJCE 22 octubre 1981, *Rohr*, as. 27/81, *Rec.* 1981, p. 02431, apartado 8; STJCE 14 julio 1983, *Gerling*, as. 201/82, *Rec.* 1983, p. 02503, apartado 21.

⁷⁰ STJUE de 27 febrero 2014, *Cartier parfums*, C-1/13, no publicada aún, apartado 34.

⁷¹ STJCE 24 junio 1981, *Elefanten*, as. 150/80, *Rec.* 1981, p. 01671, apartado 11; STJCE 7 marzo 1985, *Spitzley*, as. 48/84, *Rec.* 1985, p. 00787, apartado 26.

⁷² STJCE de 13 julio 2000, *Josi*, C-412/98, *Rec.* 2000, p. I-05925, apartado 44.

⁷³ El domicilio de las personas físicas se determina acudiendo al Derecho interno del país en el que el sujeto puede estar domiciliado. El artículo 59 Reglamento lo recoge en estos términos: “1. Para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal aplicará su ley interna. 2. Cuando una parte no estuviere domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieran del asunto, el tribunal, para determinar si dicha parte lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado miembro”.

ofrece una definición material de este concepto. Según este precepto, la persona jurídica tendrá su domicilio en el Estado miembro en el que tenga su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal. Así, por ejemplo, en el asunto *AstraZeneca*, las empresas infractoras tienen su domicilio social –sede social– en Suecia, una de ellas –*AstraZeneca AB*–, y en Reino Unido, la otra –*AstraZeneca plc*–⁷⁴.

49. Estos tres conceptos de domicilio se corresponden con distintos elementos que conforman la empresa. Así, la sede estatutaria es la sede social, la que aparece en los estatutos de la compañía. La administración central es la sede real, desde donde se dirige la empresa. Y, por último, el centro de actividad principal es donde se desarrolla la actividad de la compañía.

Con la definición recogida en el artículo 63 R1215 es posible que la compañía tenga hasta tres domicilios en territorio europeo y, por tanto, es posible que haya hasta tres tribunales ante los que interponer la demanda de reclamación de daños⁷⁵.

B) Actuación a través de filiales.

50. En muchas ocasiones las grandes compañías actúan en el mercado europeo a través de filiales. De esta manera, si infringen el Derecho europeo de la competencia, las autoridades comunitarias sólo pueden actuar contra la filial, que es quien ha lesionado la competencia en el mercado intracomunitario. En estos casos, los demandantes que reclamen daños por las actuaciones lesivas de la competencia, sólo podrán pedir responsabilidades a la filial, a través del foro del domicilio del demandado; quedando la matriz al margen de cualquier responsabilidad en el entorno comunitario.

51. En otras ocasiones, la supuesta filial es sólo supuesta, porque, en realidad, se trata de un establecimiento dependiente de la matriz. Se trataría de un brazo ejecutor de la matriz en el mercado intracomunitario. En estos casos, si se utiliza la doctrina del levantamiento del velo y se comprueba que el establecimiento que actúa en el mercado comunitario realmente no tiene autonomía de la matriz, se podrá considerar que se trata de un establecimiento secundario y se podrá actuar contra la matriz. El problema es que, si se pide responsabilidad por la infracción de las normas del Derecho europeo de la competencia se podría sancionar a la empresa matriz pero, en cambio, si se pide una indemnización por los daños ocasionados, el Reglamento 1215/2012 no sería aplicable al no encontrarse el domicilio del demandado en el territorio de aplicación de la norma.

52. En efecto, lo importante para el Derecho europeo de la competencia es el mercado intracomunitario. Por lo tanto, si el comportamiento denunciado lesiona la competencia en este mercado, el Derecho europeo será aplicable a la cuestión, con independencia del domicilio o la nacionalidad de la empresa infractora. Esto es lo que se denomina la *doctrina del efecto*⁷⁶. En cambio, si lo que se pide es una indemnización por los daños ocasionados por ese comportamiento ilícito, el Reglamento 1215 exige el domicilio del demandado en el territorio europeo, y si no existe ese domicilio aquí, no se podrá aplicar la norma europea –salvo que haya sumisión–⁷⁷.

⁷⁴ Decisión C(2005) 1757 final de la Comisión, de 15 junio 2005, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE y el artículo 54 del Acuerdo EEE (caso COMP/A.37.507/F3 –*AstraZeneca*–), punto 8.

⁷⁵ En estos casos, las reglas de litispendencia del artículo 29 R1215 determinan que el tribunal finalmente competente debe ser aquel que empezó a conocer en primer lugar.

⁷⁶ A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, ..., p. 308.

⁷⁷ Cuando el domicilio del infractor del Derecho de la competencia no se encuentra en el territorio de aplicación del Reglamento 1215, en defecto de convenio internacional aplicable, los tribunales españoles acudirán a la Ley Orgánica del Poder Judicial. El artículo 22.3 de la LOPJ contiene un foro en materia de responsabilidad extracontractual en virtud al cual los tribunales españoles serán competentes cuando “*el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual en España*”. Si el domicilio del demandado se encuentra en Noruega, Suiza o Islandia, el Convenio de Lugano II recoge el foro especial del artículo 5.3 que remite la competencia a los tribunales *del lugar donde se hubiere producido o hubiere podido producirse el hecho dañoso*”.

C) Pluralidad de demandados

53. Cuando se produce un ilícito del Derecho *antitrust* en muchas ocasiones las empresas infractoras son varias. Así es, en el marco del artículo 102 TFUE, por ejemplo, si bien puede haber abuso de posición de dominio individual, también lo puede haber colectivo y, por ello, pueden ser dos o más las empresas que infrinjan el precepto. En el caso *AstraZeneca* que estamos utilizando de referencia, son dos las empresas que abusan de su posición de dominio, *AstraZeneca AB* y *AstraZeneca plc*. Ambas actúan de manera conjunta, salvo en la primera fase de la infracción, hasta abril de 1999, cuando la segunda empresa todavía no se había creado⁷⁸.

54. En estos supuestos, el artículo 8.1 R1215 permite la acumulación de competencia ante los tribunales del domicilio de uno de los demandados. En efecto, este precepto regula el litisconsorcio pasivo y ofrece la posibilidad al actor de acudir sólo a los tribunales del domicilio de uno de los demandados y allí demandar a todos los sujetos que han lesionado la competencia y han infligido daños. Para que se abra esta posibilidad que ofrece el foro del artículo 8.1 R1215 es necesario que se cumplan dos requisitos. El primero es que todos los sujetos demandados ante el tribunal de uno de ellos tengan su domicilio en el territorio europeo. En segundo lugar, es necesario que exista una conexión suficiente entre las demandas planteadas ante los distintos demandados, de manera tal que sea oportuno tramitarlas conjuntamente para evitar resoluciones inconciliables⁷⁹.

En este sentido, la High Court of England and Wales, en el asunto *Provimi* se pronunció sobre la posibilidad de la aplicación de este foro en el R44 –art. 6.1–, en el caso de la reclamación de daños y perjuicios contra las empresas del cartel llamado de las vitaminas⁸⁰. En este caso, el tribunal inglés consideró que sí había suficiente vinculación entre las demandas planteadas contra las distintas compañías puesto que las dos procedían de la misma infracción del artículo 81 TCE y poseían la misma naturaleza⁸¹.

3. Foro especial del artículo 7.2 R1215.

55. El foro especial en esta materia de responsabilidad extracontractual está regulado en el artículo 7.2 del texto europeo. Según este precepto, “*Una persona domiciliada en un Estado miembro podrá ser demandada en otro Estado miembro (...) en materia delictual y cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso*”.

A) Caracteres de los foros especiales del artículo 7.

56. Los foros que contiene el artículo 7 se caracterizan porque, para que sean aplicables, deben darse determinadas variables.

57. En efecto, en primer lugar, estos foros requieren que el domicilio del demandado se encuentre en el territorio europeo para que puedan ser aplicados. Así es, el tenor literal del artículo 7 indica que

⁷⁸ *AstraZeneca plc*. es fruto de la concentración de la empresa sueca *Astra AB* y la empresa inglesa *Zeneca Group plc*. (Decisión C(2005) 1757 final de la Comisión, de 15 junio 2005, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 82 del Tratado CE y el artículo 54 del Acuerdo EEE (caso COMP/A.37.507/F3 –*AstraZeneca*–), punto 8).

⁷⁹ STJCE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, 189/87, *Rec.* 1988, p. 05565: “(11) A este respecto, hay que señalar que el informe antes citado, realizado por el Comité de expertos, invoca expresamente, para justificar el apartado 1 del artículo 6, el deseo de evitar que se dicten resoluciones incompatibles en los Estados contratantes. Por lo demás, se trata de una preocupación mantenida por el mismo Convenio en su artículo 22, que regula los casos de demandas conexas formuladas ante órganos jurisdiccionales de Estados contratantes distintos. (12) Así pues, la norma prescrita por el apartado 1 del artículo 6 se aplica cuando las demandas formuladas contra los distintos demandados son conexas desde el momento de su presentación, es decir, cuando exista un interés en tramitarlas y juzgarlas conjuntamente para evitar soluciones que pudieran ser contradictorias si los litigios se juzgaran por separado. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar, en cada caso concreto, si se cumple este requisito”.

⁸⁰ Decisión de la Comisión de 21 de noviembre 2001, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 81 del Tratado CE y al artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E-1/37.512 — *Vitaminas*).

⁸¹ F.W. BULST, “The *Provimi* Decision ...”, pp. 626-627.

“las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: (...)”. Por lo tanto, si el demandado no tiene su domicilio en el territorio europeo no podrá serlo utilizando estos foros especiales del artículo 7.

58. En segundo lugar, estos foros especiales deben conducir a otro Estado miembro distinto del país en el que se encuentra el domicilio del demandado. Una vez más, siguiendo la dicción literal del precepto, a través de los foros especiales se podrá demandar al sujeto domiciliado en un Estado miembro ante los tribunales de “otro” Estado miembro.

59. Por último, en tercer lugar, los foros del artículo 7 son foros de competencia judicial internacional y de competencia judicial interna, esto es, designan el concreto tribunal de un Estado miembro que resulta competente. La forma de disponer que sea un determinado órgano jurisdiccional el competente se realiza designando los tribunales del “lugar” correspondiente. Así, por ejemplo, en el caso del foro especial del artículo 7.2, el Reglamento recoge que los sujetos podrán ser demandados “ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso”.

B) Materia contractual y extracontractual.

60. Los supuestos que se encuentran en el ámbito de aplicación material de este foro del artículo 7.2 R1215 son todos aquellos que no se consideren de materia contractual. En efecto, la jurisprudencia europea define este concepto de forma residual, entendiendo por el mismo todas las materias que no sean contractuales⁸². Por lo tanto, todo lo que no sea contractual será extracontractual⁸³.

C) Tribunales que se desprenden del tenor literal del artículo 7.2: los del lugar del hecho dañoso.

61. El artículo 7.2 R1215 dispone que los tribunales competentes en esta materia serán los del lugar donde se ha producido o pudiera producirse el hecho dañoso.

El hecho dañoso es el hecho que provoca el daño, el que causa el perjuicio⁸⁴. Por lo tanto, en los comportamientos regulados en el artículo 102 TFUE, el hecho dañoso es el comportamiento ilícito que se ha llevado a cabo en el mercado, el que puede infligir daños. En los ilícitos del artículo 102 TFUE el lugar del hecho dañoso es fácil de determinar, puesto que el abuso de posición de dominio se produce cuando la empresa con posición dominante actúa en el mercado abusando de la misma⁸⁵. Otra cosa diferente es que consiga su objetivo de lesionar la competencia. Así es, aunque la empresa no consiga su propósito anticompetitivo, si ha actuado abusando de su posición de dominio su comportamiento será sancionado igualmente en virtud del artículo 102 TFUE⁸⁶. Y el hecho dañoso será precisamente esa actuación en el mercado.

⁸² STJCE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, 189/87, *Rec.* 1988, p. 05565, apartado 18: “(..) el concepto de en materia de delitos o cuasidelitos en el sentido del apartado 3 del artículo 5 del Convenio, debe considerarse como un concepto autónomo, que abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no están relacionadas con la “materia contractual” en el sentido del apartado 1 del artículo 5”.

⁸³ *Materia contractual* debe ser un concepto autónomo, propio del Reglamento 44/2001 y común para todos los Estados parte del mismo (STJCE 22 marzo 1983, *Peters*, as. 34-82, *Rec.* 1983, p. 00987, apartado 9; STJCE 8 marzo 1988, *Arcado*, as. 9/87, *Rec.* 1988, p. 01539, apartado 10; STJCE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, as. 189/87, *Rec.* 1988, p. 05565, apartado 10). El TJCE no ha definido este concepto por el momento, no obstante, lo que sí ha hecho es descartar que determinadas relaciones puedan ser consideradas como contractuales. El Tribunal de Justicia entiende que aquellas situaciones en las que no existe ningún compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra, no pueden ser incluidas en la materia contractual a efectos de la determinación del foro de competencia (STJCE 17 junio 1992, *Handte*, C-26/91, *Rec.* 1992, p. I-03967, apartado 15; STJCE 27 octubre 1998, *Rèunion*, C-51/97, *Rec.* 1998, p. I-06511, apartado 17; STJCE 17 septiembre 2002, *Tacconi*, C-334/00, *Rec.* 2002, p. I-07357, apartado 23).

⁸⁴ STJCE 16 julio 2009, *Zuid-Chemie BV*, C-189/08, *Rec.* 2009, p. I-06917, apartado 13; STJUE 16 enero 2014, *Andreas Kainz v.s Pantherwerke AG*, C-45/13, no publicada aún, apartado 26.

⁸⁵ C. WHITERS, “Jurisdiction and applicable law in antitrust tort claims”, *Journal of Business Law*, 2002, p. 257.

⁸⁶ STPI 8 octubre 1996, *Compagnie maritime belge transports y otros*, asuntos acumulados T-24/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/93, *Rec.* 1996, p. II-01201, apartado 149; STPI 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar*, T-228/97, *Rec.* 1999, p. II-06929, apartado 191; STPI 30 enero 2007, *France Telecom*, T-340/03, *Rec.* 2007, p. II-00107, apartado 196.

D) Tribunales que se desprenden del tenor literal del artículo 7.2: los del lugar donde pueda producirse el hecho dañoso

62. El R1215 también tutela los daños futuros indicando que se podrán reclamar ante los tribunales donde pudiera producirse el hecho dañoso. Se trata de un foro de naturaleza preventiva que sirve para iniciar acciones legales de esta naturaleza y evitar que acontezca el daño previsible⁸⁷. Tal como está diseñado este precepto, el juzgador debe realizar un estudio prospectivo sobre lo que puede ocurrir en el futuro, y determinar que ocurrirá un comportamiento ilícito y que provocará determinados daños.

Se podría llegar a la conclusión de la existencia de un hecho dañoso futuro de dos maneras⁸⁸. Por un lado, teniendo la experiencia de comportamientos similares anteriores. Por otro lado, cuando las empresas anuncian que van a llevar a cabo determinada actuación en el mercado. En el primer caso se podría presumir que se va a producir el hecho dañoso cuando en el pasado ha ocurrido lo mismo bajo las mismas circunstancias. En el segundo supuesto, *ad ex.*, la empresa con posición de dominio puede anunciar que va a bajar el precio de su producto, perjudicando así, cuando lo haga, al competidor que no va a poder bajar sus precios sin incurrir en pérdidas.

En cualquiera de los dos supuestos no está justificado que se puedan reclamar daños, principalmente, porque no los ha habido⁸⁹. Este foro del artículo 7.2, como ya hemos dicho, es un foro que solo se puede utilizar para intentar prevenir la actuación que puede ocasionar el daño. Esto es así incluso en supuestos en los que se prevé la ocurrencia de un hecho ilícito que va a dar lugar a un daño y la posible víctima reacciona anticipándose al evento teniendo pérdidas. Este sería el caso, por ejemplo, cuando el competidor baja los precios de su producto ante el anuncio de la empresa en posición de dominio de que va a bajar los suyos. En este supuesto, el anuncio del hecho ilícito tiene como consecuencia los daños señalados, sin embargo, estos daños han sido sufridos por una actuación unilateral y voluntaria de la víctima, por lo tanto, hasta que no se produzca el hecho dañoso –consistente en bajar el precio del producto de forma abusiva (*precios predatorios*)– no se deberían poder reclamar daños.

E) Tribunales que añade la jurisprudencia comunitaria: los del lugar del daño

63. En los ilícitos presenciales, donde tanto el hecho que ha dado lugar al daño, como el daño mismo, se verifican en el mismo país, los tribunales competentes no varían, son los previsibles para las partes, los de ese país en el que se localiza el hecho y el daño.

a) Ilícitos a distancia

64. Cuando estamos ante *ilícitos a distancia*, ilícitos en los que el hecho dañoso –el abuso de posición de dominio– y el daño infligido, se verifican en países distintos, parece más previsible y menos costoso para la víctima acudir a los tribunales donde ha recibido el daño, que serán, probablemente, los tribunales de su propio domicilio. Por eso, y teniendo en cuenta lo que prescribe el precepto 7.2 del texto europeo, la jurisprudencia ha determinado que los tribunales competentes en virtud al foro de este artículo son los del lugar del hecho dañoso, tal como dice el tenor literal del precepto, y, también, los del lugar donde se han verificado daños –*teoría de la ubicuidad*^{90 91}.

⁸⁷ P. MANKOWSKI, “Section 2. Special jurisdiction”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, (eds.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., Selp, Munich, p. 271; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*. vol. II, 15ª ed., Comares, Granada, 2014, p. 1128.

⁸⁸ P. MANKOWSKI, “Section 2. Special jurisdiction”..., p. 272.

⁸⁹ P. MANKOWSKI, “Section 2. Special jurisdiction” ..., p. 271.

⁹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales ...”, p. 1133.

⁹¹ STJCE 30 noviembre 1976, *Soc. Bier y Fund. Rheinwater contra Minas de Potasio de Alsacia*, 21-76, *Rec.* 1976, p. 01735, apartados 13-23: “(13) que el sentido de esta expresión [lugar del hecho dañoso], en el contexto del Convenio, es incierto cuando el lugar en que se produce el hecho que ocasiona el daño está situado en un Estado distinto de aquél en el que sobreviene dicho daño, como ocurre especialmente en los casos de contaminación atmosférica o del medio acuático, más allá de las fronteras de un Estado; (14) que la fórmula “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”, recogida en todas las versiones lingüísticas del Convenio, deja abierta la cuestión de si, en la situación descrita, para la determinación

65. Si consideramos que el hecho dañoso en el abuso de posición de dominio es la puesta en práctica de la actuación anticoncurrencial en el mercado, la mayoría de los ilícitos serán presenciales. En efecto, el hecho dañoso, el comportamiento abusivo, se verifica en el mismo mercado en el que se produce el daño; al menos el daño directo⁹². Esta afirmación es aún más rotunda cuando hablamos de un abuso de posición de dominio producido por el uso ilícito de una patente farmacéutica. En efecto, siguiendo el ejemplo del caso *AstraZeneca*, las informaciones engañosas y la revocación de la autorización de comercialización del fármaco –los dos abusos de posición de dominio que se detectan en este caso– se llevan a cabo en determinados Estados de la Unión Europea y el daño que estas prácticas suponen se verifican en esos mismos Estados miembros, ya que, es en ellos en los que los competidores de medicamentos genéricos no pueden actuar y es en ellos en los que los pacientes no se benefician de la posible bajada de precios de los medicamentos por la imposibilidad de entrada de la competencia de genéricos.

Así es, en relación a los pacientes, destinatarios finales de los medicamentos, los fármacos no pueden comprarse a través de internet desde países distintos a aquellos en los que se encuentran las farmacias que los venden, son los médicos de un determinado país los que los prescriben y deben ser comprados físicamente en ese mismo Estado presentando la receta. Por lo tanto, en estos casos, el lugar del daño va a coincidir necesariamente con el lugar del hecho dañoso. Si bien es cierto lo anterior, también es verdad que las empresas farmacéuticas pueden vender los medicamentos a los distribuidores para que los suministren

*de la competencia judicial, hay que elegir como punto de conexión, bien el lugar del hecho causante, bien el lugar en el que sobreviene el daño, o dejar al demandante que elija entre uno u otro punto de conexión; (15) que, a este respecto, procede destacar que tanto el lugar del hecho causante, como el lugar en que se materializa el daño, pueden constituir, según los casos, una conexión relevante desde el punto de vista de la competencia judicial; (16) que, en efecto, la responsabilidad delictual o cuasidelictual sólo surge cuando pueda establecerse un nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina; (17) que, teniendo en cuenta la estrecha relación entre los elementos constitutivos de toda responsabilidad, no parece adecuado optar por uno de los dos puntos de conexión mencionados excluyendo el otro, dado que cada uno de ellos puede, según las circunstancias, proporcionar indicaciones particularmente útiles desde el punto de vista de la prueba y de la sustanciación del proceso; (18) que la elección de uno con exclusión del otro resulta tanto menos deseable cuanto que, por su formulación tan amplia, el número 3 del artículo 5 del Convenio engloba gran diversidad de tipos de responsabilidad; (19) que el significado de la expresión del número 3 del artículo 5, “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” debe, pues, determinarse de manera que se reconozca al demandante la opción de ejercitar su acción, bien en el lugar donde se haya materializado el daño, bien en el lugar en el que se haya producido el hecho causante; (20) que esta conclusión queda confirmada por la consideración de que, por una parte, elegir únicamente el lugar del hecho causante llevaría, en un número apreciable de casos, a una confusión entre los distintos criterios de competencia previstos por el artículo 2 y el número 3 del artículo 5 del Convenio, de modo que esta última disposición perdería, por dicha razón, su efecto útil; (21) que, por otra parte, elegir únicamente el lugar donde se ha materializado el daño ocasionaría, en los casos en que el lugar del hecho causante no coincida con el domicilio de la persona responsable, la exclusión de una conexión apropiada con la competencia de un órgano jurisdiccional particularmente próximo a la causa del daño; (22) que, por lo demás, según la comparación de legislaciones y de jurisprudencias nacionales relativas a la distribución de competencias judiciales –tanto en las relaciones internas, entre las distintas demarcaciones judiciales como en las internacionales– se da cabida, si bien mediante diferentes técnicas jurídicas, a uno u otro de los criterios de conexión contemplados y, en varios Estados, incluso con carácter acumulativo; (23) que, en estas circunstancias, la interpretación que antes se ha expuesto tiene la ventaja de evitar cualquier desajuste entre las soluciones elaboradas en el marco de los distintos Derechos nacionales ya que se busca la unificación, de conformidad con el número 3 del artículo 5 del Convenio, en el sentido de una sistematización de soluciones ya consolidadas, en principio, en la mayoría de los Estados interesados” En este mismo sentido se pronuncian, entre otras, la STJCE de 19 septiembre 1995, *Marinari*, C-364/93, *Rec.* 1995, p. I-02719, apartado 11, la STJCE 5 febrero 2004, *Torline*, C-18/02, *Rec.* 2004, p. I-01417, apartado 40, la STJCE 10 junio 2004, *Kronhofer*, C-168/02, *Rec.* 2004, p. I-06009, apartado 16, la STJCE 16 julio 2009, *Zuid-Chemie BV*, C-189/08, *Rec.* 2009, p. 06917, apartado 23; STJUE 19 abril 2012, *Wintersteiger*, C-523/10, *Recopilación electrónica*, apartado 19; STJUE 16 enero 2014, *Andreas Kainz v.s Pantherwerke AG*, C-45/13, no publicada aún, apartado 23.*

⁹² Los daños indirectos, esto es, lo que no son los primeros e inmediatos, no pueden ser reclamados a través del artículo 5.3 R44 (P. MANKOWSKI, “Section 2. Special jurisdiction...”, p. 253; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales”..., p. 1146). El TJCE ha afirmado, además, que “el lugar en el que la víctima alega haber sufrido un perjuicio patrimonial debido a un daño inicial sobrevenido y sufrido por ella en otro Estado miembro” no puede considerarse como lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso (STJCE 19 septiembre 1995, *Marinari*, C-364/93, *Rec.* 1995, p. I-02719, apartado 21 STJCE 10 junio 2004, *Kronhofer*, -168/02, *Rec.* 2004, p. I-06009, apartado 21).

Las víctimas indirectas tampoco pueden utilizar el foro del artículo 5.3 R44 para reclamar los daños sufridos (P. MANKOWSKI, “Section 2. Special jurisdiction...”, p. 255; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, p. 1145). La jurisprudencia europea considera que si se permitiera que estos sujetos demandaran al autor de daño a través del foro del artículo 5.3 se estaría permitiendo la utilización de un foro que resultaría imprevisible para el demandado (STJCE 11 enero 1990, *Dumez*, C-220/88, *Rec.* 1990, p. I-00049, apartado 22; en este mismo sentido se pronuncia la STJCE 27 octubre 1998, *Réunion*, C-51/97, *Rec.* 1998, p. I-06511, apartado 30).

a las farmacias de ese país o para que los exporten a otros Estados⁹³. Incluso en estos casos, el precio final del medicamento vendido en otro Estado mediante la exportación, no dependerá de si en el Estado de exportación no se ha permitido la entrada de medicamentos genéricos, dependerá de la situación de competencia que exista en el mercado de importación. Por lo tanto, el que el precio sea alto o bajo no deriva del hecho ilícito acontecido en el Estado de exportación. Lo que sí podría ocurrir, por el lado de los competidores, es que la competencia en el Estado de importación se vea perjudicada porque el medicamento importado se venda a un precio muy bajo como consecuencia de que la empresa tiene posición de dominio en el mercado de exportación y, por tanto, un respaldo económico suficiente como para poder incurrir en pérdidas en el mercado de destino. En estos casos, aunque la posición de dominio no se tiene en el mercado de importación, la actuación descrita podría ser calificada de abuso de posición de dominio por la posición que ostenta la empresa que la lleva a cabo en el Estado de origen⁹⁴. En este supuesto, la calificación de la actuación en el mercado de destino como abuso de posición de dominio supone que el daño a los competidores se verificaría en el mismo Estado donde se ha cometido el hecho ilícito, en ese mercado de destino.

b) Daños plurilocalizados

66. En los casos de daños plurilocalizados, en el asunto *Fiona Shevill*, el Tribunal de Justicia consideró que el artículo 5.3 del Convenio de Bruselas podía interpretarse en el sentido de otorgar competencia, por un lado, a los tribunales de los diferentes lugares en los que se había producido el daño, respecto de los daños efectivamente verificados en su jurisdicción, y, por otro lado, a los órganos jurisdiccionales del lugar en el que se localiza el hecho ilícito, el que ha dado lugar al daño, respecto de la totalidad de los daños producidos –*principio del mosaico*⁹⁵⁻⁹⁶. La forma de acumular la competencia sobre todo el daño verificado es, además de ir a los tribunales del lugar del hecho dañoso, acudir a los tribunales del foro del domicilio del demandado.

Igual que en los casos de los ilícitos a distancia, en el abuso de posición de dominio cometido por una empresa farmacéutica actuando de manera ilícita en relación a una patente, normalmente, no habrá daños plurilocalizados. Los competidores de medicamentos genéricos se verán dañados en el Estado donde se ha llevado a cabo el abuso que les impide acceder a ese mercado. Ahora bien, retomando el caso de la farmacéutica del medicamento original que permite que sus distribuidores exporten el medicamento a otros países, sería posible imaginar que una empresa de un medicamento genérico quiera entrar en el mercado de exportación y que ya se encuentre en el mercado de importación del medicamento original y, precisamente por el comportamiento ilícito llevado a cabo por la farmacéutica titular de la patente en el Estado de exportación, además de no poder entrar en este mercado de origen, sufra pérdidas en el mercado de destino al tener que bajar los precios de su medicamento genérico para poder competir con el bajo precio del medicamento original en el mercado de destino. En este caso, el mismo hecho ilícito verificado en el Estado de exportación –la conducta fraudulenta en relación con la patente– originaría daños a la misma empresa de medicamentos genéricos en dos Estados distintos, el Estado de exportación y el Estado de importación. Sin embargo, como ya hemos comentado, la jurisprudencia europea podría calificar la conducta de la farmacéutica original en el Estado de destino de abuso de posición de dominio y, por tanto, habría dos hechos ilícitos, uno verificado en el Estado de origen y otro en el Estado de destino, y los daños sufridos por la empresa del medicamento genérico en cada uno de esos Estados derivarían, cada uno, de un hecho ilícito distinto⁹⁷.

F) Tribunales que añade la jurisprudencia comunitaria: los del lugar donde pueda producirse el daño

67. El principio de ubicuidad también se aplica cuando estamos ante un posible hecho dañoso. De esta manera, los tribunales competentes serían los del potencial hecho ilícito y los del futuro

⁹³ STJCE 6 enero 2004, *Bayer*, asuntos acumulados C-2/01P y C-3/01P, *Rec.* 2004, p. I-00023.

⁹⁴ STJCE 3 julio 1991, *Akzo*, C-62/86, *Rec.* 1991, p. I-03359.

⁹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Obligaciones extracontractuales...”, pp. 1130-1131.

⁹⁶ STJCE 7 marzo 1995, *Shevill*, C-68/93, *Rec.* 1995, p. I-00415.

⁹⁷ STJCE 3 julio 1991, *Akzo*, C-62/86, *Rec.* 1991, p. I-03359.

daño⁹⁸. La posibilidad que introduce el R1215 de permitir utilizar este foro para demandar por posibles daños que pudieran ocasionarse depende de lo que diga la ley del foro⁹⁹.

G) Tribunales del hecho dañoso y del daño.

68. Aunque en muchas ocasiones ambos tribunales coinciden, cuando el hecho dañoso se verifica en varios países, se debe interpretar que en cada uno de esos Estados se ha producido un hecho ilícito distinto a los efectos de los daños que puedan reclamarse.

Efectivamente, aunque el comportamiento ilícito, el llevado a cabo por la farmacéutica titular del medicamento original en el caso *AstraZeneca*, se haya verificado en varios Estados, cada uno de esos Estados debe considerarse de manera separada a la hora de analizar la causa, el efecto y la relación de causalidad entre el hecho ilícito y el daño producido. Dicho con otras palabras, el hecho ilícito llevado a cabo en cada Estado producirá unos determinados daños, que pueden ser distintos a los daños verificados en el resto de Estados donde se ha seguido también la conducta ilícita. Así, por ejemplo, las informaciones engañosas ofrecidas a las oficinas de patentes de Bélgica, provocarán daño a los pacientes de Bélgica y a los competidores de medicamentos genéricos que quieren entrar en el mercado belga. Esto es, debe entenderse que hay tantos hechos ilícitos como Estados en los que se verifican, y cada uno de ellos provoca daños independientes. Por lo tanto, siguiendo con el ejemplo de la sentencia *AstraZeneca*, los competidores del medicamento genérico, al ver impedida su posibilidad de entrar en el mercado de varios Estados miembros, deberían acudir a la jurisdicción de cada uno de esos Estados a reclamar los daños sufridos en cada uno de ellos por ese hecho ilícito. Si quieren demandar todos los daños a la vez, en lugar de ir a cada uno de los Estados donde se ha verificado el hecho ilícito a reclamar los daños parciales sufridos en sus jurisdicciones, puede acudir a los tribunales del domicilio del demandado.

4. Foro especial del artículo 7.5 R1215

69. Además de los foros mencionados, algunos autores consideran que el foro de establecimientos secundarios –art. 7.5 R1215– también puede aplicarse en estos casos para pedir una indemnización por responsabilidad extracontractual¹⁰⁰.

Este foro indica que, en relación con la explotación de sucursales, agencias o establecimientos secundarios, también serán competentes los tribunales del lugar donde estos radican. Sin embargo, en la mayoría de los casos, este lugar coincidirá con el lugar del hecho ilícito, porque será el lugar donde la empresa, a través de su establecimiento secundario, ha llevado a cabo el comportamiento ilícito que ha provocado el daño.

5. Litispendencia y conexidad

70. La estructura de los foros del Reglamento 1215 puede conducir a que haya varios tribunales competentes en el mismo caso. Así es, si nos situamos en la base de la pirámide de foros del Reglamento, esto es, si no existe sumisión de las partes a determinados tribunales, ni expresa ni tácita, el demandante podrá interponer su demanda ante los tribunales del domicilio del demandado (art. 4) y ante los tribunales que resulten del foro especial por razón de la materia del artículo 7.2.

Es más, en estos mismos casos, ambos foros pueden dar lugar a varios tribunales competentes cada uno. En efecto, como ya hemos mencionado anteriormente, el domicilio del demandado, cuando se trata de una persona jurídica, estará situado en el Estado miembro donde tenga la sede estatutaria, la administración central o el centro de actividad principal, según el artículo 63 del Reglamento. Por lo

⁹⁸ P. MANKOWSKI, “Section 2. Special jurisdiction...”, p. 271.

⁹⁹ B. AUDIT, *Droit International Privé*, 5ª ed., 2008, p. 444.

¹⁰⁰ R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional ...”, pp. 154-155; D. ASHTON/C. VOLLRATH, “Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community competition law”, *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, 1/2006, p. 6.

tanto, si esa persona jurídica demandada tiene más de uno de estos elementos en el territorio europeo, podría ser demandada ante cualquiera de los tribunales competentes por el foro general.

Por otro lado, el foro especial en materia de responsabilidad extracontractual, si seguimos la jurisprudencia general de ilícitos a distancia o de daños plurilocalizados, podría indicarnos varios tribunales competentes en estos supuestos. Si bien hay que recordar que en nuestro caso, con el hecho ilícito del caso *AstraZeneca*, el lugar del hecho dañoso coincide con el lugar del daño y, por lo tanto, por este foro especial sólo puede haber un tribunal competente

A) Litispendencia

71. El inconveniente que plantea el hecho de que pueda haber varios tribunales competentes para la misma demanda es que conozcan del caso varios órganos jurisdiccionales y dicten sentencias contradictorias. Efectivamente, si el legislador europeo ofrece varios foros alternativos al demandante, éste puede hacer uso de los mismos y puede, consecuentemente, plantear su demanda ante varios tribunales de Estados miembros. Cada uno de esos órganos jurisdiccionales debe declararse competente, puesto que tiene foro de competencia al respecto, y esto puede suponer que cada uno de ellos dicte una resolución que sea incompatible con la de los demás.

Las instituciones europeas buscan, como uno de sus objetivos, que el territorio europeo sea un único espacio de libertad, seguridad y justicia. Por ello han creado, entre otras normas, el Reglamento 1215, para regular la competencia judicial internacional disponiendo ante un determinado caso qué tribunales europeos van a resultar competentes. Al mismo tiempo que se ofrecen foros donde puede interponer su demanda el demandante, el legislador europeo desea evitar que en este espacio puedan existir resoluciones contradictorias. En efecto, del mismo modo que en la jurisdicción nacional existe la litispendencia para evitar que un segundo tribunal conozca de un caso que está siendo llevado por otro juez, en el marco europeo ocurre lo mismo. Para prevenir la existencia de resoluciones incompatibles sobre el mismo tema, el Reglamento 1215 regula la litispendencia.

72. El artículo 29 R1215 prescribe que cuando se interpongan varias demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante distintos tribunales europeos, el órgano jurisdiccional ante el que se ha presentado la primera demanda será el que deba continuar con el proceso. Los demás tendrán que inhibirse a favor de aquel. De esta manera, sólo habrá una resolución judicial sobre el tema. Esto no significa que en los demás Estados donde se ha planteado el asunto haya denegación de justicia, el asunto quedará resuelto también en estos países, pero no por conocimiento del caso, sino por reconocimiento de la sentencia dictada por el primer tribunal¹⁰¹. Así es, una vez que se dicte una resolución judicial, la parte interesada puede solicitar el reconocimiento o la ejecución de la misma en cualquier país de la Unión Europea, también a través del Reglamento 1215¹⁰².

¹⁰¹ *Vid.*, M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 255-256; H. AGUILAR GRIEDER, *Acumulación de procesos en los litigios internacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 300-302.

¹⁰² El reconocimiento y ejecución es el instrumento a utilizar para que una sentencia extranjera tenga efectos procesales en un país (art. 36 R1215). No sólo por la posible incoherencia de los fallos judiciales, el reconocimiento es un mecanismo necesario, también, para evitar que las sentencias se conviertan en papel mojado, en resoluciones sin efectividad alguna. En efecto, la parte perjudicada por la sentencia podría acudir a los tribunales de otro Estado e iniciar ante ellos, de nuevo, el proceso; sin miedo a que la otra parte alegue la existencia de una sentencia ya dictada en el caso y, así, paralizar el procedimiento que podría beneficiar, esta vez sí, al demandante –en perjuicio del demandado o parte beneficiada por la primera sentencia–. Con el efecto perverso añadido de que, quizá, no se pueda dar efectividad a esta primera resolución en el país donde ha sido dictada, por motivo de que el condenado al pago, *ad ex.*, ha huido a ese otro Estado donde inicia el nuevo pleito con todos sus bienes. Tendríamos, en este supuesto, una sentencia originaria que no puede ejecutarse y una parte beneficiada por ella que no puede cobrar lo que se le debe, y, por otro lado, una sentencia dictada en otro Estado que favorece a la parte contraria y que, puede ocurrir, sí puede tener plena efectividad –porque el obligado al pago tiene bienes en el territorio de ese Estado, *ad ex.*–. Con el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras se pueden plantear nuevos procesos sobre el mismo caso ante tribunales de otros Estados, pero el demandado en esos otros procesos puede alegar la existencia de una sentencia dictada en el mismo caso y conseguir así –si se procede al reconocimiento de la misma–, que el nuevo procedimiento quede paralizado por la excepción de cosa juzgada; dando validez, en el caso concreto –*reconocimiento incidental*– a la sentencia dictada por el juez extranjero en el Estado en el que se plantea el reconocimiento.

73. Los conceptos “mismas partes”, “misma causa” y “mismo objeto” son interpretados de forma autónoma. Así es, no importa lo que se entienda por ellos en el Derecho nacional, se debe dar una interpretación a efectos de la aplicación de este artículo 29 del Reglamento 1215.

El TJCE se ha pronunciado en relación a la existencia de identidad de causa y de objeto en los siguientes términos¹⁰³: “(11) A la vista de los mencionados objetivos del Convenio y teniendo en cuenta que el artículo 21, en lugar de remitirse al término de “litispendencia” tal y como se emplea en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados contratantes, enuncia varios presupuestos sustanciales como elementos de una definición, es preciso deducir de ahí que los conceptos que utiliza el artículo 21 para determinar una situación de litispendencia deben considerarse autónomos. (...) (15) La situación procesal objeto de la cuestión prejudicial se caracteriza por la circunstancia de que las mismas partes se enfrentan en dos litigios que se desarrollan en diferentes Estados contratantes y que se basan en la misma “causa”, es decir, la misma relación contractual. El problema que se plantea es el de si ambos litigios tienen el mismo “objeto”, dado que en el primer caso la demanda tiene por objeto la ejecución del contrato y en el segundo su nulidad o su resolución. (16) Cuando se trata en concreto, como en el caso de autos, de una compraventa internacional de objetos muebles corporales, de ello se deriva que la demanda de ejecución del contrato pretende hacerlo eficaz, mientras que la demanda de nulidad y resolución pretende precisamente negarle toda eficacia. La fuerza obligatoria del contrato se encuentra en el centro de ambos litigios. Si la demanda de nulidad o de resolución es la posterior, ésta puede considerarse como un mero medio de defensa contra la primera demanda, presentada como acción autónoma ante un Tribunal de otro Estado contratante. (17) Siendo ésta la situación desde el punto de vista procesal, es forzoso reconocer que ambos litigios tienen el mismo objeto, ya que este último concepto no puede reducirse a la identidad formal de las dos demandas”.

También lo ha hecho en relación a la identidad de partes. Así, ha afirmado que, “(34) En consecuencia, en los casos en que las partes coincidan parcialmente con las partes de un procedimiento iniciado anteriormente, el artículo 21 sólo exige que se inhíba el órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado el segundo procedimiento si las partes del litigio pendiente ante el mismo son también partes del procedimiento anteriormente planteado ante el órgano jurisdiccional de otro Estado contratante. No impide que continúe el procedimiento entre las demás partes. (35) Es cierto que esta interpretación del artículo 21 implica una fragmentación del litigio. No obstante, el artículo 22 atenúa este inconveniente. En efecto, dicho artículo permite que el órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado el segundo procedimiento suspenda el procedimiento o se inhíba, debido a la conexidad de los asuntos, si se cumplen las condiciones que en el mismo se establecen. (36) Por consiguiente, procede responder a la primera cuestión que el artículo 21 del Convenio debe interpretarse en el sentido de que, en el caso de dos demandas que tengan la misma causa y el mismo objeto, y cuando las partes del segundo procedimiento coincidan sólo parcialmente con las partes del procedimiento iniciado anteriormente en otro Estado contratante, sólo exige que se inhíba el órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado el segundo procedimiento si las partes del litigio pendiente ante el mismo son también partes del procedimiento anteriormente iniciado. Dicho artículo no impide que continúe el procedimiento entre las demás partes”¹⁰⁴. No es necesario que las partes ocupen las mismas posiciones procesales en los distintos procedimientos¹⁰⁵.

74. La interpretación tan amplia que realiza el Tribunal de Justicia en relación a la litispendencia presenta inconvenientes¹⁰⁶. En efecto, esta definición de litispendencia puede hacer que, recurriendo a

El Reglamento 1215 también contempla el reconocimiento por homologación, en virtud al cual, la parte interesada puede solicitar que se reconozca la sentencia en un Estado distinto a aquel en el que ha sido dictada. De este modo, en ese otro Estado donde se reconoce la sentencia no se puede volver a plantear el mismo litigio ya resuelto por ella; el reconocimiento supone *cosa juzgada* en ese Estado.

En materia de reconocimiento y ejecución, *vid.*, con carácter general, A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, ..., pp. 573-656.

¹⁰³ STJCE 8 diciembre 1987, *Gubisch*, 144/86, *Rec.* 1987, p. 04861.

¹⁰⁴ STJCE 6 diciembre 1994, *Tatry*, C-406/92, *Rec.* 1994, p. I-05439

¹⁰⁵ STJCE 19 mayo 1998, *Drouot Assurances SA v. Consolidated Metallurgical Industries*, C-351/96, *Rec.* 1998, p. I-03075

¹⁰⁶ *Id.*, E. JAYME, “La ubicación del artículo 5 en el sistema del Convenio. La competencia en materia contractual”.

ella, la parte interesada bloquee la posibilidad de que del caso conozca otro tribunal distinto al que a ella le interese. Por otra parte, el carácter excepcional del artículo 7, en relación con el foro general, se podría ver truncado si las partes plantean su litigio, en primera demanda, ante los tribunales del foro especial, anulando, así, la posibilidad de que conozca del mismo el juez del foro general del domicilio del demandado. Parece preferible el recurso a la conexidad, como solución más flexible para evitar resoluciones inconciliables en el entorno europeo.

75. El Reglamento 1215/2012 introduce un segundo párrafo, en el que se dice que el órgano jurisdiccional que está conociendo de la demanda en primer lugar, puede solicitar al otro tribunal que también está conociendo del caso, que le informe acerca de la fecha en que se interpuso la demanda en segundo lugar.

Además de lo anterior, el nuevo Reglamento introduce una novedad relevante en esta materia. Así es, en el artículo 31 se sustituye el criterio de prioridad temporal por el criterio de prioridad material. En efecto, si se presenta la demanda ante un tribunal que fuere competente por el foro de la sumisión, el otro tribunal que también estuviere conociendo del caso deberá suspender el proceso hasta que el primero decida sobre su competencia. Una vez que ya ha determinado si es competente, si lo es, el otro tribunal deberá abstener en favor de aquel.

Por último, otra novedad que introduce el Reglamento es la regulación de la litispendencia en relación con tribunales de terceros Estados. El Reglamento 44 no contempla esta posibilidad, se limita a tratar los casos de litispendencia entre tribunales de Estados miembros. Pues bien, el artículo 33 dispone que cuando los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro estuvieren conociendo en base al foro del domicilio del demandado (art. 4) o en base a cualquier foro especial por razón de la materia (arts. 7-9), podrán suspender el proceso, a petición de alguna parte o de oficio si está previsto en el Derecho nacional, si el mismo asunto, con identidad de objeto, partes y causa, se estuviera ya dirimiendo ante un tribunal de un tercer Estado. Esa posibilidad de suspensión del proceso, por parte del órgano jurisdiccional europeo, será ejercitada teniendo en cuenta dos cuestiones, por un lado, que la sentencia que dicte el tribunal del tercer Estado pueda ser reconocida y ejecutada en el Estado miembro en cuestión y, por otro, que el tribunal europeo considere que es aconsejable para una buena administración de la justicia. No obstante, el órgano jurisdiccional del Estado miembro podrá continuar con el procedimiento en cualquier momento, si se dan determinadas circunstancias que menciona el Reglamento 1215/2012. Estas circunstancias son: “a) el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado fuese suspendido o sobreseído, o b) el órgano jurisdiccional del Estado miembro estima poco probable que el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado pueda concluirse en un tiempo razonable, o c) la continuación del procedimiento se considera necesaria para la buena administración de justicia”

B) Conexidad

76. En algunas ocasiones, las demandas que se interponen no tienen identidad de partes, objeto y causa, y, sin embargo, guardan una estrecha relación entre ellas. En estos casos, a través de la conexidad se consigue que sólo un tribunal sea competente y, de esta manera, se evita que haya resoluciones inconciliables en el territorio europeo.

El artículo 30 regula la conexidad y prescribe que sea el primer tribunal que haya empezado a conocer el que continúe con el procedimiento. En concreto, este precepto dispone que, “1. Cuando demandas conexas estuvieren pendientes ante tribunales de Estados miembros diferentes, el tribunal ante el que se hubiere presentado la demanda posterior podrá suspender el procedimiento. 2. Cuando tales demandas conexas estuvieren pendiente en primer instancia, cualquier tribunal ante el que se hubiere presentado la demanda posterior podrá de igual modo inhibirse, a instancia de una de las partes, a condición de que el tribunal ante el que hubiere presentado la primera demanda fuere competente para conocer de las demandas de que se trate y de que su ley permita su acumulación. 3. Se considerarán co-

Competencia judicial y ejecución de sentencias en Europa, Ponencias al coloquio relativo a la interpretación del Convenio de Bruselas por el Tribunal Europeo de Justicia en la perspectiva del Espacio Judicial Europeo, Luxemburgo, 11 y 12 de marzo de 1991, Pamplona, 1993, p. 85.

nexas, a los efectos del presente artículo, las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente”.

77. El artículo 32 del Reglamento 1215 prescribe que, “*A efectos de la presente Sección, se considerará que un tribunal conoce de un litigio: 1) desde el momento en que se le hubiere presentado el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no hubiere dejado de tomar todas las medidas que se le exigieren para que se entregare al demandado la cédula de emplazamiento, o 2) si dicho documento hubiere de notificarse al demandado antes de su presentación al tribunal, en el momento en que lo recibiere la autoridad encargada de la notificación, a condición de que posteriormente el demandante no hubiere dejado de tomar todas las medidas que se le exigieren para presentar el documento al tribunal*”. En cuanto a la autoridad que debe notificar la demanda, cuando haya que notificar primero al demandado y luego presentarla ante el órgano jurisdiccional, será la que haya recibido los documentos en primer lugar.

El Reglamento 1215/2012 introduce un párrafo nuevo y dispone que “*los órganos jurisdiccionales, o las autoridades encargadas de la notificación, a que se refiere el apartado 1, consignarán, respectivamente, la fecha de presentación del escrito de demanda o documento equivalente o la fecha de recepción de los documentos que deban notificarse*” (art. 32.2).

78. También el Reglamento 1215/2012 regula la conexidad en relación con un proceso pendiente ante un tribunal de un tercer Estado. El artículo 34 contiene esa regulación y sus términos son idénticos a los ya vistos en relación con la litispendencia, si bien, se introduce una consideración más, tanto para suspender el proceso como para continuar con el mismo, que el tribunal europeo considere –o deje de considerar, para continuar con el proceso– que existe riesgo de que ambos procesos puedan dar lugar a resoluciones inconciliables.

79. En los casos de *passing-on defence*, podrían plantearse, a la vez, varias demandas por parte de los distintos perjudicados, compradores directos e indirectos, con el fin de conseguir que el infractor indemnice a cada demandante los daños que realmente ha sufrido cada uno. En estos supuestos se podría acudir a este foro de acumulación de demandas conexas del artículo 30 R1215. De esta manera, todas las demandas conexas planteadas se podrían tramitar ante el mismo juez –el primero que haya empezado a conocer– y se evitarían resoluciones contradictorias¹⁰⁷.

V. Demanda de responsabilidad extracontractual por daños ocasionados por el ilícito *antitrust*: Ley aplicable

80. El Reglamento Roma II se encarga de regular la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. El Reglamento va a ser aplicado por los tribunales de todos los Estados miembros de la Unión Europea, excepto Dinamarca, para determinar el Derecho aplicable a las demandas de indemnización por daños causados por hechos posteriores al 11 de enero de 2009 (arts. 31 y 32).

81. En concreto, en su artículo 6 recoge la ley aplicable a la obligación extracontractual que surge de un acto de competencia desleal y de actos que restringen la competencia. El Reglamento entiende por estos actos restrictivos de la competencia las ententes o el abuso de posición de dominio, prohibidos por los artículos 81 y 82 TCE o por la legislación de un Estado miembro¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Artículo 15 de la Propuesta de Directiva.

¹⁰⁸ Considerando 23: “*acuerdos entre empresas, las decisiones adoptadas por asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto evitar, restringir o distorsionar la competencia dentro de un Estado miembro o dentro del mercado interior; así como las prohibiciones relativas al abuso de posición dominante dentro de un Estado miembro o dentro del mercado interior; cuando dichos acuerdos, decisiones o prácticas concertadas o abusos estén prohibidos por los artículos 81 y 82 del Tratado CE o por la legislación de un Estado miembro*”.

1. Ámbito de aplicación del Reglamento Roma II.

82. Antes de entrar en la regulación de la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos que restringen la competencia, vamos a exponer, brevemente, cuándo se aplica esta norma comunitaria.

83. El Reglamento Roma II regula la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil que presentan algún elemento de extranjería. Quedan excluidas de su ámbito de aplicación las obligaciones en materia fiscal, aduanera o administrativa, y los supuestos en los que el Estado actúa en el ejercicio de su autoridad (art. 1).

84. El concepto de obligación extracontractual no se encuentra recogido en el Reglamento Roma II. En el Considerando 11 se estipula que “*la noción de obligación extracontractual deberá entenderse como un concepto autónomo*”. Sin embargo, no queda definido en el texto el mencionado concepto. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha sido el órgano que se ha ocupado de esta labor, si bien en el marco del Reglamento 44/2001. Como ya hemos mencionado anteriormente, el Tribunal de Luxemburgo define la obligación extracontractual de forma residual, como la que no es contractual. Por lo tanto, cuando existe una vinculación contractual entre el demandante y el demandado, la responsabilidad será contractual, y en el resto de casos será no contractual¹⁰⁹.

85. Desde el punto de vista temporal, el Reglamento se aplica a las demandas de responsabilidad extracontractual que se interpongan por hechos generadores de daños que se hayan producido después del 11 de enero de 2009 (art. 31 y 32).

86. El ámbito de aplicación espacial del texto comunitario engloba toda la Unión Europea, excepto Dinamarca. La ley a la que conduce la norma de conflicto aplicable según el Reglamento Roma II no tiene por qué ser la de un país parte de la norma, puede ser la ley de cualquier Estado del mundo (art. 3). Sin embargo, como se verá más adelante, la aplicación del artículo 6.3 del Reglamento suele conducir a la ley del foro, y por lo tanto, en estos casos la ley aplicable será la de un Estado parte de la Unión Europea.

87. Por último, el ámbito de aplicación personal del Reglamento es *erga omnes*. No se exige, por tanto, ninguna condición personal de aplicabilidad.

2. Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Consideraciones generales

88. Centrándonos en la reclamación de daños por hechos que infringen el Derecho europeo de competencia, el apartado 3 del artículo 6 del Reglamento Roma II dispone lo siguiente:

“a) La ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de una restricción de la competencia será la ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado; b) Cuando el mercado resulte o pueda resultar afectado en más de un país, la persona que reclama la indemnización por el daño y que presenta una demanda ante el tribunal del domicilio del demandado puede optar por basar su demanda en la legislación del foro, siempre que el mercado de dicho Estado miembro figure entre los que se ven afectados de manera directa o sustancial por la restricción de la competencia de la que se deriva la obligación extracontractual en que se basa la demanda; cuando el demandante, de acuerdo con las normas aplicables en materia de competencia judicial, presente una demanda contra más de un demandado ante ese tribunal, podrá optar por basar su demanda en la legislación del foro únicamente si la restricción de la competencia en que se basa la demanda presentada contra cada uno de los demandados afecta también de manera directa y esencial al mercado del Estado de ese tribunal”.

¹⁰⁹ STJCE 27 septiembre 1988, *Kalfelis*, 189/87, Rec. 1988, p. 05565, apartado 17.

El Considerando 21 del Reglamento Roma II entiende que el artículo 6 no es una excepción a la regla general del artículo 4, sino una aclaración de la misma¹¹⁰. El artículo 4 recoge, como punto de conexión general en los supuestos de responsabilidad extracontractual, el lugar del daño. Si el artículo 6, en concreto el artículo 6.3, es una aclaración del precepto 4 es porque el lugar del daño coincide con el mercado afectado, que es el criterio que utiliza el mencionado artículo 6.3 para determinar la ley aplicable. Sin embargo, en algunas ocasiones, como veremos más adelante, no tiene por qué coincidir el lugar del daño con el mercado afectado, con lo que el artículo 6.3 se convertiría en una regla especial, distinta de la general.

89. El punto de conexión utilizado por el Reglamento Roma II en esta materia es el mercado afectado. El mercado afectado hace referencia al país afectado, ya que, el artículo 6 es una norma de conflicto que nos lleva a la legislación de un Estado, por lo tanto, cuando hablamos de *mercado* afectado se debe leer *país* afectado. Esta precisión es conveniente hacerla puesto que, en términos de Derecho de la competencia, el mercado afectado no tiene por qué corresponderse con el territorio de un Estado, puede ser el mercado europeo en su conjunto, por ejemplo, sin embargo, a efectos de ley aplicable, ese mercado afectado debe circunscribirse al territorio de un Estado –cuya ley será la que se aplique al caso–¹¹¹.

90. Otra cuestión que plantea este precepto es que remite a la ley del mercado afectado o *que pudiera ser afectado*. Como ya se ha mencionado anteriormente, el Derecho europeo de la competencia prevé sanciones incluso aunque no haya habido lesión efectiva de la competencia¹¹². Lo anterior explicaría que, desde el punto de vista de la aplicación del Derecho europeo de la competencia, sería posible que no hubiera mercado afectado y sí mercado potencialmente afectado. Sin embargo, cuando hablamos de la ley aplicable a los daños debemos presumir que ha habido daños y que, por lo tanto, ha habido un comportamiento ilícito que se ha puesto en práctica y ha provocado esos daños. Por ello, como ya dijimos en el apartado de competencia judicial internacional, la acción que puede entablarse en los casos en los que no hay daño es una acción preventiva y no una acción para reclamar perjuicios que no se han sufrido.

91. El criterio utilizado como punto de conexión es, por tanto, el mismo que determina la aplicación de las normas del Derecho europeo de la competencia. Como ya hemos afirmado anteriormente, la *doctrina de los efectos* en el mercado europeo es la seguida para afirmar que un determinado comportamiento debe quedar sancionado por el Derecho europeo de la competencia¹¹³. En efecto, no importan las condiciones personales de las partes implicadas, no importa el domicilio o la nacionalidad de las empresas infractoras, lo importante es que su comportamiento tenga efectos en el mercado comunitario, que lesione la competencia en el mercado interior. Lo mismo se puede decir al revés, si las empresas europeas lesionan la competencia en el mercado de terceros países no comunitarios, las normas europeas de competencia no pueden ser aplicadas a su comportamiento. Lo importante son los efectos del comportamiento en el mercado europeo, que el mercado afectado sea alguno de la Unión Europea.

92. La ley a la que conduce la norma de conflicto del artículo 6.3 del Reglamento es el Derecho material del Estado al que remite la norma. Esto es, Roma II no admite el reenvío que la norma de conflicto del ordenamiento al que conduce el artículo 6.3 pueda realizar a otro Derecho (art. 24)¹¹⁴.

¹¹⁰ M. HELLNER, “Unfair competition and acts restricting free competition. A commentary on article 6 of the Rome II Regulation”, *Yearbook of private international law*, vol. IX, 2007, p. 51.

¹¹¹ M. HELLNER, “Unfair competition and ...”, p. 60.

¹¹² STPI 8 octubre 1996, *Compagnie maritime belge transports y otros*, asuntos acumulados T-24/93, T-25/93, T-26/93 y T-28/93, *Rec.* 1996, p. II-01201, apartado 149; STPI 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar*, T-228/97, *Rec.* 1999, p. II-06929, apartado 191; STPI 30 enero 2007, *France Telecom*, T-340/03, *Rec.* 2007, p. II-00107, apartado 196.

¹¹³ A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho Internacional Privado. El Reglamento Roma II*, Comares, Granada, 2008, p. 155.

¹¹⁴ T. BALLARINO, “El Derecho antitrust comunitario y el artículo 6 del Reglamento “Roma II” (régimen conflictual y territorial, efecto directo)”, *AEDIPr.*, VII, 2007, p. 416.

3. Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Norma de conflicto

A) Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Supuestos en los que el comportamiento ilícito se verifica en un solo país.

93. Cuando el mercado afectado, o que pueda resultar afectado, es el territorio de un país, la ley aplicable será la normativa de ese Estado. La conexión *mercado afectado* se refiere al mercado donde el comportamiento ilícito se lleva a cabo, aunque fueran otros los mercados donde se encuentren los consumidores-pacientes afectados¹¹⁵. Así es, lo importante es el mercado donde se verifica el daño a la competencia. Hay autores, no obstante, que consideran que el mercado afectado debe ser tanto aquel en el que se verifica el daño a la competencia, como aquel en el que se verifica el daño al consumidor¹¹⁶. Ambos mercados no tienen por qué coincidir. Así, *ad ex.*, en el caso de una compañía alemana que no está presente en el mercado italiano, que firma un contrato de seguro de incendio con una aseguradora italiana que es miembro de un cartel italiano, las elevadas primas que debe pagar la compañía alemana son un daño que esta empresa ha sufrido en el mercado alemán, aunque el mercado afectado por la práctica anticompetitiva sea el mercado italiano¹¹⁷.

En el caso objeto de estudio, el abuso de posición de dominio de una empresa farmacéutica titular de una patente por un uso ilícito de ésta, como ya hemos indicado cuando tratamos la competencia judicial internacional, el mercado afectado, como país donde se lleva a cabo el comportamiento ilícito, va a coincidir con el lugar donde se verifica el daño a estos efectos. Como ya dijimos, en el sector farmacéutico el lugar del hecho ilícito –a efectos de competencia judicial internacional– o el mercado afectado –a efectos de ley aplicable– va a coincidir con el lugar del daño, tanto el sufrido por los competidores, que no pueden entrar en ese mercado, como el sufrido por los pacientes que no pueden acceder a medicamentos más baratos.

94. En este apartado a) del artículo 6.3 no se hace referencia a que el mencionado mercado afectado lo sea de forma *directa y sustancial*. Algunos autores apuntan que debería exigirse la cualificación de afectación directa y sustancial por analogía a lo recogido en el apartado b) del precepto¹¹⁸. Sin embargo, estos mismos autores terminan considerando que la mejor interpretación es la literal del artículo y que, por ello, no debe exigirse más que una afectación del mercado, sin necesidad de que sea directa o sustancial¹¹⁹.

En realidad, la cualificación de la afectación en el supuesto de que haya varios mercados afectados tiene sentido porque la opción por la ley del foro supone escapar de la ley que sería aplicable en un primer momento y, por ello, esa nueva ley debe estar muy conectada con el supuesto y es lógico que se exija que esa ley sea la de un mercado especialmente afectado por el comportamiento. Sin embargo, cuando sólo existe un mercado afectado dicha afectación no puede calificarse de directa o sustancial por comparación con la afectación de otros mercados en los que se ha observado la conducta, ya que, no hay otros mercados. La afectación es única y de suficiente envergadura como para que sea objeto del Derecho europeo de la competencia o de las normas nacionales de competencia (Considerando 23).

B) Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Supuestos en los que el comportamiento ilícito se verifica en varios países.

95. Cuando son varios los países cuyos mercados se encuentran afectados por el comportamiento ilícito, el demandante podrá escoger la legislación del foro, siempre que éste sea el país del domicilio

¹¹⁵ D. ASHTON/C. VOLLRATH, “Choice of court ...”, pp. 20-23.

¹¹⁶ S. POILLOT PERUZZETTO, “Conflits de lois et conflits de compétence pour les actions privées fondées sur les atteintes aux règles communautaires de concurrence”, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2009, nº 18, p. 109.

¹¹⁷ J. BASEDOW, J. “Jurisdiction and choice of law in the private enforcement of EC competition law”, en J. BASEDOW, J. (ed.), *Private Enforcement of EC Competition Law*, Kluwer Law International, The Netherlands, p. 244.

¹¹⁸ E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Ley aplicable a la responsabilidad derivada de actos contrarios a la libre competencia”, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. VII, 2007, pp. 453-454.

¹¹⁹ M. HELLNER, “Unfair competition and ...”, pp. 61-62.

del demandado y se trate de un mercado afectado de manera directa y sustancial por el comportamiento ilícito¹²⁰. Si el tribunal competente no es el del domicilio del demandado, el Reglamento Roma II no indica qué ley se aplicará en este caso.

96. Parece que la redacción del artículo 6.3 del Reglamento Roma II toma como referencia la doctrina del caso *Shevill* en competencia judicial internacional¹²¹. En este caso, como ya se ha comentado anteriormente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, interpretando el artículo 5.3 del antiguo Convenio de Bruselas de 1968 ante un caso de difamación transfronteriza, consideró que el perjudicado podía interponer su demanda ante los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado, y reclamar la integridad de daño, o podía acudir a los distintos tribunales donde se habían verificado daños, para reclamar la cantidad del daño causado en esos territorios. De esta manera, haciendo una extrapolación de la jurisprudencia *Shevill* al artículo 6.3 de Roma II, lo que podría pretender el legislador es que el perjudicado por un acto lesivo del Derecho de la competencia que afecta a varios mercados pueda reclamar todos los daños basándose en la legislación del foro, cuando el foro es el domicilio del demandado, o pueda pedir que se le apliquen tantas leyes como mercados afectados haya, en relación con el daño verificado en cada uno de esos mercados. Por lo tanto, en este último caso seguiríamos la regla general de aplicar la ley del mercado afectado a los daños verificados en cada Estado. Esta es la conclusión a la que llegamos después de analizar lo que dice y, sobre todo, lo que no dice, el artículo 6.3 del Reglamento Roma II.

97. En el caso objeto de estudio, siguiendo con la referencia del asunto *AstraZeneca*, si se acude al foro del domicilio del demandado se aplicará la ley del foro para la reclamación de la totalidad de los daños sufridos. También se podría acudir a cada uno de los Estados donde se ha llevado a cabo del comportamiento ilícito y se han sufrido daños –foro especial del lugar del hecho ilícito o del lugar del daño del artículo 7.2 R1215– y reclamar en ellos en base a la ley del foro o del mercado afectado los daños verificados en esos Estados.

C) Artículo 6.3 del Reglamento Roma II: Supuestos en los que existen varios demandados.

98. Cuando el Reglamento Roma II hace referencia al litisconsorcio pasivo y plantea la ley aplicable cuando se demanda a varios sujetos en el mismo procedimiento, la solución ofrecida por la norma debe ser objeto de una profunda interpretación. Trayendo de nuevo la dicción literal del precepto en este punto, el artículo indica que “*cuando el demandante, de acuerdo con las normas aplicables en materia de competencia judicial, presente una demanda contra más de un demandado ante ese tribunal, podrá optar por basar su demanda en la legislación del foro únicamente si la restricción de la competencia en que se basa la demanda presentada contra cada uno de los demandados afecta también de manera directa y esencial al mercado del Estado de ese tribunal*”. El artículo utiliza dos palabras que dan lugar a confusión. Para empezar, no dice quién debe ser *ese* tribunal competente, y se plantea la duda de si se refiere al del domicilio del demandado –por analogía con el anterior supuesto de un solo demandado– o al que corresponda “*de acuerdo con las normas aplicables en materia de competencia judicial*”. La doctrina considera que se debe entender que el tribunal competente debe ser el del domicilio de uno de los demandados¹²². En segundo lugar, cuando utiliza el término únicamente para referirse a la ley aplicable, no queda claro si se refiere a que únicamente debe resultar afectado el mercado del foro, o a que el demandante puede optar por la legislación del foro únicamente cuando el Estado del foro sea uno de los afectados de manera directa y sustancial por el comportamiento lesivo de la competencia. Parece que la interpretación correcta sería considerar que se puede optar por la ley del foro cuando éste se corresponda con un país afectado de manera directa y sustancial por el comportamiento ilícito y cuando se trate del Estado del domicilio de alguno de los demandados.

¹²⁰ El Reglamento Roma II es claro en quién debe activar la opción de la ley aplicable –el demandante–, sin embargo, existen autores que consideran que ese aspecto debe determinarlo el Derecho procesal del foro (R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional ...”, p. 147).

¹²¹ R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional ...”, pp. 146-147; S. BARIATI, “Violazione di norme ...”, p. 358.

¹²² M. HELLNER, “Unfair competition and ...”, p. 51.

99. Cuando existe litisconsorcio pasivo, y además el comportamiento afecta a varios mercados, la regla de la ley aplicable sería la misma que la vista para los supuestos de existencia de varios mercados afectados, con la particularidad de que, al haber varios demandados, se puede actuar contra todos ellos ante los tribunales del domicilio de uno siguiendo el artículo 8.1 R1215.

4. Excepción del orden público

100. El artículo 26 del Reglamento Roma II recoge una excepción a la aplicación de la ley designada por sus normas de conflicto. Así es, el precepto mencionado dispone que “*solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro*”.

101. En este sentido, los autores entienden que no se puede alegar en cualquier caso esta excepción para no aplicar en España un Derecho extranjero que prevea daños punitivos¹²³. Los daños punitivos “*consisten en una cantidad económica prevista en el Derecho de la mayor parte de los países anglosajones y que debe desembolsar el responsable de un daño no para compensar al demandante/víctima por el perjuicio sufrido, sino con la finalidad de pedir y de disuadir al demandado y a otras personas de que realicen actividades tales como las que causaron daños al demandante*”¹²⁴.

El propio Reglamento prevé la existencia de esta indemnización en algunos ordenamientos y dispone que, según las circunstancias del caso y la ley del foro, se podrá alegar el orden público internacional¹²⁵. Por lo tanto, atendiendo a estas circunstancias y a lo que diga la legislación del foro se podrá, o no, oponer el orden público para impedir que se apliquen en España las indemnizaciones por daños punitivos. Los tribunales españoles podrán alegar orden público internacional frente a la aplicación de una ley extranjera que prevea daños punitivos excesivos. Así es, siguiendo lo recogido por el Reglamento, los órganos judiciales españoles deberán hacer un test de proporcionalidad y un test de vinculación espacial¹²⁶. Con el primer test, partiendo del hecho de que las normas españolas de responsabilidad extracontractual tienen como objetivo un resarcimiento a la víctima, pero también tienen una finalidad preventiva o sancionadora, los daños punitivos no excesivos no atentarían contra nuestro orden público internacional¹²⁷. Con el segundo test, si el supuesto se encuentra directamente relacionado con España, los daños punitivos de naturaleza excesiva no deberían ser aplicados en nuestro ordenamiento. Sin embargo, si el caso se encuentra alejado de nuestra esfera, no habría razón para no aplicar esa legislación a la que nos lleva la norma de conflicto.

Existen autores, en cambio, que consideran que los daños punitivos no pueden tener cabida en nuestro ordenamiento¹²⁸. La razón que alegan es que el sistema civil de daños español tiene una finalidad sólo resarcitoria o reparadora, y la admisión de los daños punitivos podría suponer ir en contra de un principio fundamental en esta materia, cual es, el enriquecimiento injusto. Según estos autores, la finalidad disuasoria o preventiva que cumplen los daños punitivos ya se encuentra colmada con la aplicación de la sanción administrativa por la vulneración de las normas de competencia.

¹²³ Vid. R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional...”, p. 165; M. DANOV, “Awarding Exemplary (or Punitive) Antitrust Damages in EC Competition Cases with an International Element –The Rome II Regulation and the Commission’s White Paper on Damages”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 7, 2008, p. 432; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Ley aplicable a ...”, pp. 461-463.

¹²⁴ Vid., A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales ...*, p. 68. También, en relación con los daños punitivos, vid., E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Ley aplicable a ...”, p. 462.

¹²⁵ Considerando 32: “*Consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro*”.

¹²⁶ Vid., A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales ...*, pp. 69-70.

¹²⁷ En Estados Unidos los daños punitivos son el triple de los daños efectivamente ocasionados (vid., en relación con estos daños de Estados Unidos, F. M. FISHER, “Economic Analysis and Antitrust Damages”, *World Compet.*, 29(3), 2006, pp. 383-394)

¹²⁸ Vid., C. HERRERO SUÁREZ, “La aplicación privada ...”, p. 113.

102. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas prevé la posibilidad de que se puedan indemnizar daños punitivos cuando en la legislación nacional estén previstos este tipo de daños¹²⁹. Así, “*en consecuencia, por un parte, de conformidad con el principio de equivalencia, si en el marco de las acciones nacionales similares a las basadas en las normas comunitarias de la competencia se pueden conceder indemnizaciones especiales, como son las de carácter disuasorio o punitivo, en estas últimas acciones también deben poder concederse tales indemnizaciones. No obstante, el Derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios*” (apartado 99).

5. Ámbito de la legislación aplicable

103. El Reglamento Roma II recoge, en su artículo 15, varios aspectos que quedan regulados por la ley a la que conducen sus normas de conflicto. La lista que aparece en ese precepto no es un *numerus clausus*, ya que, la norma comunitaria específica que la ley aplicable lo será, *en particular*, a una serie de materias¹³⁰.

104. Expondremos a continuación las materias cubiertas por la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual¹³¹.

A) En primer lugar, *el fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos*. En este apartado estaría incluido el origen de la responsabilidad. Esto es, en primer lugar, hay Estados en los que se exige negligencia o intencionalidad en el comportamiento ilícito para que pueda dar lugar a indemnización por daños –Austria, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Alemania, Grecia, Hungría, Polonia o Portugal–. En otros casos, la culpabilidad debe demostrarse en relación con los efectos sobre el mercado –Eslovenia, Suecia–. En segundo lugar, hay Estados en los que la violación de las normas de competencia implica automáticamente la culpabilidad –Bélgica, Francia, Luxemburgo, Malta y Países Bajos–. En tercer lugar, hay Estados en los que la culpabilidad se presume bajo presunción *iuris tantum* –Austria, Estonia, Alemania, Hungría, Italia, Lituania, Eslovenia y España–¹³². También estaría incluida la cuestión el vínculo de causalidad entre el hecho ilícito y el daño producido.

B) *Las causas de exoneración, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad*. En este punto estarían incluidas la limitación legal o contractual de la responsabilidad, y las causas que eximen de responsabilidad. Entre estas últimas podrían estar la fuerza mayor, el caso fortuito, el hecho de que la víctima haya provocado su daño, etc.

C) *La existencia, la naturaleza y la evaluación de los daños o la indemnización solicitada*. La ley aplicable a la responsabilidad extracontractual debe decir también cómo debe determinarse la indemnización a pagar. Así como también, el tipo de daño que debe ser tenido en cuenta: el moral, el económico, el psicológico, etc.

D) *Dentro de los límites de los poderes conferidos al Tribunal por su Derecho procesal, las medidas que puede adoptar un Tribunal para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño*. El Tribunal debe poder adoptar medidas, si están previstas en la ley de la responsabilidad extracontractual, para prevenir el daño futuro, o para detener el daño presente.

E) *La transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización*. La ley de la responsabilidad extracontractual determinará el carácter transmisible del crédito que nace de esta responsabilidad. Si el crédito se hereda, la *lex successionis* determinará cómo se transmite el crédito y a qué personas, sin embargo, la ley de la responsabilidad extracontractual se situará en un momento anterior para decir si el crédito es transmisible o no.

¹²⁹ STJCE de 13 julio 2006, *Manfredi*, asuntos acumulados C-295/04 a C-298/04, *Rec.* 2006, p. I-6619.

¹³⁰ *Vid.*, S. BARIATI, “Violazione di norme ...”, p. 359.

¹³¹ *Vid.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales ...*, pp. 132-135.

¹³² *Vid.*, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/study.html>

F) *Las personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente.* La ley que surge de la aplicación de las normas de conflicto del Reglamento Roma II determina las personas que tienen derecho a pedir la indemnización por los daños sufridos. En este punto estaría incluida la posibilidad del *passing-on defence*¹³³. Así es, la ley de la responsabilidad extracontractual debe disponer si la primera víctima del comportamiento lesivo de la competencia puede exigir indemnización si ha trasladado su daño a otra persona que se encuentra en un nivel inferior de la cadena de valor. Si bien, como ya hemos comentado anteriormente, con la Propuesta de Directiva de daños esta posibilidad de defensa en base al *passing-on* debe estar permitida en todos los Estados miembros (art. 12.1).

G) *La responsabilidad por actos de terceros.* Este apartado es interesante en los ilícitos del Derecho *antitrust*, ya que, en muchos de ellos las empresas actúan a través de filiales en el mercado comunitario para evitar que se pueda actuar sobre ellas¹³⁴. Con la figura de la filial, como tiene autonomía jurídica y económica de la matriz, la empresa infractora sería la filial y no la matriz. Sin embargo, en muchas ocasiones las matrices extracomunitarias utilizan esta figura de la filial para actuar ellas mismas en el mercado interior. En estos supuestos quien de verdad lleva a cabo el comportamiento ilícito es la matriz, a través de su brazo ejecutor y, por ello, se debería poder actuar contra ella. La ley aplicable a la indemnización de daños deberá determinar también si se puede producir el *levantamiento del velo* para poder pedir responsabilidad a la matriz.

H) *El modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad.* La prescripción y la caducidad son materias sobre las que no existe uniformidad en cuanto a su tratamiento. En efecto, hay ordenamientos que consideran que son cuestiones procesales y que, por lo tanto, deberían quedar reguladas por la *lex fori*. En cambio, hay otros que entienden que son cuestiones materiales y deberían quedar reguladas por la *lex causae*. Con la inclusión de esta materia en el ámbito de aplicación de la ley reguladora de la responsabilidad extracontractual se acaba el debate sobre si son cuestiones procesales o materiales. Queda claro que son elementos del fondo del asunto y que deben quedar regulados por la ley del fondo, por la ley de la responsabilidad extracontractual.

VI. Conclusiones

105. A lo largo de este trabajo hemos estudiado la acción que pueden entablar los perjudicados ante la jurisdicción civil para reclamar una indemnización por los daños sufridos por un ilícito *antitrust*. Para ello hemos utilizado como referencia el asunto *AstraZeneca*. En este caso, el Tribunal de Justicia concluye que la empresa mencionada ha llevado a cabo un doble abuso de posición de dominio relacionado con una patente farmacéutica. En concreto, uno de esos dos abusos de posición de dominio consistió en dar informaciones engañosas a las oficinas de patentes y a los órganos jurisdiccionales de varios Estados miembros con la intención de prolongar la vigencia de la patente y, así, evitar la entrada de medicamentos genéricos en el mercado.

106. Una vez descrito el ilícito *antitrust*, lo siguiente es identificar a los perjudicados por dicho comportamiento. Las principales víctimas de esta actuación son, por un lado, los competidores de medicamentos genéricos, que no pueden entrar en ese mercado, y, por otro, los compradores, directos e indirectos, del medicamento objeto de la patente, que tendrán que pagar un precio superior por el mismo que el que pagarían si hubiera podido entrar al mercado la competencia de los medicamentos genéricos.

Las empresas de medicamentos genéricos sufren un daño derivado del lucro cesante de no haber podido actuar en el mercado. Los compradores directos y lo+s indirectos –los pacientes, en este último caso– sufren el daño emergente de pagar un sobre precio por el medicamento original. Pues bien, tanto aquellas como estos deben poder reclamar ante la jurisdicción civil el derecho al pleno resarcimiento, lo

¹³³ Vid. R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional ...”, p. 149.

¹³⁴ Vid. R. GIL NIEVAS, “Litigación civil internacional ...”, p. 149.

cual incluye, no sólo el daño sufrido, también los intereses devengados desde el momento del daño hasta el momento del abono de la indemnización, así lo indica la Propuesta de Directiva en su artículo 2.2.

107. En el contexto internacional que representa la Unión Europea, ese derecho de los perjudicados a plantear una demanda de responsabilidad extracontractual solicitando una indemnización por los daños sufridos requiere conocer, en primer lugar, ante qué jurisdicción se puede plantear la demanda y, en segundo lugar, qué Derecho van a aplicar los tribunales competentes para resolverla.

En este entorno europeo, la competencia judicial internacional viene determinada por el Reglamento 1215/2012 y el Derecho aplicable a la responsabilidad extracontractual está recogido en el Reglamento Roma II.

108. Comenzando por lo primero, por la competencia judicial internacional, además del foro de la sumisión y del foro del domicilio del demandado, aplicables con independencia de la materia de que se trate –siempre que sea materia civil y mercantil objeto del Reglamento 1215/2012–, el foro especial del artículo 7.2 R1215 se aplica exclusivamente cuando nos encontramos ante una demanda de responsabilidad extracontractual. Por lo anterior, vamos a centrarnos en este último foro en este punto del trabajo.

El foro del artículo 7.2 R1215 indica que los tribunales competentes son los del lugar en que se produce o pueda producirse el hecho dañoso. El hecho dañoso es el hecho ilícito, en nuestro caso, siguiendo con el caso *AstraZeneca*, el hecho dañoso es el comportamiento que impide la entrada de medicamentos genéricos en el mercado. Pues bien, este abuso de posición de dominio se produce en Bélgica, Dinamarca, Países Bajos, Reino Unido y Noruega, en cada uno de esos Estados *AstraZeneca* consigue que los productores de medicamentos genéricos no puedan entrar a competir. El hecho ilícito es único, verificado en varios Estados, sin embargo, como cada país tiene su propia jurisdicción, hemos de identificar el Estado en concreto cuyos tribunales resultan competentes para conocer de la demanda de daños. Para ellos, hemos de dividir el hecho ilícito, plurilocalizado a efectos de Derecho europeo de la competencia, en tanto hechos ilícitos como Estados en los que se haya verificado. De esta manera, los órganos jurisdiccionales de cada uno de esos Estados serán competentes para conocer del daño infligido en sus jurisdicciones.

La jurisprudencia comunitaria ha añadido nuevos tribunales competentes en virtud a este foro especial del actual artículo 7.2 R1215 (STJCE 30 noviembre 1976, *Soc. Bier y Fund. Rheinwater contra Minas de Potasio de Alsacia*, 21-76, *Rec.* 1976, p. 01735). En efecto, como ya se ha mencionado en el trabajo, también son competentes por este foro los órganos jurisdiccionales del lugar del daño. Esta ampliación de los tribunales competentes tiene sentido si el lugar del daño es diferente al lugar del hecho ilícito –*illicitos de distancia*–, porque sólo así supone añadir tribunales competentes a los ya previstos en el foro del artículo 7.2 R1215. En nuestro caso, tanto los competidores de medicamentos genéricos como los compradores del medicamento original sufren el daño en el mismo país donde se verifica el hecho ilícito. En efecto, los primeros sufren el daño de no poder entrar en el mercado donde se lleva a cabo ese comportamiento ilícito y, los segundos, dado que los medicamentos no pueden comprarse a través de internet, también sufren el daño de tener que pagar más por el medicamento en el Estado donde se lleva a cabo el abuso de posición de dominio. En este último caso, podríamos plantearnos el supuesto del paciente que compra el medicamento a un distribuidor que lo importa del Estado donde se comete el ilícito *antitrust* y que, como éste lo ha comprado a un precio elevado también lo va a vender a un sobre precio para conseguir rentabilidad en la operación. Sin embargo, en el sector farmacéutico los precios de los medicamento deben adaptarse al Estado de venta de los mismos, se trata de un sector regulado donde los precios no los determina la oferta y la demanda, por lo tanto, el precio de venta de ese medicamento no dependerá de que el vendedor a su vez ha comprado a un precio elevado el mismo, dependerá de las condiciones de venta de estos productos en el Estado de importación. Por lo tanto, el daño se produce en el Estado donde se lleva a cabo el hecho ilícito; no hay ilícitos a distancia.

Por otro lado, también la jurisprudencia comunitaria tuvo que resolver asuntos de daños plurilocalizados, de daños procedentes del mismo hecho ilícito, verificados en varios Estados (STJCE 7 marzo 1995, *Shevill*, C-68/93, *Rec.* 1995, p. I-00415). En estos casos, el perjudicado puede acudir a las jurisdic-

ciones del daño y reclamar el daño verificado en cada una de ellas –además de poder acudir a la jurisdicción del hecho ilícito–. Pues bien, también en estos casos de abuso de posición de dominio relacionado con patentes farmacéuticas, no existen daños plurilocalizados. Al dividir el hecho ilícito en tantos como Estados en los que se verifica, hay daños en cada uno de esos Estados derivados cada uno de un hecho ilícito distinto. Aquí podríamos plantearnos el caso de un competidor de medicamentos genéricos que ya se encuentra compitiendo con *AstraZeneca* en un Estado y que no puede entrar a competir con ella en el Estado del hecho ilícito. En este supuesto podríamos imaginar que este competidor sufre daños en esos dos Estados, derivados del mismo hecho ilícito. Así es, podríamos pensar que en el Estado donde está compitiendo con *AstraZeneca* sufre el daño de tener que bajar mucho el precio para mantenerse en el mercado ante la política de bajada de precios practicada por *AstraZeneca* con esa intención de echar al competidor del mercado. En este caso, *AstraZeneca* podría bajar sus precios por debajo de coste por la posición de dominio que ocupa en el mercado del producto original, esa posición de dominio le da la fortaleza económica suficiente para poder incurrir en pérdidas en el otro mercado hasta que consiga echar al competidor. Efectivamente, el competidor de medicamentos genéricos sufriría dos daños en Estados distintos, pero no serían por el mismo hecho ilícito, en este caso, se podría hablar de dos hechos ilícitos, el del Estado del producto original, por el cual se impide la entrada en el mercado del competidor, y el del otro Estado, que podría calificarse también de abuso de posición de dominio según la jurisprudencia comunitaria (STJCE 3 julio 1991, *Akzo*, C-62/86, *Rec.* 1991, p. I-03359).

Por todo lo anterior, los tribunales competentes por este foro especial del artículo 7.2 R1215 serán los del lugar de hecho ilícito, que coincidirán con los del lugar del daño, ante los que se podrá reclamar el daño sufrido en su jurisdicción. También se podría acudir a los tribunales del domicilio del demandado y solicitar el daño sufrido en su integridad.

109. En cuanto a la ley aplicable, el Reglamento Roma II utiliza la conexión del mercado afectado para determinar el Derecho aplicable. Pero, cabría preguntarse a continuación qué pasa cuando son varios los mercados afectados, como ocurre en el caso *AstraZeneca*. En estos supuestos, el artículo 6.3 RRII indica que el demandante podrá escoger la ley del foro, si acude a los tribunales del domicilio del demandado y este Estado es uno de los afectados directa y sustancialmente por el hecho ilícito. Si se acude a otro foro, al del lugar del hecho dañoso –que es el mismo que el del lugar del daño–, la ley aplicable viene determinada por el mercado afectado, por lo tanto, será la ley del foro. Efectivamente, con independencia de los tribunales ante los que se interponga la demanda, la ley aplicable será la misma, la del foro, sin embargo, si los competentes son los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado, éstos conocerán de todos los daños sufridos, en cambio, si se acude a los tribunales del lugar del hecho dañoso o del daño, éstos sólo conocerán de los daños verificados en su territorio.

110. Expuesto todo lo anterior, lo más rápido para el demandante es acudir a los tribunales del domicilio del demandado y reclamar ahí todos los daños que ha sufrido, en lugar de tener que ir al foro especial y desplazarse de jurisdicción a jurisdicción demandando los daños verificados en cada una de ellas.

LA SUCESIÓN *MORTIS CAUSA* DE CIUDADANOS INGLESES RESIDENTES EN ESPAÑA: PROBLEMAS Y NUEVAS PERSPECTIVAS*

SUCCESSION *MORTIS CAUSA* OF ENGLISH CITIZENS RESIDENTS IN SPAIN: PROBLEMS AND NEW PERSPECTIVES

ALFONSO YBARRA BORES

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado
Universidad Pablo de Olavide*

Recibido: 26.01.2015/ Aceptado: 03.02.2015

Resumen: El derecho inglés en materia de sucesiones está fundado en unos principios diferentes a los del sistema español. Las respectivas normas sustantivas y de derecho internacional privado en dicho ámbito no guardan parecido. Ello da lugar a que en el caso de fallecimiento de ciudadanos ingleses residentes en España se presenten complejos problemas en todo el proceso sucesorio, según se aborda en este artículo. Las dificultades se multiplican si el fallecido es propietario de bienes tanto en Inglaterra como en España. Pese a que el Reino Unido no se incorporará al nuevo régimen sucesorio europeo, las autoridades españolas sí aplicarán en nuestro territorio las reglas del mismo para determinar, con carácter general, la ley que haya de regir la sucesión de los ingleses fallecidos con residencia habitual en España.

Palabras clave: Sucesiones internacionales, régimen sucesorio europeo, ley aplicable a la sucesión, *professio juris*, derecho inglés, administración de la herencia.

Abstract: English succession system is founded on different principles to the Spanish one. The respective substantive and private international law rules in this field have no similitude. Consequently, in the event of death of English citizens with residence in Spain some complex problems arise throughout the whole succession process, as we will have the opportunity to study all over this paper. Difficulties grow if the deceased owns properties located in England and in Spain. While the United Kingdom will not take part into the new European successions regime, Spanish authorities will apply its rules in our territory in order to determine the applicable law to the succession of English citizens deceased with habitual residence in Spain.

Key words: International successions, European succession system, applicable law to the succession, *professio juris*, English law, administration of estates.

Sumario: I. Las sucesiones internacionales. 1. El marco de la cuestión. 2. La irrupción del nuevo derecho sucesorio europeo 2. II. El supuesto objeto de la Resolución de 13 de agosto de 2014. III. La cuestión nuclear: La determinación de ley aplicable a la sucesión. 1. La posible aplicación al caso del nuevo régimen sucesorio europeo. A) Primer argumento: la inaplicación del Reglamento sucesorio europeo ex artículo 83.1. B) Segundo argumento: la no participación del Reino Unido en el Reglamento sucesorio europeo. C) Tercer argumento: no existencia de elección de ley. 2. La so-

* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación de Excelencia SEJ-7089 “Las sucesiones transfronterizas en la Unión Europea: régimen jurídico y problemas fiscales” (Proyecto SUCTRUE), financiado por la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo (2013-2017), del que es investigador principal Jesús Ramos Prieto (Universidad Pablo de Olavide).

lución conforme al artículo 9.8 del Código civil. IV. Otros aspectos en relación a la sucesión. 1. La acreditación del derecho aplicable. 2. La ausencia de *domicile* y de designación de *executor*. A) La ausencia del *domicile*. B) La no designación de *executor*. a) Bienes situados en el Reino Unido. b) Bienes situados en España. V. Valoración final.

I. Las sucesiones internacionales

1. El marco de la cuestión

1. Nos encontramos con el hecho de que cada día es más frecuente el caso de nacionales del Reino Unido residentes en España y a su vez propietarios de inmuebles en nuestro territorio¹. Son personas que a menudo también poseen bienes muebles e inmuebles en el país de su nacionalidad, o incluso en terceros estados. Se trata de supuestos de personas que durante su residencia en España han tenido descendencia, hijos que normalmente también son residentes en nuestro país, y a menudo su madres son de nacionalidad y residencia española. En gran número de ocasiones son personas de avanzada edad, muchas veces que vienen a nuestro país a disfrutar de una vida tranquila y de calidad en sus últimos años², y normalmente mantienen también relaciones familiares en el Reino Unido. Al fallecimiento de estos ciudadanos británicos suelen conocer nuestros tribunales de los litigios que pueden surgir en materia sucesoria³, encontrándonos de ordinario ante disposiciones testamentarias otorgadas conforme a lo dispuesto en la ley nacional del causante, lo cual en no pocas ocasiones va a dar lugar al enfrentamiento con disposiciones contrarias a dicha regulación contempladas en nuestro derecho sucesorio, siendo típicos los ejemplos en relación al campo de las legítimas o de las reservas legales⁴.

2. El cruce en materia sucesoria entre el derecho inglés⁵ y el derecho español (o el derecho continental, en un sentido más amplio) da lugar a situaciones complejas debido a las importantes diferencias

¹ Según datos oficiales del Observatorio Permanente de Inmigración de la Secretaría General de Inmigración y Emigración, a fecha 30 de junio de 2014, a pesar de la crisis y del descenso generalizado de la población extranjera, se encontraban en España 269.756 nacionales del Reino Unido con tarjeta de residencia. A continuación de los rumanos, destacados con diferencia (940.252), los británicos constituyen el grupo más numeroso de nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea residentes en nuestro país.

² Como destaca J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el turismo estable de los pensionistas es uno de los factores que ha dado lugar al aumento del número y complejidad de las sucesiones *mortis causa* en la Unión Europea: “es evidente que los desplazamientos de las personas retiradas y pensionistas desde el frío y gris norte de Europa hacia la cálida y soleada Europa del sur constituyen un elemento del paisaje social del siglo XXI” (*El Reglamento Sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, Comares, Granada, 2014, p. 3).

³ Hasta la fecha ello tiene lugar en virtud de lo dispuesto en el artículo 22.3 de la Ley orgánica del poder judicial, que declara la competencia de los tribunales españoles en materia de sucesiones cuando el causante hubiera tenido su último domicilio en territorio español o poseyera bienes inmuebles en España. Es de hacer notar que el Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, excluye de su ámbito de aplicación a las sucesiones (artículo 1.2) y, en el mismo sentido, su continuador el Reglamento 1215/2012, que se aplica desde el 10 de enero de 2015. Por su parte, el Reglamento 650/2015, que regulará la determinación de la competencia judicial internacional en esta materia a partir del 17 de agosto de 2015, establece como foro principal el de la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento, si bien caben algunas excepciones (artículos 4 y siguientes).

⁴ Y que da lugar a que sujetos en principio beneficiarios de nuestra tradicional institución de la legítima contemplen atónitos cómo son ignorados completamente en los testamentos y se les excluye del reparto de la herencia del causante. Paradigmáticos son los casos de las SSTs de 15 de noviembre de 1996, de 21 de mayo de 1999 y de 23 de septiembre de 2002 (la primera y la última precisamente sobre aplicación del derecho inglés a la sucesión –la segunda del derecho norteamericano del Estado de Maryland–), sobre las cuales volveremos más adelante.

⁵ Es importante tener que cuenta que el término “derecho inglés” se refiere exclusivamente al sistema legal vigente en Inglaterra y Gales, y por lo tanto no abarca a todo el derecho que rige en las Islas Británicas (que incluye al Reino Unido de la Gran Bretaña –Inglaterra, Escocia y Gales– e Irlanda del Norte, a las Islas del Canal –Jersey, Guernsey, Alderney y Sark– y a la Isla de Man). Por lo tanto, al margen del derecho inglés confluyen en dicho territorio diversos sistemas legales; es un caso típico de sistema plurilegislativo: así, el derecho escocés, el de Jersey –muy influenciado por el *civil law*– o el de la Isla de Man (vid. D. HAYTON, *European Succession Law*, Jordans, Bristol, 1988, pp. 65-66). Por lo tanto, debe tenerse claro que, como señalaba A. JACKSON, “*English law means the law of England and Wales only, but not of Scotland and Northern Ireland*” (“German as a business tool for lawyers”, *The Linguist*, 30, 5, 1991, p. 136). Por todo ello, M. DURO MORENO opina acertadamente que quizás sería más correcto utilizar el término “derecho anglogalés” en lugar de derecho inglés (*Introducción al Derecho inglés. La traducción jurídica inglés-español y su entorno*, Edisofer, Madrid, 2005, pp. 61-63).

sustantivas habidas entre las regulaciones de uno y otro en materia sucesoria⁶. Así, y a modo de simple botón de muestra: a) El derecho inglés descansa en principio sobre la más amplia libertad a la hora de testar; no existen las legítimas entendidas en el sentido de nuestro derecho donde se reserva una parte del caudal hereditario a ciertos herederos establecidos por ley, los legitimarios⁷. b) En derecho inglés, donde la figura del heredero carece de relevancia, no existe la institución de la aceptación de la herencia; frente a lo que sucede en nuestro sistema –donde la propiedad de los bienes de la herencia pasa instantánea y directamente a los herederos una vez aceptada la herencia–, en el derecho inglés los bienes de la herencia pasan siempre a un administrador⁸, quien los conserva, liquida y paga las deudas de la masa hereditaria, organiza los bienes restantes y, si finalmente queda algo (*net assets*), distribuye los bienes entre los herederos. c) Por último, las formalidades para testar son diferentes; así por ejemplo, en España el testamento notarial es sin duda el más frecuente, siendo éste desconocido en el derecho inglés; o, desde otro ámbito, frente a la existencia de un registro central de testamentos en España, en el Reino Unido el testamento se suele depositar en un banco o ante un *solicitor* (abogado)⁹.

3. Además, los sistemas sucesorios de Derecho internacional privado de España y el Reino Unido son diametralmente opuestos: a) Así, el derecho inglés es tributario del sistema conflictual germánico en materia sucesoria donde lo trascendente en la sucesión son los bienes dejados por el causante y no su persona, dando lugar para determinar la ley aplicable a la sucesión a la utilización de un criterio escisionista vinculado a la situación de los bienes: la sucesión de los bienes inmuebles (*immovable property*) se rige por la ley de situación de los mismos y la de los muebles (*movable property*) por la ley del último domicilio del causante. Este sistema puede dar lugar a la que sucesión quede sujeta a diversas leyes es-

A la vista de lo indicado, hemos de denunciar como una grave incorrección terminológica que, en general, en resoluciones de autoridades judiciales y extrajudiciales españolas, y en particular en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de agosto de 2014 –que será objeto de profundo análisis en el presente trabajo– se haga continua referencia al “derecho británico” o a la “ley británica” en lugar de al derecho inglés.

⁶ Sobre las divergencias materiales en las normas sucesorias de los ordenamientos nacionales *vid.* M. ANDERSON, “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LIX, f. III, julio-septiembre 2006, pp. 1244-1246 y A. RODRÍGUEZ BENOT, “La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: El certificado europeo de heredero”, en R. VIÑAS Y G. GARRIGA, *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 177-179.

⁷ Las *family provisions* del derecho inglés no equivalen ni a la legítima fuerte de la tradición francesa y española ni a la legítima meramente obligatoria del sistema alemán. Tal institución da lugar a una posible acción a favor de ciertas personas para reclamar que le sea concedido el pago de una cantidad –no concretada– con cargo a la herencia del causante, tratándose de una indemnización surgida por una deuda moral del causante frente un grupo indeterminado de posibles beneficiarios que no puede ser considerada como una legítima en el sentido del derecho español, y que la determina el juez en *in casum*. Su regulación se contiene en la *Inheritance (Provisions for Family and Dependants Act 1975*, la cual fue reformada por la *Law Reform (Successions) Act 1995*. Sobre esta típica figura del derecho inglés *vid.* M. ANDERSON, “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”, *cit.*, pp. 1275-1278; M. DURO MORENO, *Introducción al Derecho inglés. La traducción jurídica inglés-español y su entorno*, *cit.*, pp. 479-480 y A. VAQUER ALOY, “Reflexiones sobre una eventual reforma de la legítima”, *InDret*, julio de 2007, pp. 3-7.

⁸ Frente a lo que acontece en los sistemas continentales, donde suelen ser los propios herederos los que llevan a cabo la administración de la herencia en ausencia de designación de ejecutor testamentario –actuando unos y otros fuera de un control judicial automático–, en el derecho inglés la administración se lleva a cabo a través de una tercera persona –*personal representative*– controlada judicialmente: bien el *administrator* o bien el *executor*. Mientras el *administrator* es nombrado por el juez, directamente a falta de designación por el causante en testamento, el *executor* es designado en testamento por el propio causante. Ambos necesitan de un acto oficial de nombramiento (*grant of representation*) que se tramita ante la *Family Division* de la *High Court of Justice*, el cual les habilita para desempeñar sus funciones de administración del patrimonio del causante, si bien una vez obtienen el *grant* el contenido de cada una de las figuras resulta idéntico. Sus funciones se regulan en el *Trusts of Land and Appointment of Trustees Act 1996* y en el *Trustee act 2000* (sobre los *personal representatives*, en general, *vid.* E. ALCARAZ VARÓ, *El inglés jurídico*, 4ª ed., Ariel, Madrid, 2000, pp. 186-187; M. ANDERSON, “Una aproximación al derecho de sucesiones inglés”, *cit.*, pp. 1274-1275; J. DENKER en D. HAYTON –ed.–, *European Succession Law*, Jordans, Bristol, 1988, pp. 67-69; M. DURO MORENO, *Introducción al Derecho inglés. La traducción jurídica inglés-español y su entorno*, *cit.*, pp. 481-483 y Ph.S. JAMES, *Introduction to English Law*, 12ª ed., Butterworths, Londres, 1989, p. 43).

⁹ Sin embargo, a pesar de las diferencias señaladas, ha de destacarse la coincidencia del derecho inglés y el español en una cuestión importante: ambos ordenamientos rechazan la *professio juris* conflictual, en cuya virtud el causante determina *ex ante* el derecho aplicable a la sucesión de entre los distintos ordenamientos en presencia en atención al principio de autonomía de la voluntad. El sistema fue introducido por el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, relativo a ley aplicable a las sucesiones por causa de la muerte (que a enero de 2015 no ha entrado en vigor para ningún Estado, habiendo sido únicamente ratificado por los Países Bajos) y ha sido acogido en el artículo 22 del Reglamento 650/2012 (*vid. infra*).

tatales¹⁰. b) Por su parte, nuestro sistema conflictual de tradición romana –donde la sucesión se concibe como un sistema legal a través del cual se sustituye a la persona del causante por otra u otras personas– da lugar a que, por una parte, la sucesión esté presidida por el principio de personalidad, esto es, la ley aplicable a la misma se determina mediante puntos de conexión vinculados a la persona del causante y, por otra, se predique la unidad legal de la sucesión, será una única ley la que regule la sucesión, con independencia de la existencia o no de bienes situados en más de un país y la naturaleza de los mismos¹¹.

4. Ante esta duplicidad tan diferenciada de regulaciones y de tratamientos del fenómeno sucesorio entre el derecho inglés y el español¹², tanto a nivel sustantivo como de sus sistemas de Derecho internacional privado, podemos deducir que es fácil que se presenten una pluralidad de problemas en casos de sucesiones internacionales donde se encuentren inmersos elementos de España y del Reino Unido. Decía P. FRANZINA que un sistema conflictual sucesorio de raíz romana¹³ únicamente resultará efectivo en el supuesto en el que la totalidad de países en los que se encuentran dispersos los bienes de la herencia acepten la aplicación de la única ley que resulte en el caso y de las resoluciones que dicten los tribunales de un país seguidor del criterio de unidad legal de la sucesión, lo cual no siempre sucede¹⁴. Y, *mutatis mutandi*, lo mismo podríamos indicar desde la perspectiva de un sistema conflictual de sucesión germánica o escisionista.

5. Por lo tanto, si ni siquiera está garantizado que no se presenten inconvenientes incluso en una sucesión internacional donde estén en juego elementos de dos países con sistemas conflictuales de tra-

¹⁰ Se trata de una norma de conflicto de creación jurisprudencial, como casi todas las del derecho inglés, que posteriormente pasó a los demás ordenamientos de inspiración anglosajona (*vid.* J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Reenvío y sucesiones en la práctica española”, en R. VIÑAS y G. GARRIGA –coords.–, *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, cit., p. 113). Los defensores del sistema dualista argumentan que la aplicación del sistema *lex rei sitae* es la mejor opción para evitar fricciones entre la ley que rige la herencia y la ley que rige la propiedad, evitándose problemas que puedan presentarse cuando ésta última no reconoce el sistema de transmisión previsto en la *lex successionis*. En contra se afirma que este sistema puede conllevar agravios comparativos en relación con los derechos de legítima de los herederos forzosos y aplicación a los bienes que integran la herencia de normas legales diferentes (J.M. FUGARDO ESTIVILL, *En torno a la propuesta de Reglamento sobre sucesiones y certificado sucesorio europeo*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 58-59).

¹¹ El artículo 9.1 del Código civil, al señalar que la sucesión por causa de la muerte se rige por la ley de la nacionalidad de la persona física ya nos muestra que en Derecho internacional privado español rige una concepción personalista y unitaria en relación al fenómeno sucesorio. Ello es corroborado por lo que posteriormente dispone el artículo 9.8 del Código civil, que contiene la norma de conflicto para determinar la ley aplicable a la sucesión en el sistema español, y según el cual la sucesión por causa de muerte, con carácter general, se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren (*vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y J.J. MARTÍNEZ NAVARRO, *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, Comares, Granada, 2011, pp. 18-21).

¹² Sobre las diferencias entre los sistemas sucesorios de ambos países, en general, *vid.* E. CALÒ, “La successine mortis causa in diritto comparato”, en P. FRANZINA y A. LEANDRO (coords.), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, pp. 211-241; E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. Pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001; A. GRAHL MADSEN, “Conflict between the principle of unitary succession and the system of scission”, *ICLQ*, 1979, vol. 28, pp. 598-643; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La superación de las divergencias en los principios de solución del derecho conflictual sucesorio”, en B. CAMPUZANO DÍAZ y otros, *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Comisión Europea / Universidad de Sevilla, 2008, pp. 121-150; *id.* “La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: El certificado europeo de heredero”, *cit.*, pp. 179-182; y A. ZOPPINI, “Le successioni in diritto comparato”, en *Trattato di diritto civile*, R. Sacco (dir.), UTET Giuridica, Torino, 2002, pp. 1-52.

¹³ Como es el existente en España, pero también en países como Alemania, Austria, Cuba, Egipto, Grecia, Hungría, Japón, Marruecos o Portugal, países todos donde además se utiliza la conexión “ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento” para determinar la ley aplicable a la sucesión (frente a la otra gran conexión personalista, la “ley del último domicilio del causante”, utilizada en países como Argentina, Chile, Dinamarca, Noruega o Rusia).

¹⁴ P. FRANZINA, “Ragioni, valori e collocazione sistematica della disciplina internazionaleprivatistica europea delle successioni mortis causa”, en P. FRANZINA y A. LEANDRO, *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglionazionale del notariato Collana Sutidi, 2013, Giuffrè, Milano, p. 9. Al hilo de esta cuestión, y en relación a los problemas que se plantean con carácter general en la regulación del régimen jurídico de las sucesiones internacionales, *vid.* J. BOLÁS, Las sucesiones mortis causa transfronterizas en la Unión Europea, *El Notario del siglo XXI*, núm. 63, 2010, pp. 38-39; F. BOULANGER, *Les successions internationales. Problèmes contemporains*, Economica, París, 1981; E. CASTELLANOS RUIZ, “Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio”, *International Law: Revista colombiana de Derecho internacional*, núm. 2, diciembre-2003, pp. 212-224; J.M. FUGARDO ESTIVILL, *En torno a la propuesta de Reglamento sobre sucesiones y certificado sucesorio europeo*, *cit.*, pp. 9-12 y A. RODRÍGUEZ BENOT, “La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado europeo de heredero”, *cit.*, pp. 177-182.

dición romana¹⁵, mucho más complicado se presenta el panorama cuando nos encontramos en el marco de una sucesión donde los intereses en presencia se encuentran conectados con dos ordenamientos de países con dispares sistemas conflictuales en materia sucesoria: es el caso del derecho inglés y el derecho español.

2. La irrupción del nuevo derecho sucesorio europeo

6. La Unión Europea, consciente de esta compleja realidad y deseosa de dotar seguridad a los movimientos de personas en los distintos Estados miembros ha aprobado el Reglamento (UE) N° 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (en adelante, Reglamento 650/2012)¹⁶. El Reglamento 650/2012 regula, entre otros extremos, la cuestión de la determinación de la ley aplicable a las sucesiones internacionales¹⁷ y, con carácter general, se aplicará a las sucesiones de personas que fallezcan a partir del 17 de agosto de 2015 (artículos 83.1 y 84).

7. Es objetivo general del Reglamento 650/2012 el permitir la organización por los ciudadanos europeos de su sucesión en el contexto de la Unión Europea (Considerandos 7 y 80). El Reglamento tiene carácter *erga omnes* (artículo 20)¹⁸, lo cual, unido a la primacía del derecho de la Unión Europea sobre el derecho interno de los Estados miembros dará lugar a que, con carácter general, cuando sea de aplicación, sustituirá a las normas de producción internas de éstos en materia de competencia judicial internacional, de ley aplicable y de reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos públicos¹⁹.

¹⁵ Dichos problemas son más probables en el caso de que cada sistema utilice una conexión diferente para determinar la ley aplicable a la sucesión, lo cual puede dar lugar al juego del reenvío y a las complicaciones derivadas del mismo (*infra*). Imaginemos que un nacional danés, fallece en España, país en el cual tenía su último domicilio. Según la norma de conflicto española (artículo 9.8 del Código civil), la sucesión se regirá por la ley nacional del causante el tiempo del fallecimiento, esto es, por la ley danesa. Sin embargo, las normas danesas de Derecho internacional privado en materia de sucesiones *mortis causa* declaran aplicable a la sucesión la ley del lugar del último domicilio del causante, por lo cual ésta sería regulada por el derecho español.

¹⁶ DOUE L201, de 27 de julio de 2012. En relación al Reglamento 650/2012 *vid.* M. ÁLVAREZ TORNE, *La autoridad competente en materia de sucesiones internacionales. El nuevo Reglamento de la UE*, Marcial Pons, Madrid, 2013; T. BALLARINO, "Il nuovo regolamento europeo sulle successioni", *RDI*, n. 4, 2013, pp. 1116-1145; A. BONOMI, "Il regolamento europeo sulle successioni", *RDIPP*, 2013, n° 2, pp. 293-324S; A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, Bruilant, Bruselas, 2013; M. BUSCHBAUM, "Die neue EU-Erbrechtsverordnung", *Neue Juristische Wochenschrift*, n. 33, 2013, pp. 2393-2398; A. DAVI y A. ZANOBETTI, "Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea", *CDT*, vol.5-II, 2013, pp. 5-139; A. DUTTA, "Das neue internationale Erbrecht des Europäischen Union. Eine erste Lektüre der Erbrechtsverordnung", *FamRZ*, 2013-1, pp. 4-15; J.M. FONTANELLAS MORELL, "El nuevo Reglamento europeo en materia de sucesiones", *REDI*, 2013, n° 1, pp. 284-290I; I. HEREDIA CERVANTES, "El nuevo reglamento europeo sobre sucesiones", *La Ley*, núm. 7933, 28 septiembre de 2012; G. KHAIRALLAH y M. REHIVILLARD, *Droit européen des successions internationales (Le Règlement du 4 juillet 2012)*, Defrénois, Paris, 2013; P. FRANZINA y A. LERANDRO (COORDS.), *Il Diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Giuffrè, Milán, 2013; P. LAGARDE, "Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions", *RCDIP*, 2012-IV, pp. 691-732 y P. RODRÍGUEZ MATEOS, "La sucesión por casusa de la muerte en el Derecho de la Unión Europea", *REEI*, núm. 27, junio 2014, pp. 1-59.

¹⁷ Aunque a diferencia de otros Reglamentos que contienen normas para determinación de ley aplicable (así en los Reglamentos Roma I y Roma II, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y a las obligaciones extracontractuales, respectivamente), en el Reglamento 650/2012 no se utilice la expresión "situaciones que impliquen un conflicto de leyes" para resaltar su aplicación en el ámbito internacional, no cabe duda de que el mismo sólo se aplica a situaciones de sucesiones *mortis causa* que tienen repercusión transfronteriza, que contienen elementos extranjeros, que se encuentran conectadas con varios Estados (*vid.* al respecto Considerandos 1, 7 o 67 del Reglamento y A. DAVI y A. ZANOBETTI, "Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell'Unione europea", *cit.*, p. 17).

¹⁸ El carácter universal del Reglamento implica que regula la ley aplicable a las sucesiones internacionales en la Unión Europea con independencia de circunstancias como la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual del causante y de las partes implicadas, siendo indiferente que la ley designada por el Reglamento sea la de un tercer Estado.

¹⁹ Así, en el caso español resultará afectado el artículo 22 Ley orgánica del poder judicial, el artículo 9.8 del Código civil y el artículo 954 de la Ley de enjuiciamiento civil de 1881. El Reglamento confirma de nuevo que el espacio reservado a las normas de Derecho internacional privado de cada Estado miembro se reduce progresivamente como consecuencia de su continua comunitarización (A. BONOMI, "Il regolamento europeo sulle successioni", *cit.*, p. 294).

8. En lo que hace a la determinación de la ley aplicable a la sucesión que, como veremos, será el aspecto que más nos interese en el marco del presente trabajo, el Reglamento 650/2012 es ciertamente innovador, estableciendo una serie de conexiones alternativas a tal efecto, constituyendo alguna de ellas una importante novedad para muchos derechos estatales al ser desconocidas hasta la fecha en muchos de los Estados miembros²⁰. Es importante resaltar en este punto que, con la puesta en escena del Reglamento, desaparecerá la disparidad de sistemas de determinación de la ley aplicable a las sucesiones *mortis causa*, pues los Estados miembros aplicarán los criterios establecidos al efecto en el mismo, y se verán obligados a dejar de aplicar sus criterios nacionales: esto es, el sistema personalista romano en el caso de España y el sistema germánico escisionista en el caso del Reino Unido²¹.

9. Los criterios de conexión utilizados en el Reglamento para determinar la ley que ha de regular la sucesión *mortis causa* son los siguientes²²: En primer lugar, la sucesión se regirá por la ley del Estado cuya nacionalidad ostente el causante, siempre que haya sido elegida por éste en los términos dispuestos en el artículo 22.1²³; en segundo término, si no hubiera habido elección, la sucesión se regirá por la ley del Estado en que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento (artículo 21.1)²⁴; por último, el Reglamento contempla una cláusula de excepción en relación a la an-

²⁰ En materia de ley aplicable el Reglamento se encuentra muy influenciado por el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, si bien en algunos aspectos su regulación difiere significativamente del mismo. En palabras de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en general, “el Reglamento 650/2012 ha mejorado la regulación legal de ciertos aspectos de la sucesión *mortis causa* en comparación con el citado convenio de 1989” (*El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, cit., p. 15).

²¹ Sin embargo, que el Reglamento 650/2012 unifique el sistema conflictual de los Estados miembros participantes en el mismo (todos excepto Reino Unido, Irlanda y Dinamarca –*infra*–) no significa que se armonicen las normativas nacionales sustantivas de los Estados miembros en materia sucesoria. El Reglamento 650/2012 es un instrumento de Derecho internacional privado que carece de normas materiales o sustantivas para regular las sucesiones *mortis causa* internacionales. Debe quedar claro que cada Estado miembro conserva su derecho sustantivo en esta materia, careciendo la Unión Europea de competencia para elaborar normativas legales relativas a las sucesiones *mortis causa* en casos meramente internos (*vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, cit., p. 32, donde se refiere al artículo 81 Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *contrario sensu*).

²² Los criterios elegidos evidencian que la ley aplicable a la sucesión será siempre una sola ley, lo cual pone de manifiesto la victoria del principio de unidad en la regulación de la sucesión, pues será una la ley que se aplique a la sucesión de todos los bienes del causante, independientemente de su naturaleza y del país donde se encuentren. El Reglamento adopta definitivamente el sistema unitario, tanto respecto a la conexión objetiva de la sucesión referida a la última residencia habitual del *de cuius* (artículo 21), como desde el punto de vista subjetivo, al permitir la *professio juris* únicamente sobre la totalidad de la sucesión (artículo 22). Sin embargo, como indica N. CHIKOC BARREDA, el legislador europeo, sucumbiendo al atractivo de la efectividad de decisiones que condiciona en último término la eficacia de la norma de conflicto, ha reconocido en el artículo 30 del Reglamento la preeminencia de la *lex rei sitae* sobre aquellos bienes cuya sucesión se encuentra gobernada por disposiciones especiales (“Reflexiones sobre los regímenes especiales en Derecho internacional privado sucesorio según el Reglamento europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012”, *CDT*, –marzo 2014–, v. 6, n° 1, p. 123). Para un profundo análisis de los criterios de conexión utilizados en el Reglamento 650/2012 para determinar la ley aplicable a la sucesión, así como la operatividad de los mismos, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, cit., pp. 124-165.

²³ El sistema de la *professio juris* en relación con la sucesión *mortis causa* es relativamente reciente, y apenas sí es aceptado por unos pocos Estados: así, se admite con distinto alcance en países como Alemania, Italia, Holanda, Bélgica o Suiza, país este último pionero en su admisión inequívoca. En su virtud el causante ordena la regulación de su sucesión por la ley que elija de entre las leyes que se encuentren conectadas con el supuesto. Su precedente en el ámbito convencional lo encontramos en el ya citado Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, sobre ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte (artículo 5), a cuyo escaso éxito ya nos hemos referido. En general, sobre la *professio juris* en el ámbito sucesorio *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La *professio juris* y la sucesión internacional en una futura reglamentación comunitaria”, en M.P. GARCÍA RUBIO (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del Prof. José Manuel Lete del Río*, Civitas Thomson Reuters, Navarra, 2009, pp. 17-49; A. BONOMI y J. BERTHOLET, “La *professio juris* en droit international privé suisse et comparé”, *Mélanges de l’Association des Notaires Vaudois*, Zurich, Schulthess, 2005, pp. 355-380; A. BONOMI, “Article 22. Choix de loi”, en A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, cit., pp. 301-305 y J.M. FONTANELLAS MORELL, *La professio juris sucesoria*, Marcial Pons, Madrid, 2010 e *id.* “La *professio juris* sucesoria a las puertas de una reglamentación comunitaria”, *Dereito*, 2011, núm. 2, pp. 83-129.

²⁴ El concepto de “última residencia habitual del causante” es un concepto autónomo del Reglamento 650/2012, pues sólo un concepto propio europeo garantiza la aplicación uniforme de dicho Reglamento; por lo tanto se trata de un concepto que no debe extraerse de ningún concreto derecho nacional. Sobre lo que ha de entenderse por residencia habitual a efectos del Reglamento 650/2012 *vid.* A. BONOMI, “article 21. Règle générale”, en A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, cit., pp. 285-290 y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *CDT*, marzo 2014, v. 6, núm. 1, pp. 25-27.

terior conexión al disponerse, de forma excepcional, que si de todas las circunstancias del caso resulta claramente que, en el momento del fallecimiento, el causante mantenía un vínculo manifiestamente más estrecho con un Estado distinto del Estado de su última residencia habitual, entonces la ley aplicable a la sucesión será la de ese otro Estado más conectado con el supuesto (artículo 22.2)²⁵.

II. El supuesto objeto de la Resolución de 13 de agosto de 2014

10. Es precisamente en el marco que hemos descrito, por un lado, con un Reglamento que en principio sólo se aplica a las sucesiones de personas que fallezcan a partir del 17 de agosto de 2015 –pero cuya disposición transitoria contenida en su artículo 83.2 puede plantear dudas sobre su posible aplicación con anterioridad al tal fecha– y, por otro, con una sucesión internacional con elementos personales, materiales y territoriales implicados tanto del Reino Unido como de España, donde tiene lugar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de agosto de 2014 que vamos a comentar a continuación²⁶. Tras exponer el supuesto de hecho origen de la misma, analizaremos en los posteriores apartados las principales cuestiones de interés que se plantean en torno a la referida sucesión, cuestiones que evidencian los importantes problemas que se plantean en relación a la sucesión de nacionales británicos residentes en España.

11. El registrador de la propiedad de San Roque denegó la inscripción de una escritura de adjudicación de herencia autorizada el 3 de marzo de 2014 por el notario de Pueblo Nuevo y en virtud de la cual se procedió a adjudicar la sucesión testada de don G.C.R. a favor de su esposa. A los efectos del asunto han de tenerse en cuenta los siguientes datos: a) don G.C.R. ostentaba nacionalidad británica y era residente en España en el momento de su fallecimiento; b) había contraído primeras nupcias con doña D.K.R., con la que tuvo dos hijos, G.R. y P.R.; c) posteriormente contrajo segundas nupcias con doña C.L.R., con quien no tuvo descendencia; d) falleció en Cádiz en 2013 después de haber otorgado testamento ante notario español; e) en el testamento había instituido heredera de todos sus bienes, derechos y acciones a su segunda esposa doña C.L.R. y, en caso de que ésta le premuriera, a sus hijos G.R. y P.R. por partes iguales entre ellos; e) el patrimonio relicto en España consistía en un inmueble, residencia habitual del matrimonio G.C.R. y C.L.R., así como un vehículo automóvil²⁷.

12. Así las cosas, el registrador suspende la inscripción al entender que el testador nombró heredera exclusivamente a su esposa cuando, siendo aquél de nacionalidad británica, conforme a las normas de conflicto contenidas en los artículos 9 y 10 del Código civil, había de aplicarse a su sucesión su ley nacional. Y al ser la ley británica la aplicable a la sucesión, resulta que ésta a su vez reenvía la regulación de la sucesión de los bienes inmuebles a la ley del lugar donde se encuentren situados, es decir, en nuestro caso sería a la ley española en relación a los bienes situados en España. Siendo por lo tanto aplicable la ley española y, a diferencia de lo dispuesto en el derecho sucesorio inglés, ésta respeta los derechos hereditarios de los hijos mediante la reserva ordinaria a su favor contemplada en el artículo 968

²⁵ Por lo tanto, no se trata de que la sucesión *mortis causa* presente vínculos más estrechos con un país determinado, sino de que sea el causante quien presente esos vínculos más estrechos. Por ello, como con acierto indica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “esta cláusula de excepción protege las expectativas legales del causante en la organización de su sucesión *mortis causa*, y en el caso de que dicho causante no haya otorgado disposiciones *mortis causa*, protege a los terceros, sabedores de que el causante tenía un vínculo muy estrecho con un concreto país distinto del Estado de su última residencia habitual” (“Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *cit.*, p. 30).

²⁶ B.O.E. núm. 242, de 6 de octubre de 2014.

²⁷ Aunque no se indique expresamente que el causante tuviera bienes de su propiedad en el Reino Unido (o, de manera más amplia, en el extranjero), sí se deduce ello del contexto del asunto al referirse la Resolución en su Fundamento de Derecho 1º, párrafo 2º, a que “el patrimonio relicto en España consiste en (...)” y, posteriormente, a que sólo “una parte del patrimonio inmobiliario se encuentra en España” (Fundamento de Derecho 5º, párrafo 4º). Este hecho no es baladí, pues veremos que en un asunto como el presente es un dato clave para la resolución de la cuestión de la determinación de ley aplicable a la sucesión.

del Código civil²⁸. Por lo tanto, al haberse debido tener en consideración lo dispuesto en la ley española, se estimó por el registrador la producción de una evidente vulneración de los derechos de los hijos del causante, quienes debían de haber ratificado la escritura de herencia y, de no estar de acuerdo, procederse a una nueva partición hereditaria en la que aquéllos comparecieran junto a la viuda.

13. La nota de calificación que deniega la inscripción es recurrida por la viuda y heredera del causante, siendo los fundamentos esenciales del recurso los siguientes: a) Por un lado, la recurrente entiende que no es aplicable en el supuesto el reenvío del derecho inglés al derecho español, pues en todo caso eso habría de decidirlo un juez, no siendo competencia de notario o registrador, al margen de que dicha institución no debe dar lugar a una fragmentación de la sucesión. b) Por otro, que el artículo 83 del Reglamento 650/2012 permite la elección por el causante de la ley aplicable a la sucesión, siendo aplicable a pesar de que el Reglamento no se encontrase todavía en vigor en el momento del fallecimiento del causante, siendo claro para ella que don G.C.R. testó bajo su ley personal, la ley inglesa. c) Por último, que conforme a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de octubre de 2007, el testamento ordena la sucesión en España según lo dispuesto en los artículos 9.1 y 9.8 del Código civil atendiendo a la aplicación de la ley nacional del causante, por lo que debe ser considerado suficiente²⁹, abaratando además la práctica de testar ante notario español los costes y procedimientos.

14. Planteada la cuestión en los términos expuestos, vamos a ir analizando detenidamente a continuación la posición que adopta la Dirección General de los Registros y del Notariado en relación con las diversas cuestiones que se ponen de manifiesto. El recurso resulta finalmente estimado y, en consecuencia, se revoca la nota de calificación registral.

III. La cuestión nuclear: La determinación de ley aplicable a la sucesión

15. Acierta la Dirección General de los Registros y del Notariado cuando indica en su Resolución que la verdadera cuestión por decidir en el caso estriba en la determinación de la ley aplicable a la sucesión del finado, esto es, de la *lex successionis*. Al respecto la discusión gira inicialmente en torno a la posible aplicación al efecto de las disposiciones del Reglamento 650/2012 y, una vez que se concluye con la no aplicación del instrumento comunitario, cuál sería la solución al amparo de lo dispuesto en nuestro actual sistema sucesorio de Derecho internacional privado.

1. La posible aplicación al caso del nuevo régimen sucesorio europeo

16. En relación a la cuestión de la ley aplicable a la sucesión, la viuda del causante y heredera mantiene como motivo de primer orden en su recurso contra la nota de denegación extendida por el registrador que el artículo 83 del Reglamento 650/2012 permite la elección de la ley aplicable por el causante y, en su virtud, son aplicables determinados aspectos del Reglamento a pesar de que el mismo

²⁸ A tal efecto ha de tenerse en cuenta que el inmueble en cuestión era propiedad del causante en cuanto una mitad indivisa por compra y en cuanto a la otra mitad por herencia de su primera esposa. Aunque la cuestión afecte en el caso a la reserva contemplada en el artículo 968 del Código civil, lo habitual en los litigios que se han planteado ante nuestros tribunales en el marco de este tipo de sucesiones es que las diferencias tengan su origen en el ámbito de los posibles derechos de los legitimarios. Sobre la naturaleza jurídica de la reserva y la posición de los reservistas y reservatarios *vid.* la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 14 de abril de 1969 y la más reciente de 19 de mayo de 2012, donde se concluye que los derechos del reservatario proceden, no de una disposición del primer causante o del reservista, sino de un "llamamiento legal", el cual únicamente será efectivo cuando esté previsto en la ley que regule la sucesión.

²⁹ En la Resolución de 24 de octubre de 2010, en el caso de la sucesión de un nacional británico domiciliado en España casado dos veces y que dejó los bienes inmuebles situados en España a su segunda esposa, se destacan dos ideas: por una parte, que conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha de admitirse el reenvío de retorno cuando no rompa la unidad del tratamiento legal de la sucesión; por otra, que resultando aplicable la ley española, ésta regula también los aspectos relativos a la validez del título sucesorio, así como los vinculados a la adquisición del dominio sobre el inmueble situado en territorio español.

todavía no sea de aplicación general atendiendo a la fecha del fallecimiento del causante³⁰. El asunto es relevante en cuanto es la primera vez que ante una autoridad española, en este caso la Dirección General de los Registros y del Notariado, se plantea la posible aplicación de este novedoso y complejo instrumento comunitario. Por ello estamos ante una resolución pionera en este ámbito, y de ahí que merezca la pena detenernos en este punto.

17. En la Resolución se aborda esta cuestión con carácter principal indicándose que, efectivamente el artículo 83, en su apartado 2, adelanta la admisibilidad de la *professio juris*, ampliando incluso sus términos al periodo de la *vacatio legis*. Y ello es así al establecer que cuando el causante hubiera elegido, antes del 17 de agosto de 2015, la ley aplicable a su sucesión, esa elección será válida si cumple las condiciones establecidas en el capítulo II o si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, bien en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o bien en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía.

18. Así las cosas, acierta de pleno la Dirección General cuando indica que el artículo 83.2 del Reglamento constituye una norma de derecho transitorio cuyo objeto únicamente es facilitar la preparación de las sucesiones *mortis causa* en aquellos supuestos –como acontece en el que nos ocupa– en los que el testamento fuese otorgado con anterioridad al 17 de agosto de 2015. Sin embargo, para llegar a la correcta conclusión de la no aplicación del Reglamento 650/2012 a través de la norma transitoria del artículo 83.2, la Dirección General utiliza tres argumentos de distinta naturaleza de los que, a nuestro entender, sólo uno de ellos –el indicado– era procedente para fundamentar la no aplicación anticipada del Reglamento. Analicemos los tres argumentos:

A) Primer argumento: la inaplicación del Reglamento sucesorio europeo ex artículo 83.1

19. No es posible la elección de ley en el presente supuesto en cuanto lo impide lo dispuesto en el artículo 83.1 del Reglamento 650/2012, en cuya virtud, como hemos adelantado, sus disposiciones sólo se aplican a las sucesiones de las personas que fallezcan a partir del 17 de agosto de 2015. Por lo tanto habiendo fallecido el causante en 2013, no cabe alegar la aplicación retroactiva del Reglamento ni, en consecuencia, la elección de ley alguna conforme a lo permitido en el mismo. A esto añadiríamos nosotros lo dispuesto, con carácter general, en el artículo 84 en relación al momento de aplicación del Reglamento, esto es, únicamente a partir de la indicada fecha. En definitiva, el Reglamento es irretroactivo, como regla general no regula situaciones anteriores al 17 de agosto de 2015.

20. El Reglamento 650/2012 entró en vigor el 16 de agosto de 2012, esto es, a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (artículo 84, *in primis*) y, desde entonces, sus disposiciones constituyen derecho positivo vigente en la Unión Europea. Sin embargo, el Reglamento sólo resulta aplicable con carácter general a partir del 17 de agosto de 2015 (artículos 83.1 y 84, *in fine*), estableciendo una amplia *vacatio legis* de tres años³¹.

21. La viuda y heredera mantenía en su recurso una interpretación del artículo 83.2 del Reglamento en cuya virtud éste permite la elección de ley por el causante aunque todavía no sea aplicable con

³⁰ Dispone el artículo 84 sobre la entrada en vigor del Reglamento que la misma tendrá lugar a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, si bien se establece a continuación que, con carácter general, “será aplicable a partir del 17 de agosto de 2015”. Por su parte, en el artículo 83.1, y en el marco de las disposiciones transitorias, se establece que: “Las disposiciones del presente Reglamento se aplicarán a la sucesión de las personas que fallezcan el 17 de agosto de 2015 o después de esa fecha”

³¹ Por lo tanto, han de diferenciarse claramente dos momentos en relación a la operatividad del Reglamento: el de la “entrada en vigor”, por un lado, y el de su “aplicación”, por otro. A. DAVI y A. ZANOBETTI indican que tan extensa *vacatio legis* obedecía a la dificultad de la puesta en funcionamiento del certificado sucesorio europeo, que exigía una notable labor institucional y operativa previa por parte de todos los Estados miembros (“Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *cit.*, pp. 138-139). En similar sentido P. WAUTELET, “Article 84. Entrée en vigueur”, en A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, *cit.*, pp. 869-871).

carácter general. Pues bien, aquí entendemos que hay una confusión y una incorrección técnica por parte de la recurrente, pues hemos visto que el Reglamento sí se encontraba en vigor a la muerte del causante, que aconteció en 2013, pero ello no implica que fuese posible su aplicación, pues, como hemos indicado, está no tendrá lugar hasta el 17 de agosto de 2015³².

22. En realidad, el precepto que invoca la viuda en su recurso (hace mención, de forma genérica, al artículo 83, aunque se deduce que se refiere a su apartado segundo) para amparar la aplicación al caso del Reglamento 650/2012 lo que pretende, en atinadas palabras de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, es adelantar en el tiempo los efectos legales de la elección de la ley aplicable a la sucesión, y ello en un triple sentido³³:

23. Por un lado, considerando válida la elección de ley realizada antes del 17 de agosto de 2015 si cumple los requisitos del Capítulo III del Reglamento, o bien si cumple las condiciones de validez en aplicación de las normas de Derecho Internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía (artículo 83.2)

24. Por otro, entendiendo válida y admisible en cuanto al fondo y a la forma una disposición *mortis causa* hecha antes del 17 de agosto de 2015 si cumple las condiciones exigidas en el Capítulo III del Reglamento o las contempladas en al respecto en las normas de Derecho internacional privado vigentes, en el momento en que se hizo la elección, en el Estado en el que el causante tenía su residencia habitual o en cualquiera de los Estados cuya nacionalidad poseía o en el Estado miembro de la autoridad que sustancia le sucesión (artículo 83.3).

25. Finalmente, considerando que si una disposición *mortis causa* se realiza antes del 17 de agosto de 2015 conforme a la ley que el causante podría haber elegido conforme al Reglamento, dicha ley se entiende válidamente elegida como ley aplicable a su sucesión (artículo 84.4).

26. Lógicamente, en los tres casos referidos, la elección de la ley aplicable a la sucesión o, en su caso, la disposición material *mortis causa*, para que produzca los efectos contemplados en el artículo 83, deberá haber sido realizada con posterioridad al 16 de agosto de 2012, fecha de entrada en vigor del Reglamento³⁴.

27. En definitiva, el artículo 83 del Reglamento, tal como declara la Dirección General, lo que contiene es una norma que permite anticipar la preparación de las sucesiones *mortis causa* conforme a las posibilidades ofrecidas por el Reglamento –muy en particular mediante la elección de ley aplicable a la sucesión–, pero que únicamente dará lugar a su aplicación si se cumple el requisito *sine qua non* de que el fallecimiento del causante tenga lugar a partir del 17 de agosto de 2015. Se trata con ello de evitar que las normas de Derecho internacional privado de los Estados miembros prolonguen excesivamente su aplicación tras la llegada de la fecha de plena operatividad del Reglamento, esto es, que se vaya produciendo una tendencia hacia la preparación de los instrumentos sucesorios conforme a lo que va a permitir el Reglamento a partir de tal fecha³⁵.

³² Sobre la trascendencia y significado de la fecha de “entrada en vigor” y la fecha de “aplicación”, que puede a veces dar lugar a dudas sobre la fecha que podrá aplicarse el instrumento en cuestión en un determinado supuesto, *vid.* la sentencia del TJUE de 17 de noviembre de 2011 (asunto C-412/10). En ella se determinó la no aplicación al caso del Reglamento 864/2007, de 11 de julio de 2001 (Roma II), haciéndose una interpretación conjunta y finalista (apartados 33 a 36) de lo que ha de entenderse por “aplicabilidad” (artículo 31) y “entrada en vigor” (artículo 32).

³³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, *cit.*, pp. 46-47.

³⁴ Se trata por lo tanto de disposiciones hechas en el período transitorio que va desde el 16 de agosto de 2012 –“entrada en vigor”– al 17 de agosto de 2015– “aplicabilidad”-. Indica A. BONOMI que las sucesiones abiertas después del 17 de agosto de 2015 se regirán por la ley estatal designada a través del Reglamento 650/2015, y dicha ley resultará también de aplicación a los actos jurídicos sucesorios anteriores a tal fecha, como testamentos o similares (“Il regolamento europeo sulle successioni”, *cit.*, p. 298).

³⁵ Una interpretación diferente, como la mantenida por la recurrente, defiende A. LARA AGUADO para quien, en relación a la sucesión de nacionales marroquíes planteada ante autoridades españolas, el artículo 83.2 del Reglamento ampara que desde

28. En relación a esta cuestión es de significar que en los supuestos de sucesiones internacionales, es claro que una vez sea de aplicación el Reglamento 650/2012 los notarios españoles aplicarán las normas de conflicto recogidas en el mismo a los supuestos sucesorios internacionales en los que intervengan, y no el artículo 9.8 del Código civil³⁶. Sin embargo, la disposición contenida en el artículo 83.2 del Reglamento ha dado amparo a que en la práctica española los notarios estén aceptando como válida la *professio juris* a pesar de no ser aplicable el Reglamento hasta el 17 de agosto de 2015 y de ser una institución no admitida por el derecho español ni por el inglés. Y esta práctica tiene precisamente como finalidad la progresiva acomodación de los instrumentos sucesorios estatales a la realidad próxima una vez sea de plena aplicación el Reglamento³⁷.

29. El admitir el Reglamento la *professio juris* supone en este punto una victoria de los notarios en el escenario legal europeo. Sabemos que antes de la entrada en escena del Reglamento, en muchos Estados miembros –como en España o en el Reino Unido–, no se permitía la *professio juris* sucesoria. Al admitirse ahora esta opción de ley que facilita de manera muy notable al causante una correcta planificación de su sucesión –y, en consecuencia de su patrimonio–, los particulares se sentirán incentivados a acudir al notario a ejercer esta facultad jurídica. Y ello se verá favorecido al exigirse que la elección se realice en forma de disposición mortis causa, requiriéndose que la misma reúna las exigencias de forma que se exigen a las disposiciones *mortis causa*, pues la mayor parte de estas disposiciones serán “testamentos” y estos se suelen otorgar ante notario³⁸. Por ello estos profesionales recibirán nuevas peticiones para actos respecto de los cuales hasta ahora no tenía competencia material³⁹.

el día 16 de agosto de 2012 los causantes vinculados con España y Marruecos puedan organizar su sucesión teniendo en cuenta las posibilidades de elección que les otorga el Reglamento, y ello implica que se aplique el Reglamento aunque el fallecimiento tenga lugar con anterioridad al 17 de agosto de 2015. Para la citada autora “(n)o tendría, entonces, ningún sentido permitir que los causantes organicen su sucesión conforme a un ordenamiento jurídico que, en caso de fallecimiento antes de la fecha prevista, no concedería validez a lo dispuesto por el causante” (“Impacto del Reglamento 650/2012 sobre sucesiones en las relaciones extracomunitarias vinculadas a España y Marruecos”, *REEL*, núm. 28, diciembre 2014, pp. 7-9).

³⁶ Para J. CARRASCOSA GONZÁLEZ cuando el notario intervenga en actos de jurisdicción voluntaria o actos meramente fedatarios en el sector sucesorio, deberá aplicar la ley estatal establecida por las normas de conflicto recogidas en el Reglamento 650/2012 y no las normas de conflicto nacionales del Estado miembro al que pertenece. En efecto, el Reglamento 650/2012 se aplica a la actividad legal que desarrollan los notarios. El Reglamento establece, únicamente, que la “competencia internacional notarial” no se rige por sus normas (artículo 2). Ahora bien, si el Reglamento 650/2012 hubiera querido que los notarios no aplicasen las normas de conflicto recogidas en el mismo, lo hubiera dicho de manera expresa. La aplicación por los notarios de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 650/2012 es una solución perfectamente lógica: “sería incongruente y atentaría contra la más elemental seguridad jurídica de los particulares que un acto notarial relativo a una concreta sucesión *mortis causa* se sustentara con arreglo a la ley estatal designada en virtud del artículo 9.8 del Código civil pero que su impugnación judicial se resolviera con arreglo a otra ley estatal diferente designada en virtud de las normas de conflicto contenidas en el Reglamento 650/2012” (“Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *cit.*, p. 18). Para el citado autor, la aplicación por los notarios de los criterios de conexión del Reglamento 650/2012 da lugar a que incluso puedan aplicar de oficio la cláusula de excepción contenida en su artículo 21.2 si se acredita que, de todas las circunstancias del caso, el causante mantenía un vínculo más estrecho con un Estado distinto del de su residencia habitual (“Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *cit.*, pp. 27-30).

³⁷ En relación a la práctica notarial española respecto a las sucesiones con elemento internacional *vid.* J. BOLÁS, “Las sucesiones mortis causa transfronterizas en la Unión Europea”, *Escritura Pública*, n° 63 (mayo-junio de 2010), pp. 38-39; I. CALVO VIDAL, “La competencia notarial en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones”, *El Notario del Siglo XXI*, n° 54 (marzo-abril de 2014), pp. 144-147; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *CDT*, 2014, n° 1, pp. 5-44; M.I. ESPÍNEIRA SOTO, “Estudio práctico sobre sucesiones con elemento extranjero. Guía de actuación jurídica. Formalidades de las disposiciones testamentarias otorgadas en el extranjero”, en J.M. FUGARDO ESTIVILL (coord.), *Extranjería: función notarial y derecho documental (I). Contratación, negocios jurídicos y representación formal*, Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 207-257 y P. JIMÉNEZ BLANCO, “Las declaraciones notariales de herederos en las sucesiones internacionales”, *AEDIP*, t. III (2003), pp. 327-359.

³⁸ *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *cit.*, p. 25. A pesar de que la práctica pone en evidencia que el testamento (como acto estrictamente individual) es la forma más utilizada en España a efectos de planificar la sucesión *mortis causa*, sin embargo el Reglamento 650/2012 contempla también en su artículo 3.1, d) otros dos tipos de forma que pueden adoptar las disposiciones *mortis causa*: la de un “testamento mancomunado” (acto multilateral) o la de un “pacto sucesorio”. Como puntualiza PH. DE PAGE, son éstas las tres maneras en las que el causante puede organizar materialmente su sucesión hereditaria si emplea al efecto disposiciones *mortis causa* (“Le testament international et sa mystique”, *Revue du notariat belge*, 1984, pp. 7-23).

³⁹ Y ha de tenerse en cuenta que todo documento público autorizado o acto jurídico expedido por notarios en materia de sucesiones *mortis causa* en los Estados miembros debe poder circular válidamente por la Unión Europea de acuerdo con el Re-

30. Este primer argumento utilizado por la Dirección General nos parece de por sí suficiente para dejar zanjada la discusión sobre la posible aplicación anticipada del Reglamento 650/2012 en un caso como el que nos ocupa: hemos visto que ello no procedía en modo alguno atendiendo a la fecha del fallecimiento del causante. A pesar de ello, veremos a continuación cómo la Dirección General utiliza –a nuestro entender de una manera innecesaria y, además, improcedente– dos argumentos más para defender la no aplicación del Reglamento. En cualquier caso, la utilización de los argumentos en cuestión nos permite que podamos entrar a comentar determinados aspectos de interés en relación a los mismos.

B) Segundo argumento: la no participación del Reino Unido en el Reglamento sucesorio europeo

31. En el Fundamento de Derecho 4º, *in fine*, de la Resolución de 13 de agosto de 2014 se indica que, con independencia de la inaplicación de la disposición transitoria contenida en el artículo 83.2 por razón de la fecha de fallecimiento del causante (primer argumento), representa otro obstáculo a su aplicación el hecho de la nacionalidad británica del finado. Al respecto, atendiendo a lo dispuesto en el Considerando 83 del Reglamento, se indica que: “de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo número 21 sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, dichos Estados miembros no participan en la adopción del citado Reglamento y no quedan vinculados por él y por sus normas de aplicación (al no haber ejercitado la facultad *opt-in* que les confieren los citados instrumentos)”⁴⁰.

32. En relación a este segundo argumento invocado por la Dirección General, ha de indicarse que a nuestro entender se produce un importante error. En efecto, una vez que sea aplicable el Reglamento 650/2012 a partir del 17 de agosto de 2015 en los términos ya indicados, las normas contenidas en él serán las que utilicen las autoridades, judiciales y extrajudiciales, de los Estados miembros participantes en el Reglamento para determinar el ordenamiento aplicable al fondo de una sucesión internacional. Esto implicará que, por ejemplo, en el caso de España el Reglamento sustituirá al artículo 9.8 del Código civil. A partir de entonces las normas de conflicto del Reglamento (artículos 21 y 22) serán las que se apliquen por nuestras autoridades para determinar la ley aplicable a la sucesión, y ello será así tanto si el causante es nacional de un Estado miembro, como si lo es del Reino Unido, de Irlanda o de Dinamarca (Estados miembros no participantes en el Reglamento), e incluso si lo es de un Estado no comunitario⁴¹.

33. Por ello, el hecho de que el Reino Unido no haya ejercitado la facultad de *opt-in* en relación al Reglamento 650/2012 no significa que éste no se vaya a aplicar en el caso de sucesiones que afecten a sus nacionales residentes en otros Estados miembros participantes en el Reglamento. Es más, con las reglas sobre determinación de la ley aplicable contenidas en los artículos 21 y 22 del Reglamento, la solución general para los casos en los que el nacional británico sea residente en España será –salvo que se haya realizado elección de la ley aplicable– la aplicación del Derecho sucesorio español por ser éste el país de su residencia habitual⁴².

glamento 650/2012. Sobre la forma en la cual circularán tales actos y documentos *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *cit.*, pp. 33-36.

⁴⁰ Tampoco se aplica el Reglamento en Dinamarca, según se establece en el Considerando 83 del Reglamento en relación a los artículos 1 y 2 del Protocolo 22 sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Por el contrario, sí se aplica en Croacia desde el 1 de julio de 2013, fecha de incorporación de tal Estado a la Unión Europea.

⁴¹ Ello tiene lugar, como ya se ha adelantado, debido al carácter universal del Reglamento, recogido en su artículo 21 al indicarse que la ley designada como consecuencia de tal instrumento se aplicará “aun cuando no sea la ley de un Estado miembro”. En consecuencia, a partir de entonces la aplicación del artículo 9.8 del Código civil quedará limitada a los aspectos sustantivos no incluidos en el ámbito de aplicación material del Reglamento 650/2012, al igual que en su momento ocurrió con otros instrumentos comunitarios con origen en el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: así, en el Reglamento Roma I, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (artículo 2), o en el Reglamento Roma II, sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (artículo 3).

⁴² A diferencia de lo que ocurría hasta ahora con el artículo 9.8 del Código civil que, en casos como el indicado, nos lleva como regla general la aplicación del derecho inglés a la sucesión de los ingleses que residen en España (sin perjuicio del posible juego del reenvío que pudiera dar lugar a la eventual aplicación de la ley española –*infra*–).

34. El *opt-out* del Reino Unido en relación al Reglamento 650/2012 lo que significa en la práctica es que sus autoridades no acudirán al Reglamento para determinar el ordenamiento aplicable al fondo de una sucesión internacional de la que conozcan. Por el contrario, seguirán utilizando su sistema tradicional interno de origen germánico de escisión entre *lex rei sitae* para la sucesión de los bienes inmuebles y *lex domicilii* para la de los muebles. Es decir, las autoridades de dicho Estado miembro no aplicarán el Reglamento 650/2012, no considerándose el Reino Unido Estado miembro a efectos del Reglamento⁴³.

35. Las razones fundamentales por las que el Reino Unido no participa en el Reglamento 650/2012, a pesar de que mantuvo una activa participación en los debates y negociaciones previas⁴⁴, son detalladamente expuestas por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ siguiendo a J. HARRIS: En primer término, por las peculiaridades de su sistema de administración de herencias, que debe regirse por la ley del país donde los bienes estén situados; En segundo lugar, por la negativa a que el caudal relicto pudiera ser reducido en virtud de una ley extranjera que contemple instituciones como las reservas o legítimas (con especial perjuicio en estos casos para las *Charities*) y, finalmente, por la debilidad que resultaría para la figura del *trust* la incorporación del Reino Unido al Reglamento dadas las conexiones establecidas en éste para determinar la ley aplicable a la sucesión, lo que dificultaría la exportación de modelo de *trust* anglosajón al continente, con grandes perjuicios para el colectivo integrante de la *legal profession*⁴⁵.

36. En definitiva, parece evidente que no es correcta la valoración que se realiza desde la Dirección General en el sentido de declarar no aplicable el Reglamento 650/2012 en un caso como el tratado por el simple hecho de la nacionalidad británica del causante. Conociendo una autoridad española de la sucesión en cuestión, dicha autoridad aplicará el Reglamento 650/2012 para determinar la ley aplicable a la sucesión con independencia de la nacionalidad británica del causante. Reiteramos, el Reglamento, en atención a su carácter universal, se aplica sin atender a circunstancias como la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual del causante y de las partes implicadas en la sucesión.

C) Tercer argumento: no existencia de elección de ley

37. La Dirección General señala en el Fundamento de Derecho 3º, párrafo segundo, de la Resolución, como un tercer motivo para justificar la no aplicación al asunto del Reglamento 650/2012, el

⁴³ Como indica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ el Reglamento 650/2012 sólo es derecho positivo vigente para los Estados miembros de la Unión Europea participantes en el mismo (*El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, cit., p. 48). Los Estados miembros no participantes (Reino Unido, Irlanda y Dinamarca) no se consideran Estados miembros a efectos del Reglamento 650/2012 (A. BONOMI, “Il regolamento europeo sulle successioni”, cit., p. 294).

⁴⁴ Lo cual ha supuesto que, a pesar de finalmente haber optado el Reino Unido por quedar al margen de la aplicación del Reglamento, haya quedado una profunda huella británica impregnada en el texto del Reglamento: así, por ejemplo, la referencia en el artículo 1 a la creación, administración y disolución del *trust* entre el elenco de materias excluidas del ámbito de aplicación. Más significativo es el caso del extenso y complejo artículo 29, bastando una lectura del mismo para apreciar sin mucha dificultad que las figuras del *administrator* o *executor*, típicas del derecho inglés, se encuentran presentes en su trasfondo; sobre el particular A. DAVÌ y A. ZANOBETTI indican que se trata de un precepto útil para el día que el Reino Unido e Irlanda decidan hacer uso de la facultad de *opt-in* (“Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, cit., p. 27).

⁴⁵ *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, cit., pp. 48-49 y J. HARRIS, “Understanding the English Response to Europeanisation of Private International Law”, *Journal Private International Law*, 2008, pp. 347-361.

G. BIAGIONI indica como motivos de la no participación británica: *La mancanza di una definizione di residenza abituale, pur essendo questo il principale criterio di collegamento utilizzato dal regolamento; il ruolo dei rappresentanti personali dell’eredità; la possibile applicazione dell’istituto della collazione, ignoto al diritto inglese* (“L’ambito di applicazione del Regolamento sulle successioni”, en P. FRANZINA y A. LEANDRO –coords.–, *Il Diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Giuffrè, Milan, 2013, p. 53). A. BONOMI aduce como motivo fundamental la adopción del criterio de unidad en la regulación en lugar del método dualista vigente en los Estados de *common law*, lo cual puede dar lugar a que la sucesión de bienes inmuebles situados en el Reino Unido quede regulada por una ley extranjera, algo inadmisibles para ellos (*Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, cit., p. 29). A. RODRÍGUEZ BENOT indica al respecto que, desde un punto de vista de política jurídica, el certificado sucesorio europeo ha constituido un duro golpe para las aspiraciones de ciertos colectivos de profesionales que se han negado, durante años, a conceder efectos jurídicos en su país a documentos nacionales en materia sucesoria expedidos en otros Estados, cual es el caso manifiesto del Reino Unido, siendo ésta una de razones principales de su no participación en el Reglamento (recensión a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo*, Comares, Granadas, 2014, en *REDI*, vol. XVI, 2, 14, p. 397).

hecho de que no se puede entender realizada por el causante la elección de la ley aplicable en el título sucesorio. Ello en cuanto que allí simplemente se reconoce la nacionalidad británica del causante, sin hacerse expresa declaración de sometimiento a su ley nacional.

38. Existe una primera incongruencia en el presente razonamiento en cuanto si el artículo 83.1 del Reglamento 650/2012 no habilita la aplicación del mismo al caso por el hecho de haberse producido el fallecimiento del causante antes del 17 de agosto de 2015 –fundamento del argumento primero–, sobraba entrar en la discusión sobre si había habido o no elección de ley aplicable en el caso. Ello es así en cuanto la *professio juris* es precisamente admitida con carácter novedoso en el artículo 22 del Reglamento, pero no lo ha sido tradicionalmente en la mayoría de derechos nacionales, entre ellos el inglés o el español.

39. Sin embargo, a pesar de la no aplicación al caso del Reglamento, la Dirección General entra en la cuestión de la posible elección de ley en los términos indicados⁴⁶, esto es, entendiendo que no ha existido elección de ley aplicable⁴⁷. Pero lo que llama la atención es que, una vez que se entra –sin necesidad– en esta cuestión, se indique que la manifestación de elección de ley aplicable a la sucesión habría de ser “explícita conforme al Considerando 39 del Reglamento”. Pues bien, esta última indicación nos parece realmente sorprendente por una doble consideración:

40. En primer término en cuanto que, por un lado, el referido Considerando no es precisamente eso lo que indica, sino más bien todo lo contrario, esto es, admite sin lugar a dudas la posibilidad de que pueda resultar una elección de forma tácita⁴⁸ y, por otro, el propio artículo 22.2 del Reglamento admite como válida la elección tácita de la ley aplicable⁴⁹, por lo que, dada la claridad del referido precepto, no había siquiera necesidad de acudir al auxilio de lo dispuesto en los considerandos del texto.

41. En segundo término porque, en la eventualidad de haber sido de aplicación al caso el Reglamento 650/2012, a nuestro entender es defendible mantener que sí ha tenido lugar una elección de la ley aplicable. En efecto, según consta en la propia Resolución, el causante había otorgado testamento abierto ante notario español donde, además de instituir heredera de todos los bienes, acciones y derechos a su esposa doña C.L.R., manifestó de manera expresa que tal disposición “era factible conforme a su ley personal”, esto es, conforme a lo dispuesto en la ley inglesa (Fundamento de Derecho 1º, párrafo 1º, *in fine*).

42. Así las cosas, lo discutible en todo caso sería si en la elección de la ley aplicable a la sucesión se produjo de una manera expresa o si lo fue de forma tácita. Pues bien, al respecto entendemos que ambas opciones serían defendibles:

43. Respecto a una posible elección expresa hay que tener en cuenta que el testamento se configuró conforme a las posibilidades otorgadas por la ley inglesa en materia sucesoria, indicándose que lo dispuesto en el mismo era factible conforme a dicha ley⁵⁰. Además, nos encontramos con el hecho de que el

⁴⁶ Y no podemos siquiera entender que entre a mayor abundamiento, pues incluso es el primero de los argumentos esgrimidos en la Resolución para defender la no aplicación del Reglamento (si bien nosotros, por razón de mayor coherencia y lógica en la explicación, lo hemos situado en último lugar).

⁴⁷ Con contundencia se indica en el Fundamento de Derecho 3º, párrafo segundo, *in fine*, de la resolución que, en el presente caso, fallecido el causante en 2013, no cabe alegar la aplicación retroactiva del Reglamento “ni elección de ley alguna conforme al mismo”.

⁴⁸ En efecto, dispone el Considerando 39 que la elección deberá hacerse explícitamente en una declaración en forma de disposición *mortis casusa* “o ha de resultar de los términos de una disposición de ese tipo”.

⁴⁹ Efectivamente, dispone el artículo 22.2, en idénticos términos a los establecidos en el Considerando 39, que la elección de ley deberá tener lugar expresamente en forma de disposición *mortis causa* “o habrá de resultar de los términos de una disposición de este tipo”. A los efectos del Reglamento se entiende por disposición *mortis causa*: un testamento, un testamento mancomunado o un pacto sucesorio (artículo 3.1, d).

⁵⁰ Al encontrarnos en el marco de un testamento se cumple con el requisito del artículo 22.2 del Reglamento de que la elección ha de realizarse en forma de disposición *mortis causa*. Ha de recordarse que dichos requisitos de forma serán los establecidos según la ley designada por el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, sobre ley aplicable a la forma de las

testador es nacional del Reino Unido. Es evidente que no estamos ante una tradicional *choice of law clause*, a tenor de la cual se dispondría que “La sucesión *mortis causa* se rige por el Derecho inglés”⁵¹, en cuyo caso ninguna duda existiría sobre el carácter expreso de la elección. Pero testar conforme a lo dispuesto en la ley personal e indicar en la propia disposición *mortis causa* que tal institución de su esposa como heredera exclusiva de todos sus bienes, derechos y acciones que tuviera en España es factible conforme a lo dispuesto en dicha ley, nos ponen al borde de la elección expresa, si no plenamente dentro de ella.

44. Si se entiende que no se ha producido una elección expresa de ley aplicable a la sucesión de d. G.C.R., entendemos fuera de toda duda que la elección se hubiera producido en todo caso de forma tácita o implícita, pues la misma resulta evidente del contenido del testamento, requisito éste exigido en el artículo 22.2 del Reglamento⁵². Es a estos efectos de la determinación de la posible existencia de una elección tácita cuando resultaría conveniente la consulta a lo dispuesto en el Considerando 39 del Reglamento. En efecto, a tenor del mismo puede considerarse que existe elección tácita en el supuesto de que, por ejemplo, el causante haya hecho referencia en el testamento a determinadas disposiciones específicas de la ley del Estado de su nacionalidad “o haya mencionado explícitamente de otro modo esa ley”. En el caso que tratamos, el testador parece que ha organizado su sucesión en el testamento conforme a lo que dispone la ley de su nacionalidad⁵³, la ley inglesa y, aunque no exista evidencia en la Resolución de que se haya hecho en el mismo referencia a disposición específica alguna de dicha ley, es evidente que ha realizado una mención explícita a ella al indicarse que era factible conforme a lo dispuesto en el derecho inglés.

45. En cualquier caso, sea de una manera expresa o tácita, lo indudable es que la elección de ley habría existido de haber sido aplicable el Reglamento 650/2012, por lo que creemos la Dirección General no ha acertado en relación a este particular sobre la designación de ley aplicable por parte del causante: primero, por entender que el Reglamento no admite la elección tácita y, segundo, por entender que, en cualquier caso –y presuponiendo la aplicación del Reglamento–, no se ha producido dicha elección, ni de manera expresa ni tácita, ambas formas admitidas por el Reglamento.

disposiciones testamentarias. I. CALVO VIDAL señala que la elección de ley puede realizarse en testamento o en pacto sucesorio o bien fuera de testamento y de pacto sucesorio, siempre que la misma reúna los requisitos de forma de una disposición testamentaria (“El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. La ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 328, p. 100). Por su parte, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ apunta que el causante puede acudir al notario y declarar simplemente su voluntad de que su sucesión *mortis causa* sea regulada por la ley del Estado X cuya nacionalidad ostenta, sin hacer disposición alguna sobre el destino dominical de su patrimonio. Ello sería considerado una *professio juris* válida conforme al artículo 22.2 del Reglamento (*El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, cit., p. 138 y 145). En el caso que tratamos el causante incluyó en el propio testamento –abierto y otorgado ante notario español– la declaración de conformidad de las disposiciones testamentarias a lo dispuesto en el derecho inglés.

⁵¹ Al respecto es reseñable que aunque el Reglamento 650/2012 no obligue a realizar la elección de ley ante notario, lo cierto es que al exigir que la elección se realice “en forma de disposición *mortis causa*” (artículo 22.1) y, por lo tanto, requerirse que reúna las exigencias de forma de estas disposiciones, al contenerse la mayoría de estas disposiciones en testamentos otorgados ante notario, una vez se encuentre en aplicación el Reglamento se multiplicarán los casos en los que estos profesionales autorizarán testamentos internacionales conteniendo cláusulas de elección de ley aplicable.

⁵² La elección tácita es admitida en algunos instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado que regulan cuestiones de ley aplicable. Así acontece en el Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (artículo 3.1) y en el Reglamento 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (artículo 14.1, *in fine*). Sin embargo, en ambos textos se admite la elección tácita pero siempre que ello pueda resultar “de una manera inequívoca” de los términos del contrato o, en su caso, de las circunstancias del caso. Desgraciadamente este carácter inequívoco en la elección no se ha exigido en el artículo 22.2 del Reglamento 650/2012, y ello en un ámbito, el sucesorio, donde una designación tácita acordada de manera ambigua puede dar al traste con las legítimas expectativas tanto del causante como de sus herederos. En todo caso, como indica A. BONOMI, lo que no se consideraría válido conforme al Reglamento sería a la elección de ley aplicable de forma meramente presunta o hipotética (“Il regolamento europeo sulle successioni”, cit., 2013, p. 313).

⁵³ Para algunos autores el hecho de la específica sistemática del testamento no es de por sí elemento decisivo para deducir la existencia de una elección por parte del causante a favor de su ley nacional; ello debería operar en conjunción con otros datos que, interpretados en su globalidad, denotasen la evidente intención del causante de someter su sucesión a la referida ley (A. DAVI y A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internacionales privato delle successioni nell’Unione europea”, cit., pp. 45-50).

46. No siendo aplicable el Reglamento 650/2012, y no pudiéndose acudir por tanto a sus disposiciones para determinar la ley aplicable a la sucesión de don G.C.R., vamos a analizar a continuación cómo la Resolución que comentamos aborda la manera en que procede en el caso determinar la ley aplicable a la sucesión.

2. La solución conforme al artículo 9.8 del Código civil

47. A falta de otro instrumento internacional aplicable⁵⁴, habrá de acudir a lo dispuesto en el artículo 9.8 del Código civil, a cuyo tenor la ley aplicable a la sucesión será la nacional del causante al tiempo de su fallecimiento, es decir, en nuestro caso la ley inglesa⁵⁵. Esta norma acoge el principio de unidad y universalidad de la sucesión, de modo que la sucesión se sujeta a la ley nacional del causante, la cual regulará la totalidad de la sucesión, con independencia de la naturaleza de los bienes que la integren y del lugar donde se encuentren situados⁵⁶. La excepción a la aplicación de esta solución se producirá únicamente en el caso de que la norma de conflicto de la ley nacional del causante remitiera la regulación a la ley española, al ser el reenvío de primer grado el único admitido en el artículo 12.2 del Código civil.

48. Una vez sea de aplicación el Reglamento 650/2012 habrá que acudir a lo dispuesto sobre el reenvío en su artículo 34, que en materia sucesoria desplazará al artículo 12.2 del Código civil. Dicho precepto establece una regulación del reenvío sólo contemplado cuando se remita la regulación de la sucesión a la ley de un tercer Estado. En tal caso se entienden incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado siempre que dichas disposiciones prevean un reenvío: a) bien a la ley de un Estado miembro, b) bien a la ley de otro tercer Estado si se aplicara su propia ley sustantiva. Lógicamente, no se acepta el reenvío cuando la ley aplicable a la sucesión, según las normas de conflicto del Reglamento, fuese la ley de un Estado miembro: en tal caso la ley aplicable sería la misma en todos los Estados miembros participantes en el Reglamento, esto es, la que resultase e conforme a los criterio del Reglamento, y ello con independencia de cual fuese la autoridad estatal que conociese de la sucesión⁵⁷.

⁵⁴ España ni siquiera ha firmado el Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989, relativo a ley aplicable a las sucesiones por causa de la muerte, el cual ya hemos indicado que no se encuentra en vigor. Sorprende por ello que el Auto de la Audiencia Provincial de Málaga –Sección 4ª– de 30 de mayo de 2014, aplique el artículo 3 de dicho Convenio y, además, lo haga para reforzar la justificación de la competencia de los tribunales españoles para conocer de la sucesión de una nacional británica fallecida en España, cuando sabido es que, al margen de no encontrarse en vigor, se trata de un Convenio en materia de derecho aplicable ajeno a la regulación de competencia judicial internacional.

⁵⁵ En el caso de remisión a un sistema plurilegislativo donde coexistan distintas normas jurídicas en materia de sucesiones –como ocurre en el Reino Unido–, y hasta tanto sea de aplicación el Reglamento 650/2012, habrá de estarse a lo que dispone el artículo 12.5 del Código civil, donde se indica que la determinación del derecho que sea aplicable se hará conforme a la legislación de dicho Estado. Este precepto apenas sí ha sido aplicado en España por los tribunales, dado que el problema se suele solucionar mediante una remisión directa inconsciente, que es sorprendente porque se emplea incluso cuando el criterio de la localización es la nacionalidad, sin justificar ni detallar cuál es la conexión subsidiaria utilizada ni por qué se ha utilizado (S. SÁNCHEZ LORENZO, “Art. 12, apartado 5”, en M. ALBADALEJO y S. DIAZ ALABART (dirs.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I. v. 2º, Arts. 8 a 16 del Código civil, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995, p. 959).

Una vez sea aplicable el Reglamento habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en su artículo 36, una norma farragosa que, partiendo de que serán las normas internas sobre conflicto de leyes del Estado plurilegislativo las que determinaran la unidad territorial cuyas normas jurídicas regularán materialmente la sucesión, contiene a continuación una serie de complejas soluciones para el supuesto de inexistencia de tales normas internas sobre la resolución de conflicto de leyes. Sobre la novedosa regulación de la remisión a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 *vid.* A. BONOMI, “Article 38. Non-application du présent règlement aux conflits de lois internes”, en A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, cit., pp. 552-562; P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de la muerte en el Derecho sucesorio europeo”, cit., pp. 34-36 y M.E. ZABALO ESCUDERO, “La remisión a sistemas plurilegislativos en materia sucesoria. Perspectiva europea”, en R. VIÑAS y G. GARRIGA (coords.), *Perspectiva del Derecho sucesorio en Europa*, cit., pp. 137-155.

⁵⁶ Como ya se ha indicado, estos principios de unidad y universalidad han sido también acogidos por el Reglamento 650/2012 en sus artículos 21 y 22.

⁵⁷ El artículo 34.2 del Reglamento contempla otra serie de supuestos puntuales en los que, por distintas razones, tampoco se admite el reenvío. Sobre el artículo 34 del Reglamento ha mostrado A. RODRÍGUEZ BENOT su sorpresa en cuanto, por un lado, su aparición en el texto final publicado en el *Diario Oficial de la Unión Europea* fue inesperada por cuanto no había sido aprobada en el seno del Comité de Derecho Civil del Consejo y, por otro, su redacción –alejándose de la tradicional sobre reenvío contenida en los instrumentos comunitarios análogos– ha seguido el modelo del artículo 13 de la Ley italiana de Derecho

49. En el caso presente ya hemos indicado que la norma de conflicto del derecho inglés en materia sucesoria da lugar a una escisión en la regulación, pues los bienes inmuebles son regulados por la *lex rei sitae*, mientras que los muebles lo son por la *lex domicilii*. Por lo tanto, en atención al juego del reenvío de primer grado, en el caso abordado en la Resolución debería ser regulada la sucesión relativa al inmueble sito en España y objeto de controversia por lo dispuesto en la ley española. En consecuencia, podría resultar en principio procedente la actuación del registrador al denegar la inscripción de la escritura de adjudicación de herencia al entender que no se han respetado los derechos de los hijos derivados de la reserva prevista en el artículo 968 del Código civil.

50. Sin embargo, a pesar de esta aparente claridad, la Dirección General nos recuerda acertadamente que el reenvío –ni siquiera el de primer grado– no opera de manera automática en el derecho español. Dicha institución no debe aceptarse en materia de sucesión *mortis causa* si ello va a provocar un fraccionamiento legal de la sucesión, lo cual resultaría contrario a los referidos principios de unidad y universalidad presentes en nuestro sistema sucesorio. Así lo ha establecido una consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en las sentencias de 15 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1999 y 23 de septiembre de 2002, tratándose de casos de sucesión *mortis causa* de residentes en España nacionales de Estados con sistemas de *common law* en los que la aplicación de sus leyes personales llevaba a la aplicación, en principio, de la ley inglesa en dos ocasiones y, de la ley norteamericana del Estado de Maryland, en otra⁵⁸. En todos los casos, cada uno con sus propios matices, el Tribunal Supremo destacó el carácter no automático del reenvío, teniéndose en cuenta para admitirlo el hecho de producirse o no el fraccionamiento en la regulación de la sucesión, lo cual acontece dependiendo principalmente del hecho de tener o no el causante focalizado su patrimonio en un único país. Ello es así en atención a la vigencia de los principios de unidad y universalidad en nuestro sistema, así como la importancia en Derecho internacional privado de la armonía internacional de soluciones, que resultaría quebrantada si se admitiese un reenvío que diese lugar al citado fraccionamiento en la regulación de la sucesión.

51. Siguiendo esta consolidada doctrina, la Dirección General concluye no admitiendo el juego del reenvío en el caso y, por lo tanto, determinando la regulación de la sucesión por el derecho inglés, pues de lo contrario se produciría una quiebra del principio de unidad de la sucesión. Y ello es así dado que, como se indica en la propia Resolución, una parte del patrimonio inmobiliario del causante se encuentra situada en España; es decir, el causante tenía otra parte de su patrimonio inmobiliario en el extranjero –y sin que se haga referencia a la ubicación del patrimonio mobiliario–. Por esta razón, al no

internacional privado (recensión a J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo*, Comares, *cit.*, pp. 396-397; *vid.* sobre la regulación del reenvío en el Reglamento 650/2012 *vid.* A. BONOMI, “Art. 34. Revoi”, en A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, *cit.*, p. 509-523; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, *cit.*, pp. 275-290; A. DAVI y A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *cit.*, pp. 82-106; A. LARA AGUADO, “Impacto del Reglamento 650/2012 sobre sucesiones en las relaciones extracomunitarias vinculadas a España y Marruecos”, *cit.*, pp. 31-35 y P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de la muerte en el Derecho sucesorio europeo”, *cit.*, pp. 36-39).

⁵⁸ Sobre el reenvío en materia sucesoria en el sistema español de Derecho internacional privado y la referida jurisprudencia del Tribunal Supremo, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho internacional privado de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío”, *Estudios de Derecho Civil. Homenaje al Profesor Francisco Javier Serrano García*, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 131-157; E. CASTELLANOS RUIZ, “Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio antes y después de la STS de 23 de septiembre de 2002”, en A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 239-269; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sucesión internacional y reenvío”, *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, vol. 55, n° 2 (2007), pp. 59-121; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sucesión internacional y reenvío”, *Estudios de Deusto*, vol. 55/2, julio-diciembre 2007, pp. 59-121; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ y J.J. MARTÍNEZ NAVARRO, *Prontuario básico de Derecho sucesorio internacional*, Comares, Granada, 2011, pp. 27-42; J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Reenvío y sucesiones en la práctica española”, en R. VIÑAS y G. GARRIGA (coords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio en Europa*, *cit.*, pp. 83-110; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “De nuevo el Tribunal Supremo matiza el ámbito del reenvío de retorno en materia sucesoria”, *AEDIPR*, 2001, pp. 1094-1097; S. SÁNCHEZ LORENZO, “Ámbito del reenvío en la determinación de la ley aplicable a la sucesión hereditaria”, *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2004, pp. 1144-1146; J.A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, “El reenvío ante el Tribunal Supremo: historia y reapertura de la vieja polémica en el Derecho internacional privado español”, *Actualidad Civil*, n° 40, 1999, pp. 1261-1295 y M. VIRGÓS SORIANO, “Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 42, 2004, pp. 181-210.

poder operar el reenvío de la ley inglesa a la española, prevalecen las normas sobre libertad de testar propias del derecho inglés frente a las restricciones que respecto de tales reglas impone la ley española: en el caso las derivadas del artículo 968 del Código civil. Y este es el motivo por el cual la Dirección General acuerda estimar el recurso interpuesto por la viuda designada heredera y, en consecuencia, revocar la nota de calificación registral.

52. Respecto a esta última cuestión, esto es, la defraudación de las expectativas de las personas posibles beneficiarias de derechos derivados de la legítima o de reservas legales, resulta oportuno indicar que el Reglamento no establece ninguna protección específica para tales personas⁵⁹. Esto significa que si un nacional británico con residencia habitual en España elige su ley nacional como ley aplicable a su sucesión *mortis causa*, en tal caso, los eventuales hijos españoles del causante, posiblemente nacionales españoles y con residencia habitual en España, no serán legitimarios, pudiendo disponer el causante con plena libertad sobre el destino de su patrimonio. Y ello dado que, como ya se indicó, en el derecho inglés no existe la legítima tal como es conocida en nuestro sistema y existe por contra una amplia libertad a la hora de testar⁶⁰. Esto significa que, a tenor del artículo 22.1 del Reglamento, es irrelevante a estos efectos que los legitimarios estén contemplados en la ley del país de la residencia habitual del causante en el caso de que éste haya optado por organizar su sucesión conforme a lo dispuesto en su ley nacional.

53. Además, ha de tenerse en cuenta que no es procedente acudir en estos casos al orden público internacional –contemplado en el artículo 35 del Reglamento– para rechazar en España la aplicación de leyes extranjeras (como, por ejemplo, la inglesa) que no contemplen la legítima en términos similares a los dispuestos en nuestro ordenamiento. La persona que se acoge al derecho a elegir su ley nacional para regular su sucesión según le permite el artículo 22.1 está ejercitando un derecho de una manera que, en principio, no ha de considerarse ni abusiva ni fraudulenta, pues la elección de ley se configura en el Reglamento de una manera abierta y flexible. El Reglamento no ha contemplado mecanismo alguno que prevea la activación de la excepción de orden público en estos casos⁶¹. La única protección que tienen los legitimarios es la derivada de lo que se disponga al respecto en la ley que regule la sucesión. En

⁵⁹ Manifiesta al respecto J. CARRASCOSA GONZÁLEZ que un mecanismo de protección legal de los legitimarios y similares en el Reglamento, que recortase los efectos jurídicos de la libre elección del causante a favor de su ley nacional, hubiera perjudicado las ventajas operativas del punto de conexión “elección de ley”. En tal sentido, la libre circulación de personas y la libre disposición del patrimonio propio se ha impuesto sobre la protección de los legitimarios y la preservación de patrimonios vinculados (*El Reglamento europeo sucesorio 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico, cit.*, p. 131; *vid.* también al respecto A. BONOMI, “Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members”, *Nederlands Internationaal Privaatrech*, 2010-4, pp. 605-610).

⁶⁰ No obstante, como ya indicamos, la libertad de testar tampoco es absoluta en el derecho inglés, pues, si bien no existen como tal las legítimas, sin embargo la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* determina que ciertas personas puedan dirigirse a los tribunales solicitando apoyo económico a cargo de los bienes del difunto fundamentándolo en que no se ha provisto a dichas personas en la sucesión de un soporte financiero razonable (*vid.* nota 7). Sin embargo es importante destacar que la *Inheritance (Provision for Family and Dependants) Act 1975* sólo se aplica cuando una persona fallece estando domiciliada (*domiciled*) en Inglaterra o Gales, por lo que tal disposición carecería de efectos desde la perspectiva de una sucesión internacional como la que tratamos, donde el causante tenía su residencia habitual en España al fallecer. Más limitada incluso es la libertad de testar en el Derecho escocés, donde la *Succession (Scotland) Act 1964* –revisada en 2005– establece que el cónyuge o el *civil partner* sobrevivientes, así como los hijos, tienen determinados “*legal rights*” sobre el *moveable estate* del causante, constituyendo un derecho más cercano al de las legítimas que el de las “*provisions*” del derecho inglés (*vid.* J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Reenvío y sucesiones en la práctica española”, *cit.*, p. 113).

⁶¹ Algún autor defendía que, en apoyo de la institución familiar, se pudiese exigir la implementación de una conexión especial que subordinara la legítima de los herederos forzosos prevista en su ley personal al derecho aplicable a la sucesión si éste fuese uno distinto (J.M. FUGARDO ESTIVILL, *En torno a la propuesta de Reglamento sobre sucesiones y certificado sucesorio europeo, cit.*, p. 152). Tal cláusula de protección sí está prevista sin embargo en los artículos 12.2 y 24.1 del Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre ley aplicable a la sucesión por causa de la muerte, siendo éste precisamente uno de los aspectos en los que el Convenio se diferencia de la regulación contenida en el Reglamento 650/2012. En definitiva, como indica P. RODRÍGUEZ MATEOS, la apreciación de la legítima dependerá de lo que disponga la ley sucesoria y no se plantea como una cuestión de orden público internacional (“La sucesión por causa de la muerte en el Derecho de la Unión Europea”, *cit.*, p. 5).

definitiva, el orden público no está llamado a intervenir para evitar la aplicación de la ley de un Estado que no contemple las legítimas⁶².

IV. Otros aspectos en relación a la sucesión

54. Al margen de la cuestión nuclear del asunto objeto de la Resolución comentada, que ha sido abordada en el punto anterior, no queremos dejar de tratar otros dos aspectos también sacados a relucir pero que, por diversas circunstancias, la Dirección General no tiene ocasión de profundizar en los mismos: por una parte, la cuestión de la acreditación del derecho aplicable a la sucesión (en el caso, el derecho inglés) y, por otra, la no constancia del *domicile* del causante y del nombramiento de ejecutor testamentario (*executor*) en la escritura de adjudicación de herencia.

1. La acreditación del derecho aplicable

55. Se destaca en el Fundamento de Derecho 2º de la Resolución que la cuestión principal en los expedientes en los que concurre elemento extranjero es la de la acreditación del Derecho aplicable. En el caso que nos ocupa se indica que dicha acreditación no consta en la escritura de adjudicación de herencia, donde no aparece afirmación expresa alguna del notario respecto a su conocimiento del derecho sucesorio inglés, como hubiera sido de desear. Tampoco consta nada al respecto en la nota de calificación del registrador. Sin embargo, tanto de la actuación de éste como de la de aquél deduce la Dirección General el conocimiento directo del mismo, “pues en momento alguno exigen su prueba”. Acto seguido se indica que, con independencia de lo anterior, otra cosa es la determinación de la correcta aplicación de las normas de conflicto y las consecuencias jurídicas que de ello se derive, lo cual sí podía acometer la Dirección General a tenor de lo dispuesto en el artículo 12.6 del Código civil, y precisamente es éste el aspecto en el que centra la atención la Dirección General, tal como hemos tenido ocasión de ver en el apartado anterior.

56. Al igual que en el ámbito procesal, también el derecho extranjero ha de ser objeto de prueba –artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– en el notarial y registral⁶³. La prueba del derecho extranjero por parte de autoridades extrajudiciales, y en particular por notarios y registradores, es de gran actualidad y, aunque por las razones indicadas no se entra en ello en la Resolución comentada, nos parece oportuno destacar cuál es el estado actual de la cuestión.

⁶² En España la jurisprudencia del Tribunal Supremo avala esta opinión habiéndose admitido la aplicación de leyes extranjeras que no contemplan las legítimas sin que por ello se entendiera vulnerado el orden público internacional español y sin aplicación del artículo 12.3 del Código civil: así, las ya citadas sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1999 o 13 de octubre de 2005. En la doctrina parece pacífica la exclusión de la legítima como materia del ámbito del orden público internacional; *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Las legítimas en el Reglamento sobre sucesiones y testamentos”, *AEDIP*, n.11, 2011, pp. 369-406; A. BONOMI, “Testamentary freedom or forced heirship? Balancing party autonomy and the protection of family members”, *Nederlands Internationaal Privaatrech*, 2010-4, pp. 605-610; *id.*, “Article 35. Ordre public”, en A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, *cit.*, pp. 538-547; E. CALÒ, “La successioni mortis causa in diritto comparato”, en P. FRANZINA y A. LEANDRO (coords.), *Il diritto internazionale privato europe delle successioni mortis causa*, pp. 236-240; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *el Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, *cit.*, pp. 263-266; J.W. Mc.KNIGHT, “Spanish legitim in the United States: Its survival and decline”, *AJCL*, 1996, pp. 75-108; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO y H. AGUILAR GRIEDER, “Orden público y sucesiones (I) y (II)”, *BIMJ*, n. 1984, de 1 de marzo de 2005, pp. 853-882 y 1123-1147, respectivamente, y A. WISOCKA, “La cláusula de orden público en el Reglamento de la EU sobre sucesiones”, *AEDIPr*, 2011, pp. 919-936.

⁶³ *Vid.*, entre otras, Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 17 de enero de 1955, 14 de julio de 1965, 27 de abril de 1999, 1 de marzo de 2005 y 20 de enero de 2011. Para A. LARA AGUDO hubiera sido conveniente que el Reglamento se hubiera pronunciado sobre los problemas que la aplicación del Derecho extranjero plantea; en particular, que hubiera precisado si el órgano jurisdiccional –y, por extensión, las autoridades extrajudiciales– debe aplicar de oficio el Derecho reclamado por la norma de conflicto, si es necesaria su alegación y prueba, qué medios de prueba se admiten, así como las consecuencias de la falta de alegación y prueba (“Impacto del Reglamento 650/2012 sobre sucesiones en las relaciones extracomunitarias vinculadas a España y Marruecos”, *cit.*, p. 54).

57. En el plano normativo, el Reglamento de la Organización y Régimen del Notariado (Reglamento Notarial)⁶⁴, dispone específicamente en su artículo 209 bis, punto 5º, en lo que atañe a la declaración de testigos en las actas de notoriedad, que “se practicarán, también, las pruebas propuestas por el requirente así como las que se estimen oportunas, en especial las dirigidas a acreditar la nacionalidad y vecindad civil y, en su caso, la ley extranjera aplicable”. El artículo 168 por su parte contiene determinadas reglas especiales en orden a la comparecencia en las escrituras públicas, indicándose en el apartado 4 en relación a la capacidad legal de los extranjeros que otorguen documentos ante notario español, que si éste no le conociere, la misma se acreditará por certificación del cónsul general o, en su defecto, del representante diplomático de su país en España.

58. Por su parte, y en sede registral, el artículo 36 del Reglamento Hipotecario⁶⁵ regula los medios de prueba del derecho extranjero en relación con la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto, indicándose que podrán acreditarse, entre otros medios, mediante aseveración o informe de un notario o cónsul español o de diplomático, cónsul o funcionario competente del país de la legislación que sea aplicable. También por los mismos medios podrá acreditarse la capacidad civil de los extranjeros que otorguen en territorio español documentos inscribibles. Por último, dispone el referido precepto que el registrador podrá, bajo su responsabilidad, prescindir de dichos medios si conociere suficientemente la legislación extranjera de que se trate, haciéndolo así constar en el asiento correspondiente.

59. En cualquier caso, como destaca la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de octubre de 2012, los mecanismos de prueba que pueden utilizar los notarios y registradores se encuentran abiertos, no constituyendo un elenco cerrado, estando admitidos otros medios de prueba como, por ejemplo, informes elaborados por jurisconsultos extranjeros del país en cuestión o de otros expertos en la materia⁶⁶.

60. La Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado en diferentes ocasiones que las autoridades públicas que desarrollan funciones no jurisdiccionales pueden realizar bajo su responsabilidad una valoración respecto de la alegación de la ley extranjera aunque no resulte probada por las partes, siempre que posean conocimiento de la misma⁶⁷. La indagación sobre el contenido del ordenamiento extranjero no constituye en absoluto una obligación del notario o registrador, sino una mera facultad, que podrá ejercerse incluso aunque el derecho extranjero no sea invocado por las partes. En consecuencia, el registrador, pese a que quien inste la inscripción no acredite el contenido del ordenamiento extranjero, podrá aplicar un Derecho extranjero si tiene conocimiento de él o indaga sobre su contenido y vigencia⁶⁸.

⁶⁴ Aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944, ha sido reiteradamente modificado; el texto consolidado puede verse en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1944-6578>.

⁶⁵ Aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947, ha sido objeto de múltiples modificaciones; el texto consolidado puede verse en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1947-3843>.

⁶⁶ Vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, cit., p. 271. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 1 de marzo de 2005 indica, en el ámbito registral, que la enumeración de medios de prueba contenida en el artículo 36 del Reglamento Hipotecario no constituye un *numerus clausus* ya que el precepto permite que la acreditación del ordenamiento extranjero podrá hacerse “entre otros medios”, por los enumerados.

⁶⁷ Vid., entre otras, Resoluciones de 14 de diciembre de 1981, 5 de febrero y 1 de marzo de 2005. En principio, si no se hace constar expresamente tal circunstancia y a pesar de ello se aplica un derecho extranjero, la Dirección General de los Registros y del Notariado puede revocar la decisión (vid. Resoluciones de 5 de febrero de 2005, 1 de marzo de 2005, 22 de febrero de 2012, 26 de junio de 2012 o 31 de octubre de 2013). Sin embargo llama la atención que en el supuesto que tratamos la Dirección General destaque que en la escritura de adjudicación de la herencia no conste afirmación expresa alguna del conocimiento por parte del notario del derecho inglés, y lo mismo ocurre en la nota de calificación, si bien se indica que de la actuación del notario y del registrador “puede deducirse su conocimiento directo, pues en ningún momento exigen su prueba”.

⁶⁸ Vid. Resolución de 20 de enero de 2011 y 31 de octubre de 2013, a tenor de las cuales puede el registrador aplicar un derecho extranjero, aunque quien inste la inscripción no haya acreditado su contenido, siempre que tenga conocimiento de él o indague su contenido y vigencia, debiendo suspender la inscripción en caso contrario. Es por lo tanto en principio suficiente la afirmación del notario acerca de su conocimiento sobre el derecho extranjero aplicable, pero el registrador podrá cuestionar en tal caso el contenido de tal derecho si, bajo su responsabilidad, manifiesta y motiva expresamente su conocimiento del derecho

61. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 15 de junio de 2012 aborda de una manera amplia la cuestión de la acreditación del derecho extranjero por parte de los notarios y registradores, tratándose en el caso de la acreditación del derecho portugués. La aplicación del derecho extranjero por autoridad pública que desarrolla funciones no jurisdiccionales se sujeta a reglas especiales que se apartan de la solución general contemplada en el artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y que se adaptan a las particularidades inherentes al ámbito extrajudicial, si bien el precepto mencionado es de aplicación subsidiaria para el caso de que las normas especiales sobre aplicación extrajudicial del derecho extranjero no proporcionen una solución. Una de las consecuencias de este tratamiento especial es que si al registrador no le quedase acreditado de forma adecuada el contenido y vigencia del derecho extranjero en el que se fundamenta el acto cuya inscripción se solicita, deberá suspender ésta. No cabe, en consecuencia, someter en tal caso la validez del acto a lo dispuesto en el ordenamiento español como *lex fori*, tal y como sucede con frecuencia en el ámbito judicial⁶⁹.

62. Por otro lado, al igual que acontece en sede judicial, se mantiene la exigencia contenida en el artículo 281.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según la cual no sólo es necesario acreditar el contenido del Derecho extranjero sino también su vigencia, no bastando la cita aislada de textos legales extranjeros sino que, por el contrario, debe probarse el sentido, alcance e interpretación actuales atribuidos por la jurisprudencia del respectivo país⁷⁰.

2. La ausencia de *domicile* y de designación de *executor*

63. En el Fundamento de Derecho 1º de la Resolución, al describirse el supuesto de hecho, se destaca la circunstancia de que de la escritura de adjudicación de la herencia no resulte ni el *domicile* del causante, ni quien es el ejecutor testamentario, ni tampoco la forma en que se hubiera atribuido a éste poder de representación (*grant of probate*)⁷¹.

64. En relación a estos dos elementos, sobre los que se indica que se consideran “esenciales para liquidar una sucesión sujeta al Derecho británico”⁷², no se pronuncia el registrador en la nota de calificación, razón por la cual, atendiendo al artículo 326 de la Ley hipotecaria, tampoco se aborda por parte de la Dirección General su posible incidencia en el caso.

65. En torno a esta cuestión queremos no obstante significar que tales aspectos, en su caso, serían trascendentes para liquidar una sucesión sujeta al derecho inglés en el supuesto de que la misma se hubiese planteado ante las autoridades inglesas o hubiesen de practicarse actos relativos a la administración de la herencia respecto a bienes del causante situados en el Reino Unido, lo cual no sucede, al menos inicialmente, en el supuesto que estamos tratando. En cualquier caso, y antes de abordar las cuestiones apuntadas, ha de quedar claro que la no constancia del *executor* en la escritura de adjudicación no impediría la debida designación del derecho inglés como regulador de la sucesión del causante, cuestión nuclear en la Resolución que tratamos.

extranjero (Resoluciones de 3 de febrero de 2014). El registrador puede negar la afirmación del notario autorizante sobre el contenido del derecho extranjero, por lo que se convierte en juez para decidir si finalmente se inscribe o no (Resolución de 26 de junio de 2014).

⁶⁹ *Vid.*, entre otras, SSTS de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990, 16 de julio de 1991, 23 de marzo de 1994, 29 de diciembre de 2003, 10 de junio de 2005, 27 de diciembre de 2006, de 4 de julio de 2007 o de 30 de abril de 2008.

⁷⁰ *Vid.*, entre otras, SSTS de 11 de mayo de 1989, 7 de septiembre de 1990 y 25 de enero de 1999, y Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de enero de 2011.

⁷¹ En realidad el término *grant of probate* no está correctamente utilizado aquí, pues sería más acertado referirse al *grant of representation*, pues el primero no es sino uno de los posibles *grant of representation* existentes dependiendo de si el administrador ha sido o no válidamente designado en testamento (*vid.* nota 72). En el caso no consta si había sido designado o no administrador en el testamento, por lo que podríamos estar ante el supuesto de tener que instar un *grant of probate* o un *grant of letters of administration*, dependiendo de la situación.

⁷² El término “derecho británico” (o “ley británica”) usado en más de una ocasión en la Resolución de 13 de agosto de 2014 ya hemos indicado que no es correcto (*vid.* nota 5).

A) La ausencia del *domicile*

66. En el supuesto que analizamos, esto es, en el marco de una sucesión de un nacional británico con residencia habitual en España y planteada ante las autoridades españolas, la ausencia del *domicile* del causante no debería implicar problema alguno a la hora de determinar la ley aplicable a la sucesión. Y ello es predicable tanto en el escenario normativo actual, como en el que tendrá lugar a partir del 17 de agosto de 2015, cuando sea de plena aplicación el Reglamento 650/2012.

67. En efecto, tanto el artículo 9.8 del Código civil, como el artículo 21.1 del Reglamento 650/2012, nos podrían conducir a la ley inglesa como ley reguladora de la sucesión del causante con independencia del posible *domicile* de éste: en el caso consta la nacionalidad británica del causante, así como su residencia habitual en España al tiempo de su fallecimiento, conexiones que se consideran suficientes para una correcta operatividad del artículo 9.8 del Código civil (la nacionalidad) y del artículo 21.1 del Reglamento (la residencia habitual). Y dejamos al margen la cuestión ya tratada relativa a la existencia de una posible elección de ley aplicable a la sucesión al amparo del artículo 22 del Reglamento, la cual nos conduciría igualmente al derecho inglés sin necesidad de una previa determinación del *domicile* del causante, al adoptarse el criterio de la nacionalidad del causante como ley sobre la cual debería recaer la elección⁷³. En otras palabras, no sería admisible que el causante eligiese la ley correspondiente a su *domicile* como ley reguladora de su sucesión, pues a tenor de lo dispuesto en el artículo 22 del Reglamento ésta debería de ser necesariamente la ley de su nacionalidad.

68. El Reglamento 650/2012 ha optado por la seguridad jurídica y garantía que ofrecen las conexiones residencia habitual (artículo 21) y ley nacional (artículo 22) frente a la flexibilidad y dificultad de determinación por los tribunales de la conexión “ley del *domicile*”⁷⁴. En el Reglamento 650/2012 se ha preferido no dar cabida al *domicile* anglosajón del causante como punto de conexión para determinar la ley aplicable a la sucesión, ni siquiera como criterio de conexión de aplicación subsidiaria a falta de ejercicio de la *professio juris*, pues en tal caso sabemos que se aplicaría la conexión residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento⁷⁵.

69. Es por ello por lo que hemos indicado que la ausencia o indeterminación del *domicile* del causante en un caso como el tratado tendría repercusión y podría plantear problemas en el supuesto de que la sucesión se planteara ante las competentes autoridades británicas. En efecto, al no aplicar dichas autoridades las normas del Reglamento 650/2012 para determinar la ley que ha de regir la sucesión, determinarían dicha ley según lo dispuesto en su tradicional sistema escisionista, donde ya hemos indicado que se utiliza la conexión *lex domicilii* para regular la sucesión relativa a los bienes muebles y la

⁷³ El Reglamento 650/2012 no ha acogido la posibilidad de inclusión de un tipo de cláusula en virtud de la cual se estableciera que, a los efectos del artículo 22, el concepto de *domicile* sustituiría al de nacionalidad en aquellos Estados miembros donde el uso de la conexión *domicile* se considere prevalente (Reino Unido e Irlanda).

⁷⁴ La residencia habitual, criterio principal acogido en el Reglamento 650/2012 (artículo 21) exige que la persona tenga de una manera objetiva, constatable, real, su sede física en un determinado país; en el Considerando 23 del Reglamento, tras ofrecerse una serie de criterios para determinar la residencia habitual, se finaliza destacando que ésta debe revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del Reglamento. Sin embargo, la institución del *domicile* tiene una alta connotación subjetiva en el ámbito del derecho inglés, prácticamente se puede tener el *domicile* en un país por pura voluntad del causante sin ni siquiera tener que residir allí, lo cual puede resultar un gran inconveniente para los terceros por la inseguridad que provoca, al ser un lugar no previsible para éstos, algo que no acontece con la residencia habitual. Sobre el concepto de *domicile* y los distintos tipos admitidos en derecho inglés *vid.* CH. BALDUS, “¿Hacia un nuevo derecho sucesorio europeo?”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 49, 2009, pp. 419-438; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio Europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, cit., pp. 291-296; DICEY, MORRIS & COLLINS, *The conflict of Laws*, Sweet & Maxwell, Londres, 2010, p. 122 y R. URQUHART, “Le concept anglais de domicile”, en *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard, Liber amicorum*, Defrénois, Paris, 2007, pp. 331-322.

⁷⁵ No se introdujo en el Reglamento la conexión *domicile* ni siquiera como opción subsidiaria por un deseo de coherencia: de haberse aceptado un criterio tan oscuro y flexible a los ojos de los juristas continentales, la seguridad jurídica y toda la arquitectura del Reglamento hubiera sufrido excesivos daños (J.M. FUGARDO ESTIVILL, *En torno a la propuesta de Reglamento sobre sucesiones y certificado sucesorio europeo*, cit., pp. 60-61).

lex rei sitae para la de los bienes inmuebles⁷⁶. Pero en el supuesto de plantearse la sucesión en España, tal como acontece en el caso tratado en la Resolución comentada, dicha ausencia no plantea en principio problema alguno para la determinación de la ley que habría de regular la sucesión, algo que se pone de manifiesto en la propia Resolución, donde dicha determinación tiene lugar a pesar de no constar en la escritura de adjudicación de la herencia el *domicile* del causante⁷⁷.

70. A propósito de lo que acabamos de indicar es de significar que en los más modernos instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado que regulan la cuestión de ley aplicable haya desaparecido la conexión *domicile*, habiendo adquirido sin embargo gran proyección la conexión residencia habitual, la cual es utilizada como un nexo de acercamiento entre las clásicas soluciones del sistema de *common law* y las del sistema de *civil law*. Así sucede en el Reglamento 864/2007, de 11 de julio de 2007, relativo a ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, en el Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales y en el Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, en relación a la ley aplicable a las obligaciones de alimentos. Incluso en las negociaciones que actualmente se llevan a cabo en el seno del Consejo de la Unión Europea en relación a una propuesta de Reglamento sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de régimen económico matrimonial, parece que se ha abandonado la posibilidad, inicialmente acogida, de establecer la conexión *domicile* como criterio de conexión aplicable en aquellos Estados miembros (esto es, en el Reino Unido e Irlanda) donde la misma es utilizada en lugar de la conexión nacionalidad en relación a cuestiones relativas al derecho de familia.

B) La no designación de *executor*

71. Por otra parte, respecto a la trascendencia de la no constancia en la escritura de adjudicación de la herencia del executor testamentario ni de la forma en que se atribuyó el poder de representación *-grant of probate*⁷⁸-, y dado que de la lectura de la Resolución se deduce que existían bienes hereditarios tanto en España como en el Reino Unido, habría que hacer una distinción para ver cómo afectaría tal carencia –en el caso de una sucesión planteada ante las autoridades españolas– en relación a la administración de los bienes del causante situados en el Reino Unido, por un lado, y a la de los bienes situados en España, por otro.

⁷⁶ Podemos apreciar la trascendencia de la determinación del *domicile* en estos casos siguiendo a J. DENKER cuando indica que si el causante muere con *domicile* fuera de Inglaterra habiendo otorgado testamento en el extranjero: por una parte, en relación a los bienes inmuebles (*immovable property*) “*English law specifies that the material or essential validity of dispositions is governed by the law of the situs of the property*”, y si el bien en cuestión está situado en Inglaterra “*a valid foreign will is recognised but it cannot create interests unknown to English law*”; por otra parte, por lo hace a los bienes muebles (*movable property*), tras referirse a que los mismos quedan sometidos a la ley del domicilio del causante al tiempo de fallecer, sin embargo “*the English court will recognise the forced heirship requirements of certain civil law countries and the personal representatives will have to administer the state accordingly, notwithstanding that there might be a valid will in English form which attempts to distribute the assets in a different manner*” (en D. HAYTON, *European Succession Laws*, cit., pp. 77-78).

⁷⁷ En todo caso, la no constancia del *domicile* del causante pudiera tener trascendencia a la hora de determinar la ley aplicable en un supuesto como el que tratamos, donde, en atención a la nacionalidad del causante, se produce una remisión de la regulación de la sucesión a un sistema plurilegislativo –Reino Unido– que puede dar lugar a la duda sobre las normas jurídicas de qué unidad territorial de dicho Estado serán las que regulen la sucesión. Sin embargo dicha cuestión escapa de nuestro ámbito y conforme a lo dispuesto en el artículo 36 del Reglamento debe ser resuelta, en principio, por lo dispuesto en las normas internas sobre conflicto de leyes del Reino Unido, que serán las que determinen finalmente la aplicación, en su caso, del derecho inglés (vid. nota 55).

⁷⁸ El *grant of probate* es uno de los dos tipos de *grant of representation* que existen en el derecho inglés, en concreto se otorga cuando se designó *executor* en el testamento, quien lo presenta ante el juez solicitando el *grant*. En otras circunstancias estaremos ante el *grant of letters of administration*, salvo que exista testamento pero no se designe *executor* o el designado no pruebe el testamento, entonces estamos ante el *grant of letters of administration with will annexed* (sobre el *grant of representation*, en general, vid. W. GELDART, *Introduction to English Law*, 10ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1991, p. 114; D. HAYTON –ed.–, *European Succession Laws*, cit., pp. 67-68; PH.S. JAMES, *Introduction to English Law*, cit., p.543-544 y D. SCOTT, *Level English Law*, 10ª ed., Butterworths, Londres, 1976, pp. 234-235).

a) Bienes situados en el Reino Unido

72. En relación a la administración de la herencia sobre bienes situados en el Reino Unido, es cierto que el derecho inglés exige un *grant of representation* para la válida actuación del administrador (*executor* o *administrator*) en Inglaterra. En el Reino Unido no se reconocería en principio al administrador de una herencia que hubiese sido designado en testamento otorgado en el extranjero o por autoridades extranjeras. Ello es así dada la gran diferencia existente entre el derecho inglés y el sistema continental en relación a la administración de la herencia⁷⁹. Tal circunstancia da lugar a que, a pesar de que en el artículo 23.2, letras e), f) y g) del Reglamento 650/2012 se considere sometida la cuestión de la administración de la herencia a la ley aplicable a la sucesión, en el Reino Unido sin embargo, al no haber participado en el Reglamento, la administración quede sujeta a la ley del país donde ésta tiene lugar, esto es, a la ley del Estado cuyas autoridades han designado y otorgado sus poderes al administrador⁸⁰. Por lo tanto, el derecho inglés da lugar a que se abra una administración de la herencia por cada uno de los países donde se encuentren situados bienes del causante.

73. Como acabamos de adelantar, el problema se presenta complejo toda vez que el Reino Unido ha optado por la no aplicación del Reglamento en su territorio⁸¹. Esta circunstancia da lugar a no poder contarse con dos mecanismos previstos en el Reglamento que, en principio, pudieran ser de interés para el tratamiento y posible solución de la cuestión que ahora tratamos. Veamos:

74. Por una parte, el artículo 29 del Reglamento, quizás una de las normas más complejas y de difícil interpretación del texto, contiene disposiciones especiales relativas al nombramiento de los administradores en ciertas situaciones en las que puedan producirse discordancias respecto a la administración de la herencia entre lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión –*lex successionis*– y en la ley del Estado del tribunal que fuera competente conforme a las disposiciones del propio Reglamento⁸². Sin embargo dicha disposición en su redacción definitiva no solucionaría el problema en un caso como el tratado, dado que lo que la misma permitiría sería nombrar un administrador de la herencia “por parte del tribunal competente” cuando ello fuese exigido conforme a su ley interna y no estuviera previsto así en la ley que regulase la sucesión. En el presente caso –y dejando al margen el hecho de la no participación del Reino Unido en el Reglamento, que ya descartaría su aplicación–, no serían en principio competentes para conocer de la sucesión los tribunales ingleses a tenor de lo dispuesto en los artículos 4

⁷⁹ Sobre las diferencias entre el sistema anglosajón y el sistema latino en relación a la administración de la herencia, y las consecuencias que en la práctica ello provoca, véase; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, cit., pp. 179-184; A. DAVÍ y A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, cit., pp. 26-29; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado europeo de heredero”, cit., pp.191-194 y P. WAUTELET, “Article 29. Dispositions spéciales applicables, dans certains cas, à la nomination et aux pouvoirs de l’administrateur de la succession”, en A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, cit., pp. 453-455.

⁸⁰ Como indica J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el Reino Unido no acepta que los herederos de un causante español operen en dicho país directamente como propietarios o administradores de bienes hereditarios situados en el Reino Unido. Para que ello fuese posible sería necesario que un tribunal inglés expidiese una autorización (*grant of representation*) para que dichas personas pudiesen actuar como administradores de tales bienes (*El Reglamento sucesorio Europeo 650/2012. Análisis crítico*, cit., p. 181).

⁸¹ Hay que tener en cuenta que el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre administración internacional de las sucesiones no se encuentra en vigor ni en España ni en el Reino Unido. Se trata de un instrumento pionero en esta materia, pero que, como indica ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT, por diversas razones ha tenido escaso éxito, encontrándose en enero de 2015 únicamente en vigor en Eslovaquia, República Checa y Portugal (“La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: El certificado europeo de heredero”, cit., pp. 184-187). Sobre el referido Convenio, en general, vid. CH. FRAGISTAS, “La Convention de La Haye sur l’administration internationale des successions”, *Anuario de Derecho Internacional*, Vol. 1, 1974, pp. 29-47; L. GANSHOF, “La Convention de La Haye du 2 octobre 1973 sur l’administration internationale des successions”, *Revue du Notariat Belge*, octubre de 1975, pp. 490-502 y K. LIPSTEIN, “Das Haager Abkommen über die internationale Abwicklung von Nachlässen”, *RabelsZ*, v. 39, 1975, pp. 29-55.

⁸² Un detallado estudio sobre los distintos supuestos en materia de administración internacional de herencias que pueden ser abordados a través de la regulación contenida en el artículo 29 puede verse en P. WAUTELET, “Article 29. Dispositions spéciales applicables, dans certains cas, à la nomination et aux pouvoirs de l’administrateur de la succession”, en A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, cit., pp. 456-468.

y siguientes del Reglamento, razón por la cual no podría operar la solución dispuesta en el artículo 29⁸³. Lo ideal para el Reino Unido hubiera sido que el Reglamento hubiese admitido que la administración de la herencia quedase sujeta con carácter general a la ley aplicable a la sucesión, salvo que existieran bienes situados en el territorio del Reino Unido, en cuyo caso la administración se debería someter a la *lex rei sitae*, siendo exigible en tal supuesto un *grant of representation* para la administración de dichos bienes hereditarios en territorio británico⁸⁴.

75. Por otro lado, la no participación del Reino Unido en el Reglamento significa que en la práctica el certificado sucesorio europeo no va a desplegar efectos en el territorio de dicho Estado⁸⁵. La creación de un certificado sucesorio europeo es uno de los hitos del Reglamento 650/2012 y, entre otros posibles usos, podrá ser utilizado por los administradores de herencias que necesiten invocar su condición en otro Estado miembro (artículo 63.1). El certificado se podrá utilizar como prueba de las facultades de los mismos para ejecutar el testamento o administrar la herencia (artículo 63.2), contendrá las facultades del ejecutor testamentario o del administrador de la herencia y sus posibles limitaciones en virtud de la ley aplicable a la sucesión o de una disposición *mortis causa* (artículo 68, letra o) y se presumirá que la persona que figure en el certificado como administrador de la herencia tiene tal cualidad y es titular de las facultades que se expresen sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el propio certificado (artículo 69.2)⁸⁶. En definitiva, en el ámbito de la administración internacional de la herencia lo que pretende el certificado sucesorio europeo es la consagración de un instrumento que garantice en todos los Estados miembros participantes en el Reglamento el reconocimiento extraterritorial de la persona facultada para administrar la herencia, designada como tal por la autoridad competente de

⁸³ En efecto, según el artículo 5.1 del Reglamento, únicamente cabría la posibilidad de admitir la competencia de los tribunales ingleses si se hubiera producido previamente un pacto entre las partes interesadas y ello en el caso de que se admitiese que fue la ley inglesa la ley elegida por el causante para regular la sucesión al amparo del artículo 22. Así pues, aun en la hipótesis de que el Reglamento fuese de aplicación al caso –que no lo es–, en un supuesto como el presente donde nos encontramos con la residencia habitual del causante al tiempo de su fallecimiento en España y sin constar un pacto a favor de los tribunales británicos en los términos indicados, no sería factible acudir a las disposiciones del artículo 29, dado que los tribunales competentes para conocer de la sucesión serían los españoles.

⁸⁴ Esta solución, que tiene su precedente en el plano legislativo en el artículo 82.1 del Código belga de Derecho internacional privado de 2004, se recogía en la Propuesta inicial del Reglamento 650/2012, pero finalmente fue descartada en el texto definitivo, siendo ésta –como ya hemos señalado–, una de las razones de la no participación de Reino Unido en el mismo (*vid.* nota 45).

⁸⁵ Aunque a tenor del artículo 69.1 del Reglamento el certificado sucesorio europeo surtirá efecto en todos los Estados miembros sin necesidad de ningún procedimiento especial, es claro que al no participar el Reino Unido en el Reglamento el certificado no desplegará efectos en dicho territorio. Indica P. RODRÍGUEZ MATEOS que el Reglamento no especifica que los Estados a los que no se aplica deban ser considerados como Estados no miembros, sin embargo, así será a todos los efectos (“La sucesión por causa de la muerte en el Derecho de la Unión Europea”, *cit.*, p. 7). En palabras de J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “al quedar fuera del Reglamento, los herederos que tengan intereses en el Reino Unido no podrán emplear allí el certificado sucesorio europeo y tendrán que recurrir a abogados locales, abogados ingleses que, en posesión de un saber arcano, son los únicos que podrán gestionar las herencias en el Reino Unido” (“Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *cit.*, p. 38) En definitiva, esto significará que, por un lado, las autoridades del Reino Unido no expedirán el certificado sucesorio europeo y, por otro, no reconocerán ni darán eficacia a los certificados expedidos por autoridades de los Estados miembros participantes en el Reglamento.

⁸⁶ Como ya indicaba A. RODRÍGUEZ BENOT cuando todavía el Reglamento se encontraba en fase de preparación, el certificado europeo uniforme constituye un instrumento probatorio del alcance internacional, pues es prueba suficiente de los datos consignados en el mismo en todos los Estados miembros, sin necesidad de ningún procedimiento especial (“La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado europeo de heredero”, *cit.*, pp. 206). El certificado sucesorio europeo goza de la presunción legal de veracidad de su contenido y del ajuste a derecho del mismo y éste constituye sin duda un efecto esencial del mismo (A. BONOMI, “Il Regolamento europeo sulle successioni”, *cit.*, p. 321).

Sobre el certificado sucesorio europeo, en general, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Reglamento sucesorio europeo y actividad notarial”, *cit.*, pp. 36-42; A. DAVI y A. ZANOBETTI, “Il nuovo diritto internazionale privato delle successioni nell’Unione europea”, *cit.*, pp. 132-138; F. PADOVINI, “Certificato successorio europeo”, en P. FRANZINA y A. LEANDRO (coords.), *Il Diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Guiffré, Milan, 2013, pp. 191-207; M. MEDINA ORTEGA, “El certificado sucesorio europeo”, *AEDIPr*, 2011, pp. 907-918; F. PADOVINI, “Il certificato successorio europeo”, *Europa e Diritto Privato*, 2013, n° 3, pp. 729-746; M. REQUEJO ISIDRO, “El certificado sucesorio (o de heredero) europeo: propuestas de regulación”, *Diario La Ley*, núm. 7185, 2009; A. RODRÍGUEZ BENOT, “La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: El certificado europeo de heredero”, *cit.*, pp. 175-217 y P. WAUTELET, “Article 61. Force exécutoire des transactions judiciaires”, en A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, *cit.*, pp. 701-831.

uno de los Estados miembros, con el objeto de que pueda desempeñar sus funciones con independencia del lugar de ubicación de los bienes que conforman la masa hereditaria⁸⁷.

76. Por todo ello, al no contar en un supuesto como el tratado con la posibilidad de acudir a las soluciones previstas para los supuestos del artículo 29 –que hemos visto que, en la práctica, en el caso sería de poca utilidad– o hacer valer el certificado sucesorio europeo, en el eventual caso de tener que administrar parte de una sucesión en territorio británico, con toda seguridad habrá que continuar instando en el Reino Unido la expedición de un *grant of representation* usando para ello los medios previstos en el derecho sucesorio inglés⁸⁸.

b) Bienes situados en España

77. En el caso de que la sucesión planteada ante las autoridades españolas fuese regulada por el derecho inglés (como ocurre en el supuesto tratado, al no haberse admitido el reenvío de retorno) y no se hubiese designado por el causante administrador (*executor*), es claro que a pesar de ello habría de aplicarse el derecho inglés a la cuestión de la administración de la herencia, al encontrarse ésta incluida dentro del ámbito de la *lex successionis*⁸⁹.

78. Al regular el derecho inglés la administración de la herencia –a pesar de plantearse la sucesión ante las autoridades españolas– y no haberse designado administrador por el causante, serían en tal caso los tribunales españoles los que deberían proceder a realizar dicho nombramiento para que se llevase a cabo la administración de la herencia sobre los bienes situados en territorio español. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ entiende que en un caso como el presente lo más adecuado sería, por analogía y con las adaptaciones que fueran precisas, tramitar un procedimiento de declaración judicial de herederos abintestato (artículos 977 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento civil⁹⁰) con el fin de nombrar un *administrator*

⁸⁷ Vid. A. RODRÍGUEZ BENOT, “La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: El certificado europeo de heredero”, *cit.*, p. 207. En tal sentido decía P. LALIVE que se trata en cierto modo de un regreso al Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973, el cual perseguía “favorecer en tanto resulte posible una administración internacional única bajo un ordenamiento único” (“L’administration internationale des successions”, *SJIR/ASDI*, vol. XXVIII, 1972, p. 62). La creación del certificado sucesorio europeo pretende evitar que sea necesario obtener documentos nacionales –como el *Erbschein* alemán, el *Einantwortungsurkunde* austriaco o el *acte de notoriété* o *certificat d’heritier* francés– para gestionar una herencia internacional, si bien no se impide la obtención de tales certificados sucesorios nacionales pues el certificado sucesorio europeo no sustituye a éstos y coexistirán ambos (vid. P. WAUTELET, “Article 62. Création d’un certificat successoral européen”, en A. BONOMI y P. WAUTELET, *Le droit européen des successions: commentaire du Règlement n° 650/2012 du 4 juillet 2012*, *cit.*, pp. 714-715; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, *cit.*, p. 319; J.M. FUGARDO ESTIVILL, *En torno a la propuesta de Reglamento sobre sucesiones y certificado sucesorio europeo*, *cit.*, pp. 166-169 y P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de la muerte en el Derecho sucesorio europeo”, *cit.*, p. 57).

⁸⁸ Sobre los requisitos exigidos para solicitar en Inglaterra el *grant of representation*, dependiendo si el causante estaba domiciliado en el Inglaterra o en el extranjero, vid. J. DENKER, en H. DAYTON –ed.–, *European Successions Laws*, *cit.*, p. 70-73). Si no se instase el referido *grant*, y al no poder canalizarse la administración en el caso mediante la extensión de un certificado sucesorio europeo, cabría intentar obtener la eficacia extraterritorial del efecto probatorio de un certificado nacional (si éste existiese y se cumplieran los requisitos exigidos para ello) instando su aceptación en otro Estado miembro –en el caso, en el Reino Unido– como tal documento público nacional (P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de la muerte en el Derecho sucesorio europeo”, *cit.*, p. 57). Sin embargo, al no participar el Reino Unido en el Reglamento, nos encontraremos con el obstáculo de no poder contar con el sistema de eficacia extraterritorial de documentos públicos establecido en los artículos 59 y siguientes del mismo.

⁸⁹ Ya hemos visto que así lo dispone el artículo 23.2 del Reglamento 650/2012, el cual sí sería tomado en consideración en este caso dado que para las autoridades españolas sí será de aplicación el Reglamento a partir del 17 de agosto de 2015, y ello con independencia de que, como ya hemos indicado, resulte aplicable a la sucesión el derecho inglés y el Reino Unido no participe en el Reglamento. Respecto a la cuestión de quiénes pueden ser nombrados administradores, se estará a las personas indicadas por la ley sucesoria para administrar la herencia, ya sea un ejecutor testamentario, un heredero o un tercero (P. RODRÍGUEZ MATEOS, “La sucesión por causa de la muerte en el Derecho sucesorio europeo”, *cit.*, p. 33).

⁹⁰ Se refiere a la Ley de enjuiciamiento civil de 1881, pues a tenor de lo dispuesto en Disposición derogatoria Única, 1, 2ª de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, se mantiene vigente la Sección Segunda del Título IX de Libro II de la Ley de 1881 (“De los abintestatos” –artículos 977 a 1000–) hasta tanto entre en vigor la regulación de dicha materia en la esperada Ley sobre Jurisdicción Voluntaria, a la cual se refería la Disposición final 18ª de la citada Ley 1/2000. El Gobierno debería haber remitido un Proyecto de Ley en el plazo de un año desde su entrada en vigor, plazo que venció el 1 de enero de 2002 y, sin embargo, a enero de 2015 seguía sin entrar en vigor dicha ley y sin unas claras perspectivas de hacerlo a corto plazo.

que se hiciera cargo de los bienes hereditarios del causante en España a falta de la designación de *executor*⁹¹. Hay que tener en cuenta que la solución sería similar también en el caso de que la sucesión se hubiese planteado ante los tribunales en el Reino Unido, dado que el *grant of representation* otorgado por los tribunales ingleses habilita normalmente para la administración de la herencia sólo en relación a los bienes del causante situados en territorios integrantes del Reino Unido⁹², y no para la administración de bienes situados en el extranjero, en particular si se trata de bienes inmuebles⁹³.

79. En definitiva, dada la no aplicación del Reglamento 650/2012 en el Reino Unido, y a la vista de la situación descrita, sigue siendo recomendable que en caso de una sucesión de un nacional británico con residencia habitual en España y que tenga bienes inmuebles dentro y fuera del Reino Unido, otorgue un testamento en el Reino Unido –o fuera del Reino Unido pero asegurándose de que posteriormente se reconocerá en dicho Estado, lo cual no es siempre sencillo–, de cara a la administración de los bienes que se encuentran situados en el Reino Unido⁹⁴. Todo esto ha supuesto en la práctica una clara victoria de la *legal profession* en el Reino Unido, cuyos *solicitors* especialistas en administración de herencias en el ámbito anglosajón continuarán de hecho ostentando el monopolio en este campo y, en consecuencia, obteniendo importantes beneficios económicos.

V. Valoración final

80. En la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de agosto de 2014 las autoridades extrajudiciales españolas han tenido ocasión por primera vez de abordar la posible aplicación del Reglamento 650/2012 en el complejo marco de la sucesión de un nacional británico residente en España y con bienes situados tanto en España como en el Reino Unido.

81. El resultado final ha sido acertado en cuanto a la decisión de la no aplicación al caso del Reglamento 650/2012 en virtud de lo dispuesto en su artículo 83.1; el Reglamento no era aplicable por tratarse de una sucesión que afectaba a un persona fallecida antes del 17 de agosto de 2015 y, en ningún caso cabía mantener que el artículo 83.2 del Reglamento amparase una interpretación que admitiera la aplicación del mismo en el caso de un fallecimiento anterior a la citada fecha. Como acertadamente se

⁹¹ Sin embargo, como nos refiere el mismo autor, para parte de la doctrina (G. BALLADORE PALLIERI y L. FUMAGALLI) el nombramiento de *administrator* –o, en su caso, de *executor*– resulta imposible en estos supuestos en países en los que sus leyes procesales no contemplan un procedimiento judicial específico para la expedición de un *grant of representation* (*El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, cit. pp. 182-184).

⁹² Tal como indica J. DENKER: *The grant of representation is a document of title only in respect of assets under the control of the English court (i.e. situate in England). In many cases the grant will be recognized with little or no extra formalities in other jurisdictions, particularly other jurisdictions within the UK. In each case, advice will need to be taken about local law* (en H. DAYTON –ed.–, *European Successions Laws*, cit., p. 70).

⁹³ En este caso, si hubiese habido designación de administrador en el testamento, sería más adecuado para el nombramiento judicial del *executor* en España acudir, de nuevo con las adaptaciones y cautelas necesarias, a las normas sobre intervención del caudal hereditario previstas en los artículos 790 y siguiente de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, aplicándose también los artículos 782 y siguientes de la citada Ley para otorgar al *executor*, una vez transcurrida la fase inicial de inventario y administración, las facultades propias de un contador, facultades que tienen ampliamente reconocidas los *legal representatives* –*executors* o *administrators*– en el derecho inglés (J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012: Análisis crítico*, cit., p. 183).

⁹⁴ La Dirección General de los Registros y del Notariado ya se ha mostrado favorable a esta práctica de doble otorgamiento en su Resolución de 24 de octubre de 2007, supuesto en el cual existía un testamento otorgado ante notario español con la sola finalidad de ordenar *mortis causa* el patrimonio inmueble del causante en territorio español, lo que se consideró válido y suficiente conforme a los artículos 9.8 y 11 del Código civil. Es más, se señaló que este proceder genera seguridad jurídica al ciudadano extranjero, especialmente en casos como el que tratamos donde interviene un ordenamiento con sistema escisionista, asegurándose con ello la propiedad del bien tras la muerte del titular y facilitando y abaratando extraordinariamente la formalización de la sucesión. La doctrina, no obstante, exige ser muy cautelosos en la redacción de los testamentos en estos casos de doble otorgamiento, pues se puede dar el caso de que un testamento resulte anulado por el otro, debiéndose prestar mucha atención al devenir del patrimonio del testador en ambos países, así como a su estado civil y a su situación personal (*vid.* J.L. IRIARTE ÁNGEL, “Reenvío y sucesiones en la práctica española”, cit., pp. 120-121).

indica en la Resolución, el objeto de dicha disposición es el de preparar las sucesiones *mortis causa* cuando el testamento es otorgado antes del 17 de agosto de 2015.

82. Habiéndose podido quedar ahí en su argumentación, lo cual hubiese sido correcto, sin embargo la Dirección General ha realizado a mayor abundamiento dos valoraciones en torno a la aplicación y alcance del Reglamento, las cuales a nuestro entender no procedían y, además, nada nuevo aportaban: por una parte, en relación al hecho de la no participación en el Reglamento del Reino Unido y, por otra, sobre la no existencia en el caso de una elección de ley aplicable. Con ello entramos en el campo de las sombras de la Resolución comentada.

83. Así, en cuanto a la no participación del Reino Unido en el Reglamento, hemos tenido ocasión de analizar que tal circunstancia no va a implicar que, en relación a la ley aplicable a la sucesión, no se pueda designar a través del Reglamento la ley que vaya a regular la sucesión de los nacionales británicos residentes en otros Estados miembros donde sí se aplica el Reglamento, en particular en España. La no participación del Reino Unido en el Reglamento no implica que las autoridades del resto de Estados miembros participantes no vayan a utilizar las normas de conflicto contenidas en el mismo para determinar la ley aplicable a la sucesión de un nacional del Reino Unido con residencia en su territorio cuando, como en el caso tratado, se plantea ante sus autoridades la sucesión. Es decir, en contra de lo indicado en la Resolución, el simple hecho de la nacionalidad británica del causante no será impedimento para la aplicación del Reglamento por no haber ejercitado el Reino Unido el *opt-in*.

84. Y también tampoco es correcto el proceder de la Dirección General de los Registros y del Notariado al indicar que no ha habido en el supuesto elección expresa de ley aplicable (*professio juris*), no admitiéndose la elección tácita en el marco del Reglamento. En primer término, si como acertadamente ya se ha concluido, no es de aplicación el Reglamento, no tenía sentido entrar en la cuestión de si hay o no elección de la ley inglesa, pues esta posibilidad de elección está prevista precisamente como gran novedad en el Reglamento, no admitiéndose ni el Reino Unido ni España la *professio juris* en materia de sucesión *mortis causa*. Pero incluso admitiendo una hipotética aplicación al caso del Reglamento, éste sí admite la elección de ley aplicable de manera tácita, no siendo cierto que sólo quepa una elección expresa, siendo evidente que en el caso había existido una elección, al menos tácita, del derecho inglés como regulador de la sucesión del causante.

85. En cuanto a la cuestión nuclear de la Resolución, esto es, la determinación de la ley aplicable a la sucesión, no siendo aplicable el Reglamento 650/2012, se resuelve acertadamente la misma mediante la aplicación de lo dispuesto en el artículo 9.8 del Código civil. En tal sentido, para determinar la ley aplicable a la sucesión la Dirección General, tras considerar aplicable el derecho sucesorio inglés en atención a la nacionalidad del causante, estima acertadamente que no procede que opere el reenvío de primer grado en el caso y, por lo tanto, la consiguiente aplicación de la ley española como ley reguladora de la sucesión. Ello no procede dado que daría lugar al fraccionamiento de la sucesión y, en consecuencia, siguiendo la consolidada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, concluye con la aplicación al caso de la ley inglesa. En este punto central de la Resolución, han aparecido de nuevo las luces en la Resolución comentada, siendo la solución dada la que procedía a la vista del estado actual de la cuestión.

86. Llama la atención que, sin ser de aplicación al supuesto analizado el Reglamento 650/2012, el resultado final en cuanto a la determinación de la ley aplicable a la sucesión sea idéntico al que hubiera tenido lugar si hubiese sido de aplicación el nuevo instrumento comunitario. Ello sería así al haber existido en el caso una elección, al menos tácita, del derecho inglés como derecho regidor de la sucesión, por lo que también éste hubiera sido el regulador de la sucesión de haber sido aplicable el Reglamento. Al hilo de esta coincidencia, y como prueba de la importancia que en breve tendrá el Reglamento 650/2012, es de destacar que la Resolución que hemos comentado, para apoyar a mayor abundamiento la solución de aplicar en el caso el derecho inglés, termine haciendo referencia al hecho de que el Reglamento haya

optado por el modelo de unidad de la sucesión, “lo cual no hace sino confirmar la conclusión a la que se ha llegado, pudiéndose tomar en consideración la pauta que señala en la evolución del Derecho internacional privado europeo, como elemento integrado en el contexto legislativo y en la realidad jurídica y social del momento presente”.

87. Finalmente, otras cuestiones que han sido señaladas en la Resolución, pero sobre las cuales no se ha entrado por razones de diversa índole, han sido abordadas en el trabajo que concluimos: la prueba del derecho extranjero por notarios y registradores o las consecuencias de determinadas deficiencias en la escritura de adjudicación de la herencia, como la falta de designación de *executor* o la indefinición del *domicile* del causante. Son cuestiones que, junto a algunas otras como el análisis de las razones de la no aplicación en el Reino Unido del Reglamento –a pesar de haber participado activamente en su elaboración y haberlo dejado impregnado de un evidente “aroma anglosajón”–, sin duda dan para ser tratadas más profundamente en el marco de otro estudio más específico donde se pueda tratar más a fondo la vinculación entre el derecho inglés y el nuevo Reglamento sucesorio europeo y, con ello, los múltiples problemas que se plantearán en su aplicación. Tales situaciones complejas se manifestarán, en particular, en países como España como consecuencia de las especialidades en materia sucesoria de un derecho tan distinto al que normalmente están acostumbrados a tratar los juristas continentales: baste recordar el espinoso campo de la administración internacional de la herencia, ámbito en el cual sí hemos tenido ocasión de comprobar que la no participación del Reino Unido en el Reglamento va a traer importantes problemas en el caso de que hayan de administrarse bienes de nacionales británicos residentes en España, en particular en el caso de que éstos se encuentren situados en el Reino Unido.

VARIA

LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL CÓNYUGE VIUDO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 ABRIL 2014*

INHERITANCE RIGHTS OF THE SURVIVING SPOUSE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW: THE JUDGMENT OF THE SPANISH SUPREME COURT OF 28 APRIL 2014

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

Abogada colegiada ejerciente del ICAMUR

Recibido: 11.01.2015/ Aceptado: 22.01.2015

Resumen: La controvertida cuestión de las relaciones entre la Ley aplicable a las sucesiones y la Ley aplicable a los efectos del matrimonio, ha suscitado mucha confusión a nivel doctrinal, a nivel de práctica jurídica y a nivel jurisprudencial. Hasta que en este año el Tribunal Supremo ha fallado sobre esta cuestión. Y aclara y pacifica toda la confusión que despertaba este tema.

Palabras clave: sucesión, régimen económico matrimonial, Ley aplicable, derechos sucesorios del cónyuge viudo.

Abstract: The controversial question of the relationship between the law applicable to succession and applicable to the effects of the marriage law, much confusion has arisen doctrinal level, at the level of legal practice and jurisprudential level. Until this year the Supreme Court has ruled on this issue. And he clarifies all the confusion and pacifies this topic.

Key words: succession matrimonial property regime, Applicable law, succession rights of the widowed spouse.

Sumario: I. Introducción. II. La cuestión: La Ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo. III. La primera interpretación. Aplicación de la Lex Sucessionis. IV. La segunda interpretación. Aplicación de la Ley que rige los efectos del matrimonio. V. Conclusiones.

I. Introducción

1. Durante décadas se han estudiado las relaciones entre la Ley aplicable a las sucesiones y la Ley aplicable a los efectos del matrimonio, y hasta ahora, solo había confusión en doctrina y confusión en la práctica registral y judicial española¹. La elaboración del Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 julio 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento

* Este texto constituye el desarrollo de la comunicación presentada en el Seminario “Cuestiones actuales de Derecho Internacional Privado” celebrado el 26 de septiembre de 2014 en la Universidad Carlos III de Madrid.

¹ Puede seguirse la exposición de estas cuestiones y su evolución en la práctica española y comparada en diversos estudios, como *ad. ex.*, M. ÁLVAREZ TORNÉ, “The dissolution of the matrimonial property regime and the succession rights of the surviving spouse in Private International Law”, en K. BOELE-WOELKI/T. SVERDRUP (Ed.), *European Challenges in Contemporary*

y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (= Reglamento Sucesorio europeo) ha vuelto a poner de relieve las relaciones peligrosas entre la Ley aplicable a las sucesiones *mortis causa* y la Ley rectora del régimen económico matrimonial². Se trata de un problema clásico que ha sido observado y estudiado por expertos legales en Derecho internacional privado de numerosos países. Un ejemplo es el excelente trabajo sobre la posición jurídica del cónyuge superviviente en las relaciones germano-noruegas desarrollado por T. FRANTZEN, así como el llevado a cabo por T. FRÖSCHLE en torno a las relaciones franco-británicas³. Los problemas clásicos son universales. Por eso constituyen, en todo momento, un excelente y estimulante banco de pruebas del sistema de DIPr.

En particular, esa confusión entre la relación de la Ley aplicable a las sucesiones y la Ley aplicable a los efectos del matrimonio se ha trasladado también a diversas resoluciones judiciales de la práctica española. En efecto, en los últimos tiempos se han dictado diversas resoluciones donde se plasma esta incierta situación jurídica.

2. Esa confusión entre la Ley aplicable a la sucesión y la Ley aplicable a los efectos del matrimonio se hace patente en dos recientes resoluciones judiciales: 1º) Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, Sección 1ª, de 3 de diciembre de 2007. 2º) Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de junio de 2014. Sin embargo, los argumentos empleados por estas resoluciones han quedado en serio entredicho tras la muy relevante Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 2014.

II. La cuestión: la Ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo

3. Esta cuestión posee una gran trascendencia por las consecuencias que puede tener la aplicación de una Ley u otra a los derechos sucesorios del cónyuge viudo. En efecto, se puede llegar a otorgar una sobreprotección sucesoria al cónyuge superviviente o permitir una total desprotección sucesoria del mismo.

4. La cuestión surge en relación con el régimen económico matrimonial, es decir, cuando fallece una persona y deja cónyuge. Porque la precisión de la Ley reguladora del régimen económico matrimonial no tiene carácter sucesorio. La cuestión del régimen económico matrimonial no es una "cuestión su-

Family Law, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 395-410; E.M. DERSTADT, *Die Notwendigkeit der Anpassung bei Nachlassspaltung im internationalen Erbrecht*, 1998; P. MANKOWSKI / W. OSTHAUS, "Gestaltungsmöglichkeiten durch Rechtswahl beim Erbrecht des überlebenden Ehegatten in internationalen Fällen", *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 1997, 1, pp. 10-27; J. E. MASIDE MIRANDA, *Legítima del cónyuge superviviente*, Madrid, 1989; P. NEY, *Das Spannungsverhältnis zwischen dem Güter- und dem Erbstatut*, Frankfurt a.M., 1993; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho de sucesiones*, t. II, 2ª ed., Barcelona, 1997, conccr. pp. 275-466; L. VEKAS, "Zur Konkurrenz zwischen Erbstatut und Güterrechtsstatut", *IPrax*, 1985, pp. 24-25; M.E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica del cónyuge viudo en el DIPr. y Derecho interregional*, Pamplona, 1993.

² Texto en DOUE L201 de 27 julio 2012. *Vid.* sobre esta cuestión en el contexto del Reglamento sucesorio europeo, entre otros, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico*, Ed. Comares, Granada, 2014, pp. 165-195; C. BALDUS, "Erbe und Vermächtnisnehmer nach der Erbrechtsverordnung", *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2012, n. 6, pp. 212-215; T. BALLARINO, "Il nuovo regolamento europeo sulle successioni", *RDI*, 2013, n. 4, pp. 1116-1145; N.C. BARREDA, "Reflexiones sobre los regímenes especiales en Derecho internacional privado sucesorio según el Reglamento europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012", *CDT*, 2014, vol. 6, Nº 1, pp. 121-146; G. BIAGIONI, "L'ambito di applicazione del regolamento sulle successioni", en P. FRANZINA / A. LEANDRO (a cura di), *Il diritto internazionale privato europeo delle successioni mortis causa*, Consiglio nazionale del notariato Collana Studi, 2013, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 25-58; A. BONOMI / P. WAUTELET, *Le droit européen des successions. Commentaire du Règlement n. 650/2012*, Bruylant, Bruxelles, 2013; A. BONOMI, "Le nouveau droit européen; des successions internationales", *L'Observateur de Bruxelles*, 2013, pp. 8-14; F. BOULANGER, "Révolution juridique ou compromise en trompe l'oeil? – À propos du nouveau règlement européen sur les successions internationales", *La semaine juridique*, 15 octobre 2012, pp. 1120 ss.; I. CALVO VIDAL, "El Derecho de sucesiones en la Unión Europea. Ley aplicable y carácter universal de la nueva normativa en materia de sucesiones", *Noticias de la UE*, nº 328, 2012, pp. 97-107; I. CALVO VIDAL (COORD.), *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2014.

³ T. FRANTZEN, *Die Stellung des überlebenden Ehegatten im internationalen Ehegüter- und Erbrecht, dargestellt an deutsch-norwegischen Sachverhalten*, Bergen, 1999; T. FRÖSCHLE, *Die Entwicklung der gesetzlichen Rechte des überlebenden Ehegatten in Frankreich und England im Laufe des 20. Jahrhunderts*, Tübingen, 1996.

cesoria”. La terminación, extinción y liquidación no pueden calificarse como “aspectos sucesorios”. Por esta razón, estas cuestiones no se regulan por la Ley que rige la sucesión *mortis causa*. No obstante lo anterior, los contactos jurídicos entre la sucesión *mortis causa* y la extinción y liquidación del régimen económico matrimonial son evidentes, pues dicho régimen termina con el fallecimiento del causante⁴.

III. La primera interpretación: aplicación de la *Lex Successionis*.

4. Una primera interpretación arranca del principio general del sistema sucesorio español de Derecho internacional privado: la “unidad de la sucesión”. Esto se explica porque se trata de evitar que los derechos sucesorios del cónyuge viudo se rijan por otra Ley diferente a la Ley que rige la sucesión.

5. Según esta interpretación, la ley que rige los efectos del matrimonio se aplica solo a las atribuciones legales de carácter familiar que surgen a favor del viudo al fallecer su cónyuge. Dicha Ley no se aplica a las atribuciones legales que correspondan al cónyuge superviviente por ministerio de ley. De ese modo se respeta, se dice, el principio de unidad y universalidad sucesoria, característico del sistema español, anclado en el concepto de nacionalidad, y que se formula en el artículo 9.8.I del Código Civil. Hay distintas sentencias que defienden esta interpretación. A continuación se exponen dos de ellas (1) la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1ª, de 3 de diciembre de 2014 y (2) la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de junio de 2014.

6. (a) Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, Sección 1ª, de 3 de diciembre de 2007. Esta sentencia trae causa de un recurso en el que uno de los motivos hace referencia a la legislación aplicable a los derechos hereditarios del cónyuge superviviente, al conceder a éste el usufructo sobre toda la herencia, siendo el régimen económico que rigió su matrimonio el de la sociedad legal de gananciales. Consideraba que por este motivo el usufructo viudal debía regirse por el Código Civil, y por tanto correspondería al cónyuge viudo la cuota usufructuaria del tercio destinado a mejora del artículo 834 de dicho texto legal. Aunque según el tribunal esta cuestión no estaba exenta de discusión y no era una cuestión pacífica, a pesar de que no era discutido que Dª Sara y D. Sebastián cuando contrajeron matrimonio, lo hicieron bajo la vecindad civil común que ambos ostentaban en aquel momento, por lo que al no otorgar capitulaciones matrimoniales, el régimen económico que regía dicho matrimonio era el de la sociedad legal de gananciales, según lo previsto en el artículo 9.2 del Código Civil. Sin embargo, posteriormente fijaron su residencia en Barcelona, adquiriendo la vecindad civil catalana, que es la que mantenía D. Sebastián a su fallecimiento.

7. La sentencia de instancia estima que, teniendo vecindad civil catalana el causante en el momento de su fallecimiento, es la legislación del Código de Sucesiones de Cataluña el que debe aplicarse a los derechos hereditarios del cónyuge superviviente con fundamento en lo dispuesto en el artículo 9.8 del Código Civil. La Audiencia provincial de Soria apoya sus fundamentos jurídicos en las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (de 11 de marzo, 18 de junio de 2003 y 5 de febrero de 2005) interpreta el último párrafo del artículo 9.8 del Código Civil como lo hace la sentencia apelada. Concluye que los derechos a que se refiere son aquellos de carácter personal o estatuto primario patrimonial. Como pudieran ser los dispuestos en el artículo 1.321 del Código Civil, pero no el usufructo viudal, el cual se regulará por la ley del causante en el momento de su fallecimiento, en este caso la catalana. Con lo cual se cumple con el principio de la unidad de la sucesión que rige en nuestro derecho, con carácter general.

8. Y efectivamente, aquí está la clave con la que se combate el argumento ofrecido por la Audiencia Provincial de Soria: el principio de unidad de la sucesión que rige en nuestro Derecho (artículo

⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, El Reglamento sucesorio europeo 650/2012 de 4 de julio de 2012. Análisis crítico, Ed. Comares, Granada, 2014, p. 31.

9.8.I del Código Civil) es la regla general que el legislador prevé, pero en el párrafo tercero del mismo artículo 9.8 del Código Civil se contiene una excepción contemplada por el propio legislador, que rompe con esa regla general recogida en el primer párrafo del precitado precepto. Por lo tanto, el argumento que el tribunal utiliza de la unidad de la sucesión (= que se dice que obliga a aplicar la Ley sucesoria y no la Ley de los efectos del matrimonio a los derechos sucesorios del cónyuge viudo), no se sostiene, puesto que el legislador incluye una excepción específica para determinar la Ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo. El legislador escoge una conexión accesoria, en el artículo 9.8.III del Código Civil para la Ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo (= “*derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente*”) deben quedar sujetos a “*la misma ley que regule los efectos del matrimonio*”), excepción a la conexión general contemplada en el artículo 9.8.I del mismo texto legal.

9. A pesar de lo expuesto, la Audiencia Provincial de Soria intenta apoyar su erróneo argumento del artículo 9.8 del Código Civil: principio inquebrantable de la unidad de la sucesión. Indica la AP de Soria que esta interpretación es la que mejor se acomoda a lo establecido en el artículo 16.2 del Código Civil, el cual establece que: “*El derecho de viudedad regulado en la Compilación aragonesa corresponde a los cónyuges sometidos al régimen económico matrimonial de dicha Compilación, aunque después cambie su vecindad civil, con exclusión en este caso de la legítima que establezca la ley sucesoria*”. La Audiencia Provincial de Soria señala que interpretado *a sensu contrario*, los cónyuges sometidos a otros regímenes económicos, pueden no mantener el inicial derecho de viudedad si después cambian su vecindad civil, como es el caso. En contra de este argumento cabe subrayar que la función del artículo 16.2 del Código Civil es la misma que la función del artículo 9.8.III: especifica que la Ley que regula los efectos del matrimonio será la que rijan los derechos del cónyuge viudo aragoneses. Porque si no lo especificase, éstos derechos quedarían sujetos a la Ley de la sucesión. La razón de ser del precitado artículo es que regula un efecto del matrimonio, no de la sucesión.

10. b) Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 11 de junio de 2014. Esta sentencia trae causa de un recurso donde la actora (= viuda del causante ejercita dos acciones contra los tres hijos de quien fuera su esposo) pide que se le reconozcan sus derechos legitimarios conforme al Código Civil y una indemnización por aplicación del artículo 1438 del Código Civil. Argumentando de este modo, que los efectos del matrimonio se regulan por el derecho común en aplicación del artículo 9.8.III pues el matrimonio se celebró en Jaén y su residencia habitual después de la celebración del matrimonio se fijó en Jaén.

11. El esposo tenía vecindad civil ibicenca, en el momento de su fallecimiento. En el testamento se aprecia el propósito de testar con arreglo a las normas forales en materia de testamentaria. La Audiencia Provincial de Baleares señala que existen varias tesis doctrinales sobre la cuestión de la interpretación de los apartados 2 y 8 del artículo 9 del Código Civil, junto con los artículos 14 y 16 del Código Civil y el artículo 1 de la Compilación de Baleares (LIB 1990, 118 y LIB 1991, 44), y llega a la conclusión de que la sucesión se rige por el artículo 79 de la Compilación. Conforme al cual el cónyuge viudo no es legitimario; a tenor del artículo 14.4 Código Civil: “*El matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante, cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro*”. Y el artículo 1 de la Compilación refiere la preferencia de ésta frente al Código Civil en materias reguladas por la misma: Artículo 1 Compilación de Derecho civil especial de las Islas Baleares (LIB 1990, 118 y LIB 1991, 44), sobre la preferencia de la misma respecto del Código Civil en materias reguladas por la misma, en este caso, las sucesorias. La Audiencia Provincial de Baleares reseña que conforme con la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 3 de septiembre de 1.998, el derecho civil de las Islas Baleares es autónomo, propio e independiente y, consecuentemente, de aplicación preferente, derecho que, por ser incompleto como todo ordenamiento jurídico, debe completarse tomando en consideración los principios generales que lo informan, así como las leyes, jurisprudencia y doctrina que encarnan la tradición jurídica balear y, en último lugar, el Código Civil, como supletorio, siempre que no se oponga a la Compilación y a sus principios, en justa interpretación del artículo 1º, párrafo 2º, de la vigente Compilación del derecho Civil de las Islas Baleares.

12. La sentencia de instancia desestima la demanda. Dicha resolución es apelada por la representación de la actora en petición de nueva sentencia que estime la demanda. Los demandados solicitan la confirmación de la sentencia de instancia. Y en lo sustancial se reproducen los argumentos de primera instancia.

13. Se resalta que si conforme al artículo 16 del Código Civil, los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de diversas legislaciones civiles en el territorio nacional, se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV, con varias particularidades, la más importante que será ley personal la determinada por la vecindad civil, ello implica que no siendo puesta en duda la vecindad civil del causante, el problema se desplaza a la interpretación del párrafo octavo del artículo 9 Código Civil, al indicar que la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento, en este caso, la normativa foral de Ibiza, pero seguidamente indica que *“los derechos que por ministerio de la ley se atribuyen al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”*. Con base a dicho apartado, la representación de la actora interpreta que si bien la sucesión se regirá por la normativa foral de Ibiza, la fijación de las legítimas deberá realizarse conforme a la normativa civil común, que es la que regula los efectos del matrimonio en aplicación del artículo 9.2 Código Civil.

14. El tribunal conviene con la actora que dadas las circunstancias del caso concreto, los efectos del matrimonio, a tenor del artículo 9.2 del Código Civil antes citado, se rigen por el derecho común, por cuanto el lugar de la celebración del matrimonio fue en Alcalá la Real (Jaén), en un contexto de domicilios distintos para ambos cónyuges. En el supuesto que nos ocupa, el causante ostenta la vecindad civil ibicenca y la Ley que rige los efectos del matrimonio es el Derecho civil común.

15. A la Audiencia Provincial de Baleares se le plantea un problema de interpretación de las dos frases del artículo 9.2 del Código Civil. Y la misma, expone dos posturas recogidas en distintos estudios doctrinales: 1) La ley que rige los efectos del matrimonio regula todas y cada una de las atribuciones que corresponden al cónyuge supérstite. Esta es la interpretación que hace la actora. Que es la postura seguida por la actora que es la que sostiene que en todo caso, se fijará la legítima conforme a la regulación aplicable a los efectos del matrimonio. 2) La ley que rige los efectos del matrimonio se aplica solo a las atribuciones legales de carácter familiar que surgen a favor del viudo al fallecer su cónyuge, pero no a las atribuciones legales que correspondan al cónyuge supérstite por ministerio de ley. Partiendo del principio de unidad y universalidad sucesoria, característico de nuestro sistema que parte del concepto de nacionalidad, y se formula en el artículo 9.8.I del Código Civil.

16. Según el tribunal, la entrada en vigor de la Ley 11/1990 de 15 Octubre (= por la que se incluye el párrafo III del artículo 9.8 del Código Civil) supone un replanteamiento de cuál sea la ley aplicable a los derechos del supérstite en el conjunto de la sucesión abierta por el fallecimiento de su cónyuge. La apertura de una sucesión siempre es un fenómeno complejo y ello produce en ocasiones inadaptaciones entre las instituciones en juego, de las que es claro ejemplo la situación del cónyuge viudo, en la cual se puede producir una duplicidad de derechos o bien la ausencia de los mismos según sean relacionados los relativos al régimen económico matrimonial y los correspondientes a la sucesión del cónyuge premuerto. Al respecto, es posible concebir dos posiciones: 1) Considerar que los efectos del matrimonio incluyen el régimen económico matrimonial establecido al iniciarse la relación matrimonial, a salvo el conflicto móvil. 2) O entender que puesto que éste, en todas las legislaciones civiles españolas, es mutable, el legislador de nuestro Código se refiere exclusivamente a los derechos ligados al matrimonio, de carácter familiar, que puedan integrarse en la sucesión cualquiera que sea el régimen económico matrimonial que rija las relaciones patrimoniales entre los esposos.

17. En este contexto sistemático, según la Audiencia Provincial de Baleares, se sitúa el párrafo III referente a la ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo en la sucesión introducido por la Ley 11/1990. El mismo, con técnica idéntica a la empleada para regular el *favor testamenti*, salva las

legítimas, aunque solo las de los descendientes. En efecto, la remisión que realiza el precepto a la ley aplicable a los efectos del matrimonio no es clara pues no será el régimen económico matrimonial el que determine la conexión en cuanto el artículo 9.3 del Código Civil se encarga de prever una solución para el conflicto móvil, evitando la inmutabilidad del régimen económico matrimonial. Es la posibilidad postconstitucional de modificar el régimen económico conyugal, en los ordenamientos civiles que establecían esa prohibición, la que conduce a reflexiones sobre cuáles son los efectos matrimoniales a los que se refiere el párrafo II del artículo 9. Los efectos del matrimonio, según son contemplados en dicho precepto, difieren en su ámbito de la redacción anterior a la ley 11/1990. Entonces se oponían los efectos personales a los patrimoniales, por lo que el campo de aplicación del artículo 9.2 se circunscribía a los primeros en tanto no gozaran de una norma más especial discutiéndose su extensión al denominado régimen matrimonial primario. En su actual dicción, como se ha indicado, se determinan inicialmente los efectos del matrimonio (= personales y patrimoniales) estableciendo normas subsidiarias de conflicto en el supuesto de concurrir leyes personales distintas, las cuales regirán con carácter común en todos los ámbitos en que se despliega la eficacia del matrimonio. Difiere del sistema anterior en que entonces la conexión se analizaba solo en el momento final (= posean o hayan poseído, decía el precepto), y solo subsidiariamente, más con una determinación nula, en cuanto discriminatoria (= ley personal del marido en el momento de la celebración del matrimonio). Es decir, la reforma lo que hace es salvar el principio constitucional de igualdad de los esposos al que se dirigen las conexiones establecidas en la norma, ratio que no guarda relación con la controversia ahora enjuiciada.

18. La Audiencia Provincial de Baleares prosigue y expone lo siguiente. Las reglas establecidas en el artículo 9.2 del Código Civil, con manifiesta extrapolación en un contexto de no discriminación por razón de sexo, se dirigen a fijar desde el momento temporal inicial del matrimonio una ley común. Pero no a declarar su inmutabilidad. Ya que es posible alterar, por pacto, el régimen económico matrimonial. Los cónyuges podrán adquirir posteriormente una nueva ley personal común, pactando la aplicación de otra ley reguladora según el régimen legal de su nueva vecindad que regirá los efectos del matrimonio, personales y patrimoniales. Pero que en nada afectará a los derechos del cónyuge que determine la ley sucesoria. Es posible considerar que los derechos sucesorios del cónyuge supérstite participan siempre de la naturaleza de las *mortis causa capiones* (= en una interpretación del artículo 16.2 del Código Civil, de que el 9.8 del Código Civil no sería más que generalización). Por lo tanto, la ley aplicable sería la correspondiente al régimen económico matrimonial de los cónyuges. Como consecuencia familiar y sucesoria del mismo, determinada por la ley que regula los efectos del matrimonio. Pero, en otro polo argumental también puede sostenerse que siendo esencial a la seguridad jurídica la uniformización de las soluciones a adoptar en las relaciones jurídicas complejas sucesorias, cuando intervienen en las mismas elementos personales que se rigen por diversas leyes, debe regir el principio de unidad en la ley sucesoria. Esto deberá regir en la globalidad de sus relaciones. Cualesquiera que sea la singularidad de los elementos personales que la integren. Y sin más excepciones que los derivados de la concurrencia de otros estatutos preferentes. Por lo que los derechos del cónyuge viudo se regirán por la ley sucesoria del causante. Debiendo ser interpretada la remisión a la ley que rige los efectos del matrimonio, exclusivamente a los ligados a los efectos personales o estatuto primario patrimonial (año de luto, ventajas, ajuar doméstico, viudedades forales en su consideración familiar, o cualesquiera otras que determine la ley aplicable).

19. Se apoya para afirmar esta cuestión en que la línea argumental fundamental consiste en que el legislador de 1990 no pretendía alterar el juego sucesorio ni romper el principio de unidad de sucesión característico de nuestro ordenamiento jurídico sino simplemente acabar con las discriminaciones entre cónyuges asegurando el principio de igualdad. Por ello, los puntos de conexión empleados para atribuir los diversos derechos que corresponden al viudo solo son jurídicamente idóneos si el artículo 9.8 del Código Civil *in fine* se entiende referido únicamente a los de derecho familiar. De este modo, los beneficios familiares, derivados de la celebración del matrimonio, tienen como punto de conexión la ley que regula los efectos del matrimonio (último inciso del artículo 9.8) y los beneficios de carácter sucesorio siguen dependiendo de la ley que regula la sucesión (la ley personal del causante; primer inciso del artículo 9.8). Así las cosas, la ley que rige los efectos del matrimonio se aplica solo a las atribuciones legales de carácter

familiar que surgen a favor del viudo al fallecer su cónyuge, pero no a las atribuciones legales que correspondan al cónyuge superviviente por ministerio de la ley y que en este caso vendrán determinadas por la ley personal del causante. Esta interpretación armonizadora de los artículos 9.2, 9.8 y 16.2 del Código Civil es congruente con el principio de la unidad de la sucesión, impide fraccionar la misma en estatutos inconciliables, siendo aplicable idéntica solución tanto a la sucesión testada como a la intestada, sin afectar al orden sucesorio determinado por la ley personal del causante ni extraer conclusiones no coherentes con los distintos regímenes económicos y sucesorios. El derecho español entiende preponderante la ley nacional del “*de cuius*” y al propio tiempo, el sistema hereditario español es de carácter universalista, esto es, sostiene el criterio de unidad del régimen sucesorio. Por ello, debe partirse de la *lex fori*, que determina, *ex* artículo 9.8 del Código Civil, que la ley aplicable es la personal del causante, dado que España no ha firmado el Convenio de La Haya de 1989, relativo a ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte que conduce a otras conexiones. Acoge así dicha norma el principio de universalidad de la sucesión (= con la única excepción prevista en su último párrafo a favor de la eventual aplicación de ley rectora de los efectos del matrimonio), de modo que el fenómeno sucesorio se sujeta siempre a la ley de la nacionalidad del causante, salvo que las normas de conflicto de ésta remitan a la ley española. Único caso de reenvío admitido por nuestras normas de Derecho Internacional Privado (= artículo 12.2 del Código Civil), lo que no es el caso. Pero es más, ese reenvío de primer grado, de existir, no debe aceptarse en materia de sucesión por causa de muerte si ello provoca un “fraccionamiento legal de la sucesión”, que de esa forma se vería regulada por varias leyes, ya que el artículo 9.8 del Código Civil está presidido por los principios de unidad y universalidad de aquélla (en este sentido las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8212), 21 de mayo de 1999 (RJ 1999, 4580) y 23 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 8029)). Por todo ello, la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte se determina en el artículo 9.8 del Código Civil, precepto que conduce a la ley nacional del causante en el momento del fallecimiento, incluyendo en su ámbito, los derechos que por causa de muerte corresponden al cónyuge superviviente.

20. La Audiencia Provincial de Baleares apoya sus argumentos en las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1996 y de 23 de septiembre de 2002 aluden a que el derecho español entiende preponderante la ley nacional del *de cuius*; al propio tiempo, el sistema hereditario español es de carácter universalista, esto es, sostiene el criterio de unidad del régimen sucesorio. Y en la doctrina contenida en diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y el Notariado, como las de de 11 de marzo, 18 de junio de 2003 y de 5 de febrero de 2005. Concluyendo que los derechos a que se refiere el último párrafo del artículo 9.8 del Código Civil son aquellos de carácter personal o estatuto primario patrimonial, como pudieran ser los dispuestos en el artículo 1.321 del Código Civil, pero no el usufructo viudal, el cual se regulará por la ley del causante en el momento de su fallecimiento. Y en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Soria, sección 1ª de 3 de diciembre de 2007, anteriormente analizada.

21. La Audiencia Provincial de Baleares, en su sentencia de 23 de junio de 2014 desestima el recurso que se le plantea. Ya que la Sala considera que debe prevalecer el principio de unidad de sucesión, sin que proceda la pretensión de la actora de que en la sucesión se aplique al mismo tiempo la regulación sucesoria ibicenca por aplicación de la ley personal del causante, y la común únicamente a los derechos legitimarios del cónyuge viudo, y que, la ley que rige los efectos del matrimonio se aplica solo a las atribuciones legales de carácter familiar que surgen a favor del viudo al fallecer su cónyuge, pero no a las atribuciones legales que correspondan al cónyuge superviviente por ministerio de la ley y que en este caso vendrán determinadas por la ley personal del causante.

IV. La segunda interpretación. Aplicación de la Ley que rige los efectos del matrimonio.

22. Las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Soria y Baleares no resuelven el problema de aplicar la Ley que rige los efectos del matrimonio porque no entienden el problema como sí lo hizo el Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de abril de 2014. Los argumentos e interpretación que hizo el Tribunal Supremo sobre el artículo 9.8 del Código Civil se analizarán a continuación.

23. Por fin este año se ha hecho la luz y la sentencia de 28 de Abril del año 2014 de nuestro Tribunal Supremo ha aclarado la relación entre la Ley aplicable a la sucesión y la Ley aplicable a los efectos del matrimonio. Nuestro Tribunal Supremo interpreta correctamente el artículo 9.8. III del Código Civil.

24. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de Abril de 2014 es la casación de un procedimiento que comenzó con la impugnación de escritura de manifestación y adjudicación de herencia de fecha 25 de julio de 2006, y en el que se solicitó la restitución de los bienes para realización de nueva partición, ello en atención a las siguientes consideraciones.

25. El causante, D. Pablo era de nacionalidad italiana y residía habitualmente en España, falleció el día 26 de enero de 2006 en Benalmádena. Otorgó testamento el 2 de marzo de 1973, en el que instituía herederos a sus hermanos D. Teresa y D. Agustín. El causante vivió desde su infancia en Benalmádena, donde desarrolló toda su actividad personal y empresarial con sus hermanos. Toda su masa hereditaria se hallaba en España. Se casó con la Sra. Ariadna en 2005, tras una larga convivencia marital con carácter previo a la celebración de su matrimonio, Dña. Ariadna es de nacionalidad española y con residencia habitual en España. El matrimonio se contrajo bajo el régimen de separación de bienes, en virtud de capitulaciones matrimoniales otorgadas con anterioridad al mismo, documento en que los cónyuges de forma expresa someten su matrimonio a la legislación española, ya que hicieron constar su residencia habitual común inmediatamente posterior al matrimonio en Benalmádena (Málaga) y la determinación del derecho común como norma aplicable para regular los efectos del matrimonio. De acuerdo con el art. 9.2 del Código Civil la ley que rija los efectos del matrimonio será la Ley española (Derecho común).

26. La hermana de D. Pablo, Dña. Teresa falleció el 29 de diciembre de 1989, contando con tres hijas, Dña. Fidela, Dña. Luz y Dña. María Virtudes. Tras numerosas reuniones entre los herederos de D. Pablo, a la que concurren diversos abogados en representación y asesoramiento de las partes, finalmente se firmó por D. Agustín, Dña. Ariadna, Dña. Fidela, Dña. Luz, Dña. Nieves y doña María Virtudes que son hijas y herederas universales de la hermana fallecida del causante, Dña. Teresa, la escritura de aceptación, partición y adjudicación de herencia de don Pablo, en fecha de 25 de julio de 2006, en la Notaría de D. Fernando Agustino Rueda, firmando todas las partes con pleno conocimiento y con consentimiento del contenido de la escritura. En este documento el notario D. Fernando Agustino Rueda somete los derechos del cónyuge supérstite a la legislación italiana. A pesar de lo que dicta literalmente el artículo 9.8 del Código Civil en su inciso final: los derechos que por ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio a salvo siempre de las legítimas de los descendientes. Con los datos previos, se ve que los efectos del matrimonio se sometían a la legislación española, en concreto, al Derecho común.

27. Además, el artículo 12.6 del Código Civil exige a los tribunales y autoridades la aplicación de oficio de las normas de conflicto del Derecho español, entre ellas el citado artículo 9.8 Código Civil. Es decir, el tribunal no puede ignorar el último párrafo del art. 9.8 del Código Civil que es una norma de conflicto que somete los derechos (sucesorios) del cónyuge viudo a la Ley que regula los efectos del matrimonio. La alusión intencionada y/o negligente de la norma de conflicto que imperativamente debería ser aplicable (la Ley española) genera un evidente detrimento al resto de los herederos testamentarios frente a la viuda, ya que utilizando dicha legislación italiana para determinar los derechos del cónyuge supérstite ésta tendría derecho a la mitad de la herencia en plena propiedad. Y aplicando la legislación española para determinar los derechos del cónyuge supérstite la viuda tendría derecho exclusivamente al usufructo de 2/3 partes de la herencia (art. 838 del Código Civil). Por todo ello se interesa la nulidad de la escritura de manifestación y adjudicación de herencia referida por indebida aplicación de la ley italiana a los derechos del Cónyuge viudo.

28. Este asunto llega a casación ante el Tribunal Supremo, que determina finalmente que el artículo 9.8 *in fine* del Código Civil es aplicable para determinar los derechos sucesorios del cónyuge supérstite. Por lo tanto, los derechos sucesorios que por ministerio de la ley corresponden al cónyuge

supérstite en virtud de matrimonio contraído al amparo del Derecho español se regirán por el Derecho español: por ser el que regula los efectos del matrimonio de acuerdo con el inciso final del artículo 9.8 del Código Civil en su redacción dada por la Ley 11/1990 de 15 de octubre. Y no por el Derecho italiano.

29. Se debe puntualizar que la regla del artículo 9.8, *in fine*, del Código Civil, que determina que “*los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes*” opera como una excepción a la regla general de la “*lex successionis*” previamente contemplada en el número primero del propio artículo nueve y reiterada en el párrafo primero de su número o apartado octavo (la Ley nacional del causante como criterio de determinación de la ordenación sucesoria).

30. Este es el primer argumento que utiliza el Tribunal Supremo para sostener esta interpretación del artículo 9.8.III del Código Civil la dicción de la norma es clarísima, pues indica que los “*derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite*” deben quedar sujetos a “*la misma ley que regule los efectos del matrimonio*”, de modo que el art. 9.8 Código Civil no se refiere solamente a los derechos del cónyuge “*ligados a los efectos personales o al estatuto primario patrimonial*”, sino que se refiere a todos los derechos del cónyuge viudo, incluidos, naturalmente los derechos sucesorios. De modo que *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* (= donde la ley no distingue, no debemos distinguir). En efecto, el art. 9.8 Código Civil es una norma que señala la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa*, a los derechos sucesorios. Y eso es lo que hace precisamente el último párrafo del art. 9.8 Código Civil: señalar la Ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge viudo mediante una “*conexión accesoria*” (= ley reguladora de los efectos del matrimonio) distinta de la “*conexión general*” (= nacionalidad del causante).

31. En este sentido, la norma aplicable resulta plenamente determinada con la remisión que cabe efectuar en relación a los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil, reguladores de los efectos del matrimonio como criterio de determinación. Esta excepción o regla especial no puede considerarse como una quiebra a los principios de unidad y universalidad sucesoria que nuestro Código, como se ha señalado, no recoge como una regla de determinación absoluta, ya que responde, mas bien, a un criterio técnico o de adaptación para facilitar el ajuste entre la ley aplicable a la sucesión del cónyuge supérstite y la ley aplicable a la disolución del correspondiente régimen económico matrimonial⁵. Esta solución, además, es la misma que, según indica E. ZABALO ESCUDERO, se contiene en los instrumentos internacionales vigentes, aun no habiéndose ratificado por el Reino de España, caso de las Convenciones de la Haya de 14 de marzo de 1978 y de 1 de agosto de 1989⁶.

32. Por lo tanto, el segundo argumento que utiliza el Tribunal Supremo indica que la intención del legislador fue acabar con la injusticia que suponía una desprotección sucesoria del cónyuge supérstite y acabar también con una sobreprotección sucesoria del mismo. Y ello sólo puede alcanzarse si los derechos sucesorios del cónyuge viudo (= y no sólo los derechos ligados a los “*efectos personales del matrimonio*”), se sujetan a la misma Ley que rige el régimen económico matrimonial.

33. El tercer argumento que el Tribunal Supremo expone para sustentar su interpretación, es el de la excepción legal expresamente recogida en el artículo 9.8 del Código Civil por el legislador español. Es una ruptura hecha con total consciencia por el legislador y por consiguiente, completamente legal, del principio general que rige nuestro sistema de unidad y universalidad de la Ley aplicable a la sucesión. Por lo tanto, si esa excepción se establece para que la Ley que regule los derechos sucesorios del cónyuge viudo sea la Ley que rige los efectos del matrimonio, será esa Ley y no la Ley nacional, que

⁵ N. BOUZA VIDAL, *Problemas de adaptación en Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, 1977, esp. pp. 33-35.

⁶ M.E. ZABALO ESCUDERO, *La situación jurídica del cónyuge viudo en el DIPr. y Derecho interregional*, Pamplona, 1993, *passim*, esp. pp. 80-85.

es la regla general que contempla nuestro sistema, la que rija esa cuestión. Y no hay razón para seguir pensado que el principio de unidad y universalidad de la sucesión es inquebrantable. Hay una excepción legal que altera ese principio general prevista por el legislador. Así que como excepción a esa regla general habrá que aplicarla.

34. Y el cuarto y último argumento que reafirma esta cuestión es el que trata sobre la función de los artículos 9.8 y 16.2 del Código Civil. Ambos artículos cumplen con la misma función, es decir, ambos fijan la Ley que regula los efectos del matrimonio para que se aplique a los derechos del cónyuge viudo. El artículo 9.8 del Código Civil con carácter general y el artículo 16.2 del Código Civil con carácter particular, al cónyuge viudo aragonés. Ya que si no se contemplara esta excepción, quedarían sujetos a la Ley de la sucesión. El fundamento de esta excepción reside en que son efectos del matrimonio y no de la sucesión.

35. Desde esta perspectiva se comprende que no quepa una interpretación de lo que deba entenderse por “*efectos del matrimonio*” que, en definitiva, modifique o restrinja el ámbito de aplicación de la regla especial reconocida y querida como tal, no sólo porque la propia norma no albergue distinción alguna a estos efectos entre las relaciones personales del vínculo matrimonial, ya generales o morales como los deberes de fidelidad o convivencia, o bien ligadas a un estatuto primario tales como el año de luto, ventajas, ajuar doméstico, etc., y las relaciones patrimoniales, propiamente dichas, sino por la consideración de los “efectos del matrimonio” como término o calificación jurídica que conceptualmente comporta un conjunto de derechos y deberes de contenido y proyección económica de innegable transcendencia, también en el ámbito sucesorio de los cónyuges.

36. Esta Sentencia del Tribunal Supremo rompe con la discutida interpretación de la Dirección General del Registro y del Notariado sobre el art. 9.8 *in fine* del Código Civil, sobre todo en tres de sus resoluciones (RDGRN de 18 de junio de 2003, la de 11 de marzo de 2003 y la de 5 de febrero de 2005). Estas resoluciones, como había subrayado ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT⁷ sostienen una interpretación totalmente contraria tanto a la letra como al espíritu del último párrafo del art. 9.8 Código Civil. La interpretación que se daba elevaba a dogma intocable y extremo la “unidad de la sucesión” para tratar de evitar que los derechos sucesorios del cónyuge viudo se rijan por otra Ley diferente a la Ley que rige la sucesión. En contra de esta interpretación que sostenía la Dirección General del Registro y del Notariado en estas resoluciones se pueden dar dos argumentos. Primero: la norma es cristalina en este sentido. La norma se refiere a los derechos sucesorios del cónyuge viudo. Es una norma sucesoria y el tribunal ha venido a poner en claro el papel del art. 9.8 párrafo III del Código Civil: “derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite”. Este párrafo está incluido en el artículo 9.8 del Código Civil, que es la norma de conflicto que, en Derecho Internacional Privado español, se dedica a regular la sucesión, por lo tanto los derechos a los que se refiere el último párrafo del artículo 9.8 del Código Civil, son derechos “sucesorios”. Segundo: el legislador tuvo la intención de acabar con la injusticia que suponía una desprotección sucesoria del cónyuge supérstite y acabar también con una sobreprotección sucesoria del mismo. Esto lo consigue sujetando a la misma Ley los derechos sucesorios del cónyuge viudo y el régimen económico matrimonial. Ésta era la idea originaria que persiguió el legislador español en 1990 y que fue sugerida por J.D. GONZÁLEZ CAMPOS en 1983⁸.

37. Esto último es el objetivo que persigue la excepción recogida en el artículo 9.8.III del Có-

⁷ A. RODRÍGUEZ BENOT, “La exclusión de las obligaciones derivadas del Derecho de familia y sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I”, *CDT*, 2009, Vol. 1, Nº 1, pp. 112-130.

⁸ A.-L. CALVO CARAVACA, “Art. 9.8 CC” en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1995, Tomo I, Vol. 2º, pp. 351-391; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Efforts concertés d’unification et coexistence des règles de droit international privé dans le système étatique”, *E pluribus Unum / Liber amicorum G.A.L. Droz*, Kluwer Law International, The Hague, 1996, pp. 105-120; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Conflicto de leyes (en el espacio)”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995, pp. 1428-1431; ID., “Derecho internacional privado”, *Enciclopedia Jurídica Básica*, 1995, pp. 2311-2316; ID., “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, *Estudios Homenaje A.Menéndez*, Madrid, 1996, pp. 5239-5270.

digo Civil: lograr que una misma Ley regule la disolución del régimen económico matrimonial y los derechos sucesorios del cónyuge superviviente. Esta norma regula todos los efectos del matrimonio. Y es una excepción legal, prevista por el propio legislador, a la unidad y universalidad de la sucesión.

38. Es una lástima que, como ha destacado L. KUNZ⁹, se haya perdido la oportunidad de ofrecer una solución armónica en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea a la cuestión de la Ley aplicable a los derechos sucesorios del cónyuge superviviente. En efecto, subraya M. ÁLVAREZ TORNÉ que el Reglamento 650/2012 no asegura que los derechos sucesorios del cónyuge viudo queden sujetos a la Ley que regula el régimen económico matrimonial, lo que hubiera sido una solución más que conveniente¹⁰. Esto puede dar lugar a que el cónyuge superviviente pueda ser doblemente favorecido o doblemente perjudicado. En ambos casos se produciría un trato injusto. Pero en el marco del Reglamento 650/2012, *de lege lata*, nada se puede hacer para que hacer coincidir la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* con la Ley aplicable al régimen económico matrimonial. Sin embargo, no todo está perdido: en el posible nuevo Reglamento sobre Ley aplicable al Régimen Económico Matrimonial, hoy en proceso de elaboración por las autoridades de la UE, el legislador europeo tiene la inmejorable ocasión, sin que sirva de precedente, para aprender del legislador español y también del Tribunal Supremo español¹¹.

V. Conclusiones

39. *Primera conclusión. El origen de la formulación de reglas eficientes para resolver los conflictos de leyes. Doctrina, jurisprudencia y legislador.* Hay que destacar el papel que tiene la doctrina especializada de los expertos de Derecho internacional privado en la formación de soluciones de esta rama del ordenamiento jurídico. Los tribunales se apoyan, para fundamentar sus fallos, en las indicaciones que la doctrina aporta con carácter previo¹². Que la doctrina vea con claridad la solución a este problema de Ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo es fundamental para proporcionar soluciones a problemas complejos como el que aquí se analiza. Son los estudiosos del Derecho internacional privado y los expertos en esta disciplina legal los que diseñan, por vez primera, el “sistema eficiente de conexiones” en Derecho internacional privado. Estos expertos son los que proponen, lanzan y plantean tesis y teorías sobre cuál debe ser la concreta Ley estatal que debe regular las situaciones privadas internacionales para lograr una solución legal más económica (= una solución que permite, al menor coste posible, la implementación de los derechos subjetivos en un escenario internacional). Se alcanza así una solución menos costosa y más eficiente a la controversia jurídica entre los particulares. En la actualidad, la doctrina no es fuente del Derecho español (artículo 1 Código Civil *a contrario sensu*). Ahora bien, con extrema frecuencia, las soluciones legales de Derecho Internacional privado siguen un proceso de elaboración que tiene su origen último en la doctrina especializada de Derecho internacional privado. En efecto, bien sea por vía de la Ley (= que recoge las propuestas de la doctrina especializada de Derecho Internacional Privado) y también por vía de la jurisprudencia (= que integra las lagunas de la Ley y que proporciona la interpretación de la Ley mediante la recepción de las tesis de la doctrina), puede afirmarse, como indican A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, que la doctrina de Derecho internacional privado es la “fuente primara” de esta disciplina (= es la auténtica “fábrica primera de soluciones de Derecho internacional privado”¹³). Esta situación responde a distintas razones. Primera, los

⁹ L. KUNZ, “Die neue Europäische Erbrechtsverordnung - ein Überblick (Teil II)”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2012, n. 5, pp. 253-257.

¹⁰ M. ÁLVAREZ TORNÉ, “The dissolution of the matrimonial property regime and the succession rights of the surviving spouse in Private International Law”, en K. BOELE-WOELKI/T. SVERDRUP (Ed.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp – Oxford – Portland, 2008, pp. 395-410.

¹¹ Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales de 16 marzo 2011, Doc COM 2011-126 final.

¹² B. OPPETT, “Les principes généraux en droit international privé”, *Archives de Philosophie du droit*, 1987, vol.32, pp. 179-187; ID., “Le droit international privé, droit savant”, *RCADI*, 1992, vol. 234, pp. 321-434.

autores que integran la doctrina operan en el contexto apropiado para reflexionar detenidamente sobre las cuestiones que suscita el Derecho internacional privado sin las premuras de tiempo y las exigencias fácticas del “día a día” de los jueces y sin estar sometidos a los turbulentos movimientos de la política legislativa del Parlamento. Segunda, la doctrina puede formular propuestas generales, válidas para un amplio espectro de casos, mientras que la jurisprudencia resuelve casos concretos, soluciones particulares para casos específicos, por lo que las soluciones doctrinales revisten, por naturaleza, un alcance más amplio, lo que les confiere un muy notable poder de solución de cuestiones jurídicas. Tercera, las cuestiones propias y exclusivas del Derecho internacional privado presentan una complejidad teórica elevada debido a su abstracción y a su fuerte carácter especulativo, lo que las hace muy apropiadas para su estudio desde los atriles de la doctrina. Cuarta, el Derecho internacional privado nació, conviene no olvidarlo, como un sector del Derecho puramente doctrinal muchos años antes de la elaboración de textos legales positivos de Derecho Internacional Privado. Esa impronta no se ha perdido¹⁴.

40. Segunda conclusión. El importante papel de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en la formación del sistema español de Derecho Internacional Privado. En Derecho español, la jurisprudencia no es fuente de normas objetivas de Derecho Internacional Privado. Sin embargo, la jurisprudencia presenta una incidencia muy poderosa en el Derecho internacional privado español, por varios motivos: a) Ayuda a construir nuevas reglas de Derecho Internacional Privado, pues sugiere soluciones legales futuras y descubre principios generales del Derecho Internacional Privado; b) Proporciona líneas de interpretación de las normas de Derecho Internacional Privado; c) Algunos aspectos de Derecho Internacional Privado que disponen de una regulación legal esquemática, han sido integrados con “interpretaciones jurisprudenciales creativas”; d) La jurisprudencia del TS opera, en la práctica, como una auténtica “norma” cuya infracción es recurrible en casación (artículo 477.3 LEC), porque la Ley reina pero la jurisprudencia gobierna. También en el Derecho Internacional Privado¹⁵. Además, y salvo el recurso de amparo y los recursos en defensa de los derechos humanos ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, más allá del Tribunal Supremo no se puede recurrir, de modo que la interpretación de las normas de Derecho Internacional Privado que proporciona el Tribunal Supremo es la que se impone en la práctica judicial¹⁶. El poder creador de normas de DIPr. por parte de la jurisprudencia, señala J.-Y. CARLIER, es un dato innegable en todos los sistemas jurídicos de DIPr.¹⁷.

41. Tercera conclusión. La Ley rectora de los derechos del cónyuge viudo. De una vez por todas, se clarifica la cuestión de cuál es la Ley aplicable de los efectos del matrimonio a la cuestión de los derechos sucesorios del cónyuge viudo. Así de este modo y sin ninguna excepción, la Ley aplicable a los derechos del cónyuge viudo es la Ley estatal que rige los efectos del matrimonio. Cuando la Ley no es clara, como sucede con el artículo 9.8 III del Código Civil, la jurisprudencia aumenta la seguridad jurídica, como se aprecia en el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 abril 2014. Por otro lado, como han destacado P. MANKOWSKI / W. OSTHAUS, esta solución invita a los particulares a diseñar

¹³ Desde una perspectiva histórica del Derecho Internacional Privado se demuestra que, ante problemas muy complejos de Derecho Internacional Privado, la jurisprudencia busca las soluciones a tales problemas en la doctrina y luego el legislador acaba por cristalizar esa posición en la Ley. Así ha ocurrido con el último párrafo del artículo 9.8 Código Civil. Y así lo apunta J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y Teoría económica*, Colección “El Derecho de la globalización”, Ed. Colex, Madrid, 2011, p. 260.

¹⁴ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014, pp. 81-82; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflicto de leyes y Teoría económica*, Colección “El Derecho de la globalización”, Ed. Colex, Madrid, 2011, pp. 255-261.

¹⁵ A.L. CALVO CARAVACA, “Las fuentes del Derecho internacional privado”, *RGD*, 1986, pp. 5051-5093; R. GRAVESON, “The Sources of Private International Law”, *Studi in onore di G.Sperduti*, Milán, Giuffrè, 1984, pp. 69-88; P. LAGARDE, “Les principes du droit international privé hier, aujourd’hui et demain”, en *Principios, objetivos y métodos del DIPr. Balance y perspectivas de una década. IV jornadas DIPr.*, Madrid, CESSJ R.Carande, 1995, pp. 17-33.

¹⁶ A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014, p. 80.

¹⁷ J. Y. CARLIER, “Le Code belge de droit international privé”, *RCDIP*, 2005, pp. 11-39.

soluciones específicas mediante acuerdo para evitar una desprotección fáctica del cónyuge viudo en el contexto del Derecho material aplicable (= solución de segundo escalón), en el caso de que la Ley reguladora de la sucesión *mortis causa* no resulte adecuada para dicho cónyuge viudo¹⁸.

42. Cuarta conclusión. Métodos interpretativos y Derecho internacional privado. En los casos en los que la Ley no es suficientemente clara, la interpretación que debe prevalecer no es la literal (= que es la que precisamente ha generado la confusión), sino la interpretación que apunta al sentido y finalidad de las normas (art. 3 CC). En este caso, la coordinación entre la Ley aplicable a la sucesión y la Ley aplicable al régimen económico matrimonial para que el cónyuge viudo no se vea sobreprotegido o desprotegido por las normas de conflicto y por las normas materiales a las que éstas conducen.

¹⁸ P. MANKOWSKI / W. OSTHAUS, "Gestaltungsmöglichkeiten durch Rechtswahl beim Erbrecht des überlebenden Ehegatten in internationalen Fällen", *Deutsche Notar-Zeitschrift*, 1997, 1, pp. 10-27.

CONVENIO DE ROMA 1980 Y REGLAMENTO ROMA I. LEY
APLICABLE A LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES.
EL CONTRATO DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS Y EL
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

THE ROME CONVENTION AND THE ROME I REGULATION
ON THE LAW APPLICABLE TO CONTRACTUAL
OBLIGATIONS. CONTRACTS FOR THE CARRIAGE OF GOODS
AND THE EUROPEAN COURT OF JUSTICE

ISABEL LORENTE MARTÍNEZ

Abogada colegiada ejerciente del ICAMUR

Recibido: 22.01.2015 /Aceptado: 03.02.2015

Resumen: Con el asunto C-305/13 el TJUE ha tenido la oportunidad de pronunciarse, en la resolución de una petición prejudicial, sobre el papel que tenía a la hora de determinar la ley estatal aplicable al contrato de transporte internacional, el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, ahora transformado al Reglamento Roma I, de 17 de junio de 2008. En este trabajo se subraya la transformación del punto clave de la arquitectura del Convenio de Roma: el principio de los vínculos más estrechos. En el Reglamento Roma I.

Palabras clave: Convenio de Roma 1980, Reglamento Roma I, ley estatal aplicable, vínculos más estrechos, contrato de transporte internacional, seguridad jurídica.

Abstract: In Case C-305/13 the ECJ has had the opportunity to express on the petition for a preliminary decision about the role he had in determining the applicable state law to international transport contract, the Rome Convention, of June 19, 1980, now transformed to the Rome I Regulation of 17 June 2008. In this work transforming the key point of the architecture of the Rome Convention emphasizes: the principle of the closest connection. In Rome I Regulation.

Key words: Rome Convention 1980, Rome I Regulation, applicable state law, principle of the closest connection, international contract for the carriage of goods, legal certainty.

Sumario: I. Introducción. II. El punto clave de la arquitectura del Convenio de Roma: El principio de los vínculos más estrechos. III. El cambio radical en la piedra angular del sistema con el Reglamento Roma I. IV. Diferencias entre el Convenio de Roma y el Reglamento Roma I. V. Solución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. VI. ¿Preferencia por un papel activo del principio de los vínculos más estrechos, o por un papel más residual de los mismos?

I. Introducción

1. Es sobresaliente la importancia que ha tenido el Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 junio 1980, transformado en el Reglamento (CE) N° 593/2008

del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), en la construcción del Espacio Judicial Europeo¹.

2. El Reglamento Roma I es el fruto, en efecto, de la “transformación” del Convenio de Roma de 19 junio 1980. El Reglamento Roma I recoge esencialmente el texto de dicho Convenio. Sin embargo, en esa “transformación” se han introducido ciertas modificaciones que incluyen novedades de importancia sobre la regulación de los contratos internacionales. El Reglamento Roma I es un resultado más, como es sabido, del proceso de “europeización del Derecho internacional privado”². Con la transformación del Convenio de Roma de 1980 al Reglamento Roma I se consigue, explica T. BALLARINO, lo que de otra manera hubiera sido muy difícil: modificar *de facto* un Convenio internacional y facilitar una hipotética reforma en un futuro³. Para modificar un convenio internacional se requeriría un consenso entre todos los Estados partes en el mismo, sin embargo, la modificación de un Reglamento de la Unión Europea resulta más sencillo a efectos prácticos. Por lo tanto, con el Reglamento Roma I se sigue la línea de la teoría de los “*vasos comunicantes*”, se transfieren a las autoridades de la Unión Europea la atribución de competencias para la elaboración de las normas de Derecho internacional privado⁴.

3. En un primer momento el Convenio de Roma de 1980, y posteriormente, el Reglamento Roma I contribuyen al buen funcionamiento del mercado interior, fundamentalmente por dos motivos: 1º) Porque con esa unificación legal se favorece “*la previsibilidad del resultado de los litigios*”. 2º) Porque potencia “*la seguridad en cuanto a la ley aplicable*”⁵. Es por esto, por lo que el Reglamento Roma I evita la indeseable consecuencia del *Forum Shopping*⁶. El Reglamento Roma I contiene “normas de conflicto uniformes”, iguales para todos los Estados miembros de la Unión Europea en materia de contratos internacionales. De modo que la Ley que rige un contrato internacional es la misma con independencia del Estado miembro cuyos tribunales o autoridades conozcan del asunto o litigio. Ello proporciona estabilidad legal a los contratantes, por lo que favorece la contratación internacional⁷. En consecuencia, el mercado interior funciona de modo más correcto, pues la libertades de circulación de la Unión Europea que afectan a los bienes, servicios, empresas, trabajadores, capitales y personas resultan claramente impulsadas al reforzarse, gracias al Reglamento Roma I, la “seguridad jurídica internacional”⁸. Esto se

¹ Texto del Convenio de Roma en su versión consolidada en DOUE C 334 de 30 diciembre 2005. Texto original en español en BOE núm. 171 de 19 julio 1993, corr. errores BOE núm. 189 de 9 agosto 1993. Texto del Reglamento Roma I en DOUE L 177 de 4 julio 2008.

² J. BASEDOW, “The communitarisation of the conflict of laws under the treaty of Amsterdam”, *CMLR*, 2000, pp. 687-708; ID., “European Conflict of Laws Under the Treaty of Amsterdam”, en P.J. BORCHERS / J. ZEKOLL (EDS.), *Essays F.K. Juenger*, Nueva York, 2001, pp. 175-192.

³ T. BALLARINO, “Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto”, *CDT*, 2009, Vol. 1, N° 1, pp. 5-18; T. BALLARINO, “Dalla Convenzione di Roma del 1980 al regolamento Roma I”, *RDI*, 2009, pp. 40-64.

⁴ CALVO CARAVACA, A.-L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014, p. 91.

⁵ Considerando 6 del Reglamento Roma I: “El correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio.”

⁶ P.A. NIELSEN / O. LANDO, “The Rome I Regulation”, *CMLR*, 2008, pp. 1687-1725.

⁷ FJ 23 de la STJUE de 6 de Octubre de 2009, as. C-133/08, *Intercontainer Interfrigo*: “*Del mencionado Preámbulo se desprende también que el Convenio tiene como objetivo establecer unas normas uniformes relativas a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, con independencia de cuál sea el lugar en el que haya de dictarse sentencia. En efecto, tal como resulta del informe relativo al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, elaborado por los profesores Mario Giuliano, de la Universidad de Milán, y Paul Lagarde, de la Universidad de París I (DO 1980, C 282, p. 1; en lo sucesivo, “informe Giuliano-Lagarde”), el Convenio nació como consecuencia de la necesidad de suprimir los inconvenientes derivados de la diversidad de normas de conflicto en materia de contratos. La función del Convenio es elevar el nivel de seguridad jurídica acrecentando la confianza en la estabilidad de las relaciones jurídicas y la protección de los derechos adquiridos en todo el ámbito del Derecho privado.*” Subrayado añadido.

⁸ CALVO CARAVACA, A.-L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014, p. 755.

traduce en contratos ejecutables en toda la Unión Europea, en seguridad jurídica y certeza legal, y por supuesto, en un ahorro de costes jurídicos con arreglo a un eficiente Derecho internacional privado.

4. Con todo esto se contribuye también a la creación del “espacio de libertad, seguridad y justicia”. La base jurídica del Reglamento Roma I se encuentra, como es ampliamente conocido, en el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea. Y es otra de las ventajas que ofrece esta regulación: la unificación de las norma de conflicto favorece la libre circulación de resoluciones judiciales⁹. Un Estado miembro (=Estado de destino) aceptará sin inconvenientes el reconocimiento y ejecución de resoluciones dictadas en otro Estado miembro (=Estado de origen) si las autoridades del Estado de origen han dictado una resolución en la que han aplicado la misma Ley que hubiera aplicado una autoridad del Estado de destino. En conclusión, se potencia el “*principio del reconocimiento mutuo de las relaciones judiciales y otras decisiones*”.¹⁰

II. El punto clave de la arquitectura del Convenio de Roma: el principio de los vínculos más estrechos

5. El punto clave de la arquitectura del Convenio de Roma de 19 junio 1980 es el principio de los vínculos más estrechos. Este principio garantiza la aplicación al contrato de la Ley del Estado con el que dicho contrato presente la más estrecha vinculación. Pero para que este principio sea justo, y previsible para las partes, se hace necesaria la realización de un *Balancing Test*.

6. Pero el problema es que, con frecuencia, los jueces no lleven a cabo un correcto *Balancing Test*, ya sea porque lo encuentran complicado, o porque no lo observan tan siquiera. Ello comporta un grave peligro de “legeforismo”. Y el resultado de que cada tribunal pueda aplicar una Ley diferente al mismo contrato. Se rompe así con el principio de previsibilidad que debe presidir la fijación de la Ley aplicable a los contratos internacionales.

7. Con el artículo 4.5 del Convenio de Roma, si un contrato presentaba más vínculos y vínculos más sustanciales con otro país que no fuera el país al que conducían las presunciones señaladas en los artículos 4.2 y 4.4 del Convenio de Roma, la cláusula de excepción debía ser activada. Esto era así porque, en todo caso, el contrato debía quedar sujeto a la Ley del país con el que presentaba los vínculos más estrechos, artículo 4.1 del Convenio de Roma¹¹. Pero esta regulación sufre una transformación cuando el texto del Convenio Roma I pasa a ser el Reglamento Roma I.

III. El cambio radical en la piedra angular del sistema con el Reglamento Roma I.

8. Con el Reglamento Roma I se dice adiós al principio de los contactos o vínculos más estrechos como piedra angular del sistema conflictual europeo en el ámbito de los contratos internacionales.

⁹ M. WÜRDINGER, “Das Prinzip der Einheit der Schuldrechtsverordnungen im Europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrecht, Eine methodologische Untersuchung über die praktische Konkordanz zwischen Brüssel I-VO, Rom I-VO und Rom II-VO”, *RabelsZ*, 2011, pp. 102-126.

¹⁰ Considerando 3 y 4 del Reglamento Roma I: (3) *El Consejo Europeo, en su reunión celebrada en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, secundó el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y otras decisiones de las autoridades judiciales como piedra angular de la cooperación judicial en materia civil e invitó al Consejo y a la Comisión a que adoptaran un programa de medidas para aplicar dicho principio.*

(4) *El 30 de noviembre de 2000, el Consejo adoptó un programa común de la Comisión y del Consejo de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (3). El programa define las medidas relativas a la armonización de las normas de conflicto de leyes como las que facilitan el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales.*

¹¹ CALVO CARAVACA, A.-L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014, p. 864.

Ahora se imponen puntos de conexión axiomáticos, matemáticos. Y el principio de los vínculos más estrechos queda para casos extremadamente difíciles (= *hard cases*)¹².

9. El Reglamento Roma I utiliza una lista de puntos de conexión en cascada o escalera para determinar la Ley aplicable al contrato. En primer lugar, en su artículo 3, el contrato se rige por la “Ley elegida por las partes”. Prima el punto de conexión de autonomía de la voluntad de las partes, siempre que esa conexión sea válida y se ajuste a los términos del artículo 3 del Reglamento Roma I. En segundo lugar, y a falta de elección de Ley por los contratantes, o que no sea válida la misma, se distinguen cuatro situaciones: 1) si el contrato puede encuadrarse dentro de los ocho tipos de contratos del artículo 4.1 del Reglamento Roma I, es el legislador el que designa la Ley directamente para su aplicación al contrato. 2) Si el contrato no entra dentro de la categoría de esos “ocho contratos típicos” o bien, si es una combinación de esos ocho contratos, el contrato se rige por la Ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato, artículo 4.2 del Reglamento Roma I. 3) Si el contrato no entra dentro de los “ocho contratos típicos” y carece de prestación característica, se regirá por la Ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. Esto se contempla en el artículo 4.4 del Reglamento Roma I. 4) Pero si del conjunto de circunstancias, y a falta siempre de elección de Ley, se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el artículo 4.1 o 4.2 del Reglamento Roma I, entonces el contrato se regirá por la Ley de este otro país. Artículo 4.3 del Reglamento Roma I¹³.

10. Debe destacarse el auténtico papel que despliega en el Reglamento Roma I el principio de los vínculos más estrechos. Pasa de ser piedra angular en el régimen del Convenio de Roma de 1980 a ser una cláusula de excepción en el Reglamento Roma I. El Reglamento Roma I ofrece esa cláusula de excepción si la vinculación del contrato con el país designado por los párrafos 1 y 2 del artículo 4 del Reglamento Roma I es una vinculación puramente formal, nominal, fugaz, anecdótica o aparente, pero no sustancial ni real¹⁴. Se busca con esta cláusula de excepción moderar los costes conflictuales para ambos contratantes pero sólo en casos extremos. El legislador busca facilitar la celebración, el cumplimiento y la solución de la controversia o litigio judicial con arreglo al Derecho que suponga unos costes más moderados para ambas partes. Con un ejemplo se entiende mejor la razón de ser de la cláusula de excepción que recoge el artículo 4.3 del Reglamento Roma I. Supóngase que una empresa chilena (CHIL) vende una partida de mariscos a un empresario italiano (IT). Según el contrato la empresa vendedora debe enviar la mercancía al puerto de Las Palmas (España) en 7 días, y será en dicha ciudad donde se pagará el precio. La entrega de la mercancía la llevará a cabo una sucursal de la empresa chilena, con sede en Irlanda por motivos meramente fiscales. A falta de elección de Ley, según el artículo 4.1 a) y 19.2 y 3 del Reglamento Roma I, este contrato se rige por el Derecho Irlandés. Pasado un tiempo, el empresario chileno (CHIL) demanda al empresario italiano (IT) por falta de pago. La sucursal de Irlanda ya no existe, pues se cerró tiempo atrás. La vinculación del supuesto con Irlanda es meramente formal, anecdótica, fugaz y aparente, en el momento de la demanda ya no existe esa relación. Sin embargo, el contrato presenta vínculos más estrechos y sólidos con España, que es el país donde se realiza el pago de la mercancía. Litigar con arreglo al Derecho irlandés comportaría costes más elevados para ambas partes que los que les supone la aplicación del Derecho español.

11. La Ley que señala el artículo 4.3 del Reglamento Roma I solo se aplicará si los vínculos entre el contrato y un país determinado son “*manifiestamente más estrechos*” que los que unen al con-

¹² J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Ed. Colex, Madrid, 2009, pp. 102-104.

¹³ CALVO CARAVACA, A.-L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014, p. 771.

¹⁴ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “La cláusula de excepción y los contratos internacionales. La crisis del principio de proximidad”, en C. ESPLUGUES MOTA Y G. PALAO MORENO (Edits.), M. PENADÉS FONS (Coord.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 459-470; CALVO CARAVACA, A.-L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014, p. 863.

trato y al país al que conducen los párrafos 1 y 2 del artículo 4 del Reglamento Roma I, y añade otro requisito más, si se desprende “claramente” del conjunto de circunstancias, que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los precitados artículos. El significado de claramente se traduce en que debe ser perceptible por cualquier persona. El adverbio claramente hace referencia a una “experiencia visual”. Una percepción visual exige un muy escaso esfuerzo: se aprecia inmediatamente, sin mayores indagaciones, y se aprecia, también, de modo universal, es decir, por cualquier sujeto. Esto es, debe ser apreciada por las partes y por el juez. La aplicación de la Ley que designe el artículo 4.3 del Reglamento Roma I al contrato no debe “sorprender” a las partes, no les comportará costes conflictuales elevados que no pudieron prever. De ese modo, se garantiza también la “seguridad jurídica en el espacio judicial europeo”¹⁵, pues la vinculación del contrato con el país que presenta los vínculos manifiestamente más estrechos se detecta “claramente”, por y para todos los implicados¹⁶.

IV. Diferencias entre el Convenio de Roma y el Reglamento Roma I para el contrato de transporte de mercancías.

12. Una prueba del *modus operandi* del principio de los vínculos más estrechos en el Convenio de Roma de 19 junio 1980 se aprecia en el contrato internacional de transporte de mercancías. En tal contrato, y con arreglo al citado Convenio de Roma, se presume que dicho contrato presenta los vínculos más estrechos con el país donde el transportista posee su establecimiento principal en el momento de conclusión del contrato si dicho país coincide con aquél en el que está situado el lugar de carga o descarga o el establecimiento del expedidor. A tales efectos, se consideran contratos de transporte de mercancías los contratos de fletamento para un único viaje, así como los demás contratos cuyo objeto principal sea la realización de un transporte de mercancías. Por transportista debe entenderse la persona que se compromete a realizar el transporte, sea o no la que finalmente lo lleva a cabo materialmente.

13. El artículo 4.4 del Convenio de Roma constituye un elemento de ataque contra los “pabellones de conveniencia”, pues exige una “proximidad real” entre el contrato y el Estado cuya Ley lo rige. En efecto, de haberse mantenido la presunción general del art. 4.2 CR para estos contratos, la Ley aplicable al contrato bien podría haber sido la Ley de un Estado receptor de pabellones de conveniencia, –Liberia, Panamá...–, poco o nada conectado con la situación contractual. Debe recordarse que existen distintos convenios internacionales que contienen normas materiales uniformes sobre transporte internacional de mercancías cuya aplicación no se ve menoscabada por el Convenio de Roma (art. 21 CR). El transporte de personas se rige por la presunción general (art. 4.2 CR) y no por el art. 4.4 CR.

14. La Ley aplicable al contrato de transporte en el Reglamento Roma I se fija a través de diversos puntos de conexión recogidos en el artículo 5 del mismo: 1º) Este contrato se rige por la Ley elegida por las partes con arreglo al art. 3 RR-I; 2º) En defecto de elección de Ley, se aplicará la Ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de recepción o el lugar de entrega, o la residencia habitual del remitente, también estén situados en ese país (SJMerc Bizkaia 31 octubre 2007 [transporte desde Brasil a Portugal de bobinas de acero corroídas], STJCE 6 octubre 2009, as. C-133/08, *Intercontainer Interfrigo*). El precepto se refiere al lugar de entrega pactado por las partes, y no al lugar donde la mercancía se entregó *de facto*; 3º) Si no se verifican los anteriores requisitos, se aplicará la Ley del país que corresponde al lugar de entrega pactado por las partes.

¹⁵ Considerando 16 del Reglamento Roma I: “Con el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad. No obstante, el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación.”

¹⁶ CALVO CARAVACA, A.-L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. I, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014, p. 865.

16. El contrato de transporte de mercancías más extendido es el llamado “contrato de fletamento” (*charter-party contract*), contrato en cuya virtud una persona (fletante) pone un buque a disposición de otra persona (fletador), para el transporte de mercancías durante un periodo de tiempo (fletamento por tiempo / “*Time-Charter*”), o para un determinado viaje (fletamento por viaje o “*Voyage-Charter*”), y que se documenta, frecuentemente, en una “póliza de fletamento” (“*Charter Party*”)¹⁷. Existen modelos de pólizas de fletamento de gran difusión en la práctica internacional y elaboradas por organismos especializados en el sector marítimo, como BIMCO y FONASBA, muy frecuente que las pólizas de fletamento recojan las llamadas “cláusulas *paramount*” cuya finalidad consiste en extender al contrato de fletamento el régimen de responsabilidad imperativo propio del contrato de transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque y contenido en ciertos Convenios internacionales.

17. También muy frecuente en el comercio internacional es el contrato de transporte multimodal internacional de mercancías, contrato en cuya virtud el usuario y el operador de transporte multimodal (OTM) acuerdan el traslado de una mercancía de un lugar a otro mediante dos o más modos de transporte (carretera, ferrocarril, mar, aguas interiores, aire). El transporte multimodal se rige por ciertas disposiciones de determinados Convenios internacionales: arts. 18.4 y 38 Convenio de Montreal (transporte aéreo); art. 2 CMR, art. 2.2 COTIF, art. 48 CIM y 33 CIV (transporte por ferrocarril). Debe subrayarse que el Convenio de Ginebra de 24 mayo 1980 sobre transporte multimodal internacional de mercancías no está en vigor para España. Existen determinados documentos de gran difusión internacional en los que se formaliza el contrato de transporte multimodal, como COMBICONWAYBILL y MULTIWAYBILL¹⁸.

18. En el ámbito del Reglamento Roma I se observan importantes diferencias de regulación del contrato de transporte de mercancías respecto al régimen recogido en el Convenio de Roma de 1980. A efectos del artículo 5 Reglamento Roma I, se consideran contratos de transporte de mercancías los contratos de fletamento para un único viaje, así como los demás contratos cuyo objeto principal sea la realización de un transporte de mercancías (Cons. 22 RR-I). Por “transportista” debe entenderse la persona que se compromete a realizar el transporte de mercancías, sea o no la que finalmente lo lleva a cabo materialmente. Por “remitente” debe entenderse cualquier persona que haya concluido un contrato de transporte con el transportista (Cons. 22 RR-I).

19. El artículo 5 Reglamento Roma I trata de fijar la Ley aplicable a los contratos de transporte sin caer en la “trampa conflictual” de los conocidos “pabellones de conveniencia”, que conducen a crear conexiones no significativas del contrato con un país. En efecto, el precepto exige una “proximidad real” entre el contrato y el Estado cuya Ley lo rige. Por ello, no se permite la aplicación, sin más, de la Ley de la sede del transportista, que bien puede ser la Ley de un Estado receptor de pabellones de conveniencia, como Liberia, Panamá, etc., poco o nada conectado con el contrato, cuya Ley podría sorprender al pasajero o al cliente del contrato de transporte de mercancías. Existen distintos convenios internacionales que contienen normas materiales uniformes sobre transporte internacional de mercancías cuya aplicación no se ve perjudicada por el Reglamento Roma I (arts. 25 y 26 RR-I). No obstante, y en contra de la creencia general, tan difundida como falsa, estos Convenios dejan multitud de cuestiones legales sin una regulación jurídica, por lo que la determinación de la Ley aplicable al contrato de transporte reviste la máxima importancia (L.F. CARRILLO POZO)¹⁹.

20. La escala de conexiones que recoge el Reglamento Roma I en su artículo 5 para los contratos de transporte internacional de mercancías son las siguientes: En defecto de elección de la ley aplicable al contrato para el transporte de mercancías de conformidad con el artículo 3 del Reglamento Roma I, la ley aplicable será la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre y cuando

¹⁷ J.L. IRIARTE ÁNGEL, *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Eurolex, 1993.

¹⁸ A.-L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho del comercio internacional*. Ed. Colex. 1ª edición, 2012, pp. 1046-1050.

¹⁹ L.F. CARRILLO POZO, *El contrato internacional, la prestación característica*, Bolonia, 1994; ID., “La ley aplicable al contrato en defecto de elección: un análisis a través de la jurisprudencia”, *Poder Judicial*, n.74, 2004, pp. 11-46.

el lugar de recepción o el lugar de entrega, o la residencia habitual del remitente, también estén situados en ese país. Si no se cumplen estos requisitos, se aplicará la ley del país donde esté situado el lugar de entrega convenido por las partes. Por último, señala el artículo 5 del Reglamento Roma I, que si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato, a falta de elección de la ley, presenta vínculos manifiestamente más estrechos con un país distinto del indicado en el apartado 1, se aplicará la ley de ese otro país.

V. Solución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

21. La Sentencia del TJUE de 23 de octubre del año 2014 aborda la cuestión de la determinación de la ley aplicable al contrato de transporte en defecto de elección y la intervención del principio de los vínculos más estrechos al efecto. Esta sentencia sugiere un importante conjunto de reflexiones:

22. Primero: La calificación conflictual del contrato constituye una operación de extraordinaria importancia (= ya sea un contrato de seguro, consumidores, compraventa o transporte), porque de ello depende la norma de conflicto aplicable dentro del Convenio de Roma de 1980 y del Reglamento Roma I. Así lo indica el TJUE en su conclusión (1): *“La última frase del artículo 4, apartado 4, del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980, debe interpretarse en el sentido de que dicha disposición se aplica a un contrato de comisión de transporte únicamente cuando el objeto principal del contrato consiste en el transporte propiamente dicho de la mercancía de que se trate, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.”*

23. Segundo. El papel de los vínculos más estrechos como cláusula de escape o de excepción en el Convenio de Roma de 1980. La segunda conclusión a la que llega el TJUE tras el análisis que hace de los puntos de conexión para fijar la Ley aplicable a los contratos de transporte, sugiere que en defecto de las conexiones anteriores, se deberá acudir al principio de los vínculos más estrechos para fijar la Ley aplicable al mismo. Conclusión (2) del TJUE: *“El artículo 4, apartado 4, del citado Convenio debe interpretarse en el sentido de que, cuando la ley aplicable a un contrato de transporte de mercancías no pueda determinarse aplicando la segunda frase de dicha disposición, deberá determinarse en función de la regla general prevista en el apartado 1 de ese mismo artículo 4, es decir, que la ley que rija el contrato será la ley del país con el que presente los lazos más estrechos.”*

24. Tercero: el TJUE muestra cómo llevar a cabo el proceso de *Balancing Test*, siempre complicado, con la intención de evitar el riesgo de legefórismo, como se ha apuntado anteriormente. *“El artículo 4, apartado 2, del mismo Convenio debe interpretarse en el sentido de que, en el supuesto de que se alegue que un contrato presenta lazos más estrechos con un país que no sea el país cuya ley venga designada en virtud de la presunción que establece dicho apartado, el juez nacional deberá comparar los lazos existentes entre el contrato y el país cuya ley venga designada en virtud de la presunción, por una parte, y entre el contrato y el otro país de que se trate, por otra. A tal efecto, el juez nacional deberá tener en cuenta todas las circunstancias que concurran, incluida la existencia de otros contratos relacionados con el contrato en cuestión.”*

25. Cuarto: en esta última frase también señala el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que las cadenas de contratos son muy frecuentes y que tienen su eco a la hora de precisar la Ley aplicable a través de la cláusula de los vínculos más estrechos. Las cadenas de contratos son “contratos entrelazados”, encaminados a la consecución de un objetivo común, pero que presentan una estructura autónoma. Estos contratos están enlazados solo desde un punto de vista funcional (=todos ellos apuntan a un objetivo o función común). En general, ninguno de tales contratos es “dependiente” jurídicamente de otro²⁰.

²⁰ CALVO CARAVACA, A.-L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, vol. II, 15ª ed., Ed. Comares, Granada, 2014, p. 888.

26. Quinto: Se trata, en el contexto del Reglamento Roma I, de una cláusula de cierre o de una cláusula de excepción (artículo 5.3 del Reglamento Roma I)? El artículo 5.3 del Reglamento Roma I es una cláusula de cierre, ya que esta conexión sirve para hacer aplicable una concreta Ley. La presunción no puede operar por motivos técnicos. Es cláusula de cierre y es así para descartar la presunción y hacer aplicable la Ley del país con el que el contrato presenta los vínculos más estrechos.

VI. ¿Preferencia por un papel activo del principio de los vínculos más estrechos, o por un papel residual de los mismos?

27. En relación a la comparación del sistema que recogía el artículo 4.4 del Convenio de Roma de 1980, y el sistema que recoge el actual artículo 5.3 del Reglamento Roma I, surge una cuestión: ¿es mejor un papel activo de los vínculos más estrechos o un papel muy residual de los mismos?

28. El artículo 4.4 del Convenio de Roma de 1980 hacía del principio de los vínculos más estrechos la norma de uso general: el principio angular que sustentaba todo el edificio conflictual del convenio, la razón de ser de la arquitectura del mismo. En todo caso, el contrato debía quedar sujeto a la Ley del país con el que presentaba los vínculos más estrechos.

29. Sin embargo, el artículo 5.3 del Reglamento Roma I hace un uso mucho más excepcional de este principio. Esto en un principio, presenta distintas ventajas: 1) un papel residual de los vínculos más estrechos aporta una mayor seguridad jurídica para fijar la Ley aplicable al contrato. 2) La opción que contempla el artículo 5.3 del Reglamento Roma I es una solución menos compleja que la que contemplaba el artículo 4.4 del Convenio de Roma. Este último causaba un problema circular, y la utilización que hacían del mismo las autoridades judiciales era oscura, las partes especulaban según les convenía, para cambiar la Ley aplicable al contrato. Cuando la Ley que resultaba aplicable a su contrato no les convenía, aludían a la excepción de los vínculos más estrechos para cambiar la Ley aplicable a su contrato. Con la consecuencia, que de este modo todo se complicaba y oscurecía para determinar la Ley aplicable al contrato internacional. 3) Por lo tanto, parece que lo más acertado es mantener los vínculos más estrechos como un recurso muy excepcional, y de este modo, permitir que el principio de los vínculos más estrechos cumpla su verdadera función de último recurso para determinar la Ley aplicable al contrato. El problema surge cuando las conexiones recogidas en el Reglamento Roma I no responden al principio de los vínculos más estrechos. Por ejemplo, en relación a la Ley aplicable al contrato de compraventa, aplicar por sistema la Ley del vendedor es ineficiente para el comprador. Se mire como se mire, es así. La Ley del vendedor es ineficiente para el comprador. La Ley del vendedor no tiene por qué ser la Ley del país que presenta los vínculos más estrechos. En estos casos, probablemente sería conveniente que existiese una cláusula de excepción. No obstante, la cláusula de excepción recogida en el art. 4.3 RR-I no está prevista para estos casos, sino para aquéllos en los que el punto de conexión de la norma de conflicto es meramente aparente, puramente formal. En el Reglamento Roma I, el principio de proximidad desempeña un papel muy modesto, sólo para estos casos extremos de “pérdida del valor conflictual” de la conexión, como ha subrayado B. CORTESE²¹. El legislador de la UE ha apostado, con toda claridad, por un sistema conflictual construido sobre puntos de conexión rígidos. Las sentencias que el TJUE dicte sobre el Reglamento Roma I darán buena prueba de ello.

²¹ B. CORTESE, “La proposta di regolamento “Roma I”: spunti critici sul collegamento obiettivo e rapporti con le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme”, en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento “Roma I” – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 41-49.

NORMAS DE PUBLICACIÓN EN LA REVISTA *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL (CDT)*

1. Contenido y periodicidad

En *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, se publican trabajos de investigación sobre Derecho internacional privado, Derecho uniforme y Derecho privado comparado. Es una revista de publicación semestral (marzo y octubre).

2. Originalidad e idioma

Los trabajos han de ser inéditos y pueden estar escritos en cualquiera de los principales idiomas europeos.

3. Envío de originales

Los originales deben remitirse por correo electrónico a la Secretaría de Redacción (celiamaria.caamina@uc3m.es) hasta el 15 de enero para el número de marzo y hasta el 15 de julio para el número de octubre.

4. Publicación y secciones

La publicación de los trabajos será decidida por los Directores de la Revista, con la participación del Consejo de Redacción y siendo asesorados por el Comité Científico, con base en una evaluación externa, independiente y anónima. El trabajo podrá ser “aceptado”, “aceptado con modificaciones” o “rechazado”. Dependiendo de la naturaleza del trabajo, éste será incluido en la sección “Estudios” o en la sección “Varia”.

5. Aspectos formales

En la primera página de los originales ha de constar el título, nombre del autor y filiación académica. A continuación deberá incluirse un resumen en el idioma en que esté redactado el trabajo (máximo 120 palabras) y palabras clave en el idioma en que esté redactado el trabajo (de 3 a 5), así como dicho resumen y palabras clave en inglés. Tras los resúmenes y palabras clave en los dos idiomas, se incluirá un sumario del trabajo.

El texto principal del trabajo deberá estar escrito en Times New Roman, tamaño 12 para el texto principal, y tamaño 10 para las notas a pie de página y para el sumario. El texto principal ha de estructurarse en párrafos numerados consecutivamente.

El Consejo de Redacción dará prioridad a los trabajos que no excedan de 25.000 palabras. Sólo muy excepcionalmente se publicarán trabajos cuya extensión supere las 35.000 palabras.

La numeración de los epígrafes seguirá el siguiente esquema numerado:

I. _____
 1. _____
 A) _____
 a) _____

Los párrafos irán numerados en números arábigos.

6. Normas para las citas

a) Bibliografía:

- A. L. CALVO CARAVACA, “El DIPr. de la Comunidad Europea”, *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, nº 2, diciembre 2003, pp. 277-300.
- F. POCAR, “Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge aplicabile al divorzio”, en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 267-278.
- S. RÜBERG, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006.

b) Jurisprudencia:

- STJCE 20 febrero 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78, *Rec.* 1979, p. 649.
- STS 22 marzo 2001 (*RJ* 2001/4756).

c) Legislación:

- Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, *BOE* de 29 diciembre 2007.

7. Responsabilidad de los autores

El contenido de los trabajos publicados en la Revista es responsabilidad exclusiva de los autores de los mismos.

8. Copyright

Se permite que los autores de los trabajos de investigación publicados en la Revista los reproduzcan en otros sitios siempre que se haga mención de que han sido previamente publicados en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT).