

MUJER, MATRIMONIO Y MATERNIDAD: CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

WOMAN, MARRIAGE AND MOTHERHOOD: ISSUES OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW FROM A GENDER PERSPECTIVE

CARMEN VAQUERO LÓPEZ

*Profesora de Derecho internacional privado
Universidad de Valladolid*

Recibido: 08.01.2018 / Aceptado: 24.01.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4129>

Resumen: En los últimos tiempos la lucha por alcanzar la igualdad de género y acabar con las injusticias que separan a hombres y mujeres se ha convertido en una auténtica “revolución” que ha invadido prácticamente todos los ámbitos sociales. Este movimiento debe también remover los principios que informan las soluciones de Derecho internacional privado en nuestro país. En el presente trabajo se analizan desde una perspectiva de género dos instituciones que tradicionalmente han sido bastión del patriarcado y cuya regulación se ha venido llevando a cabo desde consideraciones principalmente androcéntricas: el matrimonio y la maternidad.

Palabras clave: estereotipo, principio de igualdad, dignidad, orden público, interés de la mujer.

Abstract: In the latest times, the fight for achieving the gender equality and for putting an end to the injustices that separates men and women has become a true “revolution” that has invaded practically all social areas. This movement should also remove the principles that inform the solutions of International Private Law. In this paper we analyze from a perspective of gender two institutions that have traditionally been a bastion of patriarchy and whose regulation has been carried out from mainly androcentric considerations: the marriage and the motherhood.

Keywords: stereotype, principle of equality, dignity, public order, interest of the woman.

Sumario: I. Introducción: discriminación por razón de sexo y estereotipos de género en el Derecho internacional privado. II. Mujer y matrimonio internacional: 1. El control de los requisitos de capacidad y de consentimiento para la celebración del matrimonio: A) Matrimonios poligámicos y discrecionalidad de las autoridades en el reconocimiento de sus efectos. B) La lucha contra los matrimonios forzados. 2. La determinación de ley aplicable al régimen económico matrimonial: A) La irretroactividad de los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil. B) La solución del Reglamento 2016/1103, de 24 de junio de 2016, sobre regímenes económicos matrimoniales. 3. El acceso de la mujer a la disolución del vínculo matrimonial. A) Garantías para el libre ejercicio de la autonomía conflictual. B) La virtualidad de la cláusula especial de orden público. III. Mujer y maternidad: 1. Gestación por sustitución y protección de la mujer gestante. 2. Sustracción internacional de menores y violencia de género. IV. Conclusión.

I. Introducción: discriminación por razón de sexo y estereotipos de género en el Derecho internacional privado

1. En el número 2015/1-2 de la *Revue Belge de Droit International*, Anne Lagerwall, co-directora de esta publicación y profesora de la *Université Libre de Bruxelles*, publicó un trabajo bajo el sugerente título de “La *Revue Belge de Droit International*: une affaire d’hommes qui n’aimaient pas les femmes?”. La paráfrasis del título, imitando el del famoso *best seller*¹, adelanta la queja de la autora sobre el papel de la mujer en el seno de la Revista belga, ciertamente muy lejos de la sordidez del que tiene en la novela sueca, pero manifiestamente desigual en relación con la función que desempeñan los hombres en esta publicación científica. La profesora Lagerwall pone de manifiesto la relegación de la mujer a un papel secundario, desarrollando principalmente funciones (de indexación, recopilación de documentos, elaboración de crónicas) útiles pero poco prestigiosas, y denuncia su representación minoritaria, tanto en el organigrama de la *Revue* como entre los autores que publican en la misma.

2. El objeto de nuestro trabajo no es el de analizar el lugar que ocupa la mujer en las publicaciones de Derecho internacional privado (DIPr.), mucho menos el de cuestionar su posición en los *Cuadernos de Derecho Transnacional*, entre cuyos números los trabajos científicos de las mujeres se cuentan por igual a los de los hombres. Nuestro objetivo es el de visibilizar las situaciones de especial vulnerabilidad en la que se encuentran las mujeres en determinados supuestos afectados por un elemento de internacionalidad y analizar hasta qué punto nuestro legislador y nuestras autoridades ofrecen una respuesta que salvaguarde su dignidad y garantice la igualdad efectiva entre hombres y mujeres. En otras palabras, lo que pretendemos es analizar los problemas que plantean determinadas situaciones de Derecho internacional privado (DIPr.) desde una perspectiva de género, en un intento de ofrecer soluciones que permitan erradicar las situaciones de discriminación, exclusión y maltrato que sufren muchas mujeres en nuestro país².

A estos efectos consideraremos no solo las normas jurídicas en su presentación formal, sino también, y fundamentalmente, el modo en el que son aplicadas por parte de nuestras autoridades, que muchas veces actúan condicionadas por estereotipos de género que les impiden alcanzar una solución del litigio materialmente orientada a salvaguardar los intereses de la mujer en el caso concreto y, de este modo, contribuyen a perpetuar un androcentrismo jurídico que incrementa la vulnerabilidad de la mujer³.

3. Desde esta perspectiva de género, que ha de tener un carácter indefectiblemente transversal, defendemos la necesidad de articular un “sistema de DIPr. de la mujer” que, a semejanza del DIPr. de los menores, se preocupe por salvaguardar su “mejor interés”, aquel que consiste en que su dignidad sea respetada en todos los ámbitos de su vida privada y familiar⁴. Este sistema estará afectado por la normativa internacional y comunitaria sobre derechos fundamentales, y particularmente por las disposiciones de la Convención de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)⁵.

¹ S. LARSSON, *Los hombres que no amaban a las mujeres*, Madrid, Destino, 2008.

² En general, *vid.* J. MANTILLA FALCÓN: “Derecho y perspectiva de género: un encuentro necesario”, *Vox Iuris*, nº 32(2), 2016, p.119.

³ *Vid.* M. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, “El derecho de familia desde una perspectiva de género”, S. NAVAS NAVARRO (Dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 341.

⁴ Por el momento sólo se habla de la autonomía del DIPr. de los menores; *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 9ª Ed., Cizur Menor, Civitas-Thomson Reuters, 2016, p. 380. No obstante, sí se ha planteado, por la mejor doctrina, la posibilidad de configurar un DIPr. para la protección de los adultos; en este sentido, *vid.* A. BORRÁS, “La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del Derecho internacional privado: similitudes y contrastes”, *VVAA, Pacis, Artes, Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, T. II, Madrid, *Eurolex*, 2005, p. 1290.

⁵ Ratificado por España el 16 de diciembre de 1983 (BOE nº 69 de 21 de marzo de 1984) y en vigor en nuestro país desde el 4 de febrero de 1984. Ampliamente, sobre el origen de esta Convención y su significado, *vid.* E. Díez PERALTA, “Los derechos de la mujer en el Derecho internacional”, *REDI*, vol. LXVIII, nº 2, 2011, pp. 87-121; y P. TRINIDAD NÚÑEZ, “La evolución en la protección de la vulnerabilidad por el Derecho internacional de los Derechos Humanos”, *RERI*, nº 4, 2012, pp. 125-166.

Como parte de esta Convención, nuestro país no sólo está obligado a condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas (art. 2), sino que se ha comprometido a adoptar “en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre” (art. 3). Con esta finalidad la CEDAW nos exige la modificación del papel tradicional atribuido tanto al hombre como a la mujer, así como la eliminación de los prejuicios y de las funciones estereotipadas de hombres y mujeres en la sociedad y en la familia (art. 5); no en vano los estereotipos de género constituyen una de las causas últimas de la dificultad para avanzar en la eliminación efectiva de todas las formas de discriminación contra las mujeres⁶.

De hecho, el principal obstáculo para conseguir la igualdad efectiva de hombres y mujeres en el ámbito internacional no es solo la falta de universalidad en el compromiso de los Estados con las Convenciones de Derechos Humanos⁷, sino también la ausencia de una perspectiva de género y libre de estereotipos en la solución de los conflictos que afectan a la vida privada de las mujeres.

4. En el ámbito del DIPr. español se han producido importantes avances en el desarrollo del principio (constitucional) de no discriminación por razón de sexo, que han permitido superar las tradicionales discriminaciones que colocaban a las mujeres en una situación de subordinación y de dependencia. Sobre la base de este principio se han suprimido los puntos de conexión discriminatorios que llevaban a aplicar la ley nacional del marido o del padre; se ha reconocido una autonomía conflictual limitada en materia de Derecho de familia, que favorece el libre desarrollo de la personalidad de hombres y de mujeres; y se ha proyectado nuestra normativa sobre derechos humanos a mujeres extranjeras residentes en nuestro país pero sometidas a sistemas que desconocen el principio de igualdad, a través de la excepción de orden público⁸.

Sin embargo, en muchos casos la solución por parte de nuestras autoridades de los litigios que afectan a la vida privada y familiar de las mujeres se ha llevado a cabo sin tomar en consideración sus necesidades reales, anteponiendo por ejemplo las políticas públicas de control de extranjería a su protección individual en el caso concreto, o perpetuando una identidad genérica femenina que las identifica de manera preferente con la función maternal sin tomar en consideración su libertad personal⁹.

⁶ Vid. G. FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ DE LIÉVANA, “Los estereotipos de género en los procedimientos judiciales por violencia de género: el papel del Comité CEDAW en la eliminación de la discriminación y de la estereotipación”, *Oñati Socio-Legal*, vol. 5, nº 2, 2015, p. 503. El concepto de estereotipo de género hace referencia a “una visión generalizada o idea preconcebida sobre los atributos o características que tienen o deberían tener, o sobre los papeles que cumplen o deberían cumplir tanto hombres como mujeres”; vid. R. COOK y S. CUSACKS, *Estereotipos de Género. Perspectivas Legales Transnacionales*, http://www.law.toronto.ca/utf1_file/count/documents/reprohealth/estereotipos-de-genero.pdg. Sobre el impulso del artículo 5 CEDAW al tratamiento de los problemas jurídicos desde una perspectiva de género, vid. M. CUARTETO RUBIO, “La protección internacional de los derechos de las mujeres”, M. SUÁREZ OJEDA (Coord.), *Género y mujer desde una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Fundamentos, 2012, p. 443.

⁷ Esta falta de compromiso se observa principalmente en los países islámicos, donde los derechos fundamentales proclamados por los convenios internacionales sobre derechos humanos están limitados en la medida en que su reconocimiento viene determinado por la religión islámica que consagra la superioridad del hombre sobre la mujer. Esta situación se hace mucho más patente en las relaciones familiares, donde la vida de la mujer vale la mitad que la de un hombre. De este modo, al asignar a los individuos roles sociales predeterminados según su sexo, los Derechos individuales se configuran en términos (de disimilitud) difícilmente compatibles con la noción (universal) de Derechos humanos. Esta concepción explica que la Conferencia de los Estados islámicos haya promovido sus propias Declaraciones de Derechos Humanos, basadas en la ley religiosa islámica (la *Sharia*) y no en la dignidad intrínseca a las personas, lo cual desvirtúa el reconocimiento y ejercicio de tales derechos. No es casual que la CEDAW sea la Convención que ha recibido el mayor número de reservas por parte los países islámicos y que el artículo 16, referido al matrimonio y a las relaciones familiares, sea el precepto que ha sido objeto de la mayor parte de estas reservas (<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations-country.htm>). Sobre el alcance de estas reservas, vid. J. ROSELL: “Estados islámicos y Derechos de la mujer”, A. MOTILLA DE LA CALLE (Dir.), *Islam y Derechos Humanos*, Madrid, Trotta, 2006, pp. 147-150. En general, se refiere a la falta de universalidad de los convenios internacionales sobre derechos humanos, S. SÁNCHEZ LORENZO, “Globalización, pluralidad y Derecho internacional de la familia”, *Anuario Hispano-luso-americano de Derecho internacional*, nº 17, 2005, p. 99.

⁸ Vid. A. FERNÁNDEZ PÉREZ, “La inclusión de la perspectiva de género en el Derecho internacional privado”, M. T. MARTÍN LÓPEZ (Coord.), *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Cizur Menor, Civitas, 2014, pp. 365-381.

⁹ Se ha criticado que, en muchas ocasiones, los litigios que afectan a las mujeres se resuelvan teniendo en cuenta “las necesidades que los hombres, en tanto hacedores y aplicadores de las leyes y detentadores de los núcleos de poder político, social y económico, creen que tienen las mujeres, lo que, aun de manera inconsciente, genera un prejuicio sobre la mujer y sitúa el

5. En las páginas que siguen analizaremos desde una perspectiva libre de estereotipos los problemas de DIPr. que plantean dos instituciones que tradicionalmente han sido abordadas desde una óptica androcéntrica: el matrimonio y la maternidad.

En general, la perspectiva de género resulta imperiosa en la solución de los problemas que plantea el matrimonio, sus efectos y sus crisis¹⁰. Sin embargo es sobre todo en aquellos supuestos en los que está presente un elemento de internacionalidad donde resulta más acuciante intervenir con una perspectiva de género, dadas las diferencias socio-culturales en la concepción de los derechos fundamentales y, muy especialmente, del derecho a la no discriminación por razón de sexo en los distintos ordenamientos jurídicos¹¹. No obstante, no debemos olvidar que la consideración de que son sobre todo las prácticas culturales de las sociedades no occidentales las que resultan intrínsecamente perjudiciales para las mujeres (“discurso multiculturalista”¹²) hace invisibles las discriminaciones que éstas padecen en los países occidentales, donde no se discute el carácter universal de los derechos humanos¹³, pero no se alcanza una igualdad real entre hombres y mujeres.

Desde esta misma “perspectiva sistemática de la igualdad”¹⁴, analizaremos los problemas que plantea la maternidad, tanto cuando se trata de una gestación por sustitución, como cuando suceden situaciones de violencia de género que llevan a una madre a sustraer ilícitamente a sus hijos del lugar de la residencia familiar¹⁵. En ambos supuestos la solución de los conflictos por parte de nuestro legislador y de nuestras autoridades se ha centrado en garantizar el interés superior del menor, olvidando

modelo masculino como la referencia y observatorio desde el que valorar la global actuación de los poderes públicos y de los particulares”; *vid.* Y. VALDEOLIVAS GARCÍA, “Discurso de inauguración del Día Internacional de la Mujer 2017 en la Facultad de Derecho de la UAM”, *RJUAM*, nº 35, 2017, p. 13.

¹⁰ Considerando que es fundamentalmente en el marco del Derecho de familia donde mejor se refleja “la dimensión identitaria del género”, *vid.* M. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, “El derecho de familia...”, *loc. cit.*, p. 340. En este ámbito de la esfera privada, en el que se articulan los roles de género y “se produce y se reproduce la cultura”, la esfera sexual y reproductiva ocupa una posición central; en consecuencia, defender determinadas prácticas culturales puede afectar más a las mujeres; *vid.* S. LABANI MOTLAGH, “Feminismo, identidades culturales y religiosas: algunas claves teóricas y críticas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 29, 2017, p. 92.

¹¹ Sobre los problemas que plantean las “limitaciones domésticas” en la aplicación de las disposiciones de la CEDAW, *vid.* CH. MACCRUDDEN, “Why donational court judges refer to human rights Treaties? A comparative international Law analysis of CEDAW”, *American Journal of International Law*, vol. 109, nº 3, 2015, pp. 534-550.

¹² En relación con este discurso, que lleva a afirmar que el multiculturalismo es perjudicial para las mujeres en la medida en que la gran mayoría de las culturas y las tradiciones son patriarcales y discriminan o excluyen a las mujeres, *vid.* S. M. OKIN, “Is multiculturalism bad for women?”, Princeton, University Press, 1999, pp. 7-26, citado por M. L. FEMENÍAS y G. VIVIELLA, “Multiculturalismo y género. Aportes de la democracia deliberativa”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 29, 2017, p. 28. Desde otro punto de vista, el “discurso multiculturalista” perpetúa otro tipo de estereotipos con los que solamente puede acabarse mediante un mejor conocimiento del Derecho extranjero, investigando “su relación con la desigualdad”; a este respecto, desde las filas más críticas al denominado “feminismo neoliberal”, se ha propuesto desarrollar una visión alternativa al multiculturalismo que nos permita “hacer juicios normativos sobre el valor de las distintas diferencias a partir de su relación con la igualdad”; *vid.* N. FRASER, “Multiculturalidad y equidad entre los géneros: un nuevo examen de los debates en torno a la “diferencia” en EE.UU.”, http://www.mujeresenred.net/IMG/pdf/Multiculturalidad_y_equidad_entre_los_generos.pdf

¹³ *Vid.* A. FACIO y A. VICTORIA, “Los derechos culturales y los derechos de las mujeres son derechos humanos y como tales, deben ser gozados en igualdad”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 29, 2017, p. 55. Las autoras utilizan el ejemplo de la Constitución irlandesa vigente desde 1937 cuyo artículo 41.2 dispone expresamente que “(el) Estado reconoce que, a través de su vida en el hogar, la mujer le brinda al Estado un apoyo sin el cual el bien común no puede alcanzarse” y, por lo tanto, el Estado deberá “esforzarse para garantizar que las madres no se vean obligadas, por necesidad económica, a asumir labores en detrimento de sus deberes en el hogar”. Un estudio en profundidad del papel de la costumbre en la configuración de estereotipos de género dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la UE puede encontrarse en S. SCHADENDORF, “Die EU und die menschenrechtlichen Verträge ihrer Mitgliedstaaten: Divergierende Schutzniveaus am Beispiel der CEDAW”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 74, nº 2, 2014, pp. 245-281, esp. pp. 259-260 y 262-263.

¹⁴ Parafraseando el subtítulo de la obra colectiva dirigida por M. MORA RUIZ, *Formación y objeto del Derecho antidiscriminatorio de género: perspectiva sistemática de la igualdad desde el Derecho público*, Barcelona, Atelier, 2010.

¹⁵ La violencia de género ha sido también abordada por nuestra disciplina desde otra perspectiva, la del Derecho de extranjería. En este sentido, ampliamente, *vid.* A. ORTEGA GIMÉNEZ, “Mujer extranjera, violencia doméstica y violencia de género”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 4, 2008, pp. 699-712; R. RUEDA VALDIVIA, “Mujer extranjera víctima de violencia de género y Derecho de extranjería”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 18, 2008, pp. 81-117; y J. A. TOLEDO LARREA y M. D. ADAM MUÑOZ, “La relevancia del Derecho internacional privado en relación con las mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 41, 2016, pp. 81-134.

que es también necesario ofrecer una protección adecuada a la mujer, especialmente vulnerable en estas situaciones.

II. Mujer y matrimonio internacional

6. En muchos países el matrimonio sigue siendo una institución que refleja la desigualdad del hombre y la mujer, consintiendo la poligamia, los matrimonios concertados o el matrimonio de niñas. La pervivencia de la conexión “nacionalidad” en el sistema español de DIPr. para determinar la ley aplicable a los requisitos de capacidad y consentimiento del matrimonio, y la eventual remisión a ordenamientos de países poco o nada respetuosos con el principio de no discriminación por razón de sexo, obliga a aplicar la cláusula de orden público (art. 12.3 CC). De este modo, se protege a las mujeres discriminadas por las normas de su país de origen, pero esta protección puede verse comprometida por la distinta forma en la que nuestras autoridades aprecian la incompatibilidad del Derecho extranjero con el orden público español en el caso concreto.

Con la misma finalidad de garantizar la igualdad de los cónyuges dentro del matrimonio, debe abordarse la solución de los problemas que se derivan de la irretroactividad de las normas vigentes en nuestro sistema de DIPr. en materia de régimen económico matrimonial, así como efectuar el análisis de las cuestiones que plantean las disposiciones que serán aplicables en un futuro inmediato como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva normativa comunitaria sobre la materia.

Finalmente, la disolución del matrimonio afectada por un elemento de internacionalidad debe abordarse desde esta misma óptica de género, libre de estereotipos, en aras de garantizar la igualdad de acceso de hombres y mujeres a la separación judicial o al divorcio y de favorecer el libre ejercicio de la autonomía conflictual reconocida en este ámbito por las disposiciones legales vigentes.

1. El control de los requisitos de capacidad y consentimiento para la celebración del matrimonio.

7. En nuestro país el matrimonio constituye un derecho constitucional que exige la plena igualdad jurídica entre los contrayentes (art. 32.1 CE y art. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos). Sin embargo, esta igualdad puede verse comprometida cuando, por mandato de nuestras normas de conflicto de leyes, la celebración del matrimonio se somete a ordenamientos jurídicos extranjeros que cuestionan, limitan o niegan este derecho fundamental.

Efectivamente, en el sistema español de DIPr. la determinación de la ley aplicable a los requisitos de fondo para la celebración del matrimonio continúa vinculándose al estatuto personal y a la solución del artículo 9.1 CC, de manera que la capacidad y el consentimiento matrimonial se someten a la ley nacional de cada contrayente¹⁶. Esta conexión, que favorece el respeto a la identidad cultural, puede afectar a la igualdad de los cónyuges en la celebración del matrimonio, pues en muchos sistemas éste sigue siendo una institución en la que se desconoce la igualdad del hombre y la mujer, se admite la poligamia, se permiten los matrimonios concertados, que en muchas ocasiones se convierten en forzosos, o se acepta el matrimonio de niñas.

8. Ciertamente, las sociedades multiculturales se construyen sobre la idea de respeto de la identidad cultural, pero este principio de tolerancia tiene su límite en la observancia de los derechos fundamentales y, muy especialmente, del principio de igualdad entre las mujeres y los hombres¹⁷. Con la fina-

¹⁶ En otro sentido, considerando que el consentimiento matrimonial se somete a la *lex auctoritatis*, vid. R. ARENAS GARCÍA, *Crisis matrimoniales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el Derecho internacional privado español*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pp. 215-219; y P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La celebración del matrimonio y el reconocimiento de la validez del matrimonio en Derecho internacional privado español*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002, pp. 178-188.

¹⁷ Vid. P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Derechos humanos, diversidad cultural y derecho internacional privado”, *R.D.P.*, 1998, p. 548. En el mismo sentido, vid. P. DIAGO DIAGO, “La concepción islámica de la familia y sus repercusiones en el Derecho internacional privado español”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres*, nº 6, 2001, p. 8.

lidad de salvaguardar este principio fundamental de nuestro ordenamiento jurídico, el sistema español de DIPr. permite corregir la aplicación de la ley nacional de los cónyuges a la que remite el artículo 9.1 CC a través del juego de la cláusula de orden público que se contiene en el artículo 12.3 CC. Esta excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto puede aplicarse tanto antes de la celebración del matrimonio, en el momento de tramitación del expediente matrimonial, como con posterioridad, cuando se pretenda su inscripción en nuestro Registro Civil.

No se discute que es en el momento de tramitación del expediente matrimonial cuando deben controlarse las condiciones relativas a la capacidad nupcial legalmente exigidas por nuestro ordenamiento jurídico, lo que impide la celebración en España, y el acceso a nuestro Registro Civil, de una de las formas de matrimonio que en mayor medida atenta contra la dignidad de la mujer, el matrimonio poligámico. Más controvertido resulta que sean las autoridades administrativas las que en dicho momento comprueben la veracidad del consentimiento matrimonial¹⁸, de forma que la mera tramitación del referido expediente no puede servir como mecanismo efectivo de lucha contra una de las formas de violencia contra la mujer especialmente perseguida en el ámbito internacional, el matrimonio forzoso.

En ninguno de estos supuestos el control de compatibilidad del ordenamiento extranjero con el orden público español debe llevar a una aplicación estrictamente formal del principio de igualdad, que no permita proteger a la mujer en el caso concreto. Para evitar los efectos perversos de una aplicación *tout court* de nuestro orden público, las autoridades judiciales y extrajudiciales deberán actuar libres de estereotipos (culturales), limitando su intervención a aquellos casos en los que resulte absolutamente imprescindible para garantizar una protección material e individual de los derechos fundamentales de la mujer¹⁹.

A) Matrimonios poligámicos y discrecionalidad de las autoridades en el reconocimiento de sus efectos

9. A través del control del impedimento de ligamen nuestras autoridades evitan el acceso al Registro Civil español de los matrimonios poligámicos válidamente celebrados en el extranjero, particularmente atentatorios contra la dignidad de la mujer y la igualdad de los cónyuges en el matrimonio²⁰, y tipificados como delito en el artículo 217 CP. Sin embargo, el tratamiento de esta institución por las autoridades españolas desde una perspectiva de género obliga a una consideración particular de las circunstancias del caso concreto, que evite sanciones apriorísticas y/o efectos perjudiciales para la mujer víctima de esta forma de matrimonio.

10. Desde este punto de vista, el hecho de que el impedimento de ligamen constituya un requisito de capacidad matrimonial de orden público no debe impedirnos reconocer la validez de los matrimonios potencialmente poligámicos, es decir, celebrados conforme a una ley que admite la poligamia, siempre y cuando se trate del primer vínculo conyugal de ambos contrayentes.

Una solución en este sentido se corresponde con una aplicación de la excepción de orden público atenta a las circunstancias del caso concreto y sensible a la situación real de la mujer, es decir, con perspectiva de género²¹. Por eso sorprenden decisiones como la de la DGRN en su Resolución de 28 de

¹⁸ Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, "Nota" a la Instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006, sobre matrimonios de conveniencia, *REDI*, nº LVIII, 1, 2006, pp. 473-477. En otro sentido, considerando que en el expediente matrimonial debe acreditarse, entre otros extremos, la no concurrencia de ningún otro obstáculo para la celebración, lo que incluye un control de la autenticidad "anticipada" del consentimiento matrimonial; vid. A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, Granada, Comares, 2017, p. 132.

¹⁹ En este mismo sentido, A.-L. CALVO CARAVACA se ha referido a la necesidad de reducir la acción del orden público a sus justos límites; vid. "El "Derecho internacional privado multicultural" y el revival de la ley personal", *La Ley*, nº 4988, 2012.

²⁰ Para el Comité CEDAW esta práctica "infringe el derecho de la mujer a la igualdad con el hombre y puede tener consecuencias emocionales y económicas, tan graves para ella, al igual que para los familiares a su cargo, que debe desalentarse y prohibirse. El Comité observa con preocupación que algunos Estados Parte, en cuyas Constituciones se garantiza la igualdad de derechos, permiten la poligamia de conformidad con el derecho de la persona o el derecho consuetudinario, lo que infringe los derechos constitucionales de la mujer y viola las disposiciones del inciso a) del artículo 5 de la Convención"; vid. Recomendación general nº 21 n. 14 en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm>

²¹ Sirva como ejemplo la SAP de Huesca (sección 1ª) de 31 de julio de 2017 (JUR 2017\233521), en la que el tribunal oscene confirma la validez de la inscripción en el Registro Civil español de un matrimonio celebrado en Gambia teniendo en cuenta

agosto de 2015 por la que se deniega la inscripción de un matrimonio celebrado en el Reino de Bahréin entre una ciudadana de origen marroquí nacionalizada española y un ciudadano de nacionalidad libanesa por el solo hecho de que la legislación sunní aplicable para determinar la capacidad del varón permite la poligamia. Pese a tratarse del primer vínculo matrimonial de ambos cónyuges, la DGRN sostiene que “es indiferente que el contrayente esté divorciado de los matrimonios anteriores de manera definitiva de acuerdo con la legislación islámica. Lo que es determinante (...) es que la poligamia, junto al repudio son elementos fundamentales del matrimonio islámico que no pueden ser admitidos de ningún modo por aplicación del orden público internacional”²². Esta Resolución, que olvida que el único matrimonio que puede ser contrario al orden público español es el matrimonio real o actualmente poligámico, se enmarca en una reciente línea de actuación de la DGRN por la que se impide el registro de matrimonios ya celebrados con arreglo a una legislación que admite la poligamia, en la que prima el control de extranjería frente a la lucha contra esta forma de matrimonio²³. En otras palabras, la actuación de la DGRN adolece de la (necesaria) perspectiva de género desde la que debe abordarse el control de la compatibilidad de los matrimonios poligámicos con nuestro orden público.

11. Por otra parte, la consideración de las circunstancias en las que se encuentra la mujer en el caso concreto puede tener como consecuencia el reconocimiento de determinados efectos (secundarios) del matrimonio poligámico válidamente celebrado en el extranjero, a pesar de la contrariedad de este vínculo con el orden público español²⁴. De hecho, sobre la base de un fundamental principio de justicia material en el caso concreto se ha venido generalizando una aplicación flexible (atenuada) de la excepción de orden público que permite proteger a la mujer víctima de un matrimonio poligámico sin que ello suponga cuestionar la incompatibilidad de este vínculo con nuestro ordenamiento jurídico. Así sucede cuando se reconocen derechos sucesorios a la segunda esposa, derecho a pensión de viudedad por parte de las distintas esposas o derecho de alimentos y pensión compensatoria para el segundo cónyuge²⁵.

Ahora bien, el distinto alcance y la discrecionalidad con la que se reconocen estos efectos periféricos del matrimonio poligámico por parte de nuestras autoridades plantea serios problemas de inseguridad jurídica, que pueden también comprometer el principio de igualdad de todas las personas ante la ley. Estas divergencias se observan entre los distintos órdenes jurisdiccionales e incluso, dentro de ellos, entre los diferentes tribunales que reconocen diversos efectos atenuados a este tipo de matrimo-

que el actor solo ha contraído matrimonio una vez y que ha reagrupado en España a su familia. “Es verosímil que el demandante, al momento de casarse en Gambia, no tuviera otra opción que aceptar el matrimonio legal celebrado bajo la ley islámica, pero una cosa es que la Sharia contemple la poligamia y otra que el actor haya ejercido esta opción o tenga intención de ejercerla. Una vez inscrito el matrimonio en el Registro Civil Central, ningún otro eventual matrimonio que pudiera contraer el actor merecerá la protección del Derecho español, cuya integración en la sociedad española, por otra parte, no ha quedado en absoluto desvirtuada en este proceso. Procede por todo ello mantener lo resuelto en la instancia”.

²² JUR 2016\43483.

²³ Muy crítica con esta actuación de la DGRN, que destila “el aroma a prejuicios islámicos”, *vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Nota” a la RDGRN (202^a) de 28 de agosto de 2015, de 26 de enero de 2016, *AEDIPr.* T. XVI, 2016, pp. 1322-1325. En otro ámbito –el de la concesión de la nacionalidad española– se ha criticado también, por desproporcionada, la apreciación *in abstracto* del Derecho extranjero que admite la poligamia, sin distinguir entre la poligamia *de iure* y la poligamia *de facto*; *vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Nota” a la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5^a) de 26 de febrero de 2010, *REDI*, vol. LXII, n^o 1, 2010, pp. 245-248. También sobre los prejuicios (culturales) que llevan a las autoridades administrativas a denegar sistemáticamente las solicitudes de inscripción de matrimonio presentadas por españolas nacionalizadas pero originarias de países que admiten la poligamia, *vid.* M. GUZMÁN ZAPATER, “Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *REDI*, vol. 69, n^o 2, 2017, p. 112.

²⁴ *Vid.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “Eficacia ante el ordenamiento español de matrimonio celebrado por contrayentes de los que, al menos, uno sea marroquí”, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, A. RODRÍGUEZ BENOT, K. BERJAOUY y M. TAGMANT, *Matrimonio y divorcio en las relaciones hispano-marroquíes y compilación de legislación de Derecho privado marroquí*, Vol. I, Madrid, Fiiiaap, 2009, pp. 37-44. En el mismo sentido, *vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Impedimentos matrimoniales, leyes de policía e internacionalidad. Alcance de las prohibiciones propias (bigamia) y las ajenas (adopción del menor venido en *kafala*)”, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ (Ed.), *Estudios de Derecho de familia y sucesiones*, Santiago de Compostela, Imprenta Universitaria, 2009, p. 247; y A. QUIRÓS FONS, *La familia del extranjero. Regímenes de reagrupación e integración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 202.

²⁵ *Vid.* M. ADAM MUÑOZ, *La protección de las mujeres en una sociedad multicultural*, Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001, p. 93. Ampliamente sobre esta cuestión, *vid.* C. VAQUERO LÓPEZ. “El harem desde Occidente: la protección de la mujer en el sistema español de DIPr.”, J. SOROETA LICERAS (Dir.), *Conflictos actuales en el mundo árabe e islámico. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, Vol. IX, Bilbao, Universidad del País Vasco, 2008, pp. 27-45.

nio²⁶; pero quizás la mayor contradicción la observemos en la incoherencia que supone no permitir la inscripción de un matrimonio poligámico en nuestro Registro Civil y sin embargo admitir la reagrupación en nuestro país de una segunda u ulterior esposa al amparo de lo dispuesto en el artículo 17.1.a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx)²⁷.

Estas contradicciones y la excesiva incertidumbre que tiñen el tratamiento de la poligamia por nuestros tribunales exige una intervención del legislador que, como veremos, también se requiere en otros ámbitos, donde el voluntarismo judicial ha sustituido a la (imperiosa) labor legislativa²⁸. No se trata de admitir la poligamia, pues entendemos que supone un atentado grave contra la dignidad de la mujer y el principio de igualdad de los cónyuges en el matrimonio, sino de regular sus efectos con la finalidad de proteger el “interés de la mujer” en el caso concreto²⁹.

B) La lucha contra los matrimonios forzosos

12. El análisis de la compatibilidad con nuestro ordenamiento jurídico de los matrimonios afectados por un elemento de internacionalidad desde una perspectiva de género nos obliga a prestar especial atención al control de la edad núbil y del consentimiento libre de los contrayentes, en un intento de erradicar una de las formas de violencia de género más opresora para las mujeres, los matrimonios forzosos, que roban su infancia y su dignidad³⁰.

²⁶ En nuestra doctrina, P. JUÁREZ PÉREZ ha resumido la respuesta judicial española a la poligamia en los siguientes términos: “la jurisdicción civil la ignora, negándole toda validez y efecto jurídico; la penal la condena, manteniendo su tipificación, si bien con menos virulencia; la contenciosa la rechaza, vinculando la condición de polígamo con la denegación de la nacionalidad española; y la social la tolera de forma intermitente, concediendo ocasionalmente pensiones de viudedad que traen causa en matrimonios poligámicos cuya validez no admite”; *vid.* P. JUÁREZ PÉREZ, “Jurisdicción española y poligamia islámica: ¿un matrimonio forzoso?”, *REEI*, nº 23, 2012, p. 41.

²⁷ La falta de perspectiva de género en la regulación del derecho de reagrupación familiar por este precepto deriva del hecho de que, a su tenor, la esposa reagrupada no tiene que ser necesariamente la primera, pues la ley no constriñe la elección del varón reagrupante, a quien implícitamente se reconoce el derecho a elegir la esposa que ha de beneficiarse de la reagrupación; *vid.* A. MONTILLA DE LA CALLE, “Multiculturalidad, derecho islámico y ordenamiento secular: los supuestos de poligamia y el repudio”, M. C. BARRANCO AVILÉS (Coord.), *Perspectivas actuales de las fuentes del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2011, p. 203. De este modo, al permitir que el residente polígamo reagrupe a cualquiera de sus cónyuges, la solución del artículo 17 LOEx es la que realmente atenta contra los derechos fundamentales de las esposas e hijos discriminados por su elección y no el modelo familiar poligámico; en este sentido, *vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2000, pp. 180-181; *ibidem*, “Nota” a la STSJ Cataluña (Sala de lo Social, Sección Única) de 30 de julio de 2003, *REDI*, vol. 56, nº 1, 2004, p. 422. Por estas razones la poligamia se ha calificado como el “Talón de Aquiles” en la reagrupación familiar; en este sentido, *vid.* M. VARGAS GÓMEZ-ÚRRUTIA, *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de Derecho aplicable*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006, p. 235.

²⁸ En el ordenamiento jurídico español encontramos un antecedente legislativo en materia de poligamia en la normativa reguladora de las antiguas colonias de Ifni y Sáhara (art. 7 de la Ley 8/1961, de 19 de abril, de Organización del Régimen Jurídico de la Provincia del Sáhara), que establecía un régimen jurídico permisivo en virtud del cual se respetaba el estatuto personal islámico de los nacionales de la provincia, reconociendo efectos a los matrimonios poligámicos celebrados entre ellos, mientras que para el resto de los españoles la monogamia constituía un principio esencial del matrimonio. Sobre estos antecedentes históricos, *vid.* P. DIAGO DIAGO, “El Islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar”, *REEI* nº 30, 2015, pp. 8-14. Desde otro punto de vista se han invocado, en apoyo de esta regulación, las negociaciones previas a la firma del Acuerdo de Cooperación entre la Comisión Islámica de España y el Estado español, en cuyo marco se efectuó una petición formal al respecto; con la misma finalidad se ha alegado el cambio en la concepción del matrimonio por el Derecho español tras la reforma operada por la Ley 13/2005, de 1 de julio, que introdujo el matrimonio entre personas del mismo sexo; en este sentido, *vid.* P. JUÁREZ PÉREZ, “Jurisdicción española...”, *loc.cit.*, pp.10-13.

²⁹ En otro sentido, justificando la regulación de la poligamia para proteger a la familia y el interés superior del menor, *vid.* F. DI PRIETO, “La poligamia e il ricongiugimenti di famiglie poligamiche in Spagna e Italia”, *CDT*, vol. 7, nº 1, 2015, p. 68.

³⁰ Los estudios sobre la materia indican no solo una mayor prevalencia de matrimonios forzosos entre las mujeres y las niñas, sino que el impacto de estos matrimonios es más grave en estos casos, dado el mayor riesgo de que mujeres y niñas sufran posteriores abusos sexuales y se atente contra su salud reproductiva; *vid.* N. TORRES ROSELL, “Matrimonio forzado: aproximación fenomenológica y análisis de los procesos de incriminación”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXXV, 2015, pp. 843-844. Ampliamente, sobre esta forma de violencia de género, *vid.* M. VIDAL GALLARDO, “Ilegalidad del matrimonio forzado como manifestación de una forma de violencia de género. (Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal)”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*, nº 40, 2016, pp. 1-32. Sobre la necesidad de abordar la protección de las mujeres víctimas o potenciales víctimas de los

13. Desde el punto de vista legislativo, la elevación de la edad mínima para contraer matrimonio en España tras la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV) y la reforma del artículo 48 CC –que recogía la dispensa de edad a partir de los catorce años–, favorecerá la lucha contra los matrimonios forzosos, pues en la mayoría de los casos las víctimas son niñas³¹. Del mismo modo, la tipificación como delito del matrimonio forzado en el artículo 172 *bis* CP es una forma de combatir este tipo de matrimonios que atentan contra la libertad de la mujer para elegir y decidir sobre su propia vida³².

14. Más controvertido resulta que la lucha contra los matrimonios forzosos pueda también llevarse a cabo en el momento de tramitación del expediente matrimonial, o al tiempo de instar su inscripción en el Registro Civil, mediante el control de las condiciones en las que la mujer presta el consentimiento.

Ciertamente la calificación registral no puede obviar la ausencia de consentimiento, pero tampoco puede aceptarse que el Encargado del Registro Civil valore las condiciones de consentimiento que no se refieran a su ausencia absoluta, de manera que no le corresponde a él ponderar la existencia de intimidación que concurre en los matrimonios forzosos³³. De otro modo, puede comprometerse el *ius connubii* de la mujer³⁴, tal y como sucede en relación con los matrimonios de conveniencia, cuya inscripción en el Registro Civil viene siendo generalmente denegada por la Dirección General de Registros y Notariado (DGRN) que sigue en este ámbito una línea de actuación claramente condicionada por la política de extranjería³⁵.

matrimonios forzosos desde una perspectiva “interseccional” que tenga en cuenta el conjunto de los factores de subordinación que concurren en este supuesto (raza, etnia, comunidad cultural, edad, clase social), *vid.* N. IGAREDA GONZÁLEZ, “El problema de los matrimonios forzados como violencia de género”, *Oñati Socio-legal*, vol. 5, nº 2, 2015, pp. 613-624. También, *vid.* A. AGUILERA RULL, “Edad núbil y consentimiento matrimonial”, T. Torres García (Dir.), *Construyendo la igualdad, La feminización del Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 398.

³¹ *Vid.* M. J. ELVIRA BENAYAS, “Matrimonios forzosos”, *AEDIPr.*, t. X, 2010, p. 712. Hasta el momento de la promulgación de la LJV la intervención del correctivo de orden público frente a la aplicación de la ley personal para la determinación de la edad núbil se limitaba por la propia permisividad del Derecho español; sin embargo, actualmente, al elevar a dieciséis años la edad mínima para contraer matrimonio es previsible que se produzca un reforzamiento de esta exigencia de orden público, que impida el matrimonio de menores de edad; *vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2016, p. 436. No ha ocurrido así en Marruecos, donde la elevación de la edad núbil para contraer matrimonio a los 18 años no ha impedido el matrimonio de menores debido al elevado número de dispensas que las autoridades marroquí conceden; en relación con esta cuestión, y sobre la necesidad de incrementar los medios materiales y humanos para luchar contra una de las cuestiones más controvertidas del Derecho de familia marroquí, *vid.* M. MONJUD, “Le mariage du mineur en Droit marocain”, *RIDC*, nº 1, 2015, pp. 207-223.

³² *Vid.* T. PERAMATO MARTÍN, “Matrimonio infantil, precoz y forzado (1ª Parte)”, *La Ley*, nº 8965, 2017, p. 2. En la doctrina penalista española la tipificación expresa del matrimonio forzado como delito ha sido objeto de un importante debate que recoge F. CISNEROS ÁVILA, “Reflexiones sobre el delito de matrimonio forzado del artículo 172 bis del Código Penal”, *La Ley* nº 9072, 2017, pp. 1-9.

³³ *Vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, “La inconveniente doctrina de la DGRN de los matrimonios de conveniencia”, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (Ed.), *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del prof. Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, p. 270.

³⁴ Sobre la necesidad de alcanzar en este ámbito un equilibrio entre el *ius connubii* y el Derecho de extranjería, *vid.* M. N. SHÜLLEABHÁIN, “The right to marry, the right to respect for family life, the prohibition on discrimination and international marriage”, J. J. FAWCET, M. N. SHÜLLEABHÁIN y S. SHAH, *Human Rights and private international Law*, Oxford, University Press, 2016, pp. 581-670, esp. pp. 588-589.

³⁵ *Vid.* M. GUZMÁN ZAPATER, “Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado”, *REDI*, vol. 69, 2, 2017, p. 95. En el mismo sentido, *vid.* I. GARCÍA RODRÍGUEZ, “La calificación jurídica del “matrimonio de conveniencia”: del fraude al uso indebido de la institución matrimonial”, *REDI*, vol. LIX, nº 2, 2007, p. 628. Esta “lamentable contaminación” del Derecho matrimonial por el Derecho de extranjería (*vid.* S. SÁNCHEZ LORENZO, “La inconveniente doctrina...”, *loc. cit.*, p. 271) está también presente en el artículo 4.5 de la Directiva 2003/83/CE, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar (DOUE L 251 de 3 de septiembre de 2003). Con la finalidad de evitar los matrimonios forzosos, el precepto permite a los Estados miembros UE “exigir que el reagrupante y su cónyuge hayan alcanzado una edad mínima, sin que ésta exceda los 21 años, antes de que el cónyuge pueda reunirse con el reagrupante”. Se ha señalado, con acierto, que “ningún argumento puede (...) apoyar un precepto que se fundamenta en una filosofía en la que se discrimina bajo dudas y presunciones al solicitante y su cónyuge en atención a su edad”; *vid.* E. GÓMEZ CAMPELO, “La compleja aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar”, *Revista Española del Tercer Sector*, nº 12, 2009, p. 83.

15. Por consiguiente, la lucha contra esta forma de matrimonio debe llevarse a cabo en otro momento, ante las autoridades judiciales³⁶, a través de medidas represivas como el ejercicio público de la acción de nulidad³⁷, en una forma que dé cumplimiento al mandato del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia de género, que se firmó en Estambul el 11 de mayo de 2011 y entró en vigor en nuestro país el 1 de agosto de 2014³⁸. El Convenio obliga a las Partes a tomar las medidas legislativas u otras necesarias para que los matrimonios contraídos recurriendo a la fuerza puedan ser anulables, anulados o disueltos, sin que esto suponga cargas económicas o administrativas excesivas para la víctima (art. 32). Las Partes deberán también adoptar las medidas adecuadas para tipificar como delito el hecho, cuando se cometa intencionadamente, de obligar a un adulto o a un menor a contraer matrimonio (art. 37), y deberán velar por que las investigaciones o procedimientos relativos a los matrimonios forzosos no dependan totalmente de una denuncia o demanda de la víctima (art. 55.1).

En definitiva, la lucha efectiva contra los matrimonios forzosos en el ámbito civil exige una actuación de las autoridades públicas comprometida con el respeto de la igualdad y la dignidad de la mujer³⁹, es decir, incluyendo un enfoque de género en la erradicación de esta forma de violencia contra la mujer.

2. La determinación de ley aplicable al régimen económico matrimonial

16. Los principios de igualdad de los cónyuges y de libertad para regular su régimen económico matrimonial fueron declarados de obligado cumplimiento, con independencia del Derecho material aplicable, durante la celebración de la 5ª Conferencia de la Comisión de Derecho de familia europeo (“*Family Law in Europe: new developments, challenges and opportunities*”), en cuyo seno se analizó la (entonces) Propuesta de Reglamento comunitario sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de regímenes económicos matrimoniales⁴⁰.

En el presente apartado analizaremos hasta qué punto las soluciones del Reglamento finalmente aprobado en esta materia garantizan ambos principios, también inspiradores de las soluciones contenidas en los artículos 9.2 y 9.3 CC actualmente vigentes, pero cuya eficacia puede verse comprometida por la irretroactividad de estos preceptos.

A) La irretroactividad de los artículos 9.2 y 9.3 del Código Civil

17. El principio de igualdad entre los cónyuges informa el sistema español de DIPr. actualmente vigente en materia de régimen económico matrimonial. Ninguna duda cabe de que el mandato constitucional de no discriminación por razón de sexo obliga a las autoridades españolas a controlar la compatibilidad del Derecho extranjero declarado aplicable por nuestras normas de conflicto con dicho principio, de forma que en caso de infracción se activa la excepción de orden público del artículo 12.3 CC.

Sin embargo, el alcance del principio de igualdad de los cónyuges en sus relaciones matrimoniales se ha visto comprometido en la práctica por la irretroactividad de las soluciones contenidas en los artículos 9.2 y 9.3 CC, modificados por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, para eliminar la conexión anterior, que llevaba a la aplicación de la ley nacional (vecindad civil) del marido. En efecto, los principios de seguridad y estabilidad sobre los que se construye el sistema español de determinación de los efectos del matrimonio han impedido una aplicación retroactiva de estos preceptos, olvidando que la

³⁶ Así se deduce de lo establecido en la STS, Sala de lo Penal, Sección 1ª, de 6 de abril de 2017 (Roj: STS 1486/2017), en la que nuestro Alto Tribunal expresamente señala que “mientras no haya una declaración judicial que así lo declare, el matrimonio como tal es válido y produce los efectos que le son propios”.

³⁷ Vid. S. SÁNCHEZ LORENZO, “La inconveniente doctrina...”, *loc. cit.*, p. 273.

³⁸ BOE núm. 137 de 6 de junio de 2014.

³⁹ Vid. T. GARCÍA SEDANO, “El Convenio de Estambul. Desafíos en su aplicación por el Reino de España”, *La Ley*, nº 10287, 2017, pp. 1-12.

⁴⁰ Resumen las conclusiones de esta Conferencia P. QUINZÁ REDONDO y J. GRAY, “La Comisión de Derecho Familia Europeo y la armonización del régimen económico matrimonial. Conclusiones de la 5ª Conferencia “*Family Law in Europe. New developments, challenges and opportunities*””, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 2, 2015, pp. 809-816.

aplicación de las conexiones discriminatorias de 1974 contraviene el principio de igualdad del artículo 14 de nuestra Constitución, cuya Disposición Derogatoria Tercera provoca su efectiva derogación⁴¹.

Un ejemplo reciente de esta forma de actuación sin perspectiva de género la encontramos en la Resolución de la DGRN de 15 de marzo de 2017, en la que el Órgano Directivo ignora el postulado constitucional de igualdad entre los cónyuges y aplica la ley nacional del marido al régimen económico de un matrimonio entre una ciudadana española y un nacional polaco celebrado en Londres en 1959⁴². La DGRN declara expresamente que “la promulgación de la Constitución Española, por lo que se refiere a esta materia, afecta a los matrimonios contraídos con su entrada en vigor (29 de diciembre de 1978), no siendo aplicable a las relaciones patrimoniales de los cónyuges que contrajeron matrimonio con anterioridad. Tampoco son aplicables retroactivamente los puntos de conexión introducidos por la Ley de 15 de octubre de 1990, ya que tal retroactividad afecta a derechos adquiridos y la seguridad jurídica”. Sobre esta base la DGRN establece que, a falta de nacionalidad común, tanto los matrimonios celebrados antes de la entrada en vigor de la reforma del Título Preliminar del Código Civil, como los contraídos con anterioridad a la Constitución Española, se rigen por la ley nacional correspondiente al marido al tiempo de su celebración. Sin embargo, a continuación, la DGRN dispone que para los matrimonios celebrados tras la entrada en vigor de la Constitución Española hasta la entrada en vigor de la Ley de 15 de octubre de 1990, deberá estarse a lo establecido en la STC 39/2002 de 14 de febrero, por la que se declara inconstitucional el artículo 9.2 CC en su redacción de 1974. Para estos casos, la DGRN se remite a la doctrina establecida en su Resolución anterior, de 9 de julio de 2014, que permite una determinación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio basada en el acuerdo de los cónyuges sobre las circunstancias fácticas concurrentes en el momento de celebración del matrimonio, en una suerte de reconocimiento retroactivo de la aplicación de una determinada ley⁴³.

18. Frente a este tipo de decisiones, de redacción confusa y que pueden llevar a la reviviscencia de un punto de conexión claramente discriminatorio para la mujer, defendemos una aplicación abiertamente retroactiva del artículo 14 CE, sin restricciones, de manera que la laguna generada en supuestos como el que dio origen a la referida decisión de la DGRN, se cubra mediante la aplicación de las conexiones actualmente vigentes, en concreto, mediante la aplicación de la ley de la residencia habitual común de los cónyuges inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio⁴⁴.

No obstante, esta solución materialmente orientada a garantizar el principio de igualdad de los cónyuges, no permite paliar todas las deficiencias de nuestro sistema de DIPr. en la materia, en particular las referidas al limitado reconocimiento de la autonomía conflictual por el artículo 9.2 CC, que restringe las posibilidades de elección de ley a aquellos supuestos en los que los cónyuges no ostenten una nacionalidad común al tiempo de la celebración del matrimonio. Esta situación se verá modificada a partir del 29 de enero de 2019, fecha en la que, con carácter general, entrará en vigor el Reglamento 2016/1103, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de regímenes económicos matrimoniales (Reglamento 2016/1103)⁴⁵. En el siguiente apartado analizaremos

⁴¹ STC núm. 39/2002, de 14 de febrero, RTC 2002\39. Téngase en cuenta que los artículos 9.2 y 9.3 CC estaban derogados por las disposiciones de los artículos 14 y 32.1 CE sin necesidad siquiera de declaración de inconstitucionalidad por el TC; sobre esta cuestión, *vid.* A. BORRÁS, “No discriminación por razón de sexo: Derecho internacional privado español”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 44, n° 1, 1991, p. 234.

⁴² RJ2017\1387.

⁴³ RJ2014\4480. Critica esta decisión, por entender que no puede ser generalizada a todos aquellos supuestos en los que se trata de determinar la ley aplicable al régimen económico de los matrimonios celebrados con anterioridad a la promulgación de nuestra Constitución, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ en su “Nota” a la RDGRN de 9 de julio de 2014, *REDI*, vol. 67, n° 2, 2015, pp. 228-231.

⁴⁴ En este sentido, *vid.* AAP Girona (secc. 2ª), de 19 de enero de 2011 (JUR\2011\18732). Defienden también la búsqueda de soluciones analógicas, esencialmente basadas en la residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, p. 469.

⁴⁵ DOUE L 183 de 8 de julio de 2016. Una primera aproximación al nuevo Reglamento puede encontrarse en J. C. FERNÁNDEZ ROZAS, “Un hito más en la comunitarización del Derecho internacional privado: regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, *La Ley Unión Europea*, n° 40, 2016, pp. 1-25. Para una clara sistematización de las soluciones de este Reglamento, *vid.* J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Dossier especial. Los reglamentos europeos sobre compe-

hasta qué punto las nuevas soluciones favorecerán efectivamente los principios de libertad personal e igualdad que nuestro sistema interno compromete.

B) La solución del Reglamento 2016/1103, de 24 de junio de 2016, sobre regímenes económicos matrimoniales

19. El sistema del Reglamento 2016/1103 se articula sobre la base del respeto a los derechos fundamentales y principios reconocidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, en particular del respeto de la vida privada y familiar, el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia según las leyes nacionales, el derecho a la propiedad, el principio de no discriminación y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial (*cf.* Cdo. 73). Estos principios permiten a los Estados miembros participantes en el Reglamento limitar la determinación del Derecho aplicable al régimen económico matrimonial tanto de forma positiva, a través del juego de las normas materialmente imperativas, como de manera negativa, mediante la aplicación de la excepción de orden público.

20. En efecto, por un lado, el artículo 30 del Reglamento 2016/1103 limita la aplicación de la norma de conflicto por la que se determina la ley aplicable al régimen económico matrimonial por el juego de las leyes de policía del foro⁴⁶, definidas como aquellas “disposiciones cuya observancia considera esencial un Estado miembro para salvaguardar sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de ser aplicables a toda situación que entre dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al régimen económico matrimonial”. Por consiguiente, podrán protegerse por esta vía directa los derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico de carácter indisponible que integran el denominado “régimen matrimonial primario”, dentro del cual se incluye la igualdad de los cónyuges o su independencia patrimonial⁴⁷.

tencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de régimen económico matrimonial y en materia de relaciones patrimoniales de uniones registradas”, A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado...*, *op. cit.*, pp. 262-268.

⁴⁶ En defecto de elección por los cónyuges del Derecho aplicable conforme a lo dispuesto en los artículos 22 a 25 del Reglamento 2016/1103, el régimen económico del matrimonio se someterá a la ley del Estado de la residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio, o en su defecto a la ley del Estado de su nacionalidad común en el momento de la celebración del matrimonio; o subsidiariamente, a la ley del Estado con la que ambos cónyuges tengan la conexión más estrecha en el momento de la celebración del matrimonio teniendo en cuenta todas las circunstancias (art. 26.1). Excepcionalmente, el juez podrá descartar el punto de conexión “residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio” y aplicar la ley de otro Estado, a instancia de cualquiera de los cónyuges, si el demandante demuestra que estos tuvieron su última residencia habitual común en ese otro Estado durante un periodo de tiempo considerablemente más largo que el Estado donde tuvieron su residencia habitual común tras la celebración del matrimonio y ambos cónyuges se basaron en la ley de ese otro Estado para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales (art. 26.3). Sobre la estructura y el alcance de esta norma de conflicto; *vid.* I. BARRIÈRE BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *JDI*, nº 2, 2017, pp. 494-505. En particular sobre la cláusula de excepción que corrige el alcance de la conexión “residencia habitual común de los cónyuges tras la celebración del matrimonio”, *vid.* P. QUINZÁ REDONDO, “La “cláusula de excepción” del art. 26.3 del Reglamento 2016/1103 sobre régimen económico matrimonial”, M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA (Dirs.), *Persona y familia en el nuevo modelo español de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 301-312.

⁴⁷ En general, podrán protegerse por esta vía directa aquellos derechos y deberes generales de los cónyuges con contenido económico de carácter indisponible, que integran el denominado “régimen matrimonial primario”, dentro del que se incluyen las normas para la protección de la vivienda familiar. En este sentido, el Considerando 53 del Reglamento 2016/1103 se refiere explícitamente a las normas para la protección de la vivienda familiar como ejemplo de “leyes de policía”, si bien, en nuestra doctrina, ha sorprendido que sean las normas de protección de la vivienda familiar del foro las que se impongan y reclamen su aplicación y no las del lugar donde se encuentra esa vivienda; en este sentido, *vid.* B. AÑOVEROS TERRADAS, “Autonomía de la voluntad conflictual y sus límites en los nuevos Reglamentos comunitarios en materia de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas”, M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUGUES MOTA, *Persona y familia...*, *op. cit.*, p. 270. Ampliamente, sobre el alcance del régimen matrimonial primario, *vid.* J. P. QUINZÁ REDONDO, “La unificación –fragmentada- del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: El Reglamento 2016/1103”, *RGDE* nº 41, 2017, p. 211; *ibidem*, *Régimen económico matrimonial. Aspectos sustantivos y conflictuales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 44-47. Para un riguroso estudio de Derecho comparado sobre el régimen matrimonial primario, *vid.* H. MOTA, *Os efeitos patrimoniais do casamento em Direito internacional privado*, Coimbra, Coimbra Ed., 2012, pp.175-297.

21. Por otro lado, el artículo 31 del Reglamento 2016/1103 obliga a descartar la aplicación de una ley extranjera cuando sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro. Es cierto que, en general, todos los sistemas europeos tienen como principio el reparto equitativo de los bienes en la disolución del régimen económico matrimonial, bien mediante la división igualitaria, en caso de gananciales, bien mediante un reparto de los incrementos en los regímenes de participación o con atribuciones judiciales discrecionales, como sucede en los sistemas de *common law*⁴⁸. Sin embargo, no ocurre lo mismo en otros países, cuya ley puede ser declarada aplicable en virtud de las disposiciones del Reglamento, dado su carácter universal (art. 20), por lo que es importante dotar al sistema de una cláusula especial de orden público. De este modo puede impedirse la aplicación en el foro de leyes que reconocen atribuciones patrimoniales a la esposa sobre la base de criterios claramente discriminatorios.

En todo caso, la aplicación de esta excepción de orden público debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto, tal y como se infiere de lo dispuesto en el Considerando 54 del propio Reglamento, y la función que determinadas instituciones ajenas al Derecho del foro cumplen en el país de origen. En consecuencia, no debería descartarse sin más la aplicación del Derecho extranjero, inicialmente discriminatorio, si aplicado en el caso concreto se satisface el interés de la mujer. Así, por ejemplo, el *mahr* de los ordenamientos de raíz islámica puede calificarse como un verdadero “peaje” a pagar por la esposa para poder ejercer su derecho a instar la disolución del matrimonio, y por lo tanto absolutamente contrario al principio de igualdad de los cónyuges, de manera que su aplicación debería ser descartada en el foro. Sin embargo, si su función es la de compensar económicamente a la mujer por la ruptura (aunque sea consecuencia de un repudio válida y eficazmente verificado en el extranjero), el juego *in abstracto* de la excepción de orden público y el consiguiente rechazo a la aplicación del Derecho extranjero, en cuyo marco se regula esta particular atribución patrimonial a la esposa, no solo “pecaría de integrista”⁴⁹, sino que impediría satisfacer el interés de la mujer, que acepta esta compensación económica por su ruptura matrimonial, lo que llevaría a una solución del litigio sin perspectiva de género.

Desde otro punto de vista, la perspectiva de género en la solución de los problemas que plantea la regulación del régimen económico matrimonial exige un control del ejercicio de la autonomía conflictual reconocida expresamente a los cónyuges por el artículo 7 del Reglamento 2016/1103, fielmente inspirado en la solución adoptada en materia de crisis matrimonial⁵⁰, cuyo análisis abordamos en el siguiente apartado.

3. El acceso de la mujer a la disolución del vínculo matrimonial

22. La aceptación de un mayor margen de libertad personal en el tratamiento material de las situaciones de crisis matrimonial, en su doble vertiente, de posibilidad de disolver el matrimonio y de autonomía para establecer las consecuencias personales y patrimoniales de la ruptura, trasciende al ámbito del DIPr. y se traduce en el reconocimiento de una autonomía conflictual que permite a los cónyuges (aun de manera limitada) elegir el Derecho aplicable a la separación judicial y al divorcio.

⁴⁸ Vid. B. BRAAT, “Matrimonial Property Law: Diversity of Forms, Equivalence in Substance?”, M. ANTOKOLSKAIA (Ed.), *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*, Oxford, Antwerpen, 2007, p. 242.

⁴⁹ La misma solución debe adoptarse en relación con la dote cuando desenvuelve una función útil a los intereses de la esposa (dimensión alimenticia de la dote); sobre ambas cuestiones, vid. L. F. CARRILLO POZO, “Eficacia en España de las resoluciones extranjeras en materia de efectos económicos del matrimonio”, *CDT*, vol. 4, nº 1, 2012, pp. 118-119. En el mismo sentido, vid. J. P. QUINZÁ REDONDO, *Régimen económico matrimonial...*, op. cit., pp. 376-377. Por su parte, E. RODRÍGUEZ PINEAU se refiere a la “fungibilidad de las normas si los fines que persiguen son equivalentes a los que impondría la *lex fori*”, de manera que solo cuando los principios de orden público no resulten suficientemente asegurados podremos excluir la aplicación de la norma extranjera por contrariedad con el orden público español; vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, *Régimen económico matrimonial. Aspectos internacionales*, Granada, Comares, 2002, p. 97.

⁵⁰ Esta “*optio iuris*” se erige en un instrumento de una estrategia patrimonial en materia de familia que permite restablecer la coherencia del Derecho aplicable y sirve para anticipar las consecuencias de una eventual separación de los cónyuges. En este sentido, vid. I. BARRIÈRE BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux...”, loc. cit., p. 497. No obstante este paralelismo, debe tenerse en cuenta que al amparo del artículo 7 del Reglamento 2016/1103, pese al carácter universal de sus disposiciones, únicamente se permite la elección de la ley de un Estado miembro UE. Llama la atención sobre esta circunstancia P. LAGARDE, “Règlements 2016/1103 et 1104 du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et sur le régime patrimonial des partenariats enregistrés”, *Riv. dir. int. priv. e proc.* nº 3, 2016, p. 682.

Por otra parte, la limitación del papel del Estado, cuya intervención en esta materia debe circunscribirse a la valoración de las consecuencias que tiene la extinción del vínculo matrimonial para los cónyuges y a la protección de los miembros más débiles de la familia, garantizando la igualdad del hombre y la mujer en el acceso al divorcio, condiciona el alcance de la excepción de orden público generalmente aplicable para corregir los efectos en el foro de las disposiciones de Derecho extranjero que contravengan este derecho fundamental.

En este apartado abordaremos el alcance de ambas cuestiones en el marco del Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (RRIII)⁵¹. A través de este análisis comprobaremos hasta qué punto es necesaria una aplicación del sistema de DIPr. vigente con una perspectiva de género que garantice el acceso de la mujer a la disolución del vínculo matrimonial en condiciones de igualdad.

A. Garantías para el libre ejercicio de la autonomía conflictual

23. El artículo 5 RRIII reconoce a los cónyuges una autonomía conflictual limitada a aquellas leyes que presentan una vinculación significativa (razonable) con la situación litigiosa. Esta libertad de elección se corresponde con un sistema de competencia judicial internacional articulado sobre la base de una pluralidad de foros alternativos (electivos) que incrementan exponencialmente las posibilidades de los cónyuges de acudir a tribunales de distintos Estados para solucionar su crisis matrimonial (*cf.* art. 3 Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, RBIIbis)⁵². Sin embargo, esta libertad de elección puede verse limitada por el juego de otras disposiciones del RRIII, salvo que en su aplicación adoptemos una perspectiva flexible y de género.

24. Por un lado, la operatividad de los foros alternativos del artículo 3 RBIIbis podría verse condicionada por la disposición contenida en el artículo 13 RRIII, que permite a los Estados miembros que no reconozcan la validez del matrimonio abstenerse de conocer de las demandas de separación judicial o de divorcio que se les planteen. Así, por ejemplo, si ante el tribunal español del lugar de residencia habitual de los cónyuges se interpone una demanda de divorcio por una mujer víctima de un matrimonio poligámico, nuestro tribunal podría declinar su competencia en la medida en que no reconoce dicho vínculo, obligando a la mujer a seguir sometida a esta forma indigna de matrimonio.

El artículo 13 RRIII no solo choca con el principio de *favor divortii* sobre el que se construye el sistema del RBIIbis, sino que además impide una solución del litigio con perspectiva de género. En nuestra opinión, la igualdad del hombre y la mujer en el acceso al divorcio, principio sobre el que teóricamente se construye el RRIII, debería llevar a admitir las demandas de divorcio de personas ligadas por un vínculo válido según un Derecho extranjero aún cuando este vínculo contravenga principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, siempre que con ello se proteja a la mujer en el caso concreto. Así sucede si, admitiendo la demanda de divorcio, se permite a las mujeres casadas con varón polígamo “salir de la esfera de “lo claudicante” y adquirir un *status civilis* que pueda ser reconocido en toda Europa”⁵³.

25. Por otro lado, la función de la autonomía conflictual reconocida a los cónyuges por el artículo 5 RRIII puede verse desvirtuada por la forma en la que éstos presten su consentimiento para elegir la ley reguladora de su separación judicial o su divorcio. Una tutela eficaz del principio de igualdad exige que el ejercicio de esta autonomía conflictual se realice de manera que cada cónyuge conozca exactamente

⁵¹ DOUE L 343 de 29 de diciembre de 2010.

⁵² *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional...*, *op. cit.*, pp. 279.

⁵³ *Vid.* L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “La cuestión previa de la “existencia del matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero”, *CDT*, vol. 5, nº 2, 2013, p. 175. También hemos defendido este reconocimiento en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo válidamente celebrado en un Estado distinto de aquel donde se pretende su disolución; *vid.* C. VAQUERO LÓPEZ, “Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial: ¿una solución materialmente orientada hacia la libertad personal, la igualdad de los cónyuges y el *favor divortii*?”, *AEDIPr.*, t. XI, 2011, p. 978.

cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la ley que regulará la disolución de su vínculo matrimonial, sin que esta elección pueda afectar a sus derechos ni a la igualdad de oportunidades de ambos.

Sobre la base de este *principio de elección informada* de los cónyuges (*cf.* Cdo. 18 RRIII), el legislador comunitario exige la formulación por escrito del convenio de elección de ley, que debe estar fechado y firmado por ambas partes o, en su caso, manifestado a través de una transmisión efectuada por medios electrónicos, que proporcione un registro duradero de dicho convenio (art. 7 RRIII). De este modo se facilita la prueba de la existencia del acuerdo de elección de ley ante el tribunal, pero no se impide que dicha elección sea consecuencia de una coacción psicológica de un cónyuge sobre el otro, o el resultado de una imposición de uno de los dos cónyuges en virtud de cualquier circunstancia de superioridad, estructural o coyuntural. En muchos casos es la mujer la que ocupa una posición de debilidad, por lo que el control de la forma en que se ejerce la autonomía conflictual debería abordarse desde una perspectiva de género⁵⁴; desde esta óptica, habría sido preferible que el legislador hubiera impuesto que el acuerdo de elección de ley resultara de un acto redactado ante un notario, un abogado o incluso ante el juez que se pronunciará sobre el divorcio⁵⁵.

26. Más acorde con el respeto del *principio de elección informada*, sobre el que se articula la autonomía conflictual en el sistema del RRIII, parece el modo en que el artículo 6 RRIII regula la validez sustancial del acuerdo de elección de ley. Conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este precepto, la existencia y validez del convenio de elección de ley aplicable se determinarán por la ley que hipotéticamente regiría dicho convenio si fuera válido de conformidad con las reglas del propio Reglamento. No obstante, el apartado 2 del mismo precepto permite al cónyuge interesado en impugnar la elección de ley por falta de su propio consentimiento, invocar el sistema jurídico más riguroso de los que pueden entrar en conflicto.

Bajo esta disposición late el temor del legislador comunitario a que los Estados participantes en el sistema del RRIII puedan otorgar eficacia a un pacto de elección de ley celebrado fuera de su ámbito de aplicación espacial, al amparo de ordenamientos poco sensibles a la exigencia de integridad del consentimiento y al principio de igualdad de oportunidades de ambos esposos. De este modo, cuando la ley elegida por los cónyuges no reconozca la pretensión de la mujer de anular su propio consentimiento, el artículo 6.2 RRIII permite a la esposa impugnar eficazmente en juicio la validez de ese consentimiento, cuando en virtud de una presión psicológica (proveniente del marido o de su entorno social) haya sufrido alguna coacción o, simplemente, no haya accedido a una información suficiente respecto al contenido del Derecho elegido en igualdad de oportunidades respecto de su esposo⁵⁶.

B. La virtualidad de la cláusula especial de orden público

27. Conforme a lo dispuesto en el artículo 10 RRIII “cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley foro”. Esta cláusula cumple una función diferente según cuál sea el contenido de la ley declarada aplicable por la norma de conflicto de leyes.

28. En un caso, cuando la ley designada por la norma de conflicto no contemple el divorcio, la finalidad del artículo 10 RRIII es la de excluir la aplicación del Derecho extranjero en la medida en que su contenido no se adecúa al objetivo previsto en el Reglamento, el *favor divortii*. Efectivamente, de

⁵⁴ En contra, al menos de una consideración apriorística de la posición de debilidad de la mujer en este ámbito, *vid.* P. DIAGO DIAGO, “El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual”, *REDI*, vol. LXVI, nº 2, 2014, p. 73.

⁵⁵ Es también la propuesta de F. POCAR, “Osservazioni a margine della proposta di regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio”, S. BARIATI, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milán, Giuffrè, 2007, pp. 277-278. En este sentido se ha señalado que “la neutralidad de las reglas que atribuyen autonomía a cada uno de los cónyuges no tiene significado para el cónyuge que no se encuentra en condiciones de ejercerla y por eso no impide las relaciones fundadas en la desigualdad”; *vid.* M. J. ROMAO CARREIRO, “A esquecida conexão patrimonial entre o Direito da família e o Direito da previdência social”, *Comemorações dos 34 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. I, *Direito da família e das sucessões*, Coimbra, 2004, p. 526.

⁵⁶ *Vid.* L. ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “El pacto de elección de la *lex separationis* y *lex divorcii* en el Reglamento 1258/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010”, *La Ley* nº 7613, 2011, p. 8.

la literalidad de este precepto se deduce que lo que justifica el mandato de aplicación imperativa de la *lex fori* no es el principio de libertad de los cónyuges para decidir sobre la ruptura de su vínculo matrimonial, sino el hecho de que la ley extranjera “no contemple el divorcio”, sin admitir la posibilidad de aplicar aquellas leyes que permiten disolver el vínculo matrimonial a través de figuras equivalentes al divorcio. De este modo, la solución del artículo 10 RRIII aboca a la adopción de decisiones claudicantes que, en último término, pueden perjudicar a la mujer, obligándola a mantener su vínculo matrimonial, muchas veces, atentatorio contra su libertad personal y su dignidad.

29. En otro caso, cuando la norma de conflicto declare aplicable la ley de un Estado que regula el divorcio vulnerando el principio de igualdad entre los cónyuges, la función del artículo 10 RRIII es la de evitar discriminaciones por razón de sexo, obligando al juez a aplicar la *lex fori* de forma directa, sin permitirle una valoración previa de las circunstancias del caso concreto. Es decir, basta con comprobar el tenor de las normas del Derecho extranjero reclamado por la norma de conflicto para descartar su aplicación, sin que pueda comprobarse si la ley extranjera produce realmente un perjuicio en el foro, lo que diferencia esta cláusula de la excepción general de orden público que se contiene en el artículo 12 RRIII.

De este modo, el artículo 10 RRIII se convierte en un instrumento “absolutista” de garantía de la igualdad los cónyuges⁵⁷, que puede llegar a resultar lesivo para la mujer en aquellos casos en los que ésta prefiera prescindir de la tutela que objetivamente se merece para lograr la obtención de un “mejor derecho”, aquel que responda a sus necesidades concretas. Así puede suceder cuando la situación de crisis del matrimonio se somete a un ordenamiento (islámico) en el que la disolución del vínculo matrimonial se lleva a cabo a través del repudio, un acto enraizado en la desigualdad de la mujer dentro del matrimonio y que atenta claramente contra su dignidad, por lo que, en principio, contraviene los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, deberíamos admitir esta fórmula de disolución del vínculo matrimonial cuando la mujer prefiere alcanzar una solución judicial que surta efectos en su país de origen para, de este modo, poder contraer nuevo matrimonio o librarse de un vínculo poligámico⁵⁸. En estos casos, el orden público internacional debería actuar, no tanto como excepción, sino como una cláusula de salvaguarda flexible; sin embargo, esta solución solamente puede alcanzarse a través de una aplicación atenuada de la excepción general de orden público, que no permite la cláusula especial del artículo 10 RRIII⁵⁹.

30. La cuestión de si la apreciación de la existencia de un efecto discriminatorio, que lleva a la aplicación de la ley del foro sobre la base del artículo 10 RRIII, debe realizarse *in abstracto* o *in concreto* ha sido planteada ante el TJUE en el asunto C-372/16, *Sahyouni*. En el litigio principal que dio origen a la petición de decisión prejudicial interpuesta por el *Oberlandesgericht München* (Tribunal Superior Regional Civil y Penal de Munich) se plantea la posibilidad de reconocer en Alemania, a instancias del marido, una resolución de divorcio “por deseo unilateral” dictada por el tribunal religioso de la *sharia* de Latakia (en Siria), a la que se opone la esposa, pese a haber realizado una declaración firmada de su puño y letra acerca del cobro de la compensación que le correspondía en virtud de la legislación religiosa. El Tribunal alemán ante el que se insta el reconocimiento de la decisión siria invoca los artículos 8,

⁵⁷ Sobre la falta de flexibilidad de esta cláusula, refiriéndose a la solución del artículo 107.2 *in fine* CC, *vid.* M. ADAM MUÑOZ, “¿Integración *versus* derecho a la identidad cultural? Un análisis desde la perspectiva del Derecho internacional privado”, S. SÁNCHEZ LORENZO (Ed.), *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009, p.144. Por su parte, se refiere a un control “abstracto” de la ley extranjera al amparo del artículo 10 RRIII, A. BORRÁS, “Introduction générale”, S. CORNELOUP, *Droit européen du divorce, European divorce Law, Paris, LexisNexis*, 2013, p. 21.

⁵⁸ *Vid.* A. FERNÁNDEZ-CORONADO, “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 85, 2009, pp. 146 y ss. En el mismo sentido, *vid.* P. DIAGO DIAGO, “El matrimonio y su crisis...”, *loc. cit.*, p. 64.

⁵⁹ *Vid.* J. I. PAREDES PÉREZ, “La incidencia de los derechos fundamentales en la ley aplicable al estatuto familiar”, *AEDIPr.*, t. X, 2010, p. 488. En el mismo sentido, *vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ “Limitaciones infundadas al *ius nubendi*: repudio revocable. En torno a la Resolución de la DGRN de 4 de junio de 2001 sobre autorización del matrimonio civil”, J. C. FERNÁNDEZ ROZAS (Ed.), *Derecho registral internacional...*, *op. cit.*, pp. 302-303. Por su parte, frente a una solución como la del artículo 10 RRIII, S. SÁNCHEZ LORENZO prefiere “un sistema que partiera de una aplicación de principio de la ley extranjera, corregida o modulada con criterios materiales como el orden público o el análisis en dos escalones o, en todo caso, a partir de una asistencia jurídica que permitiera a los cónyuges adoptar la mejor estrategia sobre el Derecho aplicable”; *vid.* “Globalización, pluralidad cultural...”, *loc. cit.*, p. 122.

10 y 12 RRIII, aplicables para determinar la ley reguladora de la separación judicial y el divorcio por los tribunales de los Estados miembros, e incurre en el mismo error que en su petición presentada un año antes, para cuya resolución el TJUE se declaró “manifiestamente incompetente”⁶⁰. No obstante esta confusión, los jueces de Luxemburgo consideran pertinente responder a la cuestión planteada en el marco de un litigio en el que las disposiciones de Derecho europeo en causa han sido declaradas aplicables y, en su decisión de 20 de diciembre de 2017, establece que el divorcio resultante de una declaración unilateral de voluntad de uno de los cónyuges ante un tribunal religioso en Siria en virtud de la sharia no está comprendido en el ámbito de aplicación material del RRIII.

La decisión del TJUE, que trasciende al ámbito del sistema del RBIIbis, deja sin respuesta las cuestiones planteadas sobre el alcance del artículo 10 RRIII, pero se compadece con una interpretación literal de este precepto, que llevaría a la aplicación de la ley del foro en un supuesto como el del litigio principal, sin tomar en consideración las circunstancias del caso litigioso. Esta es la opinión del Abogado General Sr. *Henrik Saugmandsgaard ØE* que, en sus Conclusiones de 14 de septiembre de 2017, se inclina expresamente por una interpretación literal del artículo 10 RRIII, que debe aplicarse de forma automática, tan pronto como el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la demanda concluya que los requisitos previstos concurren efectivamente (apartado 82).

31. Frente a esta decisión, y en aras de garantizar el derecho de hombres y mujeres a divorciarse en condiciones de igualdad, defendemos una aplicación diferente del artículo 10 RRIII. Es cierto que la “finalidad específica” de este precepto es la de proteger el derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, pero una interpretación literal del mismo, como la que defiende el Abogado General en el asunto *Sahyouni*, no se compadece con la justicia material del caso concreto, necesaria para resolver el litigio con perspectiva de género. Desde esta óptica, si la ley extranjera satisface el interés de la mujer en aceptar un divorcio, aun discriminatorio, debería poder aplicarse. Ahora bien, en este caso deberá velarse por que la aceptación de ese divorcio no responda a una coacción ejercida por el otro cónyuge, sino a la voluntad de la mujer de salir de una situación conflictiva.

III. Mujer y maternidad

32. Quizás uno de los estereotipos de género más extendidos es aquel que identifica a la mujer de manera preferente con la función maternal⁶¹. Esta imagen de la mujer ha condicionado la solución de dos de los problemas de mayor actualidad en el ámbito del Derecho de familia internacional, que han sido objeto de especial atención en los medios de comunicación y que no han recibido una respuesta adecuada por parte de nuestras autoridades.

Por un lado, la perpetuación de este estereotipo, que se corresponde con una presunción *iuris tantum* de mayor idoneidad de la madre para el cuidado de los hijos, ha llevado a muchas mujeres a sacrificar su desarrollo personal y profesional o, peor aún, a soportar situaciones de violencia doméstica con el fin de mantener la unidad de la familia. En este último caso, cuando la mujer decide iniciar una nueva vida y huye del domicilio familiar con sus hijos, la situación se complica por la aplicación de una normativa construida sobre un principio absolutista de interés superior del menor, que impide en muchos casos una solución del conflicto que tenga también en cuenta el interés de la madre.

Por otro lado, los estereotipos de género han contribuido a mitificar la maternidad y a exacerbar los sentimientos contra otras formas de gestación, en las que el embarazo se lleva a cabo voluntariamente para terceras personas⁶². En nuestro país, donde el contrato de gestación por sustitución continúa siendo nulo de pleno derecho, la atención de nuestras autoridades se ha centrado principalmente en ga-

⁶⁰ ATJUE de 2 de mayo de 2016, asunto C-281/15, *Sahyouni*.

⁶¹ *Vid.* M. R. VALPUESTA FERNÁNDEZ, “El derecho de familia...”, *loc. cit.*, p. 353, nota 73.

⁶² Se habla incluso de la “anti-mujer” para calificar a quien renuncia al hijo que lleva en sus entrañas a favor de otros. Recoge esta y otras críticas, construidas sobre la base de argumentos de naturaleza moral que rechazan que las mujeres puedan disponer libremente de algo que tradicional e históricamente tienen que hacer “por su sexo femenino”, N. IGAREDA GONZÁLEZ, “La inmutabilidad del principio “mater semper certa est” y los debates actuales sobre la gestación por sustitución”, *Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 21, 2015, pp. 7-106.

rantizar la continuidad en el espacio de la filiación de los menores válidamente determinada al amparo de un ordenamiento jurídico extranjero. Esta continuidad puede garantizarse mediante la técnica del reconocimiento de decisiones extranjeras en atención al interés superior del menor, pero la protección de la mujer que gesta por sustitución exige una respuesta material y directa de nuestro legislador.

1. Gestación por sustitución y protección de la mujer gestante

33. Mediante la gestación por sustitución una mujer (gestante) renuncia, con carácter previo o después del parto, a la maternidad del niño a favor de otras personas (comitentes). El primer problema que plantea el tratamiento de esta figura desde una perspectiva de género es el de su denominación, para la que muchas veces se utilizan términos que desvelan un rechazo hacia esta técnica de reproducción asistida, entendida como una forma de mercantilización del cuerpo de la mujer; así sucede cuando se utiliza la expresión “vientres de alquiler”. En otras ocasiones se usan locuciones cargadas de un significado más social que técnico o jurídico, que ponen el acento en el rol femenino para el cuidado de los hijos; tal es el caso cuando se utiliza el nombre de “maternidad subrogada”. Para evitar este tipo de prejuicios, que condicionan desde el mismo momento de su calificación esta forma de gestar para otros, preferimos utilizar la expresión “gestación por sustitución”⁶³.

Las modalidades de esta técnica de reproducción asistida pueden ser muy diferentes desde el punto de vista médico⁶⁴, como también son muy diversos los problemas que se plantean en el orden moral y jurídico⁶⁵. Desde el punto de vista jurídico, que aquí nos interesa, es también muy distinto el tratamiento que recibe la gestación por sustitución en los diferentes sistemas de Derecho comparado. En algunos países su práctica se permite expresamente, en unos casos de forma amplia (Georgia, Ucrania, India o Rusia), en otros, únicamente cuando la gestación por sustitución reviste un carácter altruista y cumple estrictos requisitos, que pueden ser exigidos antes de la celebración del acuerdo de gestación (Israel, Grecia o Portugal) o después del parto, centrando la atención en la transferencia de la filiación de la madre gestante a favor de los padres comitentes (Reino Unido). Sin embargo, en otros países los contratos de gestación por sustitución están sancionados con la nulidad de pleno derecho e incluso se penaliza la participación o intermediación en esta modalidad de reproducción asistida; así sucede en Bélgica, Alemania, Suecia, Suiza, Italia, Austria o Francia⁶⁶.

34. En nuestro país el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), establece que el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin previo pago, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del comitente o de un tercero, es nulo de pleno derecho⁶⁷. A esta sanción jurídico-civil pueden además añadirse consecuencias en el ámbito penal, pues la atribución de la maternidad a la comitente tras una gestación por sustitución puede

⁶³ Sobre estas cuestiones terminológicas, *vid.* B. SOUTO GALVÁN, “Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho”, *Foro, Nueva época*, nº 1, 2005, pp. 276-277.

⁶⁴ En ocasiones, es la mujer quien opta por una gestación por sustitución debido a un problema de fertilidad, en cuyo caso se procederá a la implantación de sus propios óvulos (o de una tercera mujer, si la esterilidad de la comitente es también ovárica), previamente fecundados, en el vientre de la mujer gestante; otras veces, son dos varones quienes recurren a esta técnica para poder tener hijos biológicos.

⁶⁵ Se ha señalado que la cosificación de los niños es muy superior cuando los comitentes no aportan ningún tipo de material genético y, desde el punto de vista de la instrumentalización del cuerpo de la mujer, no son equiparables la gestación por sustitución a título gratuito con la que se efectúa de forma onerosa, ni puede ser tan perjudicial para la gestante obligar a cumplir el acuerdo (entregar al niño) si es sólo gestante, como si es también madre genética; *vid.* P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución” en S. NAVAS NAVARRO (Dir.), *Iguales y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 469-471.

⁶⁶ *Vid.* E. LAMM: “Gestación por sustitución. Realidad y Derecho”, *InDret*, nº 3, 2012, pp. 11-21. El estado actual de esta cuestión puede también encontrarse en el Informe de la Conferencia de La Haya sobre los problemas que derivan de los acuerdos de maternidad por sustitución <http://www.hcch.net/upload/wop/gap2012pd10en.pdf>.

⁶⁷ En la doctrina española esta sanción de nulidad se relaciona con la ilicitud del contrato (art. 1275 CC) y la delimitación de su objeto (art. 1271.1 CC), considerando que “ni se puede comerciar con personas ni se puede considerar a un niño como objeto de un contrato”; en este sentido, *vid.* M^a. V. JIMÉNEZ MARTÍNEZ: “La inscripción de la filiación derivada de la gestación por sustitución. Problemas actuales”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, nº 5, 2012, p. 368.

suponer la comisión de sendos delitos, tipificados por el artículo 220 CP⁶⁸. Ante esta situación, quienes desean tener un hijo biológico pero no pueden gestar por sí mismos acuden a otros países, donde la gestación por sustitución está legalmente permitida. El problema se plantea posteriormente, en el ámbito civil, cuando los padres comitentes regresan a nuestro país y pretenden que las autoridades españolas reconozcan el vínculo de filiación a su favor, determinado válidamente conforme a un Derecho extranjero⁶⁹.

La doctrina y las autoridades españolas han abordado la solución de este problema, principalmente, desde la perspectiva del interés superior del menor, intentando favorecer la continuidad jurídica en el espacio de la filiación válidamente determinada en el extranjero. Con esta finalidad se ha defendido el reconocimiento en España de las decisiones extranjeras por las que se determina la filiación de un menor a favor de sus padres comitentes con el único control del orden público internacional⁷⁰, lo que ha llevado a una aceptación *de facto* de una situación jurídica que *de iure* no está permitida⁷¹. Sin embargo, resolver esta cuestión únicamente desde la perspectiva del reconocimiento de la filiación válidamente determinada en el extranjero plantea un importante problema de inseguridad jurídica, debido al diferente modo en el que los tribunales nacionales y el TEDH aprecian la compatibilidad con el orden público del foro de las decisiones extranjeras en esta materia⁷².

35. Frente a esta solución proponemos admitir *de iure* la gestación por sustitución, garantizando una tutela directa de todas las partes implicadas a través de una norma (material) que permita y regularice los convenios de gestación por sustitución en nuestro país⁷³. Una solución en este sentido permitiría superar el inmovilismo de nuestro ordenamiento jurídico, que sigue declarando que la filia-

⁶⁸ Efectivamente, para que se atribuya la maternidad a la comitente, las mujeres que intervienen en la gestación subrogada tendrían que ocultar la verdadera identidad de la gestante, de manera que ésta incurriría en un delito de entrega de hijo a terceros para alterar la filiación, y la comitente cometería un delito de suposición de parto, ambos castigados con una pena de prisión de libertad de seis meses a dos años. No obstante, la conducta de los comitentes solo puede ser perseguida penalmente en España si la maternidad subrogada está también tipificada como delito en el lugar en el que la misma se lleve a cabo (*cf.* art. 22.3 LOPJ).

⁶⁹ Así ocurrió en el caso finalmente resuelto por el TS (STS de 6 de febrero de 2014, RJ 2014\833, y ATS de 2 febrero de 2015, JUR\2015\45930), en el que dos varones españoles pretenden el reconocimiento en España de la doble filiación paterna determinada en sendas certificaciones registrales expedidas por las autoridades de California respecto de sus hijos, nacidos en este Estado norteamericano como consecuencia de una gestación por sustitución válidamente realizada al amparo de su ordenamiento jurídico. Sin embargo, el Encargado del Registro Civil Consular, ante el que se pretende el reconocimiento de dichas certificaciones, deniega su acceso al Registro español basándose en la declaración de nulidad de los contratos de gestación por sustitución que se contiene en el artículo 10 LTRHA y considerando que esta técnica de reproducción asistida es contraria al orden público español. Esta decisión, en contra de la opinión de la DGRN, que ordenó la rectificación registral a favor de los padres comitentes, fue confirmada posteriormente por las autoridades judiciales españolas y ha sido finalmente ratificada por nuestro TS. Sobre esta decisión del Alto Tribunal español, *vid.* C. VAQUERO LÓPEZ, “La denegación de acceso al Registro Civil español de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución a la luz de la jurisprudencia del TEDH: comentario del ATS de 2 de febrero de 2015”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 4, 2015, pp. 1-9.

⁷⁰ *Vid. Projet Filiation/Maternité de substitution*, <https://www.hcch.net/fr/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>. También sobre el método de reconocimiento como única vía de solución de los problemas que plantea la determinación de la filiación de los niños nacidos mediante técnicas de gestación por sustitución, *vid.* H. FULCHIRON: “La lutte contre le tourisme procréatif: vers un instrument de coopération international?”, *JDI*, nº 2, 2014, pp. 580-587; y M. ENGEL, “Cross-border surrogacy: time for a Convention?”, K. BOELE-WOELKI, N. DETHLOFF y W. GEPHART (Eds.), *Family Law and Culture in Europe: Developments, Challenges and Opportunities*, Bélgica, Intersentia, 2014, pp. 1 y ss.

⁷¹ Desde otro punto de vista, se ha cuestionado que las autoridades del Estado donde se pretende el reconocimiento de las decisiones judiciales dictadas en otro Estado “fiscalicen” estas decisiones, incluso cuando en el Estado de origen se han preservado los intereses de la gestante y del menor. Lo que se plantea es si es *lícito* violar la confidencialidad de un proceso que ya ha sido juzgado, desconfiando de la capacidad del juez extranjero para discernir los casos de tráfico de niños de los supuestos de gestación por sustitución; en este sentido, *vid.* A. MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA: “Registro de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución y su articulación en el régimen de reconocimiento de resoluciones judiciales en el Derecho internacional privado español”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2012, nº 731, p. 1390.

⁷² Sobre las distintas concepciones del contenido del orden público en cada Estado y las diferentes interpretaciones que la jurisprudencia del TEDH realiza sobre este concepto en el ámbito que nos ocupa, *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret*, nº 2, 2017, pp. 165-200. Por su parte, en relación con la necesidad de mantener este control de orden público en los procesos de reconocimiento de las decisiones extranjeras sobre gestación subrogada, *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA, “Notas críticas en torno a la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010 sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *CDT*, vol. 3, nº 1, 2011, pp. 253-254.

⁷³ También sobre la necesidad de regular la maternidad subrogada en Italia, *vid.* V. SACALISI, “Maternità subrogata: comme ‘far cose con regole’”, *Rivista di diritto civile*, nº 5, 2017, pp. 1097-1114, esp. p. 1114.

ción se determinará por el parto, y que continúa aplicando el aforismo romano *mater semper certa est*, que dejó de ser una realidad desde el momento en que los avances médicos incorporaron la posibilidad de la reproducción asistida. En nuestra opinión, el legislador español debería reconocer una “filiación intencional”⁷⁴, basada en la conexión entre procreación y libertad personal, y en la consideración de que la opción de concebir o no un hijo es una decisión personalísima, en la que el Estado no puede inmiscuirse, ni imponiéndola ni prohibiéndola⁷⁵.

36. No es éste el sentido del “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, aprobado en Bilbao el 16 de mayo de 2017, que se refiere a la gestación por sustitución como una forma de “agresión a la dignidad humana”, tanto del niño como de la mujer gestante⁷⁶. Sin embargo, por lo que atañe a esta última, entendemos que la vulneración de su dignidad debe apreciarse en el caso concreto, sin que pueda obviarse el hecho de que la mujer haya consentido libremente una gestación para otros, pues de lo contrario, lo que en realidad estaríamos defendiendo es un tipo de “dignidad social”, de moral colectiva cuya salvaguarda no corresponde al Derecho. En este sentido se ha señalado que “cuando se adopta un enfoque de la autonomía personal basado en la capacidad de elección, resulta extraño que la persona cuya dignidad supuestamente está en juego no pueda mantener esa capacidad de elección”, salvo que se mantenga una postura paternalista en la determinación de la validez del consentimiento de la madre gestante⁷⁷. Dicho en otros términos, en cierto modo, con la actitud del Comité de Bioética se está minusvalorando a la mujer en relación con su propia capacidad para consentir la gestación por sustitución⁷⁸.

37. Con otra perspectiva totalmente diferente, libre de prejuicios y de estereotipos sobre la maternidad, el 27 de abril de 2017 se presentó en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación⁷⁹. En el texto propuesto, por el que se deroga el artículo 10 LTRHA (DD^a. única), esta forma de gestación se configura como un derecho (art. 1), cuyo ejercicio se reconoce a los nacionales españoles o con residencia legal en España [arts. 7.1.g) y 8.1.c)], lo que evita que nuestro país se convierta en un “paraíso gestacional”.

La Proposición de Ley que se presenta tiene por finalidad legalizar la gestación por sustitución en nuestro país y dar respuesta a esta forma alternativa de acceder a la paternidad o maternidad, que es una realidad tanto en España como en los países de nuestro entorno.

⁷⁴ Vid. A. DURÁN AYAGO, “El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución”, *AEDIPr.*, t. XII, 2012, p. 274. *Ibidem*, “Una encrucijada judicial y una reforma legal por hacer: problemas jurídicos de la gestación por sustitución en España. A propósito del auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2015”, <http://www.millenniumdipr.com/archivos/1499803021.pdf>.

⁷⁵ Vid. C. VAQUERO LÓPEZ, “La paternidad de las parejas del mismo sexo a través de la gestación por sustitución: problemas jurídicos”, J. SOROETA LICERAS (Dir.), *La diversidad afectivo-sexual y los mecanismos establecidos por el Derecho Internacional para su protección*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 291-332. En el mismo sentido, considerando que la gestación por sustitución no puede prohibirse recurriendo a la técnica de las normas internacionalmente imperativas (leyes de policía), vid. A. V. M. STRUYCKEN, “Surrogacy, a new way to become a mother? A new PIL issue”, K. BOELE-WOELKI, T. EINHORN, D. GIRSBERGER, y S. SYMEONIDES (Eds.), *Convergence and Divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*, La Haya, Eleven International, 2010, p. 371.

⁷⁶ El Informe del Comité de Bioética, integrado por diez hombres y tres mujeres, puede consultarse en http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf. Muy crítico con este Informe, vid. A. J. VELA SÁNCHEZ, “¿En serio? Yo alucino con el Comité. A propósito del “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada” de 19 de mayo de 2017”, *La Ley*, nº 9035, 2017, pp. 1-16.

⁷⁷ Así lo entiende M. A. PRESNO LINERA, que critica la decisión del TS de 6 de febrero de 2014 por considerar que en ella “parece latir, más que una defensa de la dignidad constitucionalmente protegida, una suerte de “paternalismo estatal” o un puro “moralismo legal” que sacrifica, sin fundamento constitucional, la libertad personal como precio a pagar por la garantía de “dignidad colectiva””; vid. M. A. PRESNO LINERA y P. JIMÉNEZ BLANCO, “Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea”, *REDE*, nº 51, 2014, pp. 19-20.

⁷⁸ En este mismo sentido se ha insistido en que “las decisiones de la mujer sobre su propio cuerpo y su propio plan de vida deben analizarse teniendo en cuenta las circunstancias que rodean la autonomía de las mujeres”; vid. S. ÁLVAREZ MEDINA, “La autonomía reproductiva. Relaciones de género, filiación y justicia”, *RJUAM*, nº 35, 2017, pp. 156-157.

⁷⁹ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, núm. 145-1, de 8 de septiembre de 2017, pp. 1 y ss.

De entre las disposiciones de la Ley que se propone, estructurada en siete capítulos, destacaremos aquellas que directamente afectan a la mujer gestante, definida como aquella mujer que “sin aportar material genético propio, consiente y acepta, mediante un contrato de gestación por subrogación, someterse a técnicas de reproducción asistida humana con el fin de dar a luz al hijo o hijos del progenitor o progenitores subrogantes, sin que, en ningún momento, se establezca vínculo de filiación entre la mujer gestante y el niño o niños que pudieran nacer” (art. 3.b).

Para garantizar la protección de la libertad personal de la mujer gestante, el artículo 4 de la Proposición de Ley establece que la gestación por sustitución solamente se realizará si media previa aceptación libre y consciente por su parte, cuando haya posibilidades razonables de éxito, y siempre que no suponga un riesgo grave para la salud, física o psíquica, de la mujer o la posible descendencia. En todo caso, la mujer gestante debe haber sido previamente informada de los riesgos y de las condiciones de la técnica, sin que pueda tener vínculo de consanguineidad con el o los progenitores subrogantes.

Por su parte, con la finalidad de evitar la mercantilización del cuerpo de la mujer, el artículo 5 del texto propuesto consagra la naturaleza altruista de la gestación por sustitución, prohibiendo expresamente que ésta tenga un carácter lucrativo o comercial, sin perjuicio de una eventual compensación resarcitoria, que sólo podrá cubrir los gastos estrictamente derivados de las molestias físicas, los de desplazamiento y los laborales, así como el lucro cesante inherente a la gestación, y proporcionar a la gestante las condiciones idóneas durante los estudios y tratamiento pregestacional, la gestación y el post-parto.

Toda mujer que cumpla estos requisitos tiene derecho a gestar, mediante un contrato de gestación por subrogación, con el fin de dar a luz al hijo o hijos del progenitor o progenitores subrogantes (art. 6). De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9 de la Proposición, las partes intervinientes deberán otorgar ante notario, con carácter previo a cualquier aplicación de una técnica de reproducción humana asistida, el contrato de gestación por sustitución en el que, entre otros elementos, se hará constar el “consentimiento informado, libre, expreso e irrevocable de las partes intervinientes”⁸⁰. Tanto este contrato como la mujer que desee ser gestante por subrogación y cumpla los requisitos mencionados deberán inscribirse en el Registro Nacional de Gestación por Subrogación creado al efecto y adscrito al Registro Nacional de Donantes (arts. 15 a 19).

38. En nuestra opinión, quizás sea esta última cuestión, la regulación del consentimiento de la mujer gestante, la más controvertida de la reglamentación propuesta. Por un lado, porque consideramos que solo a través de un proceso judicial puede garantizarse suficientemente un consentimiento libre e informado de la mujer que decide gestar para otros⁸¹. Por otro lado, porque una tutela efectiva de todos los derechos de la mujer gestante exige fijar un período, antes o después del parto, en el que pueda revisar el acuerdo de gestación por sustitución⁸². En esta misma línea, debería resolverse expresamente a quién corresponde la decisión de si es posible y en qué casos abortar⁸³. Es cierto que una lectura con perspectiva de género del texto propuesto permite deducir que esta decisión corresponde en último término a la mujer gestante, pues en el apartado 2 de su artículo 6, referido a los “derechos de la mujer”, se establece expresamente que “las disposiciones de la presente Ley ni modifican, ni derogan los derechos que a la

⁸⁰ La irrevocabilidad del consentimiento obliga a los progenitores a hacerse cargo, a todos los efectos, del niño o niños nacidos inmediatamente después del parto (art. 10) y el incumplimiento de esta obligación constituye una infracción muy grave [art. 24 c) 9ª] que puede llevar aparejada una multa de hasta un millón de euros (art. 25.1), sin que se establezca ningún límite si el niño presenta algún problema físico o psíquico grave. Por su parte, la mujer gestante está obligada a mantener el cumplimiento de los requisitos fijados por el artículo 7 de la Propuesta –referidos a sus condiciones de capacidad, estado de salud, bienestar y seguridad–, si bien su incumplimiento negligente solo constituye una infracción grave [art. 24 b) 2ª], con multa desde 1.001 euros hasta 10.000 euros (art. 25.1).

⁸¹ Vid. O. SALAZAR BENÍTEZ, “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica: algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *Revista de Derecho Político*, nº 99, 2017, p. 109.

⁸² *Ibidem*, p. 111. Con la misma finalidad se ha propuesto admitir una especie de “ley de plazos” en los que la madre pueda ir decidiendo si sigue adelante con el embarazo o no, si una vez nacido el niño lo entrega o no a los padres comitentes; a esta “maternidad pensada” se refiere, pese a mostrarse muy crítica con la maternidad subrogada, A. GONZÁLEZ SUÁREZ, “De tumba a útero”, *Investigaciones Feministas*, vol. 6, 2015, pp. 39-59, esp. p. 57.

⁸³ Vid. P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución”, S. NAVAS NAVARRO (Dir.), *Iguales y diferentes...*, op. cit., p. 508, nota 110.

mujer le reconoce la legislación general, en particular, la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”. Sin embargo, consideramos que es necesario un precepto legal que obligue a los intervinientes en el contrato de gestación por sustitución a incluir expresamente las disposiciones que deben observarse en un supuesto de eventual interrupción voluntaria del embarazo y determinar cuáles son sus efectos⁸⁴.

No obstante, esta crítica no debe empañar la bondad de la Proposición presentada, que evitará la huida de quienes desean acudir a esta técnica de reproducción asistida hacia países poco o nada garantistas con los derechos de las mujeres gestantes. En definitiva, en la medida en que la prohibición no evita la práctica y teniendo en cuenta que sin marco legal se siguen sumando violaciones de derechos humanos de las mujeres, es necesario alcanzar una regulación directa de la gestación por sustitución en nuestro país⁸⁵.

2. Sustracción internacional de menores y violencia de género.

39. La sustracción internacional de menores es quizás uno de los problemas de DIPr. que despierta una mayor alarma social, frecuentemente recogida en los medios de comunicación, que se hacen eco del drama que supone el traslado de los menores por parte de uno de sus progenitores a un país distinto de aquel en el que tienen su residencia familiar⁸⁶. Tradicionalmente era el padre privado de la custodia de sus hijos quien, aprovechando el ejercicio del derecho de visitas atribuido por una sentencia de divorcio, sustraía consigo al menor y lo trasladaba a otro país, ante cuyas autoridades intentaba obtener el derecho de custodia para “legalizar” el secuestro. Sin embargo, en la actualidad son muchos más los casos en los que quien secuestra al menor es la madre, que tiene atribuida la custodia y que huye de la violencia y abusos del padre maltratador que ostenta el derecho de visitas⁸⁷.

En estos casos el dramatismo que supone la propia sustracción internacional de los menores de su residencia familiar se acentúa porque la decisión de la madre de trasladarse junto con sus hijos a otro país, privando al padre del contacto con estos niños, no solo constituye un ilícito penal que puede llegar a sancionar la conducta de la madre con una pena privativa de libertad de hasta cuatro años e inhabilitación especial para el ejercicio del derecho a la patria potestad por tiempo de cuatro a diez años (*cf.* art. 225 *bis* CP), sino que enfrenta también a la madre a una aplicación “ciega” de las normas de DIPr. aplicables en esta materia, que puede derivar en un agravamiento de la situación de violencia que se padece en el entorno familiar⁸⁸.

⁸⁴ Ésta es, por ejemplo, la solución portuguesa, que analiza con detalle A. J. VELA SÁNCHEZ, “La gestación por sustitución ya es efectiva en Portugal. A propósito del Reglamento Portugués nº 6/2017 de 31 de julio”, *La Ley*, nº 9091, 2017, pp. 1-12.

⁸⁵ *Vid.* E. LAMM, “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, 2016, pp. 61-107. Manifiestamente en contra, *vid.* A. H. PULEO, “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 29, 2017, pp. 165-184.

⁸⁶ Sirva como ejemplo el mediático caso de Juana Rivas Gómez, del que se ocupó la prensa nacional durante el verano de 2017 y que desencadenó un importante movimiento de apoyo a esta madre, que sustrajo a sus hijos del domicilio familiar en Italia para huir de una situación de maltrato. Se ha insistido en la necesidad de no olvidar que la valoración final de estos supuestos corresponde a los jueces, a través de los procedimientos legalmente establecidos para resolver las disputas parentales; *vid.* M. PASQUAU, “Juana Rivas, el maltrato y los jueces”, <https://www.miguelpasquau.es/juana-rivas-el-maltrato-y-los-jueces>. Con carácter general, sobre la función de los jueces como mediadores entre los diferentes intereses sociales en conflicto para conseguir el equilibrio, la medida y la ponderación sustancial al Derecho, *vid.* F. OST, “¿Para qué sirve el Derecho?... Para contar hasta tres”, *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, nº 40, 2017, pp. 15-48, esp. pp. 40-47.

⁸⁷ Se trata de una nueva situación, para la que es necesario encontrar nuevas soluciones, de la que se hace eco el Consejo de Europa, en cuyo seno se ha planteado la necesidad de revisar la normativa vigente y elaborar un Protocolo para desarrollar buenas prácticas y crear instrumentos de orientación que permitan adaptar las soluciones convencionales a las nuevos intereses en juego. *Vid. Report* “Cross-border parental responsibility conflicts”, *Committee on Social Affairs, Health and Sustainable Development*, Doc. 14435, de 30 de octubre de 2017. Se refiere también a este cambio sociológico en los supuestos de sustracción internacional de menores, P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 12-16.

⁸⁸ *Vid.* P. MAESTRE CASAS, “Violencia doméstica y sustracción internacional de menores”, A. FIGUERUELO BURRIEZA (Dir.), *Derechos y libertades en la sociedad actual*, Granada, Comares, 2014, pp. 65-66. Señala también este “desfase” entre las soluciones previstas en los Instrumentos convencionales vigentes y las circunstancias actuales en las que deben aplicarse, E. RODRÍGUEZ PINEAU, “El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación del Convenio de La Haya (Nota a X c. Letonia)”, *RGDE*, nº 33, 2014, p. 18.

40. Efectivamente, el sistema de DIPr. aplicable en materia de sustracción internacional de menores está pensado para garantizar su restitución inmediata cuando éstos han sido trasladados o retenidos ilícitamente en un Estado distinto de aquel donde tienen su residencia habitual, en aras de salvaguardar su “interés superior”⁸⁹. Esta es la finalidad de las disposiciones del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, ratificado por España en 1987 (CH1980)⁹⁰, del Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (RBIbis)⁹¹, y de los nuevos artículos 778 *quáter*, 778 *quinquies* y 778 *sexties* de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil (LCJIC)⁹².

En el marco de este sistema las autoridades del Estado a donde el menor ha sido desplazado deberán ordenar su restitución inmediata, salvo que concurra alguno de los motivos de oposición a la restitución que taxativamente recoge el artículo 13 CH1980. La interpretación restrictiva de este precepto, junto a la fuerza de la regla general que obliga a la restitución inmediata del menor, impide en muchos casos una aplicación de las normas vigentes con perspectiva de género y juega en contra de aquellas madres que huyen de una situación de violencia con sus hijos, alejándolos del otro progenitor⁹³.

41. El primer problema que plantea la aplicación del sistema del CH1980 deriva del hecho de que entre los motivos que el artículo 13 CH1980 permite invocar para oponerse a la restitución inmediata del menor no se recoge expresamente la violencia de género⁹⁴. El precepto únicamente se refiere a la existencia de “un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable” [letra b) del art. 13 CH1980] como causa de oposición a dicha restitución.

Una aplicación de este precepto desde una perspectiva de género obligaría a interpretarlo de forma extensiva, subsumiendo en su ámbito de aplicación las situaciones de violencia hacia la madre cuidadora del menor⁹⁵. Sin embargo, en la práctica el argumento de la violencia de género como razón para justificar un secuestro internacional de menores prospera muy minoritariamente⁹⁶, y en muchas ocasiones los jueces consideran que solamente la madre es la víctima y no concurre riesgo grave o situación intolerable para el menor. En estos casos, la defensa de la madre debería construirse invocando la cláusula

⁸⁹ Ello hace que las disposiciones aplicables en esta materia “pivoten sobre una especie de prolongación de la máxima *solve e repete*: primero se retorna al menor y luego, en su caso, se discute sobre quién ostenta legítimamente los derechos de guarda y visita, y dónde y cómo pueden ejercerse tales derechos”: *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles”, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ y J. R. REMACHA Y TEJADA (Eds.), *Cooperación jurídica internacional*, Madrid, *Colección Escuela Diplomática*, nº 5, 2001, p. 131.

⁹⁰ En vigor en España desde el 1 de septiembre de 1987 (BOE núm. 202, de 24 de agosto de 1987).

⁹¹ DOUE L 338 de 23 de diciembre de 2013.

⁹² BOE núm. 182, de 31 de julio de 2015.

⁹³ Sobre el carácter restrictivo del artículo 13 CH1980, *vid.* Informe Explicativo de Dña. E. PÉREZ VERA, (nº 27-31), que puede consultarse en <https://assets.hcch.net/upload/expl28s.pdf>. También sobre el alcance de las excepciones contenidas en este precepto, *vid.* J. PATON, “The correct approach to the examination of the best interests of the child in Abduction Convention proceedings following the decision of the Supreme Court in Re E (Children) (Abduction Custody Appeal)”, *JPLI*, vol. 8, 2012, pp. 547-576.

⁹⁴ Cuando se habla de “violencia” en el marco del CH1980 únicamente se hace para calificar la situación en la que se coloca al menor como consecuencia de su traslado o retención a otro país distinto de aquel donde tiene su residencia y lejos de uno de sus progenitores; *vid.* Circular 6/2015, sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, http://www.cvca.es/wp-content/uploads/2017/03/sustraccion_internacional_menores.pdf. Sobre esta cuestión, *vid.* M. ESLAVA RODRÍGUEZ, “Secuestro internacional de menores y violencia doméstica”, P.-V. CANO-MAILLO REY (Dir.), *Los juicios rápidos. Orden de protección: análisis y balance*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 131-181.

⁹⁵ En este sentido *vid.* M^a V. CUARTETO RUBIO, “La alegación de violencia doméstica en el proceso de restitución internacional de menores”, M. T. MARTÍN LÓPEZ (Coord.), *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Cizur Menor, Civitas, 2014, p. 88; y P. MAESTRE CASAS, “Violencia doméstica...”, *loc. cit.*, pp. 73 y 75.

⁹⁶ En la práctica, cuando se ordena la no restitución del menor por la existencia de una situación de violencia no se hace considerando la situación de la mujer maltratada en sí misma, sino a través de lo que esta agresión representa para el hijo: en la medida en que la madre es la única con capacidad para estar a cargo del menor en una situación de violencia doméstica, y al depender el bienestar de éste del de aquélla, el riesgo para la madre se constituye en riesgo para el bienestar del menor, lo cual permite subsumir el supuesto de hecho en el artículo 13 CH1980. *Vid.* M. REQUEJO ISIDRO, “Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea”, *AEDIPr*, t. VI, 2006, p. 184.

general de excepción al retorno inmediato que se contiene en el artículo 20 CH1980, conforme al cual la restitución del menor podrá denegarse “cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales”⁹⁷. En efecto, si consideramos que la violencia de género es una cuestión de derechos humanos⁹⁸, podremos evitar la restitución inmediata de los menores sustraídos por sus madres cuando concurre un supuesto de maltrato invocando la excepción de dicho precepto. Una solución en este sentido no solo se compadece con el cambio sociológico producido en materia de sustracción internacional de menores, sino que deriva también de la evolución del principio de “interés superior del menor” que inspira las disposiciones del CH1980⁹⁹, un cambio que trae causa de la STEDH de 6 de julio de 2010, asunto *Neulinger*, en la que, por primera vez, el Tribunal de Estrasburgo apunta hacia la tesis de que el interés del menor valorado en el caso concreto prevalece sobre la consideración general de evitar las sustracciones¹⁰⁰.

42. En segundo lugar, la aplicación de la normativa vigente sobre sustracción internacional de menores en supuestos de violencia contra la mujer plantea un importante problema de práctica de la prueba, que tiende a ser reducida, para no convertir el proceso de restitución en un proceso de fondo sobre la custodia del menor, lo que va en detrimento de las posibilidades de acreditar la realidad de las agresiones o sus consecuencias sobre los menores¹⁰¹.

Para paliar estos inconvenientes se ha sugerido exigir a la mujer víctima de violencia una particular diligencia en las pruebas que ella puede aportar, especialmente en cuanto a la prueba documental (acreditación de condenas penales o procedimientos en curso por malos tratos, denuncias en el Estado requirente, informes médicos, informes de servicios sociales, etc.), siempre en el entendimiento de que no nos encontramos ante un juicio penal, sino que se trata de constatar o descartar la situación de violencia con el fin de tomar este hecho en consideración para resolver el retorno inmediato del menor, que es el objeto del proceso¹⁰².

Por otra parte, si consideramos que la violencia de género es una cuestión de derechos humanos y que constituye un motivo susceptible de detener el retorno inmediato del menor, esta situación debe tratarse como una “alegación sustancial” en el sentido constitucional, lo que exige del juez una respuesta expresa a la alegación de violencia, de manera que solo pueda ser descartada con una “motivación reforzada”¹⁰³. Probada la violencia contra la madre, la decisión de retorno del menor obliga al juez a realizar una ponderación de las circunstancias en términos de derecho al respeto a la vida privada y familiar de la mujer¹⁰⁴, debiendo tener en cuenta que la orden de retorno del menor obliga a la madre a elegir

⁹⁷ Vid. M^a V. CUARTETO RUBIO, “La alegación de violencia...”, *loc. cit.*, p. 89; P. MAESTRE CASAS, “Violencia doméstica..”, *loc. cit.*, pp. 79-82; y M. REQUEJO ISIDRO, “Secuestro de menores ...”, *loc. cit.*, pp. 189-192.

⁹⁸ Vid. J. F. LOUSADA AROCHENA, “El derecho fundamental a vivir sin violencia de género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n^o 48, 2014, pp. 31-48.

⁹⁹ El Informe PÉREZ VERA que acompaña al Convenio hacía referencia al “interés superior del menor” como un paradigma sociológico más que como un “estándar jurídico concreto”. Sin embargo, esta percepción del concepto de “interés superior del menor” ha quedado hoy día superada, pues se ha pasado de un reconocimiento como principio fundamental en toda actuación relativa al menor (hasta el punto de que se consideraba un principio de Derecho consuetudinario o convencional internacional), a un reconocimiento en los distintos ordenamientos nacionales tanto por vía normativa como jurisprudencial, tal y como sucede en el ordenamiento jurídico español en el nuevo artículo 2 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor o en la interpretación del TC donde se ha configurado como un elemento de control de constitucionalidad. Llama la atención sobre este cambio E. RODRÍGUEZ PINEAU, “El adecuado equilibrio ...”, *loc. cit.*, pp. 19 y ss.

¹⁰⁰ La decisión del Tribunal de Estrasburgo puede encontrarse en <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-3189455-3546861>. Sobre esta decisión, vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS “Nota” a la STEDH de 6 de julio de 2010, *Neulinger*, *REDI*, vol. LXII, n^o 2, 2010, p. 232-235.

¹⁰¹ Vid. P. MAESTRE CASAS, “Violencia doméstica...”, *loc. cit.*, p. 81. En el mismo sentido, vid. S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles”, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ y J. R. REMANCHA Y TEJADA, *Cooperación jurídica internacional*, Escuela Diplomática, Madrid, 2011, p. 129. Dificulta también la práctica de la prueba, la celeridad del proceso de restitución, que ha sido incluso calificada de “obsesiva”; en este sentido, referido al nuevo procedimiento de la LEC, vid. R. ESPINOSA CALABUIG, “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y algunas ausencias”, *REDI*, vol. 68, n^o 2, 2016, p. 350.

¹⁰² Vid. M^a V. CUARTETO RUBIO, “La alegación de violencia...”, *loc. cit.*, p. 93.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 94.

¹⁰⁴ Así se deduce con claridad de la STEDH (Gran Sala) de 26 de noviembre de 2013, asunto n^o 27853/09, *X c. Lituania*. A este respecto, vid. E. RODRÍGUEZ PINEAU, “El adecuado equilibrio...”, *loc. cit.*, p. 17.

entre alejarse de su hijo, vulnerándose el derecho a relacionarse con él (tutelado por el art. 8 CEDH), o regresar con el menor al entorno de violencia, arriesgando su derecho a no recibir tratos inhumanos y degradantes (protegido por el art. 3 CEDH)¹⁰⁵. En definitiva, el juez debería asegurarse de que la restitución del menor no actúa como una “baza para el maltratador”, colocando a la mujer víctima de violencia de nuevo en su territorio¹⁰⁶.

43. Desde otro punto de vista, la solución de los secuestros internacionales de menores llevados a cabo por la madre víctima de violencia de género se complica en el sistema del RBIIbis, cuyo artículo 11.4 dispone que “los órganos jurisdiccionales no podrán denegar la restitución de un menor basándose en lo dispuesto en la letra b) del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, si se demuestra que se han adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución”.

A través de este precepto, que recoge la práctica anglosajona de los “*undertakings*”, se pretende limitar la aplicación de las excepciones al retorno que pueden invocarse al amparo del artículo 13 CH1980, reforzando la eficacia de la regla general que prevé la restitución inmediata del menor. Sin embargo, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina más autorizada, su positivación como una regla rígida plantea serias dificultades prácticas cuando el secuestro de los menores se produce en un contexto de violencia de género, sobre todo si se interpreta literalmente el artículo 11.4 RBIIbis, que se refiere a la adopción de “medidas adecuadas para garantizar la protección del menor”, sin tomar en consideración la situación de violencia que puede sufrir la madre sustractora¹⁰⁷.

En cualquier caso, la efectividad de las medidas adoptadas para la protección del menor exige un elevado nivel de cooperación entre las autoridades de los Estados implicados¹⁰⁸, y requiere un tratamiento del problema por profesionales especializados en violencia de género¹⁰⁹, pues, en último término, una actuación de los poderes públicos ajena a esta realidad, es decir, sin perspectiva de género, los convierte

¹⁰⁵ Esta solución se corresponde con la tendencia jurisprudencial más reciente del TEDH, que obliga a motivar adecuadamente la resolución de retorno, teniendo en cuenta la situación global familiar del menor y las circunstancias concretas presentes en el caso. A este respecto debe aplaudirse la decisión del Tribunal de Estrasburgo de reprobación de la conducta de las autoridades lituanas que decidieron la restitución de un menor en el marco del CH1980 rechazando de plano la valoración del informe psicológico presentado por la madre que, presentamente, podía avalar la tesis del riesgo grave que la restitución suponía para el menor; *vid.* S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota” a la STEDH (Gran Sala) de 26 de noviembre de 2013, asunto nº 27853/09, X c. Letonia, *REDI*, vol. LXVI, nº 1, 2014, p. 242.

¹⁰⁶ *Vid.* M. REQUEJO ISIDRO, “Secuestro de menores...”, *loc. cit.*, p. 185.

¹⁰⁷ En este sentido, muy crítica con el precepto comunitario, *vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “La regulación comunitaria de la sustracción internacional de menores”, *VVAA, Los Tratados de Roma en su cincuenta aniversario. Perspectivas desde la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 640-653, esp. p. 646; *ibidem*, “Nota” a la SAAP Baleares de 23 de abril de 2003, *REDI*, vol. 56, nº 1, 2004, p. 359. Crítica también esta solución P. JIMÉNEZ BLANCO, para quien la adopción de este “*undertaking*” presupone un grado de desconfianza en las autoridades del Estado de origen que no se compeadece con los principios de Derecho comunitario; *vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, *Litigios sobre la custodia...*, *op. cit.*, p. 91.

¹⁰⁸ Esta solución solo es posible en un contexto de cooperación, como el que se presupone en el marco del CH1980 –cuyo artículo 7, h) obliga a las Autoridades centrales a garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro– o, más intenso, como el que existe en la UE, en cuyo ámbito es importante destacar el Reglamento 606/2013 de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil (DOUE L 181 de 12 de junio de 2013), aplicable a las víctimas de violencia de género, que completa la Directiva 2011/99 de 13 de diciembre sobre la Orden Europea de protección (DOUE L 338 de 13 de diciembre de 2011). En el artículo 25 de la Propuesta de reforma del RBIIbis se completa esta regla con la obligación del Estado requerido para la restitución de “cooperar con las autoridades competentes del Estado miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente, bien con la ayuda de las autoridades centrales o a través de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil”; *vid.* COM (2016) 411 final.

¹⁰⁹ Bajo la legislación anteriormente vigente se dictó el AAP Madrid de 31 de marzo de 2015 (sección 22ª), que reconocía la competencia objetiva para conocer de un caso de sustracción internacional de menores de un Juzgado de Violencia con base en el artículo 87 *ter* 2, d) LOPJ cuando simultáneamente se diesen los demás requisitos del artículo 87.3 *ter* LOPJ, es decir, cuando las partes estuvieran a la vez incurso en un procedimiento penal por violencia de género. Sin embargo, en el sistema actualmente vigente en nuestro país no es posible atribuir competencia a los juzgados de violencia de género, pues se obliga a una concentración de competencia en los juzgados de familia (art. 778 *quáter* LEC). Sobre esta cuestión, *vid.* F.-J. FORCADA-MIRANDA, “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”, *Bitácora Millenium DIPr*: 2016, p. 43.

en cómplices de la perpetuación de esta forma de violencia privada, tal y como ha declarado el Comité CEDAW en su Dictamen sobre el asunto González Carreño contra España, en el que se acusa a las autoridades españolas de seguir un patrón de actuación “que obedece a estereotipos y minimiza la situación de las víctimas de violencia doméstica, colocándolas en una situación de especial vulnerabilidad”¹¹⁰.

Finalmente, la configuración de la orden de retorno dictada por el juez de la residencia habitual del menor anterior a su traslado como título ejecutivo europeo (*ex. art. 42. 1 RBIIbis*) no se compadece en absoluto con la necesaria perspectiva de género que debe presidir la solución del secuestro de menores llevado a cabo por una madre víctima de violencia. En muchos casos el juez de origen del menor que exige su retorno no tiene acceso directo ni al niño ni a su madre sustractora, y esta falta de inmediatez hace que la atención del juez se centre excesivamente en la ilicitud del traslado o retención inicial, olvidando la imperiosa tutela de la mujer maltratada¹¹¹.

En definitiva, la solución de los litigios derivados de un secuestro internacional de menores desde una perspectiva de género exige una renovación del sistema de DIPr. actualmente vigente, que permita la adaptación de las soluciones legales a la realidad que se impone y que garantice una mejor gestión de las situaciones de violencia doméstica que llevan a la madre a huir del domicilio familiar con sus hijos¹¹².

44. La gestión de esta (nueva) realidad requiere además una mayor sensibilidad en el tratamiento de las situaciones previas que pueden derivar en un supuesto de traslado ilícito de menores¹¹³. Efectivamente, en muchas ocasiones una inadecuada solución de las disputas relativas al cambio de residencia de los menores, que se producen cuando es el progenitor que tiene a cargo a los niños quien desea trasladarse al extranjero (*relocation disputes*), puede derivar en un secuestro internacional¹¹⁴. El problema afecta particularmente a la mujer, que generalmente ejerce la mayor parte del cuidado de los hijos tras las rupturas de pareja, de manera que muchas veces la libertad de movimiento de la madre está inevitablemente condicionada por el derecho de los menores a relacionarse con el padre que no se traslada y el derecho de éste a mantener relaciones personales con sus hijos¹¹⁵. En estos casos, si se estableciesen mecanismos adecuados para que la mujer que se traslada al extranjero (con la finalidad de tener un mejor trabajo o de iniciar una nueva relación sentimental) pueda también trasladar al niño lícitamente, tal vez desista de actuar de forma unilateral, incurriendo en la comisión de un delito. Debe tratarse de que la mujer en ningún caso tenga que elegir entre renunciar a la custodia de sus hijos o desistir de sus planes de traslado¹¹⁶.

¹¹⁰ La aplicación de una perspectiva de género hubiera permitido que se identificaran las conductas violentas y que se ponderaran adecuadamente las pretensiones de los implicados, tomándose las medidas adecuadas para proteger a la madre y a la hija; *vid. J. MANTILLA FALCÓN*: “Derecho y perspectiva...”, *loc. cit.*, p.121. Sobre la (limitada) eficacia de la decisión del Comité CEDAW en este asunto, *vid. R. ABRIL STOFFELS*, “The “effectiveness” of CEDAW Committee Decisions: Angela Gonzalez Carreno v. Spain”, *Spanish Yearbook of International Law*, nº 19, 2015, pp. 365-372.

¹¹¹ *Vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS*, “La regulación comunitaria...”, *loc. cit.*, pp. 649-653.

¹¹² En este mismo sentido se ha pronunciado recientemente, aunque de forma tímida, el Parlamento Europeo. En su Resolución legislativa de 18 de enero de 2018 sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición) (COM(2016)0411 – C8-0322/2016 – 2016/0190(CNS)), el Parlamento ha introducido sendas enmiendas a los considerandos 17 y 19 del texto propuesto llamando la atención sobre la necesidad de tomar en consideración las situaciones de violencia doméstica o de género en la adopción de decisiones judiciales sobre responsabilidad parental. El texto de la Resolución puede encontrarse en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2018-0017+0+DOC+PDF+V0//ES>

¹¹³ Junto a estas medidas también se ha propuesto utilizar una noción restrictiva de custodia, considerando que no cabe entender como “residencia habitual” aquella en la que quien está a cargo del menor se ve forzado a vivir contra su voluntad; en este sentido, *vid. M. REQUEJO ISIDRO*, “Secuestro de menores ...”, *loc. cit.*, p. 184. También sobre la necesidad de redefinir los conceptos de “residencia habitual” y de “custodia”, *vid. F.-J. FORCADA-MIRANDA*, “Carencias, necesidades y conflictos de la sustracción internacional de menores y el novedoso marco legal español”, *REDI*, vol. 68, nº 2, 2016, pp. 342-343.

¹¹⁴ *Vid. C. GONZÁLEZ BEILFUSS*, “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*”, *REDI*, vol. LXII, nº 2, 2010, p. 54.

¹¹⁵ Así lo evidencia el estudio de R. GEORGE y K. BADER, “Parents’ experiences of relocation disputes”, *Family Law*, vol. 44, nº 6, 2914, pp. 834-840.

¹¹⁶ Ésta ha sido precisamente la decisión de la AP Girona en su Auto de 27 de julio de 2017 (Roj: AAP GI 889/2017), en la que el tribunal gerundense confirma la licitud del traslado de una menor a Francia por su madre, que se vio abocada a abandonar

En cualquier caso, entre los elementos que han de tenerse en cuenta para decidir el traslado de un menor, la existencia de cualquier antecedente de violencia o abuso familiar, ya sea físico o psicológico, debe ocupar un lugar determinante¹¹⁷. Más aún, en situaciones de violencia de género, la regla general debería ser la de la autorización del traslado de los menores, pues “no tiene ningún sentido que se dicten órdenes de alejamiento y, en cambio, no se permita a las víctimas autoprotgerse, poniendo distancia con la situación de violencia”¹¹⁸. Una vez más, la solución del litigio con perspectiva de género plantea un importante problema de prueba, cuya valoración exige una formación específica desde esta óptica, que hemos venido defendiendo a lo largo de este trabajo¹¹⁹.

IV. Conclusión

45. En todos los manuales de DIPr. la primera lección se dedica a determinar el objeto de nuestra disciplina, que se identifica con la regulación de las situaciones privadas afectadas por un elemento de internacionalidad. El análisis realizado en este trabajo pone de manifiesto que, en muchos casos, esta regulación no garantiza suficientemente uno de los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, la igualdad de hombres y mujeres, por lo que abordar la solución de los problemas que constituyen el objeto del DIPr. desde una perspectiva de género se convierte en una necesidad imperiosa.

La “feminización” de este sector de nuestro ordenamiento jurídico exige una revisión de las normas vigentes para garantizar que la dignidad, la igualdad y la libertad personal de la mujer sean respetadas en todos los ámbitos. Con esta finalidad deberían establecerse mecanismos que permitan a la mujer ejercer libremente su autonomía (material y conflictual) en el ámbito del Derecho de familia; habrían de fijarse líneas de actuación legislativa que favorezcan una aplicación homogénea de la excepción de orden público frente a ordenamientos extranjeros abiertamente discriminatorios; y sería necesario adaptar la normativa vigente a las exigencias derivadas de los cambios producidos en nuestra sociedad, en unos casos para permitir compatibilizar los derechos fundamentales de la mujer con la salvaguarda del interés superior de sus hijos, y en otros casos para dar una respuesta directa a nuevas realidades sociales en las que la posición de la mujer es especialmente vulnerable.

Finalmente es necesario que nuestras autoridades resuelvan los conflictos que plantean las situaciones privadas internacionales, como las que han sido objeto de este estudio, desde una perspectiva libre de estereotipos, que les permita atender a las necesidades de la mujer en el caso concreto, a través de una aplicación de las normas vigentes materialmente orientada a garantizar la tutela efectiva del “mejor interés de la mujer”.

el domicilio familiar para recabar la ayuda de su familia ante el incumplimiento por el padre de la obligación de alimentos para con sus hijos.

¹¹⁷ Así se recoge en la Declaración con la que concluyó la Conferencia celebrada en *Washington* del 23 al 25 de mayo de 2010 sobre la reubicación de familias entre países transfronterizos; el documento puede consultarse en <https://assets.hcch.net/upload/decl_washington2010s.pdf>. La existencia de una situación de violencia doméstica como factor determinante en la solución de los supuestos de secuestro de menores es especialmente tomado en consideración en el Derecho americano; estudia este sistema, en comparación con el Derecho civil catalán, L. DANIELS SIMON, “Child Relocation Law in Spain and in the Unites States. An Analysis of the Current Legal Regulation of Child Relocation Disputes in Catalonia and the Unites States’ Jurisdictions”, *InDret*, nº 4, 2014, “<http://www.indret.com/pdf/1082.pdf>”.

¹¹⁸ *Vid.* C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El traslado lícito de menores...”, *loc. cit.*, p. 73.

¹¹⁹ Carente de esta perspectiva parece la SAP Barcelona (Sección 18ª) de 13 de junio de 2017 (JUR 2017\276790), en la que el tribunal catalán considera improcedente la adopción de medidas limitativas del ejercicio del derecho de visita que impidan al padre trasladar a sus hijos a Marruecos al no haberse practicado prueba tendente a acreditar una situación de riesgo para los menores derivada de ese traslado; la Audiencia Provincial justifica esta falta de prueba en la existencia de un Convenio bilateral entre nuestro país y el reino de Marruecos y en la vinculación de ambos con el CH1980.