

NUEVOS INTERROGANTES Y NUEVAS RESPUESTAS SOBRE LA STJCE DE 14 DE OCTUBRE 2008, GRUNKIN-PAUL

MARÍA DOLORES ORTIZ VIDAL
Licenciada en Derecho
Universidad de Murcia

Recibido: 29.06.2009 / Aceptado: 07.07.2009

Resumen: El asunto *Grunkin-Paul*, como *leading case*, ha suscitado numerosas cuestiones controvertidas planteadas por la doctrina. Este trabajo tiene por objeto profundizar en el estudio de la innovación metodológica otorgada por la decisión del TJCE y arrojar luz sobre dichas cuestiones controvertidas. En particular, se examinan aspectos tales como los criterios de aplicación del Derecho Comunitario a los casos de Derecho internacional privado, la incompatibilidad del Derecho alemán con el Derecho comunitario, la incidencia del “principio de no discriminación por razón de la nacionalidad” recogido en el art. 12 TCE en el caso *Grunkin-Paul*, el impacto del derecho fundamental a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario y del Espacio judicial europeo en este caso y la autonomía de la voluntad de la persona como punto de conexión en materia de nombres y apellidos de las personas físicas.

Palabras clave: apellido, libertad de circulación y residencia del ciudadano comunitario, ley nacional, Derecho comunitario, norma de conflicto, norma de reconocimiento, conflicto de leyes, conflicto de sistemas, eficacia extraterritorial de decisiones, principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, autonomía de la voluntad, fraude de ley internacional, orden público internacional.

Abstract: The *Grunkin-Paul* decision issued by the European Court of Justice on October the 14th 2008 has rapidly become a leading case. It has provoked numerous controversial questions underlined by the doctrine of the legal scholars. The aim of this article is to point out the methodological innovation contained in the *Grunkin-Paul* decision and to shed some light on the above mentioned controversial questions. Especially, this article examines the scope of application of the Community Law with regard to private international law situations, the incompatibility of the German Law with the Community Law in the field of surnames, the effect of the principle of no-discrimination by nationality as stated by art. 12 of the European Treaty in the *Grunkin-Paul* judgment, the impact of the free movement of individuals in the EU in this decision as well as the impact of the “Freedom, Security and Justice Area” in the UE. In addition to that, some observations on the party autonomy as a connecting factor in the field of surnames will be made.

Key words: surname, free movement of individuals in the EU, national law, Community law, conflict of Laws rule, recognition of foreign decision, Conflict-Of-Laws, Conflict of Private international Law national Systems, principle of no discrimination by nationality, party autonomy, evasion of the Law, public policy of the Forum.

Sumario: I. Introducción. II. Primera pregunta: ¿Debe aplicarse el Derecho comunitario al asunto *Grunkin-Paul*? En caso de respuesta afirmativa, ¿Es incompatible el Derecho alemán con el Derecho comunitario? III. Segunda pregunta: ¿Qué incidencia presenta el “principio de no discriminación por razón de la nacionalidad” recogido en el art. 12 TCE en el caso *Grunkin-Paul*? IV. Tercera pregunta: ¿La decisión del TJCE obedece al argumento jurídico “derecho fundamental a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario (art. 18 TCE)” o hace referencia al “espacio judicial europeo”? V. Cuarta pregunta: ¿Cuál es la innovación metodológica de la solución del TJCE en *Grunkin-Paul*? VI. Quinta pregunta: ¿Qué incidencia presenta el orden público internacional en el asunto *Grunkin-Paul*? VII. Sexta pregunta: ¿Solventa el principio de mutuo reconocimiento cualquier cuestión jurídica semejante futura? VIII. Séptima pregunta: ¿Es la autonomía de la voluntad de la persona el mejor punto de conexión en materia de “nombre y apellido”? IX. Octava pregunta: ¿Coexisten fraude de ley internacional y *Forum Shopping* en el asunto *Grunkin-Paul*? X. Novena pregunta: ¿Por qué es *Grunkin-Paul* un auténtico *leading case*?

I. Introducción.

1. En el primer número de esta Revista *Cuadernos de Derecho Transnacional* vio la luz el artículo “El caso “Grunkin- Paul”: Notas a la STJUE de 14 octubre 2008”¹. En dicho trabajo se puso de manifiesto el gran impacto metodológico de esta decisión del TJCE en el paisaje jurídico europeo. En este nuevo trabajo sobre el mismo caso *Grunkin-Paul*, se pretende pasar revista a otras cuestiones controvertidas que dicho caso, un auténtico *seminal case*, ha suscitado en la doctrina. Para su más directa comprensión, este nuevo texto se expone en forma de “preguntas y respuestas”, como un diálogo encaminado a descubrir la máxima profundidad de la STJUE de 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*.

II. Primera pregunta: ¿Debe aplicarse el Derecho comunitario al asunto *Grunkin-Paul*? En caso de respuesta afirmativa, ¿Es incompatible el Derecho alemán con el Derecho comunitario?

2. El Derecho comunitario no regula la materia “apellido” de una persona, por lo que, la competencia para regular esta materia corresponde a cada Estado miembro. En este sentido, cada Estado miembro es competente para fijar su Derecho Internacional Privado y su Derecho material respecto del nombre y apellido de una persona. La consecuencia es evidente: el legislador de cada Estado miembro establece puntos de conexión distintos para fijar la Ley aplicable al nombre. Las autoridades y tribunales de cada Estado miembro aplican, exclusivamente las normas de DIPr. de su Estado (= principio de exclusividad, recogido en el art. 12.6 CC)². En consecuencia, existe una disparidad de sistemas de DIPr. que designan la Ley aplicable a una misma materia, incluso dentro de la UE. Por ejemplo, en materia de “apellido”, en Dinamarca se sigue el criterio de la “Ley del domicilio” y en Alemania y en España se sigue el criterio de la “Ley nacional”.

Cuando los progenitores del niño Leonhard Matthias Grunkin-Paul se trasladan a Alemania, lugar en el que pretenden la inscripción de la certificación registral en la que consta el apellido del niño tal como había sido determinado e inscrito en Dinamarca, el Encargado del Registro Civil alemán, deniega la inscripción.

3. La denegación se basa en el siguiente argumento. El Encargado del Registro Civil alemán aplica el DIPr. alemán. En concreto, aplica el art. 10 BGB, cuyo texto indica: “*El apellido de una persona se rige por la ley del Estado de su nacionalidad*”. Leonhard Matthias Grunkin-Paul, ostenta única nacionalidad alemana. ¿Qué dispone el Derecho sustantivo alemán? El Derecho material alemán prohíbe la inscripción de un apellido compuesto por el del padre y el de la madre. En consecuencia, el Derecho alemán permite la inscripción del apellido “Grunkin” o “Paul”, pero no, la inscripción del apellido que de conformidad con la ley danesa había inscrito el Encargado del Registro civil danés, “Grunkin-Paul”. En consecuencia, ¿Qué se puede hacer para evitar que Leonhard Matthias cada vez que “cruza la frontera” tenga una identidad distinta?

4. El TJCE nos ofrece la solución: “*Éstos [los Estados miembros], no obstante, deben respetar el Derecho comunitario al ejercitar dicha competencia [en materia “apellido”].*” (Cons. 16 STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*). Así las cosas, sólo se aplicará la ley nacional alemana si respeta el Derecho comunitario.

El tribunal alemán, con acierto, traslada la decisión al TJCE y pregunta, si las normas nacionales alemanas de conflicto de leyes constituyen un obstáculo a las libertades garantizadas por el Tratado.

El TJCE, para resolver la cuestión planteada, no dudará en aplicar el Derecho comunitario. Su decisión está justificada debido a la internacionalidad de la situación. Para poder aplicar el Derecho comunitario es imprescindible que la situación no sea puramente interna (= expresa el TJCE “... *tal atadura al Derecho comunitario existe respecto de personas que son naturales de un Estado miembro y que permanecen legalmente sobre el territorio de otro Estado miembro...*” Cons. 17 STJCE 14 octubre 2008,

¹ M^a. D. ORTIZ VIDAL, “El caso “Grunkin- Paul”: Notas a la STJUE de 14 octubre 2008”, *CDT*, ISSN 1989- 4570, vol. I, núm. 1, marzo 2009, pp. 143-151 (vid. <http://www.uc3m.es/cdt>, núm. 1).

² A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 10^a ed., Granada, Comares, 2009, pp. 7-8.

Grunkin-Paul). El supuesto encaja perfectamente con la situación en la que se halla Leonhard Matthias Grunkin-Paul.

La aplicación del Derecho alemán a la situación jurídica controvertida constituye un obstáculo al derecho fundamental de libre circulación y residencia del ciudadano comunitario recogido en el art. 18 TCE (= el hecho de estar obligado a ostentar en el Estado miembro del que es nacional el niño, un apellido diferente del ya atribuido e inscrito en el Estado miembro de su nacimiento y de residencia puede obstaculizar el ejercicio fundamental de libre circulación y residencia).

5. En definitiva, cada vez que Leonhard Matthias Grunkin-Paul “cruza la frontera” Dinamarca-Alemania queda afectado y perjudicado por un cambio de ley aplicable. La norma de conflicto de leyes danesa (= ley del domicilio) y la norma de conflicto de leyes alemana (= Ley nacional) contienen puntos de conexión distintos. La norma de conflicto de leyes danesa localiza la situación jurídica en Dinamarca (= se aplica la Ley danesa en materia de derecho al nombre y apellido: la Ley del domicilio) mientras que la norma de conflicto de leyes alemana localiza la situación jurídica en Alemania (= se aplica la ley alemana en materia de derecho al nombre y apellido: la ley nacional). La disparidad de legislaciones nacionales genera un verdadero conflicto de leyes.

A sensu contrario, la doctrina considera que se produce un caso de *No-Conflict*, en el supuesto de que las normas de conflicto de leyes de los Estados conectados con el asunto (= Alemania y Dinamarca), utilizaran el mismo punto de conexión o proporcionaran la misma solución jurídica a la cuestión controvertida (= caso de *False Conflict*)³. La aplicación del DIPr. alemán o del DIPr. danés sería, en tal caso, indiferente.

6. En este caso, el “cruce de frontera” comporta para Leonhard Matthias la carga de disipar las dudas sobre su identidad y desvirtuar las sospechas de falsedad creadas por la divergencia entre el apellido que aparece en los registros de las autoridades danesas y en todos los documentos oficiales expedidos a su nombre en Dinamarca (= “Grunkin-Paul”), y el apellido que, por aplicación de la ley alemana, debiere inscribirse en el Registro Civil alemán (= “Grunkin” o “Paul”).

La ausencia de identidad única comporta un obstáculo al derecho fundamental de libre circulación y residencia del ciudadano comunitario recogido en el art. 18 TCE.

III. Segunda pregunta: ¿Qué incidencia presenta el “principio de no discriminación por razón de la nacionalidad” recogido en el art. 12 TCE en el caso *Grunkin-Paul*?

7. El “principio de no discriminación por razón de la nacionalidad” constituye el derecho, del que disponen los ciudadanos comunitarios, a un trato igualitario otorgado por el Estado miembro, con independencia de su nacionalidad, respecto a una misma situación. En otras palabras, el ciudadano comunitario debe recibir, respecto a una misma situación, el mismo trato que el Estado miembro concede a sus nacionales. Por ejemplo, el Estado español debe otorgar un trato legal igual al nacional español y al nacional francés respecto a una misma situación jurídica relevante para el Derecho comunitario. En caso contrario (= trato desigual al ciudadano de nacionalidad francesa, por el mero hecho de ser nacional francés), el ciudadano francés soportará un perjuicio (= discriminación) por razón de la nacionalidad. Tal perjuicio se halla prohibido por el art. 12 TCE.

Es cierto que la autoridad alemana concede trato igualitario a todos los nacionales alemanes. Es cierto también que Leonhard Matthias Grunkin-Paul, “el niño más famoso del DIPr.”, por el hecho de estar vinculado a más de un Estado miembro (Alemania y Dinamarca) se encuentra en una situación distinta de aquellos que sólo están vinculados a un Estado miembro. No obstante, ¿existe relación entre las premisas citadas y el “principio de no discriminación por razón de la nacionalidad”?

8. La respuesta del TJCE es contundente: el “principio de no discriminación por razón de la nacionalidad” no tiene ninguna incidencia en el asunto *Grunkin-Paul*, aún cuando las premisas citadas son

³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 1997, pp. 12-14.

ciertas. Leonhard Matthias Grunkin-Paul no es discriminado por el Estado alemán por el hecho de ostentar la nacionalidad alemana. Por tanto, no resulta posible alegar la no discriminación respecto al caso concreto. El niño Leonhard Matthias, posee única nacionalidad alemana (= Leonhard Matthias podría ser discriminado por razón de la nacionalidad por el Estado miembro alemán, si ostentara una nacionalidad distinta a la alemana). Y es el Encargado del Registro Civil alemán, en virtud de la aplicación de las normas del Derecho alemán, el que deniega el reconocimiento de la certificación registral en la que consta el apellido del niño tal como había sido determinado e inscrito en Dinamarca (= Grunkin-Paul).

9. En conclusión, Leonhard Matthias Grunkin-Paul no es nacional de un Estado miembro que es tratado peor que los nacionales de otro Estado miembro. El TJCE, en su sentencia, no duda en afirmar “*Leonhard Matthias no sufre en Alemania ninguna discriminación por razón de su nacionalidad.*” (Cons. 19 STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*) y “*la determinación del apellido de ese niño en Alemania conforme a la legislación alemana no puede constituir una discriminación por razón de la nacionalidad*” (Cons. 20 STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*).

IV. Tercera pregunta: ¿La decisión del TJCE obedece al argumento jurídico “derecho fundamental a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario (art. 18 TCE)” o hace referencia al “espacio judicial europeo”?

10. En virtud del art. 18 TCE, el ciudadano comunitario (= no el ciudadano nacional de un tercer Estado) dispone del derecho fundamental a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros⁴. Mientras que la creación y el establecimiento progresivo del espacio judicial europeo, tiene como beneficiario a cualquier persona, independientemente de que sea o no ciudadano comunitario.

11. El propósito del espacio judicial europeo es *construir un área en el que los tribunales de los Estados miembros actúen como si fueran los tribunales de un solo Estado, lo que, sin duda, potencia el “correcto funcionamiento del mercado interior”* (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ⁵).

Las autoridades comunitarias, para la creación de un auténtico espacio judicial europeo, deben adoptar medidas en materia de cooperación judicial civil con repercusión transfronteriza que amparen el correcto funcionamiento del mercado interior. Esas medidas pueden concretarse en las siguientes: a) unificación de criterios que determinen la competencia judicial. b) unificación de las normas de conflicto de leyes en el ámbito de la ley aplicable. c) el mutuo reconocimiento de situaciones jurídicas creadas en un Estado miembro en el sector de la validez extraterritorial de decisiones.

La adopción de tales medidas implica la erradicación de obstáculos (= barreras jurídico-públicas y jurídico-privadas y un tercer grupo integrado por la desconfianza entre los Estados miembros, excesivo protagonismo del Estado considerado como ente soberano, inseguridad jurídica internacional, falta de previsibilidad de la ley aplicable, etc.) que impiden la efectiva creación del espacio judicial europeo.

12. El derecho a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario en el territorio de los Estados miembros que integran la UE (art. 18 TCE), se considera una libertad comunitaria fundamental. Su ejercicio queda protegido por los instrumentos jurídicos internacionales. Tal es su importancia, que el Consejo europeo en Tampere (1999), afirmó en su punto segundo: “*El reto del Tratado de Amsterdam es garantizar que la libertad [libertad fundada en los Derechos Humanos, las instituciones democráticas y el imperio de la ley], que incluye el derecho a circular libremente en toda la Unión, pueda disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia accesibles a todos*”. En la *praxis*, cualquier ciudadano (sea o no nacional de un Estado miembro) que se halle en el territorio de la UE (= que “entre” en el espacio judicial europeo), tiene derecho a circular y residir libremente, con independencia de la literalidad del art. 18 TCE. En cualquier caso, el TJCE en su decisión judicial, no hace ninguna referencia al “espacio ju-

⁴ Art. 18 TCE: *Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.*

⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Comares, 10ª Ed., 2010, pp. 44-56.

dicial europeo”. El TJCE expresa “*Leonhard Matthias está legitimado, para invocar frente al Estado miembro del que es nacional [...], el derecho garantizado por el artículo 18 TCE a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*” (Cons. 18 STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*).

V. Cuarta pregunta: ¿Cuál es la innovación metodológica de la solución del TJCE en el caso *Grunkin-Paul*?

13. El problema “alemán” surge porque las autoridades alemanas ubican incorrectamente la cuestión controvertida en este caso, en el ámbito de la “Ley aplicable”. La norma de conflicto de leyes ocupa un lugar perfectamente delimitado en la Ciencia del Derecho internacional privado. El conflicto de leyes es “irreductible”⁶. En otras palabras, la norma de conflicto de leyes es siempre necesaria para determinar la existencia y validez de una situación jurídica privada de carácter internacional. La norma de conflicto de leyes queda ubicada en el ámbito de la ley aplicable: sirve para resolver la cuestión del Derecho aplicable a las situaciones jurídicas privadas internacionales.

El TJCE lo deja muy claro. De ahí que preste poca atención a la “nacionalidad”, empleada como punto de conexión por la norma de conflicto alemana (art. 10 BGB). La cuestión problemática planteada en el asunto *Grunkin-Paul*, no debe resolverse en el ámbito de Ley aplicable. Es irrelevante que el tribunal danés, en aplicación de su norma de conflicto de leyes, aplique el punto de conexión “nacionalidad”, “residencia habitual” o “ley del lugar de nacimiento”. D. CARREAU / P. LAGARDE / H. SYNDET expresan la misma idea: “*Il n’y a aucune raison pour la Cour de préférer la règle de conflit allemande à la règle de conflit danoise*”⁷. El asunto *Grunkin-Paul* no origina ni resuelve un hipotético “conflicto entre normas de conflicto”. Ni la norma de conflicto danesa debe prevalecer sobre la norma de conflicto alemana, ni la norma de conflicto alemana debe imponerse sobre la norma de conflicto danesa. El TJCE no “elige” la norma de conflicto danesa o la norma de conflicto alemana.

14. La cuestión controvertida debe ubicarse en el sector de la “eficacia extraterritorial de decisiones”. El núcleo del problema radica en que el Encargado del Registro Civil alemán deniega el reconocimiento de la certificación registral en la que consta el apellido del niño tal como había sido determinado e inscrito en Dinamarca. La denegación del reconocimiento, en Alemania, de la certificación danesa de nacimiento, comporta un obstáculo a la libre circulación y residencia de Leonhard Matthias Grunkin-Paul (art. 18 TCE). En consecuencia, el problema “alemán” no es una cuestión de “conflicto de leyes”. La norma de conflicto de leyes es abstracta (= en el sentido de que resuelve un conflicto entre “conjuntos abstractos de normas jurídicas”: Derecho alemán, Derecho japonés, Derecho danés, Derecho español, etc. y decide qué Derecho es aplicable a una situación privada internacional)⁸. La norma de conflicto de leyes declara la aplicación de una Ley estatal determinada (= “conjunto abstracto de normas jurídicas”), Ley que resolverá el caso concreto. En consecuencia, la base del razonamiento judicial se encuentra en una Ley estatal (= Ley estatal declarada aplicable por la norma de conflicto), es decir, en un conjunto de normas jurídicas abstractas e hipotéticas promulgadas por un legislador estatal⁹. Por el contrario, en este caso, se trata de decidir si esa “concreta” certificación registral danesa surte o no surte efectos legales en Alemania. En efecto, el problema “alemán” se erige sobre un “conflicto de decisiones”. La autoridad del Estado miembro alemán únicamente debe pronunciarse acerca

⁶ P. LAGARDE, “Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d’unification: quelques conjectures”, *RabelsZ*, 2004, p. 229.

⁷ D. CARREAU / P. LAGARDE / H. SYNDET, “La reconnaissance des noms patronymiques”, *Répertoire de Droit International*, janvier 2009, pp.13-15.

⁸ A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Comares, 8ª edición, Granada, 2007, p. 201; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “El paradigma de la norma de conflicto multilateral”, en *Estudios A. Menéndez*, Madrid, 1996, pp. 5239-5270; J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “Conflicto de leyes (en el espacio)”, *EJB*, 1995, pp. 1428-1431; Id., “Derecho internacional privado”, *EJB*, 1995, pp. 2311-2316; G. KEGEL, “The Conflict-of-Laws Machine - Zusammenhang im Allgemeinen Teil des IPR”, *IPRax*, 1996, 5, pp. 309-315; P. LALIVE, “Tendances et méthodes en droit international privé”, *RCADI*, 1977-II, t.156, pp. 1-424, esp. pp. 220-209.

⁹ D. BUREAU / H. MUIR WATT, *Droit international privé, Tome I Partie générale*, Presses universitaires de France (PUF), Paris, 2007, pp. 42-44; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: notas en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, en este mismo número de *CDT*.

del reconocimiento de la certificación registral en la que consta el apellido del niño tal como había sido determinado e inscrito en Dinamarca.

El no reconocimiento por parte del Encargado del Registro Civil alemán, de la certificación registral danesa, crea un obstáculo a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario (art. 18 TCE). Leonhard Matthias Grunkin-Paul tendrá que soportar la carga de disipar las dudas sobre su identidad (= no ostenta una identidad única. Su identidad es distinta según el Estado miembro en el que se encuentre) y desvirtuar las sospechas de falsedad creadas por la divergencia entre el apellido que aparece en los registros de las autoridades danesas y en todos los documentos oficiales expedidos a su nombre en Dinamarca, y el apellido que, de conformidad con la ley alemana, debiere figurar en el Registro Civil alemán.

15. El TJCE lo indica expresamente: “Cada vez que el apellido utilizado en una situación concreta no coincida con el que figura en el documento presentado como prueba de la identidad de una persona, en especial con vistas bien a obtener una prestación o un derecho cualquiera, bien a demostrar la superación de pruebas o la adquisición de aptitudes, o cuando el apellido que figure en dos documentos presentados conjuntamente no sea el mismo, esa divergencia de apellidos puede generar dudas sobre la identidad de esa persona así como sobre la autenticidad de los documentos presentados o la veracidad de los datos contenidos en éstos”. (Cons. 28 STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*).

16. La solución que el TJCE ofrece al problema se sustenta en el principio de mutuo reconocimiento. ¿En qué consiste? El principio de mutuo reconocimiento indica que toda situación jurídica legalmente creada, válida y existente en un Estado miembro (= en este caso, Dinamarca), debe ser considerada válida y existente en los demás Estados miembros (= en este caso, Alemania), con independencia de la “Ley estatal” que la autoridad del Estado miembro de origen aplicó para crear la situación jurídica. En ningún caso tendrá lugar, por parte del Estado miembro de destino, un control, sustitución y aceptación válida de las normas de conflicto de leyes del Estado miembro de origen. La situación jurídica creada en el Estado miembro de origen se “exporta”, tal cual, al Estado miembro de destino para que éste proceda a su reconocimiento. Como han subrayado A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, el TJCE proclama con toda claridad que “hay que poner en su sitio a la norma de conflicto de leyes”¹⁰.

El reconocimiento de una situación jurídica privada de carácter internacional “ya creada”, por parte del Estado miembro de destino, es un beneficio propio de las situaciones intracomunitarias. El principio de mutuo reconocimiento como solución a los obstáculos a las libertades comunitarias de circulación, no interviene en las situaciones extracomunitarias. La carencia de soporte legal limita el *principio de mutuo reconocimiento* al territorio de los Estados miembros de la UE¹¹.

VI. Quinta pregunta: ¿Qué incidencia presenta el orden público internacional en el asunto *Grunkin-Paul*?

17. Cada Estado miembro puede reservarse la opción de no reconocer una situación jurídica legalmente creada en un Estado miembro, si su reconocimiento resulta contrario al orden público internacional del Estado miembro de destino. El orden público internacional es distinto en cada Estado miembro. Por tanto, cada Estado miembro determina el reconocimiento de qué situaciones resulta contrario a su orden público internacional. En el caso *Grunkin-Paul*, el Estado alemán es competente para determinar si el derecho de Leonhard Matthias Grunkin-Paul a circular y residir libremente en el territorio de la UE perjudica el orden público internacional alemán.

El derecho a circular y residir libremente en el territorio de la UE queda sujeto “a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado [TCE] y a las disposiciones adoptadas para su aplicación”

¹⁰ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado: notas en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, en este mismo número de *CDT*.

¹¹ P. MENGOZZI, “Il Diritto alla continuità di cognome di minori provvisti della cittadinanza di uno stato non membro della comunità e della cittadinanza italiana”, *RDIPP*, 2009, pp. 70-84.

(art. 18 TCE). En consecuencia, la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario no es ilimitada. El obstáculo a la libre circulación y residencia del ciudadano comunitario puede justificarse si se erige sobre consideraciones objetivas y es proporcionado al objetivo legítimamente perseguido. La pregunta surge espontánea: ¿Es suficiente el argumento alegado por el Gobierno alemán para justificar la prevalencia del obstáculo frente al derecho fundamental de libre circulación y residencia del ciudadano comunitario?

18. El Gobierno alemán argumenta: a) que la nacionalidad como punto de conexión constituye un criterio objetivo que permite determinar el apellido de una persona de forma cierta y continuada. b) que la nacionalidad como punto de conexión garantiza la unidad del apellido entre los hermanos (= dicho problema no surge en la situación jurídica controvertida, puesto que, Leonhard Matthias es hijo único) y mantiene las relaciones entre miembros de una familia amplia (= garantiza una determinación idéntica del apellido de las personas de la misma nacionalidad). c) que la legislación nacional alemana no permite la atribución de apellidos compuestos porque considera necesario poder limitar la extensión de los apellidos.

El TJCE considera insuficiente la argumentación del Gobierno alemán, puesto que: a) “*observa [el TJCE] que la conexión, por el Derecho internacional privado alemán, de la determinación del apellido de una persona con su nacionalidad no carece de excepciones. En efecto, consta que las reglas alemanas de conflicto de leyes relativas a la determinación del apellido de un niño permiten una conexión con la residencia habitual de uno de sus progenitores cuando ésta se encuentra en Alemania*”. (cons. 34 SJTCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*). b) el Derecho alemán no excluye totalmente la posibilidad de atribuir apellidos compuestos a los hijos de nacionalidad alemana. “*En efecto, como confirmó el Gobierno alemán en la vista, cuando uno de los progenitores posee la nacionalidad de otro Estado los padres pueden optar por formar el apellido del hijo conforme a la legislación de ese Estado*”. (cons. 37 STJCE 14 octubre 2008, *Grunkin-Paul*).

En definitiva, el Gobierno alemán no expone ningún motivo específico que permita denegar el reconocimiento del apellido de Leonhard Matthias, tal como ha sido atribuido e inscrito en Dinamarca. Por ejemplo, el TJCE estimaría la denegación del reconocimiento en el caso de que en Alemania ese apellido resultara contrario al orden público o perjudicara el interés superior del menor.

VII. Sexta pregunta: ¿Solventa el principio del mutuo reconocimiento cualquier cuestión jurídica semejante futura?

19. El principio del mutuo reconocimiento debe actuar como “piedra angular” de los derechos y libertades fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario. En este sentido, una situación jurídica legalmente creada, válida y existente en un Estado miembro debe ser considerada válida y existente en los demás Estados miembros con independencia de la “ley estatal” que la autoridad del Estado miembro de origen aplicó para crear la situación jurídica. Esta regla permite que la existencia de distintos Derechos sustantivos en cada Estado miembro y de sistemas de DIPr. diferentes en cada Estado miembro, no opere como obstáculo a la libre circulación de personas en la UE (E. JAYME / CH. KÖHLER¹²).

El reconocimiento mutuo se basa en la idea de “confianza comunitaria”. Se aceptan en un Estado miembro las situaciones jurídicas creadas por autoridades de otros Estados miembros porque se confía plenamente en la Justicia impartida en el Estado miembro de origen (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ¹³).

Ahora bien, la regla general de reconocimiento necesita de la adopción de un único instrumento internacional que fomente la armonización de las normas de conflicto (= principio de coherencia recogido en el Cons. 7 Reglamento Roma I). Ello facilita el reconocimiento mutuo de las situaciones jurídicas privadas de carácter internacional creadas en el Estado miembro de origen. En otras palabras, si la

¹² E. JAYME / CH. KÖHLER, “Europäisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?”, *IPraxis*, 2001, pp. 501-512; E. JAYME, “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *RDIPP*, 2006, pp. 353-360, esp. p. 360.

¹³ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Comares, 10ª Ed., 2010, pp. 44-56.

norma aplicable a una situación jurídica privada internacional concreta es siempre la misma (= se evita el fenómeno del *Forum Shopping*), con independencia de la autoridad estatal que conozca del asunto, la probabilidad de que los demás Estados miembros reconozcan como válida y existente dicha situación jurídica privada internacional es muy elevada. Los tribunales del Estado miembro de destino aplicarán la misma ley que los tribunales del Estado miembro de origen han asignado para la resolución de la situación privada internacional.

VIII. Séptima pregunta ¿Es la autonomía de la voluntad de la persona el mejor punto de conexión en materia de “nombre y apellido”?

20. La situación jurídica privada internacional se halla conectada con una pluralidad de Estados miembros (en este caso con Alemania y Dinamarca). Por tanto, la determinación de la ley aplicable es necesaria para fijar la existencia de una situación jurídica privada internacional (= en este caso, para precisar el nombre del menor).

Cada legislador de cada Estado fija en la redacción de una norma de conflicto, la solución que considera más justa y adecuada, respecto a una situación jurídica privada controvertida de carácter internacional. Ello no significa que una solución, dada por el legislador de un Estado, deba ser considerada más justa y adecuada que aquella otorgada por los demás legisladores de los diferentes Estados.

La norma de conflicto creada por el legislador, “localizará” la situación jurídica controvertida en el Estado cuya Ley regirá el caso.

21. La autonomía de la voluntad de la persona empleada como punto de conexión respecto de la materia “nombre y apellido”, evita la generación de situaciones claudicantes que dificultan el efectivo ejercicio de las libertades comunitarias.

La autonomía de la voluntad de la persona constituye un punto de conexión con ventajas indudables (= el sujeto elige la ley del país con el que se sienta más identificado) pero también prescindible. El legislador puede fijar cualquier punto de conexión. Ahora bien, en el caso de que la materia “nombre y apellido” se rija por la Ley designada en virtud de la autonomía de la voluntad conflictual de la persona, sería conveniente que todos los Estados miembros que integran la UE deberían acoger la autonomía de la voluntad como punto de conexión de la norma de conflicto de leyes que regule dicha materia. En otras palabras, todos los Estados miembros de la UE aplicarían en materia de “nombre y apellido” la misma norma (= autonomía de la voluntad de la persona).

En todo caso, la autonomía de la voluntad de la persona no es un punto de conexión que deba operar sin límite alguno en esta materia. La autonomía de la voluntad de la persona debe ajustarse a un límite claro e insuperable: el interés superior del menor. El interés superior del menor es un valor que está por encima de cualesquiera otros valores o consideraciones. Por ejemplo, si un padre decide ponerle a su hijo un nombre que pueda marcarle negativamente durante toda su vida, la intención del padre debe encontrarse con una barrera que le impida alcanzar su propósito. Esa barrera es la “*importanza preminente dell’interesse superiore del minore*”¹⁴.

22. La pregunta surge, de nuevo, espontánea: ¿Cuál debería ser considerado el mejor punto de conexión en materia de derecho al nombre y apellido? El TJCE, en su decisión judicial, no se refiere, ni alude, ni menciona la autonomía de la voluntad de la persona como el “punto de conexión ideal” para determinar la Ley aplicable al nombre de las personas físicas en los casos internacionales.

En materia de derecho al nombre y apellido, el punto de conexión “nacionalidad” potencia la seguridad jurídica internacional y la previsibilidad de la ley aplicable. La ley del país de la nacionalidad de una persona será la ley aplicable en materia de derecho al nombre y apellido. Es complicado adquirir una nueva nacionalidad, mientras que, es sencillo obtener una nueva residencia habitual. Por tanto, la nacionalidad debe considerarse, un punto de conexión duradero en el tiempo (= factor imprescindible para fijar la previsibilidad de la ley aplicable).

¹⁴ P. MENGOZZI, “Il Diritto alla continuità di cognome di minori provvisti della cittadinanza di uno stato non membro della comunità e della cittadinanza italiana”, *RDIPP*, 2009, pp. 70-84.

Por el contrario, la residencia habitual utilizada como punto de conexión, potencia la identificación e integración del sujeto en el Estado miembro en el que se resida. La ley del país donde el sujeto tuviere su residencia habitual será aplicable en materia de derecho al nombre y apellido. Consecuentemente, la residencia habitual fomenta la integración del ciudadano en el Estado miembro donde se encuentre, mientras que, la nacionalidad puede crear una conexión “aislada” con el Estado miembro de origen. El ciudadano nacional de un Estado miembro puede hallarse desvinculado del mismo, e incluso más, puede que no regrese nunca al Estado miembro cuya nacionalidad ostenta. En este sentido, debería aplicarse la ley del país con el que el ciudadano se halle más estrechamente vinculado a fin de evitar una conexión “irreal” que conduzca a la aplicación de Leyes desconectadas realmente con el caso que comporten costes conflictuales elevados y perjudiquen el intercambio internacional.

En consecuencia, cada punto de conexión tiene sus ventajas y sus inconvenientes. En materias del tradicional “Estatuto personal” no existen soluciones definitivas¹⁵.

23. En todo caso, en el asunto *Grunkin-Paul*, resulta irrelevante que la norma de conflicto danesa y/o alemana conduzca a la Ley nacional, a Ley de la residencia habitual o la Ley del lugar de nacimiento. El problema “alemán” surge por el “no reconocimiento” de la certificación registral danesa por parte del Encargado del Registro Civil alemán (= sector de eficacia extraterritorial de decisiones). La consecuencia del no reconocimiento de la certificación registral danesa es la siguiente: Leonhard Matthias Grunkin-Paul no puede ejercitar su derecho fundamental a la libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros de la UE (art. 18 TCE).

IX. Octava pregunta: ¿Coexisten fraude de ley internacional y *Forum Shopping* en el asunto *Grunkin-Paul*?

24. En primer lugar, no existe fraude de ley internacional en el asunto *Grunkin-Paul*. La determinación e inscripción del apellido del niño en el Registro Civil danés, de conformidad con la ley danesa, constituye simplemente la práctica de una inscripción de un apellido de un niño que ha nacido en Dinamarca. El fraude de Ley internacional se produce si se concurren los elementos siguientes:¹⁶ 1º) un cambio voluntario y artificioso de la circunstancia empleada como punto de conexión por la norma de conflicto de leyes (= elemento material). 2º) la intención de las partes de alcanzar un resultado no admitido por el ordenamiento jurídico (= elemento intencional). En el caso *Grunkin-Paul* no concurren los elementos del fraude de ley internacional. No acontece una situación aparentemente jurídica bajo la cobertura de una ley que no sería aplicable si se conociera la auténtica situación jurídica controvertida. Ni se produce una “ficticia internacionalización” de una situación jurídica privada internacional. En definitiva, el asunto *Grunkin-Paul* no crea una conexión ficticia con un Estado miembro.

25. En segundo lugar, no se verifica *Forum Shopping* en el asunto *Grunkin-Paul*. Los padres de Leonhard Matthias solicitan la inscripción del apellido del niño en Dinamarca porque es el país en el que el niño ha nacido y reside desde entonces. El caso *Grunkin-Paul* se halla razonablemente conectado con Dinamarca. Con el certificado registral danés en mano, instan la inscripción del apellido en Alemania porque el niño es nacional alemán y reside en Alemania periódicamente. El caso *Grunkin-Paul* también se encuentra razonablemente conectado con Alemania.

En cualquier caso, los padres del niño Leonhard Matthias Grunkin-Paul ni persiguen la aplicación de una Ley que les resulte más favorable a su pretensión. Dichos padres no se desplazaron a Dinamarca con el único objeto e intención de litigar u obtener una decisión en dicho país.

X. Novena pregunta: ¿Por qué es *Grunkin-Paul* un auténtico *leading case*?

26. Leonhard Matthias Grunkin-Paul no es sólo un nombre y un apellido. Es mucho más. El TJCE ha puesto de relieve dos hechos incuestionables:

¹⁵ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Persona física”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, pp. 13-21.

¹⁶ A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 10ª ed., Granada, Comares, 2010, pp. 280-288.

a) Primer hecho: Si la Ley de un Estado miembro otorga un nombre y apellidos a un ciudadano comunitario, dicha persona tiene derecho a utilizarlo en los demás Estados miembros, con independencia de los puntos de conexión de las normas de conflicto del “Estado miembro de destino”. La libre circulación y residencia del ciudadano comunitario, como derecho fundamental, prevalece frente a una posible aplicación de la norma de conflicto (= incorrecta, en todo caso, pues éste no es un supuesto de “Ley aplicable al nombre”) del Estado de destino.

b) Segundo hecho: La solución de *Grunkin-Paul*, no sólo alcanza la materia de “nombre y apellidos”. La solución debe extenderse a toda situación jurídica legalmente creada en un Estado miembro. En este sentido, toda situación que implique un “cruce de frontera” y un perjuicio al ejercicio efectivo de las libertades comunitarias garantizadas en el Tratado, debe considerarse válida y existente en los demás Estados miembros.

El TJCE se pronunció siguiendo esta línea en otras decisiones judiciales: *Centros* (STJCE 9 marzo 1999), *Überseering* (STJCE 5 noviembre 2002), *Inspire Art* (STJCE 30 septiembre 2003), *Konstantinidis* (STJCE 30 marzo 1993), *García Avello* (STJCE 2 octubre 2003). En el caso de que no se eliminen todos los obstáculos (= en materia de derecho al nombre y apellido, de sociedades, de adopción, de tutela, etc.) los sujetos no circularán libremente en el territorio de la UE.

En esta misma línea se pronuncian D. CARREAU / P. LAGARDE / H. SYNDET “*L’arrêt Grunkin et Paul ou en tout cas les considérations qui l’inspirent est appelé à s’étendre à d’autres domaines que le nom*”¹⁷, así como J. CARRASCOSA GONZÁLEZ¹⁸.

27. En definitiva, lo que viene a proporcionar esta sentencia es una combinación de seguridad jurídica (= otorga estabilidad a las situaciones legalmente creadas y existentes en un Estado miembro), previsibilidad de la Ley aplicable (= “*diritto alla certezza del Diritto*”) y salvaguarda de la libre circulación de personas en la UE, todo ello mediante una inteligente utilización del principio del mutuo reconocimiento de las decisiones públicas pronunciadas en los Estados miembros.

¹⁷ D. CARREAU / P. LAGARDE / H. SYNDET, “La reconnaissance des noms patronymiques”, *Répertoire de Droit International*, janvier 2009, p. 13-15.

¹⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Filiación”, en A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho internacional privado*, vol. II, 10ª ed., Granada, Comares, 2009, esp. pp. 209-211.