

# ANUARIO ESPAÑOL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

TOMO XVI



*Iprolex*  
2016

**Edición:****Iprolex, S.L.**

Mártires Oblatos, 19, bis  
28224 Pozuelo, Madrid (España)  
Teléfono: (34) 91 709 00 65  
Fax: (34) 91 709 00 66  
e-mail [iprolex@iprolex.com](mailto:iprolex@iprolex.com)  
<http://www.iprolex.com>

**Redacción:**

Profesor Dr. Ángel Espiniella Menéndez  
Departamento de Derecho privado y de la Empresa  
Facultad de Derecho, Universidad de Oviedo  
Valentín Andrés Álvarez s/n  
33001 Oviedo (España)  
Teléfono: (985) 104873  
[espiniella@uniovi.es](mailto:espiniella@uniovi.es)

**Impresión:****Torreblanca Impresores**

Paseo Imperial, 57  
28005 Madrid (España)  
Teléfono: (34) 91 365 20 07

**Distribución:****Marcial Pons**

Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A.  
San Sotero, 6,  
28037, Madrid (España)  
[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

**Web:**

<http://www.aedipr.com>

ISBN: 84-931681-1-4 Obra completa  
ISSN: 1578-3138  
Depósito Legal: M-30684-2000  
Impreso en España

## SUMARIO

	<b>Pág.</b>
Alegría BORRÁS	
30 AÑOS DE ESPAÑA EN LA UNIÓN EUROPEA: SU SIGNIFICADO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO .....	35-41
Sixto SÁNCHEZ LORENZO	
ESPAÑA Y EUROPA, TREINTA AÑOS PARA UNA NUEVA MENTALIDAD JURÍDICA .....	43-49
 <b><i>ESTUDIOS</i></b>	
Jürgen BASEDOW	
COHERENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA .....	53-77
Christian HEINZE	
LOS ACUERDOS ATRIBUTIVOS DE JURISDICCIÓN Y LA EJECUCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA DE LA UE. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL ALCANCE DE LOS ACUERDOS DE JURISDICCIÓN TRAS LA SENTENCIA DEL TJUE CDC .....	79-101
Roberto BARATTA	
DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA .....	103-126
Pietro FRANZINA	
LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE ADULTOS VULNERABLES: UN LLAMAMIENTO A LA ACCIÓN A NIVEL DE LA UNIÓN EUROPEA .....	127-145
Pedro Alberto DE MIGUEL ASENSIO	
LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO .....	147-197

José María ESPINAR VICENTE y José Ignacio PAREDES PÉREZ ANÁLISIS Y VALORACIÓN CRÍTICA DE LA REGULACIÓN DE LA SUMISIÓN A LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA ANTES Y DESPUÉS DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL (LO 7/2015) .....	199–247
---	---------

Manuel PENADÉS FONTS EL EFFET UTILE DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA Y LA PROHIBI- CIÓN DE RÉVISION AU FOND EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL .....	249–278
--	---------

## ***VARIA***

Laura GARCÍA GUTIÉRREZ LA TUTELA CAUTELAR EN LAS RECIENTES REFORMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL .....	281–299
---	---------

Gloria ESTEBAN DE LA ROSA LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS EN EL EXTRANJERO EN LA NUEVA LEY 29/2015 DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL .....	301–321
--	---------

Carmen PARRA RODRÍGUEZ EL MAPA DE LA COMUNICACIÓN ENTRE TRIBUNALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL ESPAÑOL TRAS LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDI- CA INTERNACIONAL .....	323–346
---	---------

Cecilia ROSENDE VILLAR LITISPENDENCIA Y CONEXIDAD INTERNACIONALES Y SUS ÚLTIMAS RE- FORMAS LEGISLATIVAS EUROPEA Y ESPAÑOLA .....	347–374
--	---------

Aurelio LOPEZ–TARRUELLA MARTINEZ LA LEY APLICABLE A LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y LA COMPETEN- CIA JUDICIAL EN MATERIA DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL ME- NOR TRAS LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LEY 26/2015	375–393
--	---------

Carmen VAQUERO LÓPEZ NUEVAS NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESTATAL EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE ADULTOS Y DE MENORES .....	395–414
--	---------

Antonia DURÁN AYAGO ASPECTOS INTERNACIONALES DE LA REFORMA DEL SISTEMA DE PRO- TECCIÓN DE MENORES. ESPECIAL REFERENCIA A LA ADOPCIÓN IN- TERNACIONAL .....	415–462
---	---------

Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ	
LEY APLICABLE A LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA: LA CLÁUSULA DE ESCAPE DEL ART. 4.3º DEL REGLAMENTO ROMA II A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA INGLESA .....	463-503
José Miguel SÁNCHEZ BARTOLOMÉ	
LA APLICACIÓN DE LA DOCTRINA DE <i>FORUM NON CONVENIENS</i> EN EE UU ANTE DEMANDAS POR ACCIDENTES AÉREOS .....	505-534
Briseida Sofía JIMÉNEZ GÓMEZ	
LA NUEVA LEY DE PATENTES Y SUS IMPLICACIONES EN MATERIA DE GARANTÍAS INTERNACIONALES .....	535-563
Magdalena PFEIFFER	
LA SOLUCIÓN SALOMÓNICA EN LAS NORMAS DE CONFLICTO DE LEYES APLICABLES PARA LA CUESTIÓN PREVIA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO CHECO .....	565-588

## ***FOROS INTERNACIONALES***

### ***Unión Europea***

Manuel MEDINA ORTEGA	
LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO .....	591-609
Unai BELINTXON MARTIN	
DUMPING SOCIAL, DESARMONIZACIÓN SOCIO-LABORAL Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: LA DES-UNIÓN EUROPEA .....	611-642
Caterina FRATEA	
LOS PRIMEROS PRONUNCIAMIENTOS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y SUS REFLEJOS SOBRE LA COMPETENCIA JUDICIAL EN LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS EN EUROPA .....	643-669
Josep Maria JULIÀ INSENSER	
LA DEFINICIÓN INCORRECTA DE LA COMPETENCIA PARA LA EJECUCIÓN EN ESPAÑA DEL REQUERIMIENTO EUROPEO DE PAGO .....	671-678
Raúl LAFUENTE SÁNCHEZ	
LAS ACTIVIDADES DE LA COMISIÓN EUROPEA EN MATERIA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL PERIODO MAYO 2015- MAYO 2016 ...	679-698

***Conferencia de La Haya de Derecho  
Internacional privado***

Francisco–Javier FORCADA–MIRANDA COMPLEJIDAD, CARENCIAS Y NECESIDADES DE LA SUSTRACCIÓN INTER- NACIONAL DE MENORES EN EL SIGLO XXI Y UN NUEVO MARCO LE- GAL EN ESPAÑA .....	699–743
--	---------

***Unidroit***

Nuria BOUZA VIDAL UNIDROIT: DESARROLLOS RECIENTES Y NUEVO PROGRAMA DE TRABAJO PARA EL TRIENIO 2017–2019 .....	745–756
---	---------

***AMÉRICA LATINA***

Inez LOPES EL RECONOCIMIENTO TRANSNACIONAL DEL MATRIMONIO ENTRE PER- SONAS DEL MISMO SEXO O DE LA PAREJA HOMOSEXUAL Y LOS RE- CIENTES DESARROLLOS EN BRASIL Y EN EL MERCOSUR .....	759–792
Rosa MIQUEL SALA LOS CONTRATOS DE SEGURO EN EL PROYECTO DE LEY MODELO OHA- DAC DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO: ¿UN MODELO A SE- GUIR PARA EL REGLAMENTO ROMA I? .....	793–820
Juan Carlos GUERRERO VALLE LA LEY MODELO OHADAC DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y EL PROYECTO DE LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE MÉ- XICO, COINCIDENCIAS, DESENCUENTROS Y CONCLUSIONES .....	821–834
Ana Elizabeth VILLALTA VIZCARRA LA CONVENIENCIA DE UNA LEY MODELO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA CENTROAMERICA .....	835–856
Daniel Miguel ROJAS TAMAYO LAS DEFICIENCIAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO COLOM- BIANO: PRINCIPIOS INAPROPIADOS Y SUS CONSECUENCIAS EN LA EFICACIA DE SENTENCIAS EXTRANJERAS .....	857–885
María Virginia AGUILAR LA LEY MODELO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, SU CONCOR-	

DANCIA Y ADICIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE FAMILIA. EL CASO DE MÉXICO .....	887-898
---	---------

## **TEXTOS LEGALES**

Advertencia .....	899
-------------------	-----

### **UNIÓN EUROPEA**

#### **REGLAMENTOS**

Reglamento (UE) nº 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 mayo 2015 sobre procedimientos de insolvencia (texto refundido) .....	901
Reglamento (UE) nº 2015/2421 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre 2015, por el que se modifican el Reglamento (CE) no 861/2007 por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, y el Reglamento (CE) nº 1896/2006 por el que se establece un proceso monitorio europeo .....	901
Observaciones de Ángel ESPINIELLA MENÉNDEZ .....	901
Reglamento (UE) nº 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 marzo 2016, por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen) .....	903

#### **DIRECTIVAS**

Directiva (UE) 2015/121 del Consejo, de 27 enero 2015, por la que se modifica la Directiva 2011/96/UE relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes .....	904
Directiva (UE) 2015/637 del Consejo, de 20 abril 2015, sobre las medidas de coordinación y cooperación para facilitar la protección consular de ciudadanos de la Unión no representados en terceros países y por la que se deroga la Decisión 95/553/CE .....	904
Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 noviembre 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo .....	904
Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 diciembre 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas .....	904

#### **ACUERDOS**

Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Perú sobre exención de visados para estancias de corta duración, de 14 marzo 2016. DO L 78 de 24.3.2016 .....	904
--	-----

### **LEGISLACIÓN ESPAÑOLA**

#### **DISPOSICIONES GENERALES**

Real Decreto 83/2015, de 13 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva .....	905
Real Decreto 84/2015, de 13 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito .....	905

Recepción: 2.6.2016  
Aceptación: 17.6.2016

## DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA

Roberto BARATTA \*

SUMARIO: I. Introducción. II. Impacto de los derechos fundamentales sobre disposiciones nacionales de reconocimiento de resoluciones extranjeras y actos públicos. 1. Garantía de la identidad de los individuos. 2. Aseguramiento del interés superior del niño. III. Una perspectiva basada en los derechos humanos: 1. Implicaciones resultantes de respetar los derechos a la vida privada y familiar en cuestiones de DIPr. 2. El concepto de obligación positiva implica una construcción de los sistemas de DIPr orientada al resultado. 3. El principio de continuidad y el interés superior del niño. IV. Conclusión.

RESUMEN: Este artículo se centra en la relación entre el Derecho internacional privado de familia y el respeto por los derechos individuales a la vida privada y familiar. Al analizar la jurisprudencia nacional e internacional relevante al respecto se aprecia, como punto de partida, cómo el reconocimiento de resoluciones extranjeras puede afectar negativamente a esos derechos fundamentales. El artículo pretende, en esencia, conceptualizar los fundamentos legales subyacentes en el reconocimiento de sentencias judiciales y actos públicos extranjeros, desde una perspectiva basada en los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE: DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA – DERECHOS HUMANOS – DERECHO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR – INTERÉS DEL MENOR.

**ABSTRACT: *Fundamental Rights and Family Private International Law.***

*This paper focuses on the relationship between family private international law and respect for individual rights to private and family life. While considering the relevant international and national case-law practice, it illustrates as a starting point how the recognition of foreign judgments discipline can adversely affect these fundamental rights. The paper in essence intends to conceptualize the legal foundations underlying a human rights based perspective of recognising foreign judgments and public acts.*

**KEYWORDS:** FAMILY PRIVATE INTERNATIONAL LAW – HUMAN RIGHTS – RIGHTS TO PRIVATE AND FAMILY LIFE – BEST INTERESTS OF THE CHILD.

\* Escuela Nacional de Administración, Roma. Traducción de la Dra. Arantxa Gandía Sellens, senior research fellow, Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law.



## I. Introducción

Cuando los conflictos de leyes en materia de familia colisionan con la protección de los derechos fundamentales tal y como los garantizan los convenios internacionales<sup>1</sup>, el respeto por los derechos individuales tanto a la vida privada como a la vida familiar es el foco de análisis. Estos derechos están actualmente consagrados, en lo que a instrumentos europeos se refiere, en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDF)<sup>2</sup>, así como en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)<sup>3</sup>.

Aunque los instrumentos internacionales prohíben que los Estados y las autoridades públicas interfieran en los derechos a la vida privada y familiar, esos derechos humanos están sujetos a ciertas limitaciones y condiciones. En particular, el art. 8.2º CEDH permite restricciones nacionales a la protección de tales derechos siempre que concurren tres condiciones cumulativas, las cuales son examinadas en orden sucesivo. Primero, la intervención pública debe realizarse de conformidad con las leyes (o por imperativo legal). Segundo, las medidas nacionales no pueden sino perseguir objetivos predeterminados y legítimos, los cuales abarcan, resumidamente y en cuanto a lo que afecta al Derecho de familia, la protección de la salud y morales de la comunidad, los derechos fundamentales de otras personas y, cuando sea relevante, los derechos y libertades de los niños, incluyendo su interés superior. Tercero, las autoridades públicas tienen que demostrar que esa interferencia es necesaria en una sociedad democrática. En suma, los Estados podrían apartarse de sus obligaciones de respeto a la vida privada y familiar en tanto en cuanto sus autoridades prueben que una limitación es necesaria y proporcionada para perseguir los objetivos específicos y legítimos establecidos por el CEDH.

Nótese también que, teniendo en cuenta la jurisprudencia más relevante, la interferencia de los derechos fundamentales con el DIPr de familia afecta principalmente a sus disposiciones relativas al aseguramiento del reconocimiento de resoluciones judiciales y actos públicos extranjeros. De hecho, los particulares

---

<sup>1</sup> La familia como un grupo de la sociedad está protegida en virtud de distintos instrumentos internacionales: *vid.* art. 16.1º DUDH y art. 23.1º PIDCP.

<sup>2</sup> “ Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”.

<sup>3</sup> “ Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. Como es sabido, aunque los derechos humanos estén incluidos en tratados multilaterales que son obligatorios para los Estados parte, también han adquirido un carácter consuetudinario en el Derecho internacional.

pueden constituir válidamente un status familiar o personal en el extranjero (Estado de origen) para después solicitar su reconocimiento y ejecución en el Estado del que son nacionales o habitualmente residentes (Estado requerido). Haciendo esto normalmente se persigue burlar las prohibiciones o restricciones impuestas por la *lex fori*, que hubieran impedido la adquisición del mismo estado civil o personal a través de la aplicación del Derecho interno, incluyendo sus normas de conflicto<sup>4</sup>. Esto ocurre en particular cuando el Derecho del Estado requerido no prevé el examen del fondo de una solicitud ante un tribunal extranjero, sino que se limita a verificar que la resolución extranjera respeta algunos requisitos procesales internacionales, como por ejemplo la competencia judicial internacional del órgano judicial extranjero (normalmente de conformidad con las normas nacionales de Derecho interno) y respeta el orden público del foro.

Al analizar la práctica relevante, el presente estudio busca conceptualizar el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras (y actos públicos) como un conjunto de normas que pueden forjarse para cumplir con los derechos humanos. Se trata de una aproximación construida para reforzar los derechos fundamentales de las personas implicadas. Así pues, el artículo se centra como punto de partida en cómo la disciplina del reconocimiento de resoluciones extranjeras puede afectar negativamente los derechos a la vida privada y familiar (sección 2). Posteriormente, se abordan los fundamentos conceptuales subyacentes en dicha disciplina desde una perspectiva basada en los derechos humanos (sección 3). Finalmente, se exponen unas breves conclusiones (sección 4).

## II. El impacto de los derechos fundamentales sobre las disposiciones nacionales sobre reconocimiento de resoluciones extranjeras y actos públicos

La hipótesis de partida básica es reconocer que, como en cualquier otra área afectada por el Derecho interno, el Derecho internacional privado puede afectar

---

<sup>4</sup> En esa línea el caso *Wagner* es ilustrativo (TEDH: asunto *Wagner y J.M.W.L. v. Luxembourg* (nº 76240/01) sentencia de 28 junio 2007; el asunto se transcribe parcialmente en *Rev. crit. dr. int. pr.*, comentado por P. Kinsh, nº 4, 2007, p. 807 ss; *vid.* también (con interesantes aportaciones) P. Pirrone, “Limiti e controlimiti alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner”, *Diritti umani e diritto internazionale*, nº 1, 2009, p. 251 ss. Los casos del TEDH citados en este artículo se pueden consultar en *hudoc.echr.coe.int*. La Sra. Wagner no pudo adoptar a un niño en Luxemburgo, Estado del que era nacional, ya que, al no estar casada, no reunía los requisitos para adoptar exigidos en el Código civil aplicable según el sistema de DIPr luxemburgués. Así pues, optó por adoptar a un niño en Perú porque este país permitía adoptar a mujeres solteras. De ahí que intentara obtener indirectamente en el extranjero lo que era imposible de lograr directamente en Luxemburgo (*vid.*, en particular, la sentencia del Tribunal de Distrito de Luxemburgo de 2 junio 1999, mencionada en el asunto *Wagner*, en la p. 8).

negativamente el derecho a la vida privada, a la vida familiar e incluso, en particular cuando se trata del *status filii* o de una adopción, al interés superior del menor, ya que todos ellos están garantizados por estándares internacionales de derechos humanos.

Bajo cualquier sistema de conflicto de leyes, los efectos de una resolución judicial extranjera pueden bloquearse si su reconocimiento es contrario a algunos requisitos. Sin embargo, desestimar la ejecución de una sentencia extranjera puede representar una interferencia en los derechos a la vida privada y familiar dado que es una conducta que directamente daña el disfrute de esos derechos en concreto<sup>5</sup>. Repárese que, como el asunto *Pellegrini* demuestra, ejecutar una resolución extranjera puede entrañar una violación de las garantías de un proceso justo si el procedimiento ante el tribunal foráneo que dictó la sentencia no observó el art. 6 CEDH<sup>6</sup>.

Normalmente, el reconocimiento o la ejecución están subordinados a la doble condición de que un tribunal extranjero debe haber ejercido competencia judicial según los mismos criterios adoptados por el sistema nacional de DIPr, y que la autoridad extranjera dictando la sentencia debe haber cumplido con las normas

---

<sup>5</sup> *Vid. ex multis Hussin v. Belgium* (nº 70807/01) sentencia de 6 mayo 2004, párr. 5; *Negrepontis-Giannisis v. Grèce* (nº 56759/08), sentencia de 3 mayo 2011, párrs. 58–60.

<sup>6</sup> *Pellegrini v. Italy* (nº 30882/96), sentencia de 20 octubre 2001. En este caso, el matrimonio del demandante fue anulado por una decisión de los tribunales del Vaticano, la cual fue declarada ejecutable en Italia. La tarea del TEDH consistió en examinar si los jueces italianos, antes de autorizar la ejecución de la sentencia anulatoria del matrimonio, comprobaron si el proceso se llevó a cabo en cumplimiento de las garantías del art. 6 CEDH. Según el TEDH, dicha revisión se precisa cuando una resolución extranjera la dicta un juez de un Estado que no es parte del Convenio. Si lo que se trata es de examinar si un Estado parte infringe el art. 6 CEDH al ejecutar una sentencia de un tercer Estado, cuando procedimientos conexos han violado el derecho a un juicio justo, hay que acudir al art. 1 CEDH. Este precepto indica que los Estados contratantes están obligados a asegurar a las personas bajo su jurisdicción los derechos y libertades establecidos en la Sección I del CEDH. Parece un truismo decir que en *Pellegrini* los procedimientos extranjeros que violan el art. 6 CEDH no pueden ser atribuidos a los órganos judiciales italianos. En realidad, los juzgados italianos, al reconocer sentencias extranjeras, ejercen sus propias funciones judiciales, actuando como órganos autónomos. Sin embargo, la responsabilidad de Italia estaba en jaque cuando la actuación de sus autoridades tuvo como consecuencia directa exponer a un justiciable a una situación en la que se vulneraba el art. 6 CEDH, si bien ello ocurrió en un Estado no parte. Se trata de una clara interferencia de *Soering v. The United Kingdom* (nº 14038/88) sentencia de 7 julio 1989, párr. 91. De forma similar, el TEDH adoptó el “criterio de la co-operación” en *Drozd and Janousek*, según el cual los Estados contratantes están obligados a rechazar su cooperación si la convicción es el resultado de una flagrante denegación de justicia (*Drozd and Janousek v. France and Spain*, nº. 12747/87, sentencia de 26 junio 1992, párr. 110). En resumen, los tribunales italianos no tenían que contribuir a tal infracción al ejecutar una sentencia canónica cuyos procedimientos violaron el derecho a un juicio justo contenido en el art. 6.1º CEDH. *Pellegrini* claramente entraña esta conclusión (*vid.* para más comentarios, R. Baratta, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milán, Giuffrè, 2004, pp. 204 ss).

de conflicto del foro. Sobre todo, las normas de reconocimiento y ejecución establecen que las autoridades nacionales retienen un poder absoluto de confiar en la doctrina del *ordre public*: un daño manifiesto y serio a los principios nacionales fundamentales de justicia o morales que caracterizan el orden jurídico nacional se considera que bloquea el reconocimiento o la ejecución de decisiones extranjeras (y otros actos públicos).

Por ejemplo, tal actitud claramente existe en las prácticas de gestación subrogada. Algunos países europeos se oponen a que las parejas viajen al extranjero con el propósito de perfeccionar un acuerdo de gestación subrogada y vuelvan a casa con un niño, considerando la maternidad subrogada como incompatible con el orden público nacional<sup>7</sup>. De hecho, la necesidad de respetar las normas de conflicto del foro evita el reconocimiento y ejecución de estados civiles relacionados establecidos en el Estado de origen. Esta forma de proceder está considerada como una elusión de las normas nacionales sobre adopciones internacionales. Puede incluso ser inconsistente con un número de requerimientos legales, incluso aunque la solicitud sea considerada como una de reconocimiento de una adopción extranjera<sup>8</sup>.

Estas disposiciones de DIPr se incluyen de pleno en el escrutinio de los órganos internacionales que velan por los derechos humanos. Los Estados no son libres de confiar en ellos cuando administran procedimientos ni para conceder efectos a estados civiles correctamente adquiridos en el extranjero. En ese sentido, un estudio de la jurisprudencia internacional muestra que es relativamente fácil demostrar la legalidad de una restricción dada (por imperativo legal) y su persecución de fines legítimos<sup>9</sup>. Es más, el respeto al derecho a la vida privada y familiar como una garantía internacional protege los reclamos individuales de la existencia de lazos familiares legalmente adquiridos en el extranjero salvo que

---

<sup>7</sup> Las actitudes nacionales hacia la gestación subrogada son diferentes. Se prohíben a veces incluso con sanciones penales (Francia, Suiza e Italia). En otros países estas prácticas son legales bajo estrictas condiciones legales, incluso imponiendo propósitos altruistas (Países Bajos y Reino Unido). A veces son toleradas (Polonia y Bélgica). En algunas jurisdicciones los acuerdos de maternidad subrogada se permiten con fines comerciales (Georgia, Ucrania y Rusia): *vid.* Conferencia de La Haya para el Derecho internacional privado, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy*, n° 10, marzo de 2012, pp. 9 ss; K. Trimmings y P. Beaumont (coords.), *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publ., 2012, *passim*.

<sup>8</sup> M. Vonk y K. Boele-Woelki, "Surrogacy and Same-sex Couples in The Netherlands", en K. Boele-Woelki y A. Fuchs (coords.), *Legal Recognition of Same-Sex Relationships in Europe. National, Cross-Border and European Perspectives*, 2ª ed., Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, pp. 123 ss.

<sup>9</sup> Esto puede ser explicado por el hecho de que los sistemas nacionales de DIPr están a menudo contenidos en leyes o tienen una larga tradición jurisprudencial que refleja un orden jurídico comprometido con principios democráticos y estándares propios de Estados de derecho.

una restricción sea necesaria en una sociedad democrática y proporcionada para perseguir un interés legítimo.

Para el poder ejecutivo este tercer estándar es difícil de probar. De hecho, los jueces internacionales, y concretamente el TEDH, lo analizan rigurosamente, interpretándolo estrictamente y admitiéndolo solo si se establece de forma convincente<sup>10</sup>. La noción de necesidad implica que la interferencia, *v.gr.*, la falta de reconocimiento de un estado civil adquirido en el extranjero, tiene que basarse en una necesidad nacional social cualificada, la cual debe ser vital y proporcionada para el objetivo legítimo perseguido por la autoridad pública<sup>11</sup>. Al respecto, el TEDH ha construido la doctrina del “margen de apreciación”: reflejando la naturaleza subsidiaria de la protección internacional de los derechos humanos, esa protección se concibe normalmente como un instrumento interpretativo que se atribuye a áreas de auto-determinación nacional<sup>12</sup>.

En definitiva, en el campo del DIPr de familia los Estados pueden recurrir a sus propios *requisitos* para preservar algunos objetivos públicos legítimos, como en particular, los derechos y libertades de las personas implicadas, salud y morales, orden público. Sin embargo, según la jurisprudencia consolidada del TEDH, la esfera de apreciación de las autoridades públicas para moldear sus propias limitaciones a los derechos fundamentales varía en relación con las circunstancias, la materia y el fondo del asunto. Además, la presencia o ausencia de un denominador común entre las leyes de los Estados Miembros es un factor relevante al respecto. En líneas generales, ese margen es relativamente amplio si no hay un denominador común (o consenso) entre los ordenamientos jurídicos nacionales. Esto es aún más cierto cuando el caso plantea aspectos éticos delicados.

Por tanto, los derechos fundamentales internacionales repercuten de tal manera en los sistemas jurídicos nacionales que hacen que el reconocimiento de resoluciones extranjeras (o actos públicos) se subordine a algunos requisitos. Resulta bastante ilustrativo el requisito de que la norma de conflicto del foro tenga que

---

<sup>10</sup> Y. Arai, “The System of restrictions”, en P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn y L. Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Amberes–Oxford, Intersentia, 2006, p. 335.

<sup>11</sup> *Vid.*, *v.gr.*, *Wagner et J.M.W.L v. Luxembourg*, *cit.*, párr. 124. Otro caso importante es *Negropontis–Giannisis v. Grèce*, *cit.*, párr. 61.

<sup>12</sup> Y. Arai–Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the ECHR*, Cambridge, Intersentia, 2002, *passim*; M. Lugato, “Sulla sussidiarietà in diritto internazionale”, *Archivio Giuridico*, n° 2, 2011, pp. 129 ss; *id.*, “The margin of appreciation and freedom of religion: between treaty interpretation and subsidiarity”, *Journal of Catholic Legal Studies*, 2013, vol. 52, pp. 49 ss; S. Bartole, P. De Sena y V. Zagrebelsky, *Commenario breve alla CEDU*, Pádua, Cedam, 2012, pp. 308 ss; A. Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, OUP, 2012, pp. 58 ss.

cumplir con los estándares internacionales. En *Wagner* el TEDH indicó que la decisión nacional de desestimar el reconocimiento de una orden peruana de adopción plena era insuficiente para demostrar que tal resultado era necesario en una sociedad democrática<sup>13</sup>. Al subrayar que en el margen de apreciación debía tenerse en cuenta el hecho de que la adopción por personas solteras estaba permitida sin restricción en la mayoría de Estados contratantes<sup>14</sup>, el TEDH señaló que la desestimación de la ejecución, basada en la aplicación de las normas de conflicto luxemburguesas era inconsistente con el derecho a la vida familiar de las personas implicadas. Desde la perspectiva del TEDH, esa aproximación típica del DIPr primero no tenía en cuenta la realidad social de la situación; en consecuencia, el derecho de los demandantes a la vida familiar se veía obstaculizado en su vida diaria, quedando el menor adoptado desprovisto de protección legal, suponiendo ello un gran impedimento para su integración en la familia adoptiva<sup>15</sup>. Segundo, ese enfoque de DIPr menospreciaba el interés superior del menor e injustificadamente permitía que las normas de conflicto prevalecieran sobre la realidad social y la situación de las personas involucradas<sup>16</sup>.

Otro ejemplo quizás más claro es la influencia de los derechos fundamentales sobre la clásica excepción de orden público<sup>17</sup>. La jurisprudencia internacional muestra que garantizar el respeto por los derechos individuales implica que tal excepción esté limitada por al menos dos factores que moldeen la noción de orden público de manera verdaderamente internacional<sup>18</sup>.

---

<sup>13</sup> En dicho caso, las autoridades luxemburguesas rechazaron una demanda de ejecución de una decisión peruana de adopción plena porque fue dictada vulnerando el orden público de la *lex fori*, la cual era la ley aplicable según la norma de conflicto de leyes establecida en el Código civil interpretado por los tribunales luxemburgueses. Aunque el tribunal peruano era internacionalmente competente según las normas del Código civil luxemburgués, la demanda fue desestimada porque la madre adoptiva, siendo soltera, no podía adoptar en Luxemburgo (*vid. Wagner*, cit. p. 3 ss.).

<sup>14</sup> *Ibid.*, párr. 129.

<sup>15</sup> *Ibid.*, párr. 132.

<sup>16</sup> *Ibid.*, párr. 133. D. Bureau y H. Muir Watt, *Droit international privé*, t. II, París, PUF, 2007, p. 171, admiten que el respeto por las normas de conflicto nacionales no puede impedir el reconocimiento del estado civil de un niño.

<sup>17</sup> Por lo que se refiere al impacto de los derechos humanos en la excepción de orden público en general, *vid.* P. Mayer, “La Convention européenne des droits de l’homme et l’application des normes étrangères”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1991, pp. 651 ss; P. Hammje, “Droits fondamentaux et ordre public”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997, pp. 1 ss; P.A. De Miguel Asensio, “Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho privado*, 1998, pp. 541–558; Y. Lequette, “Le droit international privé et les droits fondamentaux”, *Liberté et droits fondamentaux*, 13<sup>a</sup> ed., París, Dalloz, 2007, pp. 99 ss; L. Gannagé, “Le droit international privé à l’épreuve de la hiérarchie des normes (l’exemple du droit de la famille)”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, pp. 1 ss; L.R. Kiestra, *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, La Haya, Springer, 2014, pp. 219 ss.

<sup>18</sup> S.M. Carbone, “I diritti della persona tra CEDU, diritto dell’Unione europea e ordinamenti nazionali”, *Dir. Un. Eur.*, n.º. 1, 2013, pp. 15 ss; M. Forteau, “L’ordre public “transnational” ou “réellement



### 1. Garantía de la identidad de los individuos

Si el no reconocimiento de un estado civil legalmente adquirido en el extranjero afecta a una importante faceta de la identidad individual, los derechos fundamentales tal y como se protegen internacionalmente se considera que prevalecen sobre las políticas normativas nacionales. Como resultado, los Estados no pueden oponer su propio *ordre public* como un obstáculo al reconocimiento. El respeto al derecho a la vida privada requiere que los individuos puedan definir su identidad como seres humanos individuales, lo cual incluye la relación de filiación<sup>19</sup>, así como el nombre y apellidos<sup>20</sup>. De manera similar, el respeto por el derecho a la vida familiar entraña que las autoridades nacionales no pueden razonablemente rechazar el vínculo adoptivo legalmente establecido en el extranjero y que pertenece a la vida familiar conforme al art. 8 CEDH, o no reconocer ese lazo familiar que existe *de facto* alegando el examen concreto de la situación.

En *Negrepontis–Giannisis*, al remarcar la realidad de la relación entre el demandante y su padre adoptivo, el Tribunal de Estrasburgo estableció que los motivos para invocar la excepción de *ordre public*, utilizada por el Tribunal de casación griego para rechazar el reconocimiento de una adopción americana, no respondían a una necesidad social imperiosa. Añadió que esos motivos no son proporcionados al objetivo legítimo perseguido en tanto en cuanto que los mismos tienen por efecto la negación de la filiación adoptiva del demandante<sup>21</sup>.

---

internacional”: l’ordre public face à l’enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public”, *Journ. dr. int.*, 2011, pp. 3 ss y también, G. Barile, *Lezioni di diritto internazionale privato*, 2ª ed., Pádua, 1980, pp. 141 ss.

<sup>19</sup> *Mennesson v. France* (nº 65192/11) sentencia de 26 septiembre 2014, párr. 80; *Labassee v. France* (nº 65941/11) sentencia de 26 junio 2014, párrs. 38 y 59. Además, en *Mikulić* el TEDH reconoció el derecho del menor a la identidad. En dicho caso, un hombre evitó el proceso judicial iniciado por una madre y un hijo quienes alegaban su paternidad. Aunque el TEDH indicó que no había ningún lazo familiar entre el niño y el presunto padre, falló que la vida privada del menor incluye hasta un cierto grado el derecho a establecer relaciones con otros seres humanos. Así que los hechos estaban cubiertos por el ámbito del art. 8. A mayor abundamiento, las deficiencias procesales croatas supusieron una violación de ese precepto (*Mikulić v. Croatia* (nº 53176/99), sentencia de 7 febrero 2002, párr. 52).

<sup>20</sup> El nombre de una persona se considera normalmente como un elemento constitutivo de su identidad y vida privada, la protección de la cual se contiene en el art. 7 CDF y en el art. 8 CEDH. Ciertamente, estas disposiciones no se refieren a esa protección expresamente, ni al nombre de una persona como un medio de identificación personal y un vínculo a una familia. Sin embargo, el nombre de una persona concierne a su vida privada y familiar (vid. asuntos *Burghartz v. Switzerland* (nº 16213/90), sentencia de 22 febrero 1994, párr. 24, y *Stjerna v. Finland* (nº 18131/91), sentencia de 25 noviembre 1994, párr. 37).

<sup>21</sup> *Negrepontis–Giannisis v. Grèce*, cit., párrs. 72–76.

La jurisprudencia del TEDH sobre los derechos de un niño nacido por gestación subrogada es otro ejemplo relevante de ello<sup>22</sup>. Ciertamente, los Estados disponen, en principio, de una amplia discreción cuando no hay consenso en Europa sobre la legalidad de esta controvertida práctica<sup>23</sup>. Sin embargo el TEDH no se pronunció sobre ello, sino sobre los derechos del niño respecto a su padre biológico y a su *presunta* madre. En *Mennesson* el tribunal se centró también en los derechos de los niños, señalando que se debe prestar atención al hecho de que se puede afectar a un aspecto esencial de la identidad de los individuos cuando la relación legal de parentesco está en juego. El margen de apreciación permitido al Estado demandado en ese caso necesitaba ser reducido a juicio del TEDH<sup>24</sup>. Como consecuencia, el papel de la excepción de *ordre public* se reduce acordeamente. En *Mennesson* las autoridades francesas afirmaron que según la *lex fori* los acuerdos de gestación subrogada eran nulos sobre la base del orden público, ya que ello correspondía a la interpretación francesa de orden público internacional<sup>25</sup>. Pese a ello, como el TEDH señaló, el margen de apreciación del que disfrutaban las autoridades públicas a la hora de construir su propio *ordre public* específico, así como los principios de la *lex fori* sobre la maternidad subrogada tienen que ser restringidos.

De hecho, dicha excepción, que es específica del DIPr, es analizada cuidadosamente por el juez internacional. El TEDH ha indicado que los órganos judiciales nacionales deben encontrar un justo equilibrio entre los intereses públicos – *v.gr.*, los objetivos legítimos señalados *supra*– y el derecho individual al respeto por la vida privada y familiar. El punto de equilibrio es desplazado hacia la necesidad de garantizar la existencia del *status filii*, considerado como una parte crucial e inherente a la identidad personal. Desde esta perspectiva, la protección de los objetivos nacionales legítimos se rebaja<sup>26</sup>. En *Mennesson y Labassee* el

---

<sup>22</sup> Los acuerdos de gestación subrogada han constituido un reto para los sistemas de DIPr, en particular para el reconocimiento del estado civil del niño nacido por gestación subrogada en el Estado de origen de los padres. De hecho en muchos países los acuerdos de maternidad subrogada están prohibidos, mientras que en un limitado número de Estados esta práctica está permitida. Como resultado, el número de acuerdos transnacionales concluidos en jurisdicciones donde se permiten la gestación subrogada han aumentado.

<sup>23</sup> *Vid. Mennesson v. France* cit., párrs. 78–79. H. Fulchiron y C. Bidaud–Garon, “Reconnaissance ou reconstruction? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli–Paradiso de la Cour européenne des droits de l’homme”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2015, pp. 1 ss; R. Baratta, “Diritti fondamentali e riconoscimento dello *status filii* in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore”, *Diritti umani e diritto internazionale*, n° 2, 2016 (en prensa).

<sup>24</sup> *Ibid.*, cit., párr. 80.

<sup>25</sup> *Ibid.*, cit., párr. 82.

<sup>26</sup> En el razonamiento del TEDH, para definir el margen de apreciación –como una noción instrumental de lo que es necesario en una sociedad democrática– el Estado disfruta de discrecionalidad de



TEDH estableció que el lazo genético entre el hijo que fue concebido a través de medios de inseminación artificial y el padre que dio su material biológico no puede ser olvidado. Por tanto, el Tribunal decidió que la verdadera paternidad de ese niño y su parentesco debían ser reconocidos en los registros públicos franceses.

En los casos sobre acuerdos internacionales de gestación subrogada, el TEDH no ha establecido el derecho de una pareja a devenir *presuntos* padres como un derecho principal, mientras la Gran Sala, fuera de la práctica de la gestación por sustitución, en algunos casos específicos, defendió el derecho de una pareja a concebir un hijo haciendo uso de la asistencia médica a la procreación<sup>27</sup>. En esos casos, el TEDH se ha centrado fundamentalmente en el derecho del niño a que su vida privada se respete: Francia infringió ese derecho por haber fallado que las resoluciones americanas relevantes al respecto eran inconsistentes con su *ordre public* nacional.

El énfasis yace en la necesidad primordial del niño de que se reconozca su *status filii* en relación con su padre biológico. La posesión de ese *status civilis*, construido como un derecho fundamental del niño parece ser el núcleo del razonamiento del TEDH<sup>28</sup>. Pese a ello el Tribunal rechazó las pretensiones fundadas en la presunta violación del derecho al respeto de la vida familiar. De hecho, en *Labassee* y *Menesson*, el TEDH indicó que Francia encontró un equilibrio adecuado entre los derechos individuales y los intereses del Estado, ya que el no reconocimiento del estado adquirido en EE UU no había impedido a la familia ejercer su derecho de vivir en Francia como un grupo protegido por la ley<sup>29</sup>.

---

conformidad con las circunstancias, la materia y el contexto. Además el Tribunal admite que uno de los más relevantes factores al respecto puede ser la existencia o inexistencia de una base común a las normas jurídicas de los Estados del Consejo de Europa. De ahí que, ante la falta de consenso, el asunto dé lugar a importantes problemas morales y éticos. Sin embargo, dicho margen debe restringirse cuando una faceta básica de la existencia del individuo o de su identidad está en juego (*Labassee*, cit. § 56; *Menesson*, cit., párr. 77). Denegar el reconocimiento de un lazo de filiación afecta a la identidad de la persona involucrada y precisamente la del menor afectado. Consecuentemente, el margen de apreciación se debe rebajar (*Labassee*, cit., párr. 58; *Menesson*, cit., párr. 80; *vid.* también, respectivamente, párrs. 60 y 81).

<sup>27</sup> En algunos casos, el TEDH ha señalado que los Estados han rechazado desproporcionadamente el acceso a técnicas de inseminación cuando su política quedaba fuera de los márgenes de apreciación aceptables, de modo que no se mantenía un justo equilibrio entre los intereses públicos y privados involucrados. En esas situaciones, la Gran Sala afirmó la infracción del art. 8, defendiendo de hecho el derecho de una pareja a que se respete su decisión de ser padres biológicos (*Dickson v. United Kingdom* (nº 44362/04) sentencia 4 diciembre 2007, párr. 66; *Evans v. United Kingdom* (nº 6339/05) sentencia de 10 abril 2007, párrs. 71–72).

<sup>28</sup> *Labassee*, cit., párrs. 38 y 75–79; R. Baratta, ‘Diritti fondamentali e riconoscimento dello *status filii...*’, *loc. cit.*

<sup>29</sup> *Labassee*, cit., párrs. 66 ss., en particular, párrs. 71–73. Ciertamente, en *Labassee* y *Menesson*, el TEDH rechazó la pretensión del demandante de reconocer en Francia la relación legal entre los presun-

Finalmente, el funcionamiento de los sistemas de DIPr está afectado sin ningún género de duda: el equilibrio justo entre los diferentes intereses está centrado en la necesidad de preservar la existencia individual o la identidad, lo cual es crucial en relación con los objetivos legítimos del Estado como un todo<sup>30</sup>. Es

tos padres y el hijo. Tal resultado habría asegurado probablemente la plena vida familiar en Francia: el hijo hubiese tenido, en esencia, el estado de un *filius familias* con respecto a una pareja. Sin embargo, esta parte de la sentencia a favor del gobierno francés empieza desde una premisa fáctica clara que ayuda a explicar el resultado jurídico: un nivel mínimo de protección a la vida familiar ha sido garantizado en Francia, dado que las autoridades nacionales, pese a la negación de aceptar los certificados estadounidenses en los registros públicos franceses, habían otorgado a esos certificados un conjunto de efectos legales significativos. Pese a la ausencia de reconocimiento en Francia de una relación de parentesco establecida en el extranjero, en su defensa el Estado arguyó, primero, que no había violado el derecho a la vida familiar, ya que los certificados de nacionalidad francesa de los hijos habían sido expedidos; segundo, que los menores no podían salir de Francia; tercero, que los presuntos padres mantenían la responsabilidad parental completa sobre la base de documentos extranjeros de estado civil; cuarto, que en caso de divorcio, el juez de familia determinaría su lugar de residencia y los derechos de visita de los padres tal y como se indican en el documento extranjero de estado civil; quinto, que los derechos sucesorios serían asegurados por el Derecho civil francés (*Mennesson*, cit., § 71 and 74). Finalmente, las autoridades francesas consideraron los certificados estadounidenses como aptos para producir algunos efectos legales, si bien su reconocimiento y ejecución se denegaron en cuanto al *status filii* entre el hijo y los presuntos padres. El TEDH hubiera fallado de otra manera si las autoridades francesas no hubieran acordado esas salvaguardias mínimas y si hubieran deconstruido el núcleo del derecho a la vida familiar, concretamente evitando que padres e hijos compartieran una dimensión familiar mínima. El Tribunal, de hecho, parece apreciar la sensibilidad mostrada por las autoridades francesas hacia las vicisitudes de la vida familiar, las cuales son, social y emocionalmente, bastante delicadas. La impresión es que los jueces franceses y las autoridades nacionales hicieron uso de técnicas interpretativas y prácticas para asegurar subrepticamente un núcleo intangible de protección, incluso aunque rechazaran la validez de la relación paterno-filial; subrepticamente porque llegaron al resultado, legalmente relevante en el Derecho francés, que parece difícil de reconciliar con los postulados generales del DIPr francés. Sea como fuere, el grupo familiar conformado por las personas implicadas (hijos y las parejas correspondientes) había sido efectivamente garantizado en Francia. En términos de respeto al derecho a la vida familiar, el TEDH lo consideró como suficiente.

<sup>30</sup> Como opuesto a ello, el Derecho de la UE justifica el recurso al concepto de orden público para denegar el reconocimiento por un Estado miembro de algunos elementos del nombre y apellidos de un nacional de un Estado, tal y como se determinan por otro Estado miembro –en el cual ese nacional reside– en el momento de su adopción como un adulto por un nacional de ese otro Estado miembro. En *Wittgenstein*, el TJUE estableció que a las autoridades nacionales se les permite un margen de discreción, dentro de los límites impuestos por los tratados, para construir su propia excepción de orden público siempre que la misma cumpla con los requisitos de necesidad y proporcionalidad. Dado que de conformidad con el art. 4.º TUE, la Unión Europea debe respetar la identidad nacional de sus Estados miembros, lo cual incluye la forma de gobierno del Estado como República, el TJUE señaló que no es desproporcionado por parte de un Estado miembro intentar proteger el principio de no discriminación prohibiendo la adquisición, posesión o uso, por sus nacionales, de títulos nobiliarios o elementos relativos a la nobleza que puedan crear la impresión de que el portador del nombre posee ese rango. Al rechazar el reconocimiento de títulos nobiliarios en un nombre, como el del demandante en el procedimiento principal, las autoridades austriacas responsables de los asuntos de estado civil no parecen haberse excedido en la consecución del objetivo constitucional fundamental perseguido (asunto C-208/09: *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, sentencia de 22 diciembre 2010, párr. 93).

discutible que el margen otorgado a los Estados miembros para forjar sus propios principios de orden público no puede conllevar una violación de los derechos a la vida familiar y a la vida privada. En síntesis, en opinión del TEDH, cuanto más uniforme es la protección de los derechos humanos clásicos, más limitado es el margen de apreciación y menor es el margen de actuación de las autoridades nacionales para aplicar sus propios principios nacionales para moldear los sistemas de DIPr.

## 2. Aseguramiento del interés superior del niño

El margen de apreciación del Estado para construir una excepción de *ordre public* nacional está también limitado por la necesidad de asegurar el *interés superior del niño*. El peso que dicha noción merece es crucial en cualquier ocasión en que la situación de un menor está en juego. Las opciones legislativas que impiden el reconocimiento de adopciones o filiaciones legalmente adquiridas en el extranjero no deben solo encontrar un justo equilibrio entre los intereses estatales y aquellos de los individuos que se vean afectados por dicha denegación. Al evaluar la situación de un niño, las autoridades nacionales deben garantizar que su *interés superior* prevalece<sup>31</sup>.

La referencia del TEDH a la noción de interés superior del menor, contenida en un gran número de instrumentos internacionales, y principalmente en la Convención de UN sobre los Derechos del Niño, no sorprende<sup>32</sup>. Algunos asuntos muestran un fiel reflejo de ello. En *Wagner* el TEDH valoró que un Tribunal de Luxemburgo reconociera una decisión peruana produciendo el mismo efecto que una adopción plena luxemburguesa. Pese a ello, el TEDH no apreció que otro órgano judicial luxemburgués, en el mismo asunto *Wagner*, hubiese denegado la misma situación legal, que –como subrayó el TEDH– se incluía en el concepto de vida familiar empleado por el art. 8. De hecho, indicó

<sup>31</sup> *E.B. v. France* [GC] (nº 43546/02), sentencia de 22 enero 2008, párrs. 76 y 95.

<sup>32</sup> De hecho, el Tribunal de Estrasburgo ha enfatizado en sus decisiones que nunca ha considerado las disposiciones del CEDH como el único cuerpo normativo de referencia. Más al contrario, se ha centrado sobre su obligación de considerar también todas las disposiciones disponibles y los principios de Derecho internacional aplicables a los Estados contratantes. Esta aproximación es inequívoca desde que el Tribunal señaló que el CEDH no debe ser interpretado aisladamente y debe ser aplicado de conformidad con los principios de Derecho internacional. En efecto, según su jurisprudencia, teniendo en cuenta el art. 31.3º Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, hay que considerar todas las normas relevantes de Derecho internacional aplicables a las relaciones entre las partes, incluyendo aquellas relativas a la protección internacional de los derechos humanos (*vid. Golder v. the United Kingdom* (nº 4451/70) sentencia de 21 febrero 1975, párr. 29; *Streletz, Kessler and Krenz v. Germany* [GC] (nº 34044/96, 35532/97 y 44801/98) sentencia de 22 marzo 2001, párr. 90 ss y *Al-Adsani v. United Kingdom* [GC] (nº 35763/97) sentencia de 21 noviembre 2001, párr. 55).

que no solo el interés superior del niño debía tenerse en cuenta, sino también la necesidad de dar al menor el estado civil más favorable. Esta conclusión, como el TEDH apuntó, no hubiese sido perjudicial para el orden público internacional de Luxemburgo<sup>33</sup>.

Además, en *Labassee* el TEDH admitió, primero, que el no-reconocimiento en Francia del *status filii* constituye una elección ética, la cual resulta en el recurso a la excepción de orden público internacional; y segundo, que es aceptable que Francia hubiese querido disuadir a sus nacionales de viajar al extranjero para beneficiarse de los métodos de reproducción asistida prohibidos en su propio territorio<sup>34</sup>. Sin embargo, las implicaciones de este enfoque también conciernen a los hijos directamente, cuyo derecho al respeto a la vida privada queda sustancialmente afectado. Así, una cuestión de envergadura se plantea en cuanto a la compatibilidad de esa situación con el interés superior del menor, el cual debe guiar cualquier decisión al respecto<sup>35</sup>.

Aunque con unas circunstancias fácticas diferentes, incluso el asunto *Paradiso y Campanelli* señala una reducción del ámbito de aplicación de la excepción de orden público<sup>36</sup>. En opinión del TEDH, el orden público no puede representar una *carta blanca* para justificar, frente a las obligaciones impuestas por el art. 8 del CEDH, cualquier medida que afecte a un niño sin haber considerado primero su concreto interés superior<sup>37</sup>. El TEDH declaró la violación del art. 8 porque las autoridades italianas decidieron trasladar al menor de su familia de acogida. En efecto, tal medida es, de conformidad con el Tribunal, una medida de último recurso que las autoridades estatales pueden adoptar solo para proteger al menor de un daño inmediato. A mayor abundamiento, el Tribunal subrayó la necesidad de asegurar que un menor no debe resultar perjudicado por el hecho de haber nacido por gestación subrogada, especialmente en términos de nacionalidad o identidad, que son de crucial importancia<sup>38</sup>.

---

<sup>33</sup> Vid. caso *Wagner*, cit., párr. 134.

<sup>34</sup> Caso *Labassee*, cit., párrs. 62–63.

<sup>35</sup> *Ibid.*

<sup>36</sup> *Paradiso and Campanelly v. Italy* (nº 25358/12) sentencia de 25 enero 2015 (el asunto está aún pendiente, ya que fue apelado a la Gran Sala el 1 junio 2015). El caso versa sobre una infracción del art. 8 CEDH porque las autoridades italianas primero rechazaron el reconocimiento de un certificado de nacimiento ruso estableciendo una relación paterno-filial aceptada en el registro civil, después suspendieron la responsabilidad parental y finalmente ordenaron el traslado del menor del hogar del demandante. En ese caso, una pareja italiana casada concluyó un acuerdo de maternidad subrogada con una sociedad rusa, pero ningún vínculo genético entre la pareja y el menor fue establecido.

<sup>37</sup> *Ibid.*, párr. 80.

<sup>38</sup> *Ibid.*, párr. 85.

### III. Una perspectiva basada en los derechos humanos

Como se ha señalado supra, el impacto de los estándares de Derecho internacional sobre los sistemas nacionales de conflicto de leyes es sustancial. Los derechos fundamentales, tal y como los interpretan y aplican las jurisdicciones internacionales, afecta y forja la función del DIPr de una manera específica. Se arguye que los derechos humanos imponen a los Estados una obligación inherente y positiva de resultado para reconocer y ejecutar una relación familiar legalmente creada en el extranjero. Este enfoque significa, primero, una derogación de los procedimientos de reconocimiento y ejecución establecidos en los sistemas nacionales de DIPr y segundo, una obligación positiva que debe ser cumplida por las autoridades públicas. El análisis se construye sobre tres fundamentos conceptuales clave.

#### *1. Implicaciones resultantes de respetar los derechos a la vida privada y familiar en cuestiones de DIPr*

Los derechos al efectivo respeto de la vida privada y la vida familiar crean una obligación negativa para los Estados de abstenerse de interferir indebidamente en tales derechos. El rechazo al funcionamiento actual de los sistemas de DIPr es el resultado lógico del análisis realizado supra, dada la denegación del estado civil adquirido en el extranjero; rechazo resultante de la aplicación del sistema nacional de DIPr, en tanto cuanto supone una interferencia indebida en los derechos relativos a la esfera privada y familiar<sup>39</sup>. Esta situación es predicable si se tienen en cuenta los hechos ocurridos en Luxemburgo con respecto al asunto *Wagner* o en Francia en relación con el reconocimiento del *status filii* de un niño nacido en virtud de un acuerdo de gestación subrogada<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> A. Bucher, "La famille en droit international privé", *Recueil des Cours*, t. 283, 2000, pp. 98 ss; R. Baratta, "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", *Recueil des Cours*, t. 348, 2010, pp. 408 ss.

<sup>40</sup> La inclinación hacia el sistema de DIPr francés es patente si se evalúan las conclusiones alcanzadas por las autoridades francesas en casos de gestación subrogada: a pesar de la ausencia de reconocimiento en Francia de una relación paterno-filial establecida en el extranjero, en su defensa el Estado señaló que, primero, no había violado el derecho a la vida familiar, ya que los certificados de nacionalidad francesa habían sido expedidos a favor de los hijos; segundo, los menores no podían abandonar Francia; tercero, los presuntos padres disfrutaban de responsabilidad parental plena sobre la base de documentos extranjeros de estado civil; cuarto, en caso de divorcio, el juez de familia hubiese determinado su lugar de residencia y los derechos de visita de los padres tal y como aparecen en el documento extranjero de estado civil; quinto, los derechos sucesorios hubiesen sido asegurados conforme al Derecho francés.

El respeto efectivo por los derechos de la esfera privada y familiar produce un impacto directo en el orden jurídico nacional, en el sentido de que los justiciables disfrutan de derechos que los jueces nacionales deben garantizar (a no ser que, como se ha indicado *supra*, concurra una limitación específica, necesaria y proporcionada). Una vez incorporado al Derecho nacional, el respeto por tales derechos entraña, para los jueces nacionales, la obligación de asegurar un efecto pleno de las disposiciones sobre derechos humanos. Ello supone que los mismos deben primar sobre normas inconsistentes de Derecho interno, sin esperar por su explícita derogación por el legislador nacional<sup>41</sup>. En otras palabras, los derechos humanos son ejecutables contra los Estados responsables de infringirlos en su respectivo orden jurídico interno<sup>42</sup>. Los estándares internacionales de derechos humanos exigen que los Estados prescriptivamente aseguren esa protección de los derechos humanos.

Así es en particular para cualquier procedimiento de DIPr llevado a cabo por instituciones públicas, órganos judiciales o autoridades administrativas que se refiera al estatus familiar de un niño –los mismos deben asegurar una preocupación principal por su interés superior en el análisis de cada caso<sup>43</sup>–. Es un derecho internacionalmente garantizado por un instrumento cuasi-universal (la Convención de NU sobre Derechos del Niño) e integrado, como se afirma asiduamente, en una disposición auto-ejecutable<sup>44</sup>. Asegurar el interés superior del

---

<sup>41</sup> *Vid. mutatis mutandis, Vermeire v. Belgium* (nº 12849/87), sentencia de 29 noviembre 1991, párrs. 25–26. En *Dumitru Popescu v. Roumanie* (nº 71525/01), sentencia de 26 abril 2007, en la que el TEDH señaló que el estatus conferido al CEDH en el Derecho interno permite, precisamente, descartar, a las jurisdicciones nacionales –de oficio o a instancia de parte– las disposiciones de derecho interno que resulten incompatibles con el CEDH y sus protocolos adicionales (párr. 104). En cuanto a la naturaleza de las obligaciones derivadas de tratados sobre derechos humanos, *vid. Comité de Derechos Humanos, General Comment 31, Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant*, U.N. Doc. CCPR//21/Rev.1/Add.13 (2004).

<sup>42</sup> Este enfoque es bastante diferente al fenómeno de *Drittwirkung* en el sentido de que esos derechos humanos, como se sostiene, pueden ser ejecutados contra otro particular (*vid. A. Clapham, “The “Drittwirkung” of the Convention”, en R.S.J. McDonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Boston, Londres, 1993, pp. 163 ss).

<sup>43</sup> Art. 3.1º *Convention on the Rights of the Child; Vienna Declaration (June 1993) World Conference on Human Rights (vid. R. Wallace, International Human Rights. Text and Materials*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997, p. 210).

<sup>44</sup> *General Assembly Official Records Sixty-ninth session, Suplemento nº 41 (A/69/41), Report of the Committee on the Rights of the Child*, United Nations, New York, 2014, p. 193. Los Estados lo han ratificado. Respecto a la noción de interés superior del menor, *vid. distintas concepciones en P. Alston (ed.), The Best Interests of the Child*, Oxford, OUP, 1994; C. Breen, *The Standard of the Best Interests of the Child*, La Haya–Londres–Nueva York, M. Nijhoff, 2002; C. Focarelli, “La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di “best interests of the child”, *Riv. dir. int.*, nº 4, 2010, p. 981 ss; T. Buck, *International Child Law*, 3ª ed., Londres, Routledge, 2005, *passim*; O. Lopes Pegna,



niño lleva a un derecho que es ejecutable por los particulares en los órganos judiciales nacionales desde que produce efectos en la relación jurídica entre los Estados y sus nacionales<sup>45</sup>.

## 2. El concepto de obligación positiva implica una construcción de los sistemas de DIPr orientada al resultado

El efectivo disfrute de los derechos fundamentales en temas de DIPr no puede ser reducido a la simple obligación, por parte del Estado, de no interferencia: una concepción puramente negativa no sería consistente con el objeto y el propósito de los instrumentos internacionales que compelen a los Estados a garantizar un concreto derecho humano. Como la noción de respeto implica, desde una perspectiva kantiana, que los individuos deben ser el centro de la sociedad, así como fines en sí mismos, y no medios para conseguir algo<sup>46</sup>, el respeto por los derechos a la vida privada y a la vida familiar conduce a una obligación positiva impuesta a las autoridades nacionales. Consecuentemente, el Estado requerido debe, en principio, reconocer y ejecutar un estado civil o un lazo familiar, de modo que se asegure su protección, independientemente de cómo se haya constituido en el extranjero<sup>47</sup>. En otras palabras, el concepto de obligación positiva

---

“L’interesse superiore del minore nel regolamento n. 2201/2003”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, nº 2, 2013, pp. 357 ss.

<sup>45</sup> Comité de los Derechos del Niño, *General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration* (art. 3, párr. 1), UN CR/G/14, 29 mayo 2013, p. 4. Respecto a Francia, *vid.* D. Bureau y H. Muir Watt, *Droit international privé, op. cit.*, p. 171.

<sup>46</sup> El filósofo del siglo XVIII, Kant, arguyó que las personas son fines en sí mismos, y no medios para conseguir algo, con absoluta dignidad para ser respetados (E. Kant, *Stato di diritto e società civile* (N. Merker, ed.), Roma, Editori riuniti, 1982, pp. 144 ss).  *Vid.* también, J. Eekelaar, *Family Law and Personal Life*, Oxford, OUP, 2006, p. 81.

<sup>47</sup> De hecho, el Tribunal de Estrasburgo estableció que una infracción de obligaciones positivas ocurre cuando, en su sentencia sobre una petición de ejecución, un tribunal nacional no tome en consideración la realidad social de la familia, que exista entre los demandantes. Al buscar un equilibrio justo entre los intereses contrapuestos de los justiciables que solicitan la ejecución y aquellos del Estado, el cual apunta a establecer límites para preservar la sociedad como un todo, el TEDH subrayó la necesidad de considerar la realidad social y la existencia de lazos familiares adquiridos en el extranjero (*vid.* caso *Wagner*, cit., párrs. 129 ss.). El principio de obligación positiva que se deriva de disposiciones convencionales queda bien fundado en la jurisprudencia del TEDH: *vid.* *Airey v. Ireland* (nº 6289/73), sentencia de 9 octubre 1979, en particular, párr. 25; *Marckx v. Belgium*, cit.; *Plattform “Ärzte für das Leben” v. Austria* (nº. 10126/82), sentencia de 21 junio 1988, párrs. 31–32; *Kroon and others v. The Netherlands* (nº 18535791), sentencia de 27 octubre 1994, párr. 30; *X, Y et Z v. United Kingdom*, (nº 21830/93), sentencia de 22 abril 1997, párr. 37. A. Heymann–Doat, ‘Le respect des droits de l’homme dans les relations privées’, en C. Teitgen–Colly (ed.), *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruselas, Bruylant, 2002, p. 219 ss; S. Bartole, P. De Sena y V. Zagrebelsky, *op. cit.*, p. 303 ss; A.W. Heringa y L. Zwaak, “Right to respect for privacy”, en P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn y L. Zwaak (eds.), *op. cit.*, pp. 739 ss.

entraña también una obligación para el Estado de diseñar sus disposiciones de DIPr orientadas hacia un resultado –si un lazo familiar o un estado civil está debidamente establecido en un ordenamiento jurídico foráneo, la autoridad nacional requerida para su reconocimiento o ejecución está obligada a adoptar posturas interpretativas, dentro de sus facultades, para garantizar los derechos internacionales a la vida privada y a la vida familiar<sup>48</sup>. Cuando sea necesario, los Estados también deben adoptar medidas legislativas, administrativas y jurisdiccionales para preservar el disfrute efectivo de tales derechos en su territorio<sup>49</sup> y, al mismo tiempo, tener en cuenta que los pronunciamientos del TEDH no son directamente ejecutables pero deben ser implementados en el ordenamiento jurídico nacional<sup>50</sup>.

Desde esta perspectiva basada en los derechos humanos, los requisitos de DIPr deben ser remodelados, cuando sea posible por interpretación, para salvaguardar los derechos fundamentales del niño, cuando se plantee un asunto en el que esté en juego la integración de un menor en su familia de adopción o en el seno de una familia que recurrió a la maternidad subrogada<sup>51</sup>. El abandono del

---

<sup>48</sup> Vid. P. Kinsch, “Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 318, 2006, pp. 149 ss.

<sup>49</sup> En *Ignaccolo-Zenide v. Romenia* (nº 31679/96), sentencia de 25 enero 1996, el TEDH indicó que corresponde a cada Estado contratante proveerse de cuantos medios sean adecuados y efectivos para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones positivas conforme al art. 8 CEDH (párr. 108).

<sup>50</sup> H. Keller y C. Marti, “Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights’ Judgments”, *Eur. J. Int’l L.*, vol. 26, 2015, pp. 829 ss.

<sup>51</sup> Se ha sugerido un razonamiento similar en relación a la construcción de un principio implícito de reconocimiento mutuo de estados civiles y lazos familiares en el sistema jurídico de la UE, de modo que se cumpla con el respeto a la vida privada y familiar consagrado en el art. 7 de la CDF (R. Baratta, “Verso la ‘comunitarizzazione’ dei principi fondamentali del diritto di famiglia”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 597; *id.*, “Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC”, *IPRax*, 2007, p. 4 ss; *id.*, ‘La reconnaissance des situations personnelles et familiales’, *loc. cit.*, p. 411 ss; respecto a la jurisprudencia del TJUE, *vid.* los asuntos C-36/94, *Dafeki*, sentencia de 2 diciembre 1997, ECR, I-6761 ss; C-353/06, *Grunkin and Paul*, sentencia de 14 octubre 2008, ECR I-7639 ss., ambos relativos al reconocimiento de certificados sobre estado civil y nombres y apellidos). En *Grunkin and Paul*, el TJUE indicó que obligar a una persona, que ha ejercido su derecho de libre circulación y reside en el territorio de otro Estado miembro, a usar un apellido, en el Estado miembro del que es nacional, que es diferente del que ya le ha sido otorgado y registrado en el Estado miembro de su nacimiento y residencia, es susceptible de dificultar el ejercicio del derecho, reconocido en el art. 21 TFUE, de desplazarse y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (*Grunkin and Paul*, párrs. 21–22; *vid.* también el as. C-148/02: *García Avello* [2003] ECR I-11613, párr. 36). Además añadió que tal inconveniente podría también plantearse cuando el niño afectado ostente la nacionalidad de un solo Estado miembro, y ese mismo Estado deniegue el reconocimiento de su nombre tal y como se adquirió en el Estado de nacimiento y residencia (párr. 24). A mayor abundamiento, en la UE –pese a la fragmentación de su legislación en el plano de la justicia civil– también surge la cuestión de las competencias nacionales. La UE se describe como un espacio común donde, *inter alia*, los derechos fundamentales y el reconocimiento mutuo revisten un papel principal. Por tanto, un sistema supra-



funcionamiento típico de las normas de DIPr, y la subsiguiente obligación positiva de resultado, revisten una importancia vital si los derechos fundamentales tienen que ser interpretados y aplicados de forma práctica y efectiva y no teórica o ilusoria –utilizando el lenguaje usado con asiduidad en la jurisprudencia del TEDH–. Los requisitos del DIPr de familia clásico para el reconocimiento y ejecución de estados civiles foráneos no pueden constituir un obstáculo normativo para el reconocimiento de relaciones familiares y personales en el territorio del Estado requerido.

La deferencia a las políticas estatales y en particular a la excepción de *ordre public* –implícita en la doctrina del margen de apreciación– no permite resultados normativos inconsistentes con los derechos individuales. Y ello, independientemente de si concurre una tendencia común compartida por varios Estados o, al contrario, si se aprecian diferentes posturas estatales frente a una circunstancia social. El elemento crucial no parece individualizarse en la limitación del margen de apreciación de los Estados para determinar sus propios valores fundamentales, como parece indicar el TEDH. Lo que importa es que el nivel de protección de los derechos fundamentales se fundamente en valores comunes internacionales que se derivan de instrumentos internacionales. Como resultado, las jurisdicciones nacionales deben aceptar los fallos dictados en el extranjero y, en general, los valores jurídicos foráneos. Lo que da lugar a un concepto de orden público internacional con fuertes contornos transnacionales porque se basa en la necesidad de hacerlo permeable por los valores basados en los derechos humanos tal y como se aceptan y comparten internacionalmente, y no tanto en la necesidad de preservar la coherencia interna del foro.

### 3. *El principio de continuidad y el interés superior del niño*

Si el Estado requerido actúa posibilitando el reconocimiento de los lazos familiares o el estado civil en el foro tal y como se constituyeron en el extranjero, la razón subyacente es que debería existir, al menos en principio, una línea de continuidad entre la situación legal creada en el Estado de origen y en el ordenamiento jurídico nacional<sup>52</sup>. Así es independientemente de si los requisitos para el reconocimiento establecidos apuntan a la dirección contraria.

---

nacional de DIPr se está forjando gradualmente con el objetivo de asegurar el mantenimiento de las relaciones jurídicas debidamente establecidas en un Estado miembro. Como resultado, los sistemas domésticos de DIPr son considerados con carácter complementario. Su conceptualización como un subtipo de normas inter-locales, cuya aplicación no puede imponer obstáculos al principio de continuidad, debería ser lógicamente concebible.

<sup>52</sup> Según los principios establecidos por el TEDH en su jurisprudencia, cuando la existencia de una relación de parentesco con un niño ha sido establecida, el Estado está obligado a permitir que ese lazo se

Cuando un estado civil o un lazo familiar debidamente creado en el extranjero se caracterice por un elemento sólido de efectividad, los procedimientos de DIPr deben tener también en cuenta la realidad social de la situación cuyo reconocimiento (o ejecución) se busca<sup>53</sup>. Es conveniente mencionar que los órganos judiciales internacionales no tienen en cuenta el hecho de que, asiduamente, los demandantes puedan recurrir a técnicas de reconocimiento o ejecución para sortear prohibiciones o restricciones jurídicas nacionales. Las críticas en términos de fraude de ley, aunque son teóricamente concebibles bajo un razonamiento típico de DIPr, son degradadas al confrontarse con la obligación de preservar los derechos humanos tal y como se garantizan internacionalmente.

Aparte de ello, el principio de continuidad ha sido caracterizado por otro elemento crucial, el cual ha surgido con brío de la práctica internacional, esto es, el interés superior del menor. Alude a su interés *real y genuino* en determinadas situaciones, por ejemplo, cuando se interpreten instituciones como la adopción y la filiación con elemento extranjero. De hecho, cualquier decisión que concierna a un niño que recibe cuidado y atención debe estar basada en una evaluación pragmática del bienestar del menor, teniendo en cuenta, al mismo tiempo, cada elemento del caso, tal y como indica una parte de la práctica jurisprudencial<sup>54</sup>.

---

desarrolle y a establecer disposiciones legales que hagan posible la integración del menor en su familia (*vid., mutatis mutandis, Marckx v. Belgium* (nº 6833/74), sentencia de 13 junio 1979, p. 15, párr. 31; *Kroon and Others v. The Netherlands* cit., párrs. 32 y 36–40).

<sup>53</sup> *Vid.* caso *Wagner*, cit., párr. 132.

<sup>54</sup> *V.gr.*, unos jueces ingleses decidieron a favor de una pareja británica que había concluido un acuerdo de maternidad subrogada con una mujer ucraniana. Dos niños nacieron, concebidos con los gametos del marido y los óvulos de una donante anónima. El Tribunal inglés, pese al hecho de que el contrato no respetaba el requisito de gratuidad impuesto por la legislación inglesa para esas conductas, primó el bienestar de los hijos, tomando en consideración las consecuencias negativas a las que hubiesen sido expuestos en caso de un fallo en sentido negativo. El Tribunal señaló que la tarea del tribunal consistía en equilibrar dos conceptos conflictivos y potencialmente irreconciliables. Añadió que el Parlamento está claramente facultado para legislar contra la maternidad subrogada con fines comerciales y para prever que los tribunales deban implementar esa política en sus decisiones. Sin embargo, continuó, también se debe reconocer que el rigor pleno de esa política va a recaer sobre una persona que no posee las facultades para comprenderla, y mucho menos para sobrellevar sus consecuencias (es decir, el menor implicado), de modo que ese rigor debe ser mitigado por la consideración del bienestar del menor. Este enfoque es tanto humano como intelectualmente coherente, indicó el tribunal. Y terminó afirmando que la dificultad radica en que es casi imposible imaginar un conjunto de circunstancias en las que en el momento en que el asunto se decide ante un tribunal, el bienestar de cualquier niño (y particularmente de un niño extranjero) no se afecte gravemente (al menos) por la denegación de reconocimiento ([2008] EWHC 3030 (Fam), *Re: X & Y (Foreign Surrogacy)*, <http://www.bailii.org/ew/cases/EWH/Fam/2008/3030.html>). Además, en esa sentencia se subrayó que dado que el efecto de una resolución en materia paterno-filial confiere un estado civil de por vida, es difícil imaginar la aplicación de cualquier principio diferente al de bienestar con perspectiva eterna, haciendo uso del margen de discreción. El tribunal arguyó también que el enfoque de centrarse en el bienestar de esos niños es el que mejor se ajusta en la decisión de una resolución en materia paterno-filial (*ibid.*, párr. 24). Incluso un juez italiano,

Sería altamente cuestionable, por ejemplo, el hecho de reconocer y ejecutar una relación biológica de parentesco establecida en el extranjero a través de gestación por sustitución porque los presuntos padres son ancianos y acudieron a dicha técnica por puro egoísmo. Una relación genética *per se* puede no ser razón suficiente para cumplir con el criterio del interés superior del menor, salvo que se acompañe por un compromiso serio de cuidar del bienestar del niño durante toda su vida. En tal caso, los intereses de los padres, considerados separadamente, aunque estén basados en el vínculo genético, parecen menos importantes y secundarios. Puede que se trate de aspiraciones humanas y personales legítimas, pero deben ser consideradas como un elemento menor en comparación con los efectos beneficiosos para el hijo. En cualquier caso, en la gestación por subrogación internacional y comercial, los derechos fundamentales de otras personas pueden resultar seriamente afectados, ya que esos acuerdos pueden implicar, en particular, una venta de un niño bajo el art. 35 de la Convención de NU sobre los Derechos del Niño, además de la explotación de las mujeres que aceptan llevar a cabo la gestación<sup>55</sup>. *De iure condendo* un gran convenio internacional multilateral debe convenientemente regular estos problemas<sup>56</sup>.

---

renovando la jurisprudencia previa, reconoció resoluciones inglesas en materia paterno-filial, conforme a las cuales una pareja italo-inglesa había obtenido en Reino Unido el reconocimiento de la filiación de dos niños nacidos en 1997 y en 2000 mediante gestación subrogada. Los presuntos padres habían concluido contratos sin mediar precio, conforme a los cuales una mujer desarrolló el embarazo resultante de un embrión viable que contenía los gametos del hombre. El problema sobre el reconocimiento se planteó varios años después del nacimiento, cuando la mujer italiana volvió a su país de origen tras la disolución del matrimonio. La relación entre los niños y la madre presentaba, también en ese caso, un elemento sólido de efectividad (*vid.* sentencia del Tribunal de Apelación de Bari, de 13 febrero 2009, *I.M. v. G.A.J.R.*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, pp. 698 ss, con comentarios críticos de C. Campiglio, “Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità”, pp. 599 ss.).

<sup>55</sup> J. Tobin, “To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy”, *Int'l Comp. L. Q.*, 2014, pp. 317 ss; G. Puppink y C. de la Hougue, *Quelles voies de droit international pour interdire la maternité de substitution*, 2015, *passim*; B. Barel y S. Armellini, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milán, Giuffrè, 2015, p. 163; A. Vettorel, “International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, pp. 526 ss.

<sup>56</sup> No debería ocuparse solo del *mercado internacional de la gestación por subrogación* (que está creciendo: *vid.* Conferencia de La Haya para el Derecho internacional privado, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy*, n° 10 marzo 2012, p. 8 y C. Hausammann, N. Hitz Quenon y N. Hausammann, “Maternité de substitution: la perspective des droits humains”, *Centre suisse de compétence pour les droits humains, Newsletter CSDH* de 11 mayo 2014) sino que también debería regular la necesidad de proteger los derechos fundamentales de todas las personas involucradas. Podría prohibir cualquier forma de maternidad subrogada internacional y comercial, así como bloquear la práctica de la gestación subrogada cuando implique explotación reproductiva y uso del cuerpo humano para ganancias financieras o de cualquier otra índole (*Report on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter* (2015/2229(INI)), párr. 114. De hecho, el Parlamento Europeo ha condenado la práctica de la gestación subrogada, la cual

Bastante delicado es también el asunto relativo al reconocimiento del *status filii* en favor de parejas del mismo sexo que han devenido padres a través de acuerdos transnacionales de gestación subrogada, en particular para Estados que prohíben el acceso a la paternidad en estas situaciones, incluyendo la adopción. Al respecto no hay una tendencia específica en la jurisprudencia internacional. Un razonamiento profundo sobre estos temas requiere una evaluación desde el punto de vista de los derechos fundamentales de las personas que puedan verse negativamente afectadas, además del estudio de la dignidad social y del principio de no discriminación por orientación sexual. La práctica jurisprudencial nacional es variada al respecto, sin que pueda identificarse una tendencia mayoritaria en uno u otro sentido<sup>57</sup>.

En cualquier caso, como norma el principio de interés superior del menor debe prevalecer y guiar la administración de justicia en los órganos judiciales nacionales. Se espera del poder judicial que valore el interés superior del menor como un criterio primario para definir el lugar del niño en el DIPr de familia. Si rechazar el reconocimiento de una situación familiar debidamente constituida en

---

menoscaba la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como mercancía; considerando que dicha práctica, cuando implica explotación reproductiva y el uso del cuerpo humano para producir ganancias económicas o de otro orden, en particular en caso de mujeres vulnerables residentes en países en vías de desarrollo, debe prohibirse y tratada con urgencia en los instrumentos que regulan los derechos humanos. *Vid.*, sin embargo, una visión diferente en K. Trimmings y P. Beaumont (eds.), *op. cit.*, p. 647 (defendiendo la idea de regular la gestación subrogada internacional y comercial, siendo más pragmáticos).

<sup>57</sup> En Bélgica, una pareja homosexual de varones tuvo bebés gemelos a través de gestación subrogada en California y volvieron a casa con un certificado de nacimiento en el que ambos aparecían como padres. El registro civil belga rechazó el registro de los certificados estadounidenses de nacimiento. En primera instancia, el órgano judicial belga determinó que el reconocimiento de los certificados estadounidenses de nacimiento violaba el orden público nacional, centrándose también en el hecho de que esa elusión del Derecho paterno-filial belga no podía ser legitimada. El no reconocimiento de los certificados estadounidenses de nacimiento de los gemelos suponía que en Bélgica la mujer estadounidense que había desarrollado la gestación subrogada se consideraba como la madre legal de los niños, mientras que en EE UU, los padres belgas eran considerados los padres legales de los niños. En apelación, el Tribunal de Apelación de Lieja ordenó que los certificados de nacimiento fueran reconocidos y registrados en el registro civil, pero solo en lo que respectaba a la relación legal con el padre biológico. Pero el registro del parentesco legal del marido del padre biológico no era posible, ya que no concurría el requisito biológico (*Vid.* M. Vonk y K. Boele-Woelki, *op. cit.*, p. 137). En la misma línea *Vid.* la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) nº de recurso 245/2012, de 2 febrero 2015 (<http://www.poderjudicial.es>), con interesantes comentarios sobre cómo mantener el equilibrio adecuado entre el respeto por los derechos fundamentales y la prohibición de gestación subrogada en España. También véanse los comentarios de P.A. De Miguel Asensio, “El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea”, en <http://pedrodemiguel.asensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html#more>; A. Moreno Sánchez-Moraleta, “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho internacional privado español”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2014.

el extranjero afecta desfavorablemente el interés superior del menor en un contexto determinado, un tribunal nacional, al aplicar su propio sistema de DIPr, debe mantener el estado civil legalmente establecido en el extranjero, respetando el derecho a la vida familiar tal y como se recoge en el art. 8 del CEDH<sup>58</sup>.

#### IV. Conclusión

En tanto que los derechos fundamentales internacionalmente garantizados afecten los principios estructurales del DIPr<sup>59</sup>, el reconocimiento y ejecución en el plano nacional de decisiones foráneas debe ser remodelado sobre la base de principios comunes para evitar contradicciones con la necesidad individual de poseer un único estatuto familiar en los diferentes Estados. El papel principal del Derecho, incluyendo la disciplina del DIPr, es alcanzar una regulación justa de la sociedad y sus necesidades conexas. Huelga decir que el debate filosófico sobre el Derecho y la justicia contiene una doble dimensión, esto es, la ética y la jurídica. Sin embargo, la cuestión sobre la justicia en el DIPr puede ser ampliada si tal disciplina es entendida como un medio para perseguir los derechos fundamentales de los individuos involucrados de una manera a través de la que se asegure, en el campo del Derecho de familia, la continuidad del estado civil personal y familiar sobrepasando las fronteras, esto es, la *possession d'état* allende de una dimensión nacional. Desde esa perspectiva, la *justicia distributiva* del DIPr no puede sino tener una importancia secundaria e indirecta como disciplina jurídica. El DIPr debe también, en principio, perseguir la realización de los derechos humanos tal y como se garantizan en la esfera internacional. Con el fin de materializar esta forma de intrusión del Derecho internacional en el DIPr de familia, la metodología para asegurar el reconocimiento de resoluciones judiciales foráneas y actos públicos en la jurisdicción del Estado requerido, se particulariza en instrumentos flexibles y apropiados, capaces de asegurar la continuidad de los estados civiles personales y familiar adquiridos más allá de las fronteras nacionales.

#### Bibliografía

Alston, P. (ed.): *The Best Interests of the Child*, Oxford, OUP, 1994; C. Breen, *The Standard of the Best Interests of the Child*, La Haya-Londres-Nueva York, M. Nijhoff, 2002.

<sup>58</sup> Vid. caso *Wagner*, cit., párr. 133.

<sup>59</sup> E. Jayme, "Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, pp. 353 ss, quien sigue el curso de este proceso, efectuando algunos comentarios críticos.

- Arai, Y.: "The System of restrictions", en P. van Dijk, F. van Hoof, A. van Rijn y L. Zwaak (eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Amberes-Oxford, Intersentia, 2006, p. 335.
- Arai-Takahashi, Y.: *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the CEDH*, Cambridge, Intersentia, 2002.
- Baratta, R.: "Verso la 'comunitarizzazione' dei principi fondamentali del diritto di famiglia", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, pp. 597 ss.
- Baratta, R.: *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milán, Giuffrè, 2004.
- Baratta, R.: "Diritti fondamentali e riconoscimento dello *status filii* in casi di maternità surrogata: la primazia degli interessi del minore", *Diritti umani e diritto internazionale*, n° 2, 2016 (en prensa).
- Baratta, R.: "Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC", *IPRax*, 2007, pp. 4 ss.
- Baratta, R.: "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", *Recueil des Cours*, t. 348, 2010, pp. 408 ss.
- Barel, B. y Armellini, S.: *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milán, Giuffrè, 2015.
- Barile, G.: *Lezioni di diritto internazionale privato*, 2ª ed., Pádua, 1980.
- Bartole, S., De Sena, P. y Zagrebelsky, V.: *Comentario breve alla CEDU*, Pádua, Cedam, 2012.
- Bucher, A.: "La famille en droit international privé", *Recueil des Cours*, 2000, t. 283, pp. 98 ss.
- Buck, T.: *International Child Law*, 3ª ed., Londres, Routledge, 2005.
- Bureau, D. y Muir Watt, H.: *Droit international privé*, t. II, Parte especial, París, PUF, 2007.
- Carbone, S.M.: "I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali", *Dir. Un. eur.*, n° 1, 2013, pp. 15 ss.
- Clapham, A.: "The 'Drittwirkung' of the Convention", en R.S.J. McDonald, F. Matscher y H. Petzold (eds.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht, Boston, Londres, 1993, pp. 163 ss).
- De Miguel Asensio, P.A.: "Derechos humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado", *Revista de Derecho privado*, 1998, pp. 541-558.
- De Miguel Asensio, P.A.: "El nuevo Auto del Tribunal Supremo sobre gestación por sustitución y la evolución de la jurisprudencia europea", en <http://pedrodemiguel.asensio.blogspot.com.es/2015/03/el-nuevo-auto-del-tribunal-supremo.html#more>.
- Eekelaar, J.: *Family Law and Personal Life*, Oxford, OUP, 2006.
- Focarelli, C.: "La Convenzione di New York sui diritti del fanciullo e il concetto di 'best interests of the child'", *Riv. dir. int.*, 2010, p. 981 ss.
- Forteau, M.: "L'ordre public 'transnational' ou 'réellement international': l'ordre public face à l'enchevêtrement croissant du droit international privé et du droit international public", *Journ. dr. int.*, 2011, pp. 3 ss.
- Fulchiron, H. y Bidaud-Garon, C.: "Reconnaissance ou reconstruction? A propos de la filiation des enfants nés par GPA, au landemain des arrêts Labassée, Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2015, pp. 1 ss.
- Gannagé, L.: "Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (l'exemple du droit de la famille)", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2001, pp. 1 ss.
- Hammje, P.: "Droits fondamentaux et ordre public", *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1997, pp. 1 ss.



- Hausammann, C., Hitz Quenon, N. y Hausammann, N.: “Maternité de substitution: la perspective des droits humains”, *Centre suisse de compétence pour les droits humains, Newsletter CSDH* de 11 mayo 2014.
- Heymann–Doat, A.: “Le respect des droits de l’homme dans les relations privées”, en C. Teitgen–Colly (ed.), *Cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l’homme*, Bruselas, Bruylant, 2002, p. 219 ss.
- Jayme, E.: “Il diritto internazionale privato nel sistema comunitario e i suoi recenti sviluppi normativi nei rapporti con Stati terzi”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, n° 2, pp. 353 ss.
- Keller, H. y Marti, C.: “Reconceptualizing Implementation: The Judicialization of the Execution of the European Court of Human Rights’ Judgments”, *Eur. J. Int’l L.*, vol. 26, 2015, pp. 829 ss.
- Kiestra, L.R.: *The Impact of the European Convention on Human Rights on Private International Law*, La Haya, Springer, 2014.
- Kinsch, P.: “Droits de l’homme, droits fondamentaux et droit international privé”, *Recueil des Cours*, t. 318, 2006, pp. 149 ss.
- Legg, A.: *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law. Deference and Proportionality*, Oxford, OUP, 2012.
- Lequette, Y.: “Le droit international privé et les droits fondamentaux”, *Liberté et droits fondamentaux*, 13<sup>a</sup> ed., París, Dalloz, 2007.
- Lopes Pegna, “L’interesse superiore del minore nel regolamento n. 2201/2003”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2013, pp. 357 ss.
- Lugato, M.: “Sulla sussidiarietà in diritto internazionale”, *Archivio Giuridico*, n° 2, 2011, pp. 129 ss.
- Lugato, M.: “The margin of appreciation and freedom of religion: between treaty interpretation and subsidiarity”, *Journal of Catholic Legal Studies*, 2013, vol. 52, pp. 49 ss.
- Moreno Sánchez–Moraleda, A.: “La determinación de la filiación mediante gestación de sustitución reconocida en el Derecho internacional privado español”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 9, 2014.
- Pirrone, P.: “Limiti e controlimiti alla circolazione dei giudicati nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani: il caso Wagner”, *Diritti umani e diritto internazionale*, n° 1, 2009, pp. 251 ss.
- Puppink, G. y de la Hougue, C.: *Quelles voies de droit international pour interdire la maternité de substitution*, 2015.
- Tobin, J.: “To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy”, *Int’l Comp. L. Q.*, 2014, pp. 317 ss.
- Trimming K. y Beaumont, P. (coords.): *International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publ., 2012.
- Vettorel, A.: “International Surrogacy Arrangements: Recent Developments and Ongoing Problems”, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2015, pp. 526 ss.
- Vonk, M. y Boele–Woelki, K.: “Surrogacy and Same–sex Couples in The Netherlands”, en K. Boele–Woelki y A. Fuchs (coords.), *Legal Recognition of Same–Sex Relationships in Europe. National, Cross–Border and European Perspectives*, 2<sup>a</sup> ed., Cambridge–Antwerp–Portland, Intersentia, 2012, pp. 123 ss.
- Wallace, R.: *International Human Rights. Text and Materials*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997.