

CRÓNICA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**POR S. ADROHER BIOSCA, J. J. ÁLVAREZ RUBIO,
B. CAMPUZANO DÍAZ, F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ
Y A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ**

COORDINADA POR M.^a V. CUARTERO RUBIO*

SUMARIO:

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD ESTATAL Y DE LA CIUDADANÍA EUROPEA. STJUE (GRAN SALA) DE 12 DE MARZO DE 2019, *TJEBBES Y OTROS C. MINISTER VAN BUITENLANDSE ZAKEN*
POR S. ADROHER BIOSCA pp. 2-8

LA PROYECCIÓN DE LOS REGLAMENTOS EUROPEOS SOBRE LA PLURILEGISLATIVIDAD INTERNA ESPAÑOLA: LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 24 DE MAYO DE 2019 Y LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL PACTO DE DEFINICIÓN DE LA COMPILACIÓN BALEAR
POR J. J. ÁLVAREZ RUBIO pp. 9-14

EL CONVENIO DE LA HAYA DE 2 DE JULIO DE 2019 SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN
POR F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ pp. 15-19

PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN DEL REGLAMENTO 4/2009 CON EL REGLAMENTO 2201/2003. NOTA A LA SENTENCIA DEL TJUE DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2019, C-468/18, *R Y P*
POR B. CAMPUZANO DÍAZ pp. 20-26

EL ÁMBITO TERRITORIAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL ENTORNO DE INTERNET (A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DEL TJUE DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2019, C-507/17, *GOOGLE*, Y DE 3 DE OCTUBRE DE 2019, C-18/18, *GLAWISCHNIG-PIESCZEK*)
POR A. LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ pp. 27-37

* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Castilla-La Mancha.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA PÉRDIDA DE LA NACIONALIDAD ESTATAL Y DE LA CIUDADANÍA EUROPEA. STJUE (GRAN SALA) DE 12 DE MARZO DE 2019, *TJEBBES Y OTROS C. MINISTER VAN BUITENLANDSE ZAKEN*

SALOMÉ ADROHER BIOSCA*

I. HECHOS

1. Casi 10 años después del caso *Rottmann*, el TJUE vuelve a pronunciarse sobre la incidencia del Derecho europeo en el Derecho de nacionalidad de los Estados miembros, en un fallo acogido por algunos como magnífico¹, valiente y meditado², paso adelante³, que aporta una clarificación importante en la materia⁴, pero también, que puede considerarse valiente sin justificación⁵, e incluso, ridículo⁶.

La Sentencia de la Gran Sala de 12 de marzo de 2019⁷, versa sobre cuatro casos de pérdida *ipso iure* de la nacionalidad neerlandesa, y por tanto de la ciudadanía europea, de dobles nacionales neerlandeses y de otro Estado no miembro de la UE, que, además, no habían ejercido su derecho a la libre circulación en la UE; la Sra. Tjebbes, con doble nacionalidad neerlandesa y canadiense de nacimiento, la Sra. Saleh Abady, con doble nacionalidad iraní de nacimiento y neerlandesa adquirida; la Sra. Koopman con doble nacionalidad neerlandesa de nacimiento y suiza por matrimonio y residencia en Suiza, y la hija de esta última, Sra. Douboux con doble nacionalidad neerlandesa y suiza ambas de nacimiento.

2. A todas ellas se les deniega la renovación de sus pasaportes ya caducados, por haber perdido de forma automática la nacionalidad neerlandesa: las tres primeras, mayores de edad, que habían residido fuera de Holanda, y de la UE, durante más de 10 años ininterrumpidamente sin haber manifestado en este tiempo su voluntad de conservar la

*Profesora Propia ordinaria de Derecho internacional privado. Universidad Pontificia Comillas

¹ CARRIZO AGUADO, D., “El TJUE se pronuncia sobre la pérdida de la nacionalidad de ciudadanos miembros de un Estado de la UE y otro de fuera”, *Confilegal*, 30 de marzo de 2019: <https://confilegal.com/20190330-el-tjue-se-pronuncia-sobre-la-perdida-de-la-nacionalidad-de-ciudadanos-miembros-de-un-estado-de-la-ue/>.

² COUTTS, S., <https://europeanlawblog.eu/2019/03/25/bold-and-thoughtful-the-court-of-justice-intervenies-in-nationality-law-case-c-221-17-tjebbes/>.

³ VLIKES, C., “Tjebbes and Others v. Minister van Buitenlandse Zaken: A Next Step in European Union Case Law on Nationality Matters?”, *Tilburg Law Review*, 24(2), 2019, pp. 142–146. DOI: <https://doi.org/10.5334/>.

⁴ PEERS, S., “Citizens of Somewhere Else? EU Citizenship and Loss of Member State Nationality”, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2019/03/citizens-of-somewhere-else-eu.html>.

⁵ VAN DER BRIN, M., “Bold, but Without Justification? Tjebbes”, *European Papers*, vol. 4, 2019-1, pp. 409-415; DOI: 10.15166/2499-8249/292.

⁶ KOCHERNOV, D., “The Tjebbes Fail: Going Farcical about Bulgakovian Truths”, <https://verfassungsblog.de/the-tjebbes-fail-going-farcical-about-bulgakovian-truths/>.

⁷ ECLI:EU:C:2019:189.

nacionalidad neerlandesa⁸; la cuarta, incluida en el pasaporte de su madre desde su menor edad, se le comunica la pérdida cuando, un año después de llegar a la mayoría de edad, solicita la expedición de un pasaporte neerlandés⁹.

Tras los recursos ante el Tribunal de Primera Instancia, recurren al Consejo de Estado, el cual plantea una cuestión prejudicial al TJUE¹⁰, que puede resumirse en la siguiente idea: ¿es consistente con las previsiones del TFUE y de la CDFUE, la privación de la nacionalidad de un Estado miembro- y la consiguiente pérdida de la ciudadanía europea- de nacionales también de terceros Estados que han residido durante un largo período fuera de la UE?

II. PROBLEMAS JURÍDICOS

3. Analizaré, en primer lugar, dos cuestiones jurídicas que aparecen en la sentencia pero que no son problemáticas, la doble nacionalidad y la apatridia, desde la perspectiva del Derecho europeo. En segundo lugar, abordaré los tres problemas principales que plantea la sentencia: el concepto de nacionalidad “efectiva”, y la compatibilidad de la normativa neerlandesa en su vertiente procesal y sustantiva con el Derecho europeo. Finalmente, mencionaré la regulación que de estos casos hace el Derecho español de nacionalidad.

Es importante aclarar, con carácter previo, que la sentencia no trata sobre los conflictos positivos y negativos de nacionalidad desde la perspectiva del Derecho europeo.

4. Si bien las cuatro recurrentes son dobles nacionales, la sentencia no versa sobre la regulación de la doble nacionalidad en el Derecho de los Estados miembros y sus efectos en relación al Derecho europeo. Los Reglamentos UE que incluyen la nacionalidad como criterio de conexión o foro de competencia, no resuelven el eventual conflicto positivo de nacionalidades sino que, en algunos casos, contienen una cláusula que reconoce “el arbitrio del Derecho nacional” pero “con pleno respeto a los principios generales de la Unión”. Por ello ha sido la jurisprudencia del TJUE la que ha dado diversas respuestas a

⁸ Dado que, según el art. 15 de la Ley de nacionalidad neerlandesa no han solicitado la renovación de su pasaporte neerlandés ni la emisión de una declaración de posesión de la nacionalidad neerlandesa.

⁹ Dado que, en virtud del art. 16 de la misma Ley, se prevé la pérdida de la nacionalidad neerlandesa de los menores de edad cuando su padre o su madre la pierdan según el artículo anterior.

¹⁰ «¿Deben interpretarse los artículos 20 TFUE y 21 TFUE, en particular a la luz del artículo 7 de la Carta [...], en el sentido de que, al no existir un examen individual de la conformidad con el principio de proporcionalidad de las consecuencias que la pérdida de la nacionalidad implica para la situación del interesado desde el punto de vista del Derecho de la Unión, se oponen a disposiciones legales, como las controvertidas en los litigios principales, en virtud de las cuales:

a) una persona mayor de edad, que también es nacional de un tercer país, pierde *ipso iure* la nacionalidad de su Estado miembro, y por ende la ciudadanía de la Unión, por haber tenido durante un período ininterrumpido de diez años su residencia principal en el extranjero y fuera de la Unión Europea, cuando existen posibilidades de interrumpir este plazo de diez años,

b) una persona menor de edad pierde *ipso iure*, en determinadas circunstancias, la nacionalidad de su Estado miembro, y por ende la ciudadanía de la Unión, como consecuencia de la pérdida de la nacionalidad por su progenitor, como en el supuesto mencionado en la letra a)?».

los posibles efectos de la doble nacionalidad¹¹. Así, ha resuelto sobre las consecuencias de la doble nacionalidad respecto de las posibles restricciones a la libre circulación derivadas de un no reconocimiento de la nacionalidad atribuida por otro Estado miembro¹², sobre los apellidos atribuidos de forma diversa por las dos leyes nacionales del individuo y sus efectos respecto de la libre circulación¹³, o sobre la determinación de la nacionalidad como foro de competencia judicial internacional en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 en caso de doble nacionalidad¹⁴. Sin embargo, como se ha señalado¹⁵, la doble nacionalidad de las recurrentes es la que ha hecho posible la pérdida de la nacionalidad holandesa, y se advierte en la sentencia una visión negativa de la doble nacionalidad (“es legítimo que un Estado miembro quiera proteger la relación especial de solidaridad y de lealtad entre él mismo y sus nacionales”- nº 33- y por tanto “excluir los efectos perjudiciales de la posesión de múltiples nacionalidades”- nº 34) bastante superada en la doctrina y legislación actuales¹⁶, si bien es característica de la legislación neerlandesa.

5. En segundo lugar, si bien la sentencia cita reiteradamente el caso *Rottmann* y en el marco jurídico menciona, en primer lugar, la Convención de las Naciones Unidas para reducir los Casos de Apatridia, de Nueva York de 30 de agosto de 1961, el caso tampoco versa sobre los efectos de la apatridia, y por consiguiente de la pérdida de la ciudadanía europea que un sistema de privación de la nacionalidad como sanción de un Estado miembro produce en relación al Derecho europeo¹⁷.

Si, por tanto, los conflictos de nacionalidad no son el objeto principal de la sentencia, tres cuestiones, a mi juicio, son significativas jurídicamente en ella.

6. En primer lugar, una lectura “europea” de la jurisprudencia *Nottebohm* del TIJ sobre el concepto de *nacionalidad efectiva*. El TJUE señala que “un Estado miembro puede legítimamente partir del postulado de que la nacionalidad pone de manifiesto un vínculo efectivo entre dicho Estado y sus nacionales”. Por ello, considera legítima la pérdida *ex lege* de la nacionalidad de un Estado miembro (siempre que se ostente otra nacionalidad), justificada por la desvinculación del nacional con él, y la consecuente pérdida de la

¹¹ Lo abordo en ADROHER BIOSCA, S., *La plurinacionalidad en el Derecho internacional privado español*, REUS, Madrid, 2019.

¹² Sentencia TJUE de 7 de julio de 1992, C-369/90, *Mario Vicente Micheletti y otros contra Delegación del Gobierno en Cantabria*. Recopilación de Jurisprudencia 1992, p. I-0423.

¹³ Sentencia TJUE de 2 de octubre de 2003, C-148/02, *Carlos García Avello contra Bélgica*. TJCE\2003\314.

¹⁴ Sentencia TJUE de 16 de julio de 2009, C-168/08, *Laszlo Hadadi (Hadady) contra Csilla Marta Mesko, esposa de Hadadi (Hadady)*. TJCE 2009\234.

¹⁵ KOCHERNOV, D., *op. cit.*, se refiere a la doble nacionalidad como la “historia no contada” del fallo.

¹⁶ EUROPEAN PARLIAMENT, *Acquisition and loss of citizenship in EU Member States: Key trends and issues*. Julio 2018.

¹⁷ A pesar de algunos comentarios que ponen de relieve los efectos del caso sobre la legislación de los Estados Miembros reguladora de la privación de la nacionalidad, y por tanto de la ciudadanía europea en supuestos de delitos graves como el terrorismo. BOEKESTEIN, T., “The CJEU Judgment in Tjebbes: EU Citizenship, the Advent of the Charter, and Implications for the Loss of Nationality after Criminal Conviction”, *Cambridge International Law Journal*, junio 2019.

ciudadanía europea¹⁸. El problema, para algunos, es la interpretación del concepto “vinculación efectiva”, en un mundo en el que la movilidad humana es cada vez más importante. Que el mero incumplimiento de un trámite administrativo tenga como consecuencia la pérdida de la nacionalidad holandesa y europea puede ser excesivo, en especial en tres de los cuatro casos, en los que se trata de nacionales de origen¹⁹.

7. En segundo lugar, la sentencia avanza hacia una mayor concreción del principio de proporcionalidad del Derecho UE definido en sentencias anteriores, en relación a las garantías procesales frente a la pérdida automática de la nacionalidad²⁰. El TJUE señala que “la pérdida automática de la nacionalidad de un Estado miembro por imperativo de la ley resultaría incompatible con el principio de proporcionalidad si las normas nacionales pertinentes no permitieran, en ningún momento, un examen individual de las consecuencias que tal pérdida tendría para las personas afectadas desde el punto de vista del Derecho de la Unión. (...) Tal examen requiere la valoración de la situación individual de la persona afectada, así como la de su familia, a fin de determinar si la pérdida de la nacionalidad del Estado miembro de que se trate, cuando tal pérdida lleve consigo la pérdida de la ciudadanía de la Unión, tiene consecuencias que puedan afectar de manera desproporcionada, en relación con la finalidad perseguida por el legislador nacional, al normal desarrollo de la vida familiar y de la actividad profesional de la persona afectada desde el punto de vista del Derecho de la Unión. Tales consecuencias no podrán tener carácter hipotético o eventual. (...) En el marco del referido examen de proporcionalidad, incumbe especialmente a las autoridades nacionales competentes —y, en su caso, a los tribunales nacionales— verificar si la pérdida de la nacionalidad resulta conforme con los derechos fundamentales consagrados en la Carta cuya observancia garantiza el Tribunal de Justicia y, muy especialmente, con el derecho al respeto de la vida familiar, tal como se formula en el artículo 7 de la propia Carta, que debe interpretarse en relación con la obligación de tomar en consideración el interés superior del niño”. El TJUE en este punto, al exigir un examen individual de las consecuencias de la pérdida de la nacionalidad en el recurso, va más allá de las Conclusiones del Abogado General²¹, y esta jurisprudencia tiene importantes consecuencias prácticas en relación a los sistemas de nacionalidad estatales que regulan, como el español, pérdidas *ex lege*, pero también inconsistencias con algunas normas europeas que también prevén la pérdida automática del derecho a la residencia permanente²².

¹⁸ “Being a member of a national political community is necessary to be a Union citizenship”, COUTTS, S., *op. cit.*

¹⁹ “What makes the whole story trickier is that an ordinary Dutch passport is valid precisely for 10 years (unlike the 5 year term, in force when the law in question entered into effect). Not renewing your passport ahead of expiration can thus result in the annulment of citizenship *ex lege* if you reside abroad and have some other citizenship”. KOCHERNOV, D., *op. cit.*

²⁰ Se ha calificado de sentencia más intrusiva que las anteriores. COUTTS, S., *op. cit.*

²¹ VLIEKS, C., *loc. cit.*

²² Así lo señala VAN DER BRIN, M., *op. cit.* poniendo el siguiente ejemplo: “Consider Art. 16, para. 4, of Directive 2004/38/EC, according to which EU citizens’ “right to permanent residence shall be lost only through absence from the host Member State for a period exceeding two consecutive years”. This provision is not subject to a further requirement to assess the consequences of the loss of this right in individual cases”.

8. Finalmente, en tercer lugar, la sentencia, muestra la incidencia de los principios generales de la UE en relación al Derecho “sustantivo” de nacionalidad de los Estados miembros. Así, señala que los sistemas, como el neerlandés, que prevean una pérdida automática de la nacionalidad por residencia de larga duración fuera del país, deben contemplar complementariamente un sistema de *recuperación* de la nacionalidad: “los tribunales nacionales competentes deben estar en condiciones de examinar, con carácter incidental, las consecuencias de tal pérdida de nacionalidad y, eventualmente, de arbitrar el mecanismo adecuado para que la persona afectada recupere *ex tunc* la nacionalidad en el momento en que solicite la obtención de un documento de viaje o de cualquier otro documento que haga constar su nacionalidad”. Y es que, como se señala en la sentencia, “si bien la determinación de los modos de adquisición y pérdida de la nacionalidad es, de conformidad con el Derecho internacional, competencia de cada Estado miembro, el hecho de que una materia sea competencia de los Estados miembros no obsta para que, en situaciones comprendidas en el ámbito del Derecho de la Unión, las normas nacionales de que se trate deban respetar este último Derecho”. Esta última cuestión es la más significativa ya que, aunque la delimitación del ámbito personal de la ciudadanía europea está en manos de los Estados miembros cuando fijan sus normas sobre nacionalidad, el TJUE va concretando progresivamente los límites a la competencia estatal en la materia²³, en particular en la aplicación de la Carta europea de Derechos humanos en relación al derecho a la vida familiar (art. 7) y al interés superior del menor (art. 24)²⁴.

III. CONSIDERACIONES FINALES

9. El caso *Tjebbes* supone, en síntesis, a la luz del Derecho europeo y de la consideración de que el estatuto de ciudadano de la Unión aspira a convertirse “en el estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros”, que la pérdida automática de la nacionalidad de un Estado miembro, y por tanto, de la ciudadanía europea, por falta de “vinculación efectiva” debe quedar sometida al principio de proporcionalidad. Este principio, la sentencia lo concreta en dos aspectos. En lo procesal, que la revisión judicial de la pérdida sea individualizada y se valoren las consecuencias familiares, profesionales y el interés superior del niño. En lo sustantivo, supone la previsión de un mecanismo de recuperación de la nacionalidad en estos casos. Se ha apuntado la relevancia próxima de este fallo en relación al impacto del Brexit sobre la ciudadanía europea de los nacionales del Reino Unido²⁵.

²³ “Member States reserve the right to regulate the acquisition and loss of national citizenship in ways that reflect their interests and identities. However, although the EU has no legal competences in the area of acquisition or loss of national (and thus EU) citizenship, the European Court of Justice (ECJ) has gradually broadened the scope of EU citizenship in relation to national citizenship by imposing certain limits to the power of Member States to regulate national citizenship”. EUROPEAN PARLIAMENT, *op. cit.* Para algunos el siguiente paso sería “una mínima armonización de las legislaciones estatales en la materia a fin de hacer del régimen jurídico de la ciudadanía un sistema compacto y coherente, sin las excesivas divergencias normativas existentes en la actualidad”. JUAREZ PÉREZ, P., *Nacionalidad estatal y ciudadanía europea*, Marcial Pons, Madrid 1998, p. 346.

²⁴ In *Tjebbes*, the CJEU confirmed the applicability of the Charter whenever the loss of Member State nationality affects an individual’s EU Citizenship, BOEKESTEIN, T. *cit.*

²⁵ PEERS, S., *op. cit.*

10. ¿Es la regulación española de la nacionalidad consistente con la jurisprudencia *Tjebbes*?

En primer lugar, es importante tener presente que, según el art. 11.2 de la Constitución, “ningún español de origen puede ser privado de la nacionalidad española”. Recordemos que tres de las cuatro mujeres de la sentencia, eran holandesas de origen. Sin embargo, se ha considerado que este precepto solo se aplica a la privación, o pérdida como sanción regulada en el art. 25 del CC, que contempla tres supuestos de pérdida: sentencia penal, prohibición gubernativa y nulidad en la adquisición.

La pérdida *stricto sensu* está regulada en el art. 24, que prevé, además de los supuestos de renuncia, tres casos *ex lege*: los emancipados que residan habitualmente en el extranjero y adquieran voluntariamente otra nacionalidad, a partir de los 3 años de dicha adquisición, los que “utilicen exclusivamente la nacionalidad que tuvieran atribuida antes de la emancipación” a partir de los 3 años de la emancipación, y los dobles nacionales residentes en el extranjero, hijos de españoles, nacidos también en el extranjero, y con la nacionalidad del país de nacimiento, a partir de los 3 años de su mayoría de edad o emancipación. En los tres casos no se produce pérdida si manifiestan, ante el encargado del RC su voluntad de conservar la nacionalidad.

La doctrina es muy crítica con esta regulación por no tener consistencia constitucional al prever la pérdida automática de la nacionalidad española de origen en algunos casos, por su ambigüedad regulatoria, y por su falta de correspondencia con las normas sobre recuperación²⁶. A estas razones habrá que sumar, hoy, la jurisprudencia *Tjebbes*. Advierto que los diez años de residencia en el extranjero del Derecho holandés, se reducen a tres en Derecho español, que la “utilización de la nacionalidad española”, se traduce, según la antigua Instrucción de la DGRN de 20 de marzo de 1991 en requisitos tan formales y documentales como los que se planteaban en el caso analizado²⁷, y que para impedir la pérdida es imprescindible manifestar ante el encargado del RC consular su voluntad de conservación, no siendo suficiente, a estos efectos, la renovación del pasaporte²⁸. Los tribunales que aplican este precepto, como las sentencias citadas, no hacen una revisión de la decisión individualizada valorando las consecuencias familiares y profesionales, sino simplemente la comprobación de la concurrencia de los requisitos objetivos del CC.

²⁶ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., “Pérdida y recuperación de la nacionalidad española”, *Jornadas sobre nacionalidad y extranjería*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1994; RUIZ DE HUIDOBRO, J.M., “El derecho español de nacionalidad” en ADROHER BIOSCA, S. y CHARRO BAENA, P. (Coords.), *La inmigración: Derecho español e internacional*, Bosch, Madrid, 1995, pp. 167-175.

²⁷ BOE núm. 73, de 26 de marzo de 1991. “Haber otorgado como español algún documento público, haber comparecido con este carácter en el consulado, y otras conductas semejantes”.

²⁸ Así se señala en dos recientes sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21ª) núm. 132/2017, de 24 marzo (ECLI:ECLI:ES:APM:2017:5388), y (Sección 25ª), núm. 113/2017, de 28 marzo en las que se estima la pérdida automática de la nacionalidad española de dos españoles nacidos en Colombia de madre española nacida también en este país, que habían renovado el pasaporte español pero no habían manifestado la voluntad de conservarla ante el encargado del Registro Civil: “la pérdida de la nacionalidad se produce *ipso iure* o automáticamente, en cuanto concurren todos sus presupuestos de hecho y así, si como hemos manifestado, el Código Civil no exige una forma especial a esa declaración de voluntad conservativa de la nacionalidad, sí exige que se haga ante el Encargado del Registro Civil”.

Seguramente la jurisprudencia *Tjebbes* incida de forma importante en la práctica de la DGRN española y en la jurisprudencia de nuestros tribunales, y quizá, también, en una reforma de nuestra regulación civil sobre pérdida de la nacionalidad española.

LA PROYECCIÓN DE LOS REGLAMENTOS EUROPEOS SOBRE LA PLURILEGISLATIVIDAD INTERNA ESPAÑOLA: LA RESOLUCIÓN DE LA DGRN DE 24 DE MAYO DE 2019 Y LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN DEL PACTO DE DEFINICIÓN DE LA COMPILACIÓN BALEAR

JUAN JOSÉ ÁLVAREZ RUBIO*

I. EL CASO PLANTEADO ANTE LA DGRN

La Resolución de 24 de mayo de 2019 de la Dirección General de los Registros y del Notariado acuerda denegar la práctica de inscripción de una escritura de donación con pacto de definición formalizada entre ciudadanos de nacionalidad francesa¹; tanto la madre donante como los hijos donatarios hicieron constar que tenían “residencia habitual efectiva en Mallorca” (al no ser españoles, no pueden ostentar “vecindad civil balear” art. 15 CC). Además, la donante alegó en otra acta posterior a la donación previa que no había otorgado *professio iuris* en favor de su ley nacional francesa.

En virtud de dicho pacto de “definición balear” y conforme a lo dispuesto en el art. 50 de la Compilación, los donatarios formalizaron renuncia, en relación con su madre, a sus futuros derechos sucesorios o a su posible legítima, atendiendo a la donación, atribución o compensación recibida.

La DGRN declara como no inscribible en el Registro de la Propiedad tal donación con pacto de definición de legítima que, como ha sido indicado, fue formalizada entre ciudadanos franceses que tenían su “residencia habitual” en Mallorca; la Resolución señala que la denegación de la inscripción se fundamenta en que dicha norma sólo es aplicable a ciudadanos españoles que tengan además vecindad civil balear. A juicio de la DGRN no cabe aplicar el Reglamento Europeo de Sucesiones 650/2012 a instituciones forales españolas que exijan en relación a su ámbito subjetivo de aplicación la nacionalidad española y una determinada vecindad civil, ya que no se pueden incluir en el ámbito del art. 30 de dicho Reglamento Europeo y se les aplicará lo dispuesto en el art. 36, párr. 1º del mismo.

En su calificación, la Registradora de la Propiedad suspendió la inscripción de dicha escritura dado que los extranjeros no podían ostentar vecindad civil alguna, tampoco la balear. Estimó que en este caso la institución aplicada (pacto sucesorio de definición de la Compilación Balear) queda reservada por ley y por los antecedentes históricos a los ciudadanos españoles de “vecindad civil balear mallorquina”. Por tanto, a su juicio, y no teniendo los otorgantes (en especial la donante) nacionalidad española, no pueden tener

* Catedrático de Derecho internacional privado. Universidad del País Vasco (UPV/EHU).

¹ BOE núm. 150, de 24 de junio de 2019. Texto de la Resolución de la DGRN disponible en: <https://www.registradoresdemadrid.org/resoluciones/DONACION-CON-PACTO-DE-DEFINICION-boe24062019-rDGRN24052019>.

vecindad civil balear (exigida por la Compilación para la aplicación de dicha institución), pese a que tengan “su residencia efectiva en Mallorca”, como se indica en la escritura formalizada.

La Registradora fundamenta su calificación en el tenor literal del art. 50 de la Compilación Balear, que exige en la donante la condición de poseer la vecindad civil mallorquina (circunstancia que no concurre en la donante, ni tampoco en los donatarios). Y afirma, en este caso con pleno acierto, que la calificación notarial contenida en la escritura y por la que se asignaba “vecindad civil mallorquina” respecto de la donante y donatarios era incorrecta.

El Notario recurrente, por su parte, formuló una serie de argumentaciones que trasladan el conflicto del terreno autonómico al plano nacional e incluso al internacional, al dudar de que una norma autonómica pueda condicionar una norma de conflicto a nivel nacional e incluso internacional (Reglamento Europeo de Sucesiones 650/2012). De hecho, entiende que el propio Reglamento Europeo de Sucesiones ha venido a sustituir la regla o conexión de la vecindad civil por la de la residencia habitual (art. 21 y 36 del Reglamento de Sucesiones Europeo), para solventar los "problemas interregionales".

También discute el carácter formal de la prohibición de otorgar “un pacto de definición” por quienes no tengan vecindad civil mallorquina (lo que está presuponiendo *per se* la nacionalidad española) estimando, de nuevo, que el Reglamento de Sucesiones ha venido a sustituir en estos casos como criterio de solución de los conflictos interregionales la vecindad civil foral por la residencia habitual mediante la previsión contenida en su art. 36, al tratarse, afirma, de conflictos mixtos, en los que concurren elementos de conexión internacional e interregional.

Finalmente, estima que la interpretación de la Registradora es contraria a la finalidad del Reglamento de Sucesiones Europeo, que trata de coadyuvar a la libre circulación de personas y bienes en el espacio europeo, lo que sería de todo punto inútil si las autoridades nacionales pudieran soslayar su aplicación, neutralizando los efectos del marco normativo común, mediante la inclusión de requisitos de nacionalidad (y en este caso de vecindad civil) para que los ciudadanos europeos no puedan acceder a las instituciones sucesorias. Ello implicaría, a su juicio, un acto de la autoridad nacional contrario a la libertad de circulación y al fin de la discriminación entre ciudadanos europeos por razón de la nacionalidad, contrario por tanto a dicho principio de libertad de circulación que establece el art. 21.2 de la Carta de Derechos Fundamentales y el art. 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

II. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

La cuestión conflictual que subyace tras esta Resolución posee gran relevancia teórica y práctica y permite analizar dos orientaciones contrapuestas: por un lado la del notario, con arreglo a la cual el Reglamento Europeo de Sucesiones ha venido a implicar *de facto* una modificación del art. 15 CC por la vía del art. 36 del mismo en relación con las normas

aplicables a las sucesiones interregionales, y como consecuencia de la misma sería la ley de la residencia habitual del causante en una determinada "unidad territorial" la que determinaría la sujeción a una norma concreta (en el presente supuesto, pese a la nacionalidad francesa de la donante con pacto de definición, sería la residencia efectiva de ésta en Mallorca la que determinaría la aplicación del art. 50 de la Compilación, con independencia de la nacionalidad).

Y por otro, como criterio contrapuesto al anterior cabe exponer el propuesto por la Registradora de la Propiedad (y validado por la DGRN en esta Resolución), con arreglo al cual las normas del art. 15 CC y en especial las establecidas por la Compilación Balear predominan sobre las anteriores. En el caso concreto de la figura de la donación mallorquina con cláusula de definición se estima, siguiendo la orientación defendida en la Resolución ahora comentada, que para poder acogerse a tal especialidad sucesoria es preciso ostentar acumulativamente la nacionalidad española y la vecindad civil mallorquina.

En virtud de este pacto, "los descendientes, legitimarios y emancipados pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad. La definición sin fijación de su alcance se entenderá limitada a la legítima. El cambio de vecindad civil no afectará a la validez de la definición. La definición deberá ser pura y simple y formalizarse en escritura pública".

Comparto la excelente reflexión crítica sobre esta Resolución realizada por parte de una autoridad doctrinal en esta materia, el prof. Santiago Álvarez², quien cuestiona el enfoque de la misma, critica los argumentos utilizados y ofrece una interpretación alternativa sobre las relaciones entre el Reglamento 650/2012 y los Derechos civiles autonómicos españoles.

Entre los diversos ámbitos de debate que la Resolución de la DGRN plantea cabe señalar, en primer lugar, una cuestión calificatoria: de la propia lectura de la Resolución cabe inferir que la razón denegatoria se basa en que el pacto suscrito no sería formalmente válido; o dicho de otro modo, la DGRN parece entender que el hecho de que la donante carezca de vecindad civil mallorquina sería una cuestión formal.

En efecto, o bien se considera la exigencia de la vecindad civil como un criterio de aplicabilidad de la norma (de la institución, es decir, en este caso, de la posibilidad de acogerse al pacto), o bien optar por considerarla como un criterio de validez del negocio. La Registradora y la DGRN han optado por esta segunda interpretación, que es cuestionable.

² ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., "¿Puede un extranjero acogerse al pacto de definición mallorquín? El Reglamento 650/2012 y la RDGRN de 24 de mayo de 2019", *La Ley. Unión Europea*, nº 74, 31 de octubre de 2019, pp. 53-74.

En realidad estamos ante una situación privada internacional (primer escalón conflictual), que conduce a la aplicación de la ley de un Estado plurilegislativo (España, segundo escalón conflictual) y a su vez deviene aplicable el Derecho civil especial balear que, al igual que el sistema vasco, contiene una plurilegislación interior interlocal o interinsular (tercer escalón conflictual).

Como acertadamente señala el prof. Santiago Álvarez, no nos encontramos ante una situación puramente interna (los participantes son franceses residentes en Mallorca); y cuando en la primera frase del punto 3 de los Fundamentos de Derecho de la Resolución se alude a “soluciones propias del Reglamento en su concurrencia con conflictos interregionales” se está deslizándose una perspectiva que, siquiera terminológicamente, es incorrecta: el Reglamento no dice nada de los “conflictos interregionales”. Los conflictos interregionales no son objeto del Reglamento porque, simplemente, son situaciones meramente nacionales o internas³.

La Resolución inadmite de forma muy acertada la posición sostenida por el notario acerca de la supuesta vecindad civil de la donante/causante, algo inviable jurídicamente hablando al tratarse de una ciudadana extranjera, lo que le permite situar el problema de la identificación de la normativa balear (una vez constatada la competencia de la ley española) dentro del art. 36.2 del Reglamento (y no del 36.1, que sería el aplicable caso de que hubiera mediado efectivamente la existencia de dicha vecindad civil).

El debate (constitucional y conflictual) acerca del tercer escalón (Balears posee, como el País Vasco, una plurilegislación interna) y la competencia en relación a las técnicas normativas empleadas (en este caso, en el art. 50 de la Compilación Balear) mediante el recurso a las normas unilaterales de extensión supera el objetivo de este breve Comentario a la Resolución de la DGRN, pero en modo alguno puede servir de base para negar que los extranjeros puedan acogerse al pacto de definición previsto por la Compilación Balear en tal precepto cuando, como ocurre en el presente supuesto, según el propio Reglamento de sucesiones se aplique la normativa mallorquina como *lex successionis*.

Cabe recordar que el Reglamento ha determinado la aplicación de la normativa mallorquina por la vía de su art. 36.2, sin la intermediación de “las normas internas sobre conflicto de leyes españolas” (art. 36.1 del Reglamento). Lo ha hecho después de descartar el criterio de la vecindad civil como factor de selección de ley aplicable, por no ser operativo. Resucitarlo en este último escalón conflictual no parece guardar una coherencia en la solución normativa internacionalprivatista.

¿La conexión (residencia habitual) que da entrada a la aplicación del ordenamiento jurídico balear es válida solo de forma selectiva? ¿Por qué vale y es operativa para determinar la *lex sucesoria* y no ha de serlo para determinar la concreta aplicación de una institución del mismo ordenamiento balear? La respuesta dada por la Resolución de la DGRN muestra en cierto modo una suerte de anomalía conflictual.

³ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, nota 1, p. 65.

III. CONSIDERACIONES FINALES

La Resolución ahora comentada muestra de nuevo las negativas derivadas (en términos de inseguridad jurídica y tal vez de soluciones incoherentes) que emergen tras las carencias del sistema español de Derecho internacional privado en la dimensión de los conflictos internos, plasmada en la ausencia de un verdadero sistema español de Derecho interregional que atienda a la creciente complejidad jurídica derivada de nuestra pluralidad interna.

Todo ello permite realizar una reflexión centrada en la necesidad de que el legislador interno español, tanto el estatal como los vinculados a los diversos sistemas jurídicos civiles especiales que conviven en seno del ordenamiento español, atienda en sus futuros desarrollos normativos a la dimensión europea y pueda así encauzarse de forma armónica y coherente una acertada respuesta a la demanda de compatibilidad exigida a su vez por la creciente interacción de los diferentes bloques normativos en presencia en este sector de nuestra disciplina.

Este supuesto muestra de forma palmaria, y en línea con lo señalado de forma muy atinada por el prof. Albert Font Segura⁴, cómo la nota de internacionalidad de un supuesto litigioso en el que se cuestione conflictualmente la dimensión de la ley aplicable no elimina la pluralidad interna desde el punto de vista del sistema español, porque la determinación de cuál de los diferentes Derechos civiles españoles deba ser aplicado no es una cuestión que se plantee únicamente en supuestos interregionales sino que surge también y cada vez con más frecuencia en supuestos internacionales o intraeuropeos. De hecho, y frente a lo afirmado en la Resolución de la DGRN, no estamos ante un supuesto de Derecho interregional sino ante una situación privada internacional.

El sistema español de Derecho interregional requiere de una profunda renovación-actualización-modernización que permita superar las ineficientes respuestas de un sistema de conflictos de leyes interno que queda en la actualidad condicionado por el proceso de europeización del Derecho internacional privado. La actitud de inacción por parte del legislador estatal conduce a que la falta de solución conflictual efectiva (debido a la ausencia de un verdadero sistema de Derecho interregional español) o, dicho de forma más matizada, la inaplicabilidad de la respuesta prevista en tal sistema interno para todos aquellos casos en que el causante carezca de nacionalidad española y por tanto no ostente vecindad civil alguna activa el recurso a la aplicación de las soluciones previstas en tal Reglamento europeo.

La gran cuestión es o mantener una dualidad de sistemas o bien optar por la alternativa que permitiera una solución semejante⁵, tanto para los conflictos internos como para los

⁴ FONT SEGURA, A., "La pluralidad interna visita el reino del Derecho internacional privado. Comentario a la resolución de la Direcció General de dret i Entitas Juridiques de 18 de septiembre de 2006", *InDret*, nº 2, 2007, pp. 3-5.

⁵ Sobre la aplicación del Derecho catalán en los supuestos internacionales, entre otros: FORNER DELAYGUA, J. J., "La aplicación del Derecho catalán como Derecho español en los supuestos

internacionales⁶. Todo ello sobrevuela tras la cuestión abordada en esta Resolución de la DGRN ahora comentada.

internacionales”, FONT I SEGURA, A. (Ed.), *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, Atelier, Barcelona, 2011, pp. 101-110.

⁶ Entre otros, sobre esta cuestión puede verse: BORRÁS RODRIGUEZ, A., "El Derecho interregional: realidades y perspectivas", FLORENSA I TOMÁS, C.E. (Dir.) y FONTANELLAS MORELL, J. M., (Coord.), *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación*, Marcial Pons, Madrid, 2015, p. 555.

EL CONVENIO DE LA HAYA DE 2 DE JULIO DE 2019 SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ*

I. INTRODUCCIÓN

1. El pasado 2 de julio de 2019, la Conferencia de la Haya aprobó, en su vigésimo segunda Sesión Diplomática, el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil (“El Convenio”)¹. El Convenio tiene su origen en la propuesta presentada por Estados Unidos en 1992 de un “convenio doble”, i.e. con reglas sobre competencia judicial internacional (“CJI”) y reconocimiento y ejecución de decisiones, en materia civil y mercantil. Durante el período comprendido entre los años 1992 y 2001, las negociaciones avanzaron en esa dirección, hasta que los desacuerdos entre las distintas delegaciones en relación con algunos puntos clave –especialmente aquellos relativos a las reglas de competencia judicial internacional directa– impidieron que los trabajos culminaran con éxito. Como consecuencia de ello, los Estados optaron por considerar los dos aspectos (competencia judicial y reconocimiento) separadamente. El nuevo enfoque condujo, en primer lugar, a la aprobación del Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro de 2005 (“Convenio sobre Acuerdos de Elección” o “Convenio de 2005”)². El texto, que resulta de aplicación cuando el acuerdo de elección de foro es exclusivo, proporciona una solución paralela a la que ofrece el Convenio de Nueva York de 1958 en el ámbito del arbitraje internacional³.

2. Posteriormente, este nuevo enfoque de la Conferencia ha llevado a la aprobación del Convenio cuyo objeto se ciñe al reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, sin entrar en la competencia judicial internacional directa del tribunal de origen. El Convenio, como su propio preámbulo señala, pretende ser un complemento en materia de reconocimiento y ejecución al Convenio de 2005 para aquellos casos en los que las partes no hayan concluido un acuerdo de elección de foro, o éste no sea exclusivo. De hecho, aunque durante las negociaciones se consideró detenidamente su aplicación también en estos casos, finalmente se desechó para incentivar a los Estados a que ratifiquen ambos convenios conjuntamente.

* Catedrático de Derecho internacional privado, UAM (francisco.garcimartin@uam.es). Consultor de Linklaters.

¹ El texto, así como todos los documentos relativos a los trabajos preparatorios, puede consultarse en <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/specialised-sections/judgments>.

² *Vid.* el texto completo en <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=98>, Y el Informe Explicativo de Trevor Hartley y Masato Dogauchi, en <https://assets.hcch.net/docs/cf11c369-53a1-4cee-95b0-01c509ca1945.pdf>. Actualmente, son parte de este Convenio la Unión Europea, México, Montenegro y Singapur.

³ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958) (<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>).

3. El Convenio establece un “suelo” o estándar mínimo para asegurar el mutuo reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales entre los Estados parte. Como aclara su art. 15, con la excepción del foro de competencia exclusivo en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles, el Convenio no prejuzga el reconocimiento o la ejecución de sentencias extranjeras al amparo del Derecho interno (en esta relación, rige un *favor recognitionis*). A partir de aquí, y dentro de su ámbito de aplicación (*infra* II) el sistema que establece el Convenio descansa sobre dos piezas: (i) La obligación de reconocer y ejecutar las sentencias extranjeras si se satisface alguna de las reglas de CJI indirecta que establecen los arts. 5 y 6 del Convenio (*infra* III); y (ii) la excepción a esta obligación si la sentencia extranjera incurre en alguna de las causas de denegación del reconocimiento que se establecen en los arts. 7 y 8 (*infra* IV)⁴. El Convenio se completa con algunas reglas secundarias, cláusulas generales y finales (*infra* V).

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

4. Como es natural, el Convenio se aplica al reconocimiento y ejecución en un Estado contratante de sentencias dictadas en otro Estado contratante, esto es, se aplica sólo *inter partes*⁵. Su ámbito de aplicación material está parcialmente inspirado en el Convenio sobre Acuerdos de Elección, aunque es más amplio que este último pues, por ejemplo, cubre contratos de consumo y de trabajo. En principio, el Convenio se aplica en materia civil y mercantil (art. 1), pero con una larga lista de excepciones recogidas en el art. 2. No se aplica, por ejemplo, en materia de contratos de transporte, difamación, vulneraciones del derecho a la intimidad o propiedad industrial. Esta lista se ha ido progresivamente engrosando durante el proceso negociador debido a la reticencia de muchos Estados a obligarse a reconocer sentencias extranjeras en sectores particularmente sensibles para ellos. Además, los Estados contratantes pueden excluir del ámbito de aplicación, por vía de declaración, determinadas materias adicionales (art. 18). Al igual que otras normas del Convenio, esta previsión funciona como una suerte de “válvula de escape” para los Estados, que tiene como objetivo facilitar su ratificación.

5. El Convenio define el término “resolución” o “sentencia” (la versión en castellano no es aún definitiva⁶) en los mismos términos que el Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro. De acuerdo con el art. 3 (1) (b), son resoluciones/sentencias todas las decisiones dictadas por un tribunal que resuelvan una cuestión de fondo, con independencia de su denominación, incluidas aquellas en las que se liquiden las costas cuando la resolución sobre el fondo sea susceptible de reconocimiento conforme al Convenio. En principio,

⁴ La diferencia entre condiciones o presupuestos del reconocimiento (fundamentalmente, que el Convenio sea aplicable y se satisfaga alguno de los criterios de CJI indirecta) y causas de denegación de este reconocimiento es muy relevante para fijar las reglas sobre alegación y prueba en el trámite de *exequatur*.

⁵ *Vid.* art. 1 (2) del Convenio. No obstante, el art. 29 establece un mecanismo de “veto bilateral”: un Estado parte puede rechazar la aplicación del Convenio *vis à vis* otro Estado parte, por ejemplo, si entiende que éste último no posee un sistema judicial con suficientes garantías de imparcialidad. Aunque fue una de las cuestiones que más división provocó durante el proceso negociador, esta cláusula se supone que facilitará el éxito del Convenio ya que los Estados estarán más dispuestos a ratificarlo si disponen de esa salvaguarda.

⁶ De hecho, entre los Estados hispanohablantes hay diferencias sobre cuál debe ser la traducción correcta del término “*judgment*”.

incluye sentencias constitutivas, mero-declarativas y de condena, pecuniarias, de hacer o no hacer⁷. Y también decisiones no firmes que tienen fuerza provisionalmente ejecutiva conforme a la ley del Estado de origen, pero se prevé que el tribunal del Estado requerido pueda (“*may*”) posponer o denegar esta ejecución. Las decisiones sobre medidas cautelares o provisionales, por el contrario, no se consideran sentencias y no son, pues, reconocibles ni ejecutables conforme al Convenio.

III. REGLAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL INDIRECTA

6. Las reglas de CJI indirecta que establece el Convenio funcionan como presupuesto de la obligación de reconocimiento recíproco de las resoluciones judiciales. Sólo las sentencias dictadas en el Estado de origen que satisfagan alguno de los criterios de CJI recogidos en los arts. 5 o 6 circulan de acuerdo con las normas del Convenio. Por eso se suelen calificar estos preceptos como “filtros jurisdiccionales”. Son reglas de CJI indirecta y por consiguiente, funcionan con independencia de la regla de CJI aplicada por el juez de origen. Aunque esta competencia se hubiese afirmado sobre la base de un criterio exorbitante (por ejemplo, la nacionalidad del actor), si se satisface el estándar convencional, la resolución judicial se reconocerá y ejecutará conforme al Convenio salvo que incurra en alguno de los motivos de denegación que recogen los arts. 7 u 8⁸.

7. El art. 5 (1) establece un catálogo o lista cerrada de trece filtros de competencia indirecta, que representan el mínimo común denominador aceptado universalmente. Estos trece filtros se pueden reconducir a tres categorías tradicionales: aquellos que establecen la competencia sobre la base de la relación entre el demandado y el territorio del Estado de origen (por ejemplo, su residencia habitual), aquellos que lo hacen sobre la base de la autonomía de la voluntad, i.e. sumisión expresa o tácita, y los que atienden a la relación del litigio con el Estado de origen (por ejemplo, el lugar de cumplimiento de la obligación contractual que sirve de base a la demanda o el lugar de localización del hecho dañoso)⁹. El art. 5 (2) reduce la aplicación de ese listado cuando se trata de consumidores o trabajadores; y el art. 5 (3) establece una regla especial para los contratos de arrendamiento sobre bienes inmuebles. Por su parte, el art. 6 establece una regla de CJI indirecta exclusiva y excluyente en materia de derechos reales sobre bienes inmuebles.

⁷ Merece la pena señalar que la inclusión de las resoluciones judiciales de hacer o no hacer no ha sido absolutamente pacífica pues es ajena a la tradición de algunos Estados del *common law*.

⁸ Por cierto, no debe dejarse pasar la ocasión para deshacer un error bastante común. Lo mismo sucede con el Convenio de 2005, esto es, se aplicará este Convenio al reconocimiento y ejecución de una sentencia dictada por los tribunales de un Estado contratante elegido por las partes aunque la competencia del juez de origen no se hubiese basado en la propia cláusula de jurisdicción (incluso, por ejemplo, aunque se hubiese basado en una conexión exorbitante, que por existencia de la cláusula *de facto* no lo es).

⁹ Por razones de espacio no se puede analizar en detalle el contenido de cada uno de estos filtros, ni de su –en algún caso, curiosa– formulación. Como en otros textos de la Conferencia, a estos efectos resultará imprescindible la lectura del Informe Explicativo del Convenio.

IV. MOTIVOS DE DENEGACIÓN DEL RECONOCIMIENTO

8. Si estamos dentro del ámbito de aplicación del Convenio y se satisface alguno de los criterios de CJI indirecta que establece, la resolución judicial extranjera deberá reconocerse y ejecutarse, salvo que concurra causa de denegación que se recogen en el art. 7. Es un elenco de máximos, pero no de mínimos. No se puede denegar el reconocimiento por motivos distintos de los ahí enunciados, pero sí cabe excluir alguno o incrementar la exigencia del estándar convencional. El art. 7 del Convenio establece una lista de siete motivos que pueden (“*may*”) conducir a la denegación del reconocimiento y ejecución. Esta previsión está dirigida a los Estados, que son libres, por ejemplo, de adoptar solo algunos de los motivos, exigir el reconocimiento en otros o añadir criterios que regulen la discrecionalidad de sus tribunales.

9. Los motivos de no reconocimiento, que replican en gran medida los del Convenio de Acuerdos de Elección, se pueden clasificar en tres grupos. En primer lugar, los que atienden al proceso seguido en el Estado de origen (art. 7.1 (a), (b) y (d)). Ahí se encuadra la denegación de reconocimiento por defectos en la notificación de la demanda o documento equivalente (a), por fraude procesal (b) o por violación de un acuerdo de elección de foro (d). La defensa basada en el fraude que, desde la perspectiva europea se puede subsumir en el orden público, se configura en el Convenio como un motivo de denegación autónomo, como es habitual en los sistemas de *common law*. En segundo lugar, los párrs. (c) y (e) del art. 7.1 se refieren a los efectos de la sentencia en el Estado requerido: cabe denegar el reconocimiento en caso de manifiesta incompatibilidad con su orden público o cuando exista una sentencia inconciliable del Estado requerido entre las mismas partes¹⁰. El art. 7 (2), por su parte, permite denegar el reconocimiento de una sentencia extranjera cuando exista un litigio pendiente en el Estado requerido entre las mismas partes y con la misma causa. Para ello deben concurrir dos condiciones. De un lado, que la demanda se hubiera formulado en el Estado requerido antes que en el Estado de origen. Y de otro, que exista un vínculo estrecho entre el litigio y el Estado requerido. Por último, la letra (f) del art. 7 (1) prevé la denegación de reconocimiento cuando existe otra sentencia anterior, dictada por otro Estado (independientemente de que este sea un Estado contratante) entre las mismas partes y con el mismo objeto y causa, que sea susceptible de reconocimiento en el Estado requerido. El Convenio no prejuzga cómo debe resolverse el conflicto entre una sentencia dictada en otro Estado parte y un laudo arbitral (o una simple cláusula arbitral).

10. El art. 8 recoge un motivo adicional de denegación del reconocimiento, inspirado también en el Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, cuando la decisión a título principal se haya basado, como cuestión previa, en una materia que está excluida del ámbito de aplicación del Convenio o sobre la que tendrían competencia exclusiva los tribunales de un Estado distinto al de origen.

¹⁰ En relación con el motivo de orden público, nótese que este Convenio, al igual que el de Acuerdos de Elección, regula separadamente la posibilidad de que el Estado requerido no reconozca resoluciones en las que se otorguen daños que vayan más allá de la compensación del daño sufrido, i.e. daños punitivos (art. 10). Por tanto, este motivo de denegación no se subsume en el orden público.

V. OTRAS CUESTIONES

11. El Convenio incluye muchos otros preceptos que se ocupan de las cuestiones habituales en este tipo de instrumentos. Ninguno resulta particularmente sorprendente o llamativo¹¹. Y lo mismo puede decirse de las cláusulas generales y finales. Muchas de estas, y en particular las declaraciones previstas por los arts. 18 y 19, que permiten excluir la aplicación del Convenio en determinadas materias o en relación a resolución judiciales en los que el Estado sea parte, no tiene más intención que conceder cierta flexibilidad en la aplicación del Convenio y en este sentido facilitar su ratificación por los Estados. Otro tanto sucede con el art. 29 que, como hemos apuntado ya, prevé una suerte de “veto” bilateral.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

12. No se oculta que el resultado final puede ser algo frustrante, sobre todo si se compara con el texto del que arrancaron las negociaciones. Por un lado, su ámbito material se ha ido adelgazando progresivamente hasta acabar dejando fuera cuestiones tan relevantes como la propiedad industrial o, en gran medida, los daños derivados de prácticas anti-competitivas. A esto se le añade la posibilidad de ampliar el perímetro de materias excluidas mediante declaración unilateral de los Estados parte. Y, por otro lado, los foros de CJI indirecta que establece el Convenio, y que determinan el conjunto de resoluciones judiciales que se van a beneficiar de él, también resultan excesivamente restrictivos. Muchos van a ser escasamente útiles en la práctica. Por eso, quizás suenen exageradas algunas de las celebraciones que se han hecho sobre este instrumento y está por ver el éxito que vaya a tener.

13. El resultado, no obstante, es hijo de la realidad. Por diversos motivos, y entre ellos, la politización que han experimentado las negociaciones de los textos de Dopr durante los últimos años¹², cada vez es más difícil encontrar consensos universales en estas materias. La cara positiva es que el Convenio, fruto de este consenso, culmina un trabajo de muchos años. Y como se suele decir, la política no es el arte de lo deseable, sino de lo posible.

¹¹ Si hay que escoger alguno, quizás debe apuntarse al art. 13 (2) que descarta la posibilidad de denegar el reconocimiento o la ejecución invocando una suerte de *forum non conveniens* (vid. art. 22 octies (3) II *in fine* LOPJ).

¹² Vid., por ejemplo, MANKOWSKI, P., *Interessenpolitik und europäisches Kollisionsrecht – Rechtspolitische Überlegungen zur Rom I- und Rom II-Verordnung*, 2011, *passim*.

PROBLEMAS DE ARTICULACIÓN DEL REGLAMENTO 4/2009 CON EL REGLAMENTO 2201/2003. NOTA A LA SENTENCIA DEL TJUE DE 5 DE SEPTIEMBRE DE 2019, C-468/18, R y P

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ*

I. INTRODUCCIÓN

La Sentencia del TJUE de 5 de septiembre de 2019, C-468/18, R y P¹ se dicta a raíz de una cuestión prejudicial planteada por la Judecătoria Constanța (Tribunal de Primera Instancia de Constanza, Rumanía), mediante Resolución de 11 de julio de 2018, en relación con la interpretación del art. 3, letras c) y d), y del art. 5 del Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos². Esta petición se suscita en el marco de un litigio relativo al divorcio de R y P, nacionales rumanos, que han residido en Belfast (Reino Unido) hasta el momento de su separación, donde también ha nacido su hija, menor de edad. Al separarse, la madre siguió residiendo en Belfast con la hija y el padre volvió a Rumanía.

La duda interpretativa se suscita cuando la madre plantea una demanda de divorcio en Rumanía, solicitando también en relación con la menor una serie de medidas vinculadas a la responsabilidad parental, así como una pensión de alimentos. La Judecătoria Constanța se declaró competente para conocer de la demanda de divorcio en base al art. 3.1.b) del Reglamento 2201/2003, pues ambos cónyuges eran de nacionalidad rumana (apdo. 21). En relación con las cuestiones de responsabilidad señaló que carecía de competencia, pues la menor residía en el Reino Unido y no se cumplían los requisitos para la prórroga de competencia previstos en el art. 12.1 del Reglamento 2201/2003, al haber impugnado el padre la competencia de este órgano jurisdiccional (apdo. 23). Y la duda surgió en relación con la competencia para conocer de la petición en materia de alimentos.

La Judecătoria Constanța se preguntó si conforme a la Sentencia del TJUE de 16 de julio de 2015, A, podía entenderse que cuando un órgano jurisdiccional es competente para pronunciarse sobre la disolución del matrimonio de los progenitores de un menor y otro órgano jurisdiccional es competente para resolver las cuestiones de responsabilidad parental respecto a ese menor, sólo corresponde a éste último pronunciarse sobre la obligación de alimentos que se solicita a favor del menor (apdo. 25). Esta duda se relaciona con el art. 3 del Reglamento 4/2009, que en su apdo. a) designa como competente al órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tiene su residencia habitual, y en su apdo. d) al órgano jurisdiccional que es competente para conocer de la cuestión de responsabilidad parental. La cuestión prejudicial también se extendió al art.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado de la Universidad de Sevilla.

¹ ECLI:EU:C:2019:666.

² DO L 7 de 10.1.2009.

5 del Reglamento 4/2009, que determina la competencia del órgano jurisdiccional ante el que comparece el demandado sin proponer una excepción de incompetencia, dado que así sucedió en el procedimiento separado que se abrió con respecto a los alimentos (apdo. 24).

II. EL SISTEMA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN EL MARCO DEL REGLAMENTO 4/2009

1. Presentación general del sistema

La regulación de la competencia judicial internacional en el marco del Reglamento 4/2009 representa una evolución con respecto a la normativa anterior, que desde hace tiempo venía ocupándose de esta materia. El Reglamento 4/2009 se refiere en su Considerando 15 al Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, para marcar su evolución con respecto a esta norma, pero bien podría haberse remontado aún más en el tiempo, mencionando también el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Este origen, que tiene como consecuencia curiosa que el Reglamento 4/2009 también se aplique en Dinamarca³, está muy presente en su estructura de foros de competencia judicial internacional, que, como veremos, sigue funcionando de forma similar a como lo hacía en la normativa anterior. Se introducen algunas modificaciones, aconsejables cuando se trata de un Reglamento referido específicamente a los alimentos, y también algunas novedades en línea con el mayor protagonismo de la Unión Europea en las relaciones jurídicas conectadas con terceros Estados. Vamos a presentar brevemente su estructura de foros⁴.

En el art. 4 se regula el acuerdo de sumisión expresa, con objeto de favorecer la seguridad jurídica, la previsibilidad y la autonomía de las partes, que tendrá carácter exclusivo salvo pacto en contrario. No obstante, dada la materia a la que se refiere el Reglamento 4/2009, no tendría mucho sentido permitir una libertad ilimitada en cuanto al tribunal elegible, y ello lleva a requerir unos determinados factores de vinculación (Considerando 19), que

³ Se aplica parcialmente de conformidad con el art. 3.2 del Acuerdo de 19 de octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 149 de 12.6.2009.

⁴ Para un análisis más amplio, que tenga en cuenta también el art. 8 sobre límites de los procedimientos y las normas reguladoras de los problemas de aplicación, *vid.* ALVAREZ GONZÁLEZ, S., “El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas”, *Diario La Ley*, n° 7230, 31 de julio de 2009, pp. 1 y ss.; POCAR, F. y VIARENGO, I., “Il Regolamento (CE) N° 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n° 4, 2009, pp. 805 y ss.; RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.^a A., “La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 19, 2010, pp. 9 y ss.

se concretan en el propio art. 4. Asimismo, y como medida de cautela ligada también a la materia regulada, se establece que los acuerdos de elección de foro no serán aplicables a los litigios relativos a la obligación de alimentos respecto de un menor de edad inferior a 18 años. Junto al foro de la sumisión expresa el de la sumisión tácita del art. 5, donde se prevé que, independientemente de los casos en los que la competencia resulte de otras disposiciones del Reglamento 4/2009, será competente el órgano jurisdiccional del Estado miembro ante el que comparezca el demandado.

Además de los foros basados en la autonomía de la voluntad, el Reglamento 4/2009 ofrece una serie de foros alternativos, similares a los previstos en la normativa anterior (art. 2 y 5.2 del Convenio de Bruselas de 1968 y Reglamento 44/2001), con la peculiaridad de que ahora se recogen en un único precepto. Conforme al art. 3 será competente: a) el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual, o b) el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su residencia habitual, o c) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa al estado de las personas, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes, o d) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes. Como se puede observar, donde la normativa anterior hablaba del domicilio del demandado o del acreedor de alimentos, ahora se prefiere recurrir al concepto de residencia habitual, en línea con los demás Reglamentos que la Unión Europea ha adoptado en el sector del Derecho de familia⁵. Por otra parte, con anterioridad se hacía referencia únicamente al órgano jurisdiccional competente para conocer de una demanda relativa al estado de las personas, y ahora se contempla también, como se ha visto, al órgano jurisdiccional competente para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental⁶.

Un aspecto novedoso del Reglamento 4/2009 con respecto al Convenio de Bruselas de 1968 y al Reglamento 44/2001 es que para su aplicación deja de ser relevante el hecho de que el demandado tenga su residencia habitual en un Estado miembro⁷, lo cual se conecta

⁵ Contamos ya con una abundante jurisprudencia del TJUE sobre el concepto de residencia habitual en relación con el Reglamento 2201/2003, a la que puede acudir para precisar también el concepto de residencia habitual en el marco del Reglamento 4/2009: Sentencia de 2 de abril de 2009, C-523/07, *A*, ECLI:EU:C:2009:225; Sentencia de 22 de diciembre de 2010, C-497/10 PPU, *Mercredi*, ECLI:EU:C:2010:829; Sentencia de 9 de octubre de 2014, C-376/14 PPU, *C y M*, ECLI:EU:C:2014:2268; Sentencia de 15 de febrero de 2017, C-499/15, *W, V y X*, ECLI:EU:C:2017:118; Sentencia de 8 de junio de 2017, C-111/17 PPU, *OL y PQ*, ECLI:EU:C:2017:436; Sentencia de 28 de junio de 2018, C-512/17, *HR*, ECLI:EU:C:2018:513; y Sentencia de 17 de octubre de 2018, C-393/18, *UD y XB*, PPU, ECLI:EU:C:2018:835.

⁶ Se trata de una precisión adicional, conveniente a efectos de evitar dificultades interpretativas sobre su relación con el Reglamento 2201/2003, pero que no viene a modificar la situación anterior. De hecho, el Reglamento 2201/2003 indica en su Considerando 11 que los órganos jurisdiccionales competentes tendrán generalmente competencia para pronunciarse en materia de obligaciones alimentarias, en aplicación de lo dispuesto en el art. 5.2 del Reglamento 44/2001.

⁷ Como muestra la Sentencia del TJUE de 18 de diciembre de 2014, C-400/13 y C-408/13, *Sanders y Huber* (ECLI:EU:C:2014:2461), que en uno de los asuntos acumulados a propósito de la interpretación del art.

con la incorporación de un foro subsidiario basado en la nacionalidad de las partes implicadas, al que podrá acudir cuando de los preceptos anteriores no se deduzca la competencia de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro⁸, con el fin de excluir toda remisión a las reglas de competencia del Derecho nacional (Considerando 15). El Reglamento 4/2009 inició con ello una tendencia, que después se ha seguido en los Reglamentos 650/2012, 2016/1103 y 2016/1104, pero que sin embargo no se ha consolidado con carácter general, dado que no se sigue en el Reglamento 1215/2012, ni tampoco en el recientemente aprobado Reglamento 2019/1111. Se completa el sistema de foros del Reglamento 4/2009 con la incorporación de un foro de necesidad en el art. 7, para casos excepcionales en que no resultaran competentes los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro y hubiera dificultades muy justificadas para iniciar el procedimiento en un tercer Estado (Considerando 16).

2. Su aplicación en la Sentencia objeto de análisis

La duda que lleva a plantear la cuestión prejudicial en la Sentencia objeto de análisis puede decirse que está más conectada con las consecuencias que derivan de aplicar los foros del Reglamento 4/2009 en concurrencia con el Reglamentos 2201/2003, que con lo que es propiamente el funcionamiento de las normas reguladoras de la competencia judicial internacional en el marco del Reglamento 4/2009.

Como se refleja en el texto de la Sentencia, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, cómo debe interpretarse el art. 3, apdos. a) y d), y el art. 5 del Reglamento 4/2009, cuando ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro se han ejercitado tres acciones conjuntas relativas al divorcio de los progenitores de una menor, a la responsabilidad parental y a la obligación de alimentos respecto de esta menor, resultando que este órgano jurisdiccional es competente para conocer del divorcio y la obligación de alimentos, pero no para la cuestión de responsabilidad parental. En el primer epígrafe ya tuvimos oportunidad de reflejar las circunstancias fácticas del caso que llevaban a este resultado.

Pues bien, el TJUE se refirió al tenor literal del art. 3 del Reglamento 4/2009, para subrayar que se recurre a la conjunción disyuntiva “o” después de la presentación de cada uno de los foros de competencia judicial internacional, con el fin de reflejar que tienen entre sí una relación de alternatividad (apdo. 29). El TJUE, en su Sentencia de 16 de julio de 2015, C-184/14, A⁹, ya había tenido ocasión de referirse a la alternatividad de estos foros (apdo. 34), pero haciendo en su apdo. 43 una afirmación que está quizás en el origen de la duda que ahora se resuelve. Concretamente, se decía que el juez competente para

3.b) del Reglamento 4/2009, se refiere a la reclamación de alimentos que presenta una acreedora con residencia habitual en Alemania contra su marido residente en Barbados (apdo. 13).

⁸ La aplicación del foro subsidiario se ve limitada por la posible competencia de los tribunales de un Estado parte en el Convenio de Lugano. Sobre la difícil articulación del Reglamento 4/2009 con este Convenio, *vid.* MASEDA RODRÍGUEZ, J., “Obligaciones alimenticias: interacción entre los instrumentos comunitarios y el Convenio de Lugano”, *Direito*, Vol. 27, 2018, pp. 9 y ss.

⁹ ECLI:EU:C:2015:479. Nota de CORDERO ÁLVAREZ, C.I., *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 68, núm. 1, 2016, pp. 178 y ss.; VARA PARRA, J., “Una reflexión sobre el alcance del foro de accesoriadad”, *La Ley. Unión Europea*, núm. 31, de 30 de noviembre de 2015.

conocer de las acciones relativas a la responsabilidad parental es quien se halla en mejor situación para apreciar *in concreto* las consecuencias de una demanda relativa a una obligación de alimentos a favor de un hijo, y para fijar el importe de dicha obligación, adaptándolo, según la modalidad de custodia establecida, el derecho de visita, la duración de dicho derecho y los demás elementos de carácter fáctico relativos al ejercicio de la responsabilidad parental de los que dicho juez tenga conocimiento. Pero hay que tener en cuenta que tal afirmación se realizó en un contexto en el que se trataba de dilucidar si cuando se piden alimentos con carácter accesorio a una acción sobre responsabilidad parental debe acudir al art. 3.d), o si puede acudir también al 3.c). No se refería a la operatividad con carácter alternativo del resto de foros de competencia judicial internacional, y en nuestro caso, del foro de la residencia habitual del demandado del art. 3.a), tal como se refleja en la Sentencia que comentamos (apdo. 40)¹⁰.

Por otra parte, el art. 5 del Reglamento 4/2009 consagra el foro de la sumisión tácita, que es aplicable con independencia de los casos en los que la competencia resulte de otras disposiciones del Reglamento. Tal como se señala en el texto de la Sentencia, dicho precepto prevé un criterio de competencia judicial internacional aplicable por defecto, en particular, si los foros del art. 3 del Reglamento no se cumplen (apdo. 32). En estas circunstancias, el hecho de que el demandado hubiera comparecido o no en la pretensión relativa a los alimentos era irrelevante, pues el órgano jurisdiccional rumano ya era competente en virtud del art. 3.a) del Reglamento 4/2009. En el caso de que hubiera comparecido con la intención de impugnar la competencia de estos órganos jurisdiccionales, tal como hizo con las cuestiones de responsabilidad parental, la solución no habría cambiado.

En definitiva, el funcionamiento de los foros del Reglamento 4/2009 es claro y así se refleja en el texto de la Sentencia. Cuestión distinta es el resultado que se produce y que es el que entendemos que lleva a plantear la cuestión prejudicial.

III. LA ARTICULACIÓN DEL REGLAMENTO 4/2009 CON EL REGLAMENTO 2201/2003

Cuando surge una crisis matrimonial, en la que también hay que tomar decisiones sobre responsabilidad parental y alimentos respecto de los hijos comunes de la pareja, resulta conveniente un cuidadoso análisis previo de dónde quiere plantearse la demanda a efectos de no incurrir en un problema de dispersión del pleito¹¹, tal como sucede en la Sentencia que analizamos. Por una parte, el Reglamento 2201/2003 nos ofrece un amplio listado de foros alternativos en su art. 3, y entre ellos el foro de la nacionalidad común de los cónyuges, al que pueden estar muy tentados de acudir quienes viven en otros Estados

¹⁰ A la posibilidad de acudir a foros distintos del art. 3.d) para conocer de la pretensión de alimentos, cuando el tribunal no sea competente para conocer de la responsabilidad parental, ya se había referido el TJUE en sus Autos de 16 de enero de 2018, C-604/17, *PM* (apdo. 33), no publicado, ECLI:EU:C:2018:10, y de 10 de abril de 2018, C-85/18 PPU, *CV* (apdo. 55), ECLI:EU:C:2018:220.

¹¹ Sobre este problema *vid.* SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.^a A., *El divorcio internacional en la Unión Europea (jurisdicción y ley aplicable)*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pp. 44 y ss.

miembros, con el fin de resolver la crisis familiar en su país de origen. Pero ello debe conjugarse con la rigidez del art. 8 del mismo Reglamento, que para las cuestiones de responsabilidad parental ordena acudir a los órganos jurisdiccionales del lugar de residencia habitual del menor, a menos que haya un entendimiento entre los cónyuges en el sentido del art. 12, para que conozcan los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro, si no quiere dependerse del complejo mecanismo de remisión a los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro mejor situados para conocer del asunto del art. 15, siempre que se dieran las circunstancias para su aplicación, con el que probablemente los jueces no estarán muy familiarizados. En definitiva, que en una situación de falta de entendimiento entre los cónyuges conviene atender prioritariamente al lugar de residencia habitual del menor si quiere evitarse la dispersión del pleito, pues normalmente en dicho lugar será operativo alguno de los foros en materia matrimonial y alimentos del art. 3, tanto del Reglamento 2201/2003 como del Reglamento 4/2009.

La dispersión del pleito puede generarse de forma consciente¹². El hecho de plantear la demanda en un Estado miembro u otro puede obedecer, además de a razones prácticas relacionadas con el idioma o los costes del procedimiento, a razones de carácter jurídico. Tanto en el texto de la Sentencia (apdos. 46-47), como más ampliamente en las Conclusiones del Abogado General M. Szpunar (apdos. 65-73)¹³, se insiste en razones de conveniencia jurídica relacionadas con la ley aplicable o con el deseo de evitar trámites de reconocimiento y ejecución, entre otros aspectos, para tratar de justificar que la competencia de unos órganos jurisdiccionales distintos de los que conocen de la responsabilidad parental puede responder al interés superior del menor. Pero no dudamos que la dispersión del pleito puede ser el resultado también de la falta de un adecuado conocimiento de los Reglamentos de la UE aplicables en la materia.

Para estos casos se pone de manifiesto la conveniencia de un mecanismo flexibilizador que permita al juez competente cierta libertad para transferir el conocimiento del asunto a otro órgano jurisdiccional mejor situado. El art. 15 del Reglamento 2201/2003, al que antes nos referíamos, permite, excepcionalmente, que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro competente para conocer de la cuestión de responsabilidad parental pueda, si considera que el órgano jurisdiccional de otro Estado miembro con el que el menor tenga una vinculación especial está mejor situado para conocer del fondo del asunto, y siempre que ello responda al interés superior del menor, suspender el conocimiento del asunto e invitar a las partes a presentar la demanda ante un órgano jurisdiccional de ese Estado. A esta segunda posibilidad parece referirse de hecho implícitamente el texto de la Sentencia objeto de análisis, cuando señala que el progenitor podría desear, conforme al interés superior del menor, retirar su pretensión inicial en materia de obligaciones de alimentos, con el fin de que el juez competente en materia de responsabilidad parental sea también competente para pronunciarse sobre los alimentos

¹² Como señala GONZÁLEZ BEILFUSS, C., la concentración del litigio no se erige como un valor absoluto, sino que es una opción que se deja en manos del demandante, “La nulidad, separación y divorcio en el Derecho internacional privado español: cuestiones de competencia judicial internacional y ley aplicable”, *Cursos de Derecho internacional y Relaciones internacionales de Vitoria Gasteiz 2011*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 166.

¹³ Conclusiones presentadas el 29 de julio de 2019, C-468/18, *R contra P*, ECLI:EU:C:2019:649.

(apdo. 49). Pues bien, en lugar de esta sugerencia que se hace a las partes, y cuya puesta en práctica puede plantear problemas de articulación procesal en los Estados miembros, una disposición similar a este art. 15 en el marco del Reglamento 4/2009, que permitiera al juez un mayor margen de iniciativa, considerando siempre el interés superior del menor, podría tenerse en cuenta en una futura revisión de este Reglamento.

EL ÁMBITO TERRITORIAL DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL ENTORNO DE INTERNET (A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DEL TJUE DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2019, C-507/17, *GOOGLE*, Y DE 3 DE OCTUBRE DE 2019, C-18/18, *GLAWISCHNIG-PIESCZEK*)

AURELIO LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ*

I. INTRODUCCIÓN

Resulta paradójico que, en un mundo analógico dividido en una pluralidad de Estados resulte cada vez más habitual que los humanos nos relacionemos en un entorno digital que, por definición, es global y donde las fronteras no existen. A pesar de ello, estas actividades se siguen regulando por Estados que ejercen su potestad jurisdiccional y legislativa dentro de territorios delimitados por fronteras físicas, circunstancia que genera evidentes problemas.

Una de las materias en la que estos problemas regulatorios se ponen claramente en evidencia es la de la vulneración de los derechos de la personalidad. Ello es consecuencia de la aparición de nuevos sistemas de comunicación que permiten la divulgación de la información a nivel mundial y con carácter inmediato (blogs, redes sociales, whatsapp, etc.). Más aún cuando, como se puede observar a diario, estos medios de comunicación son capaces tanto de encumbrar a una persona al estrellato mundial (piénsese en Rosalía) cuanto de llevarlo al ostracismo como consecuencia de una *fake news*, una “posverdad” o un “discurso del odio”.

En vista del carácter internacional que reviste la vulneración de derechos de la personalidad cometidas por estos medios – ya sea porque la persona o medio de comunicación que publica la información vulneradora está domiciliado en un país extranjero, o porque los efectos de dicha vulneración se dejan sentir en una pluralidad de Estados – la resolución de esos problemas regulatorios mencionados pasa por una aplicación de la normativa de Derecho internacional privado (en adelante DIPr) que garantice una adecuada protección de los intereses en presencia pero sin que ello implique la imposición de soluciones frente a otros Estados con los que la situación puede estar conectada.

Ahora bien, a las dificultades que implican los sistemas de comunicación utilizados se les unen las importantes diferencias existente de un ordenamiento a otro en relación con la concepción de los derechos de la personalidad, el catálogo de derechos existentes y los

* Profesor Titular de Derecho internacional privado (Universidad de Alicante), aurelio.lopez@ua.es. Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación PROMETEO/2018/088 «El mercado único digital para Europa. Aspectos de derecho privado» (Conselleria d'Educació, Investigació, Cultura i Esport de la Generalitat Valenciana). Todas las páginas web de referencia han sido consultadas por última vez el 14 noviembre de 2019.

mecanismos para su protección¹. Incluso a nivel europeo, la importante labor llevada a cabo por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la relación entre los derechos de la personalidad de los particulares (intimidad, honor, vida privada), por un lado, y del derecho a la libertad de expresión e información del público en general, por otro, no ha sido suficiente para reducir esas diferencias legislativas². Además, no debemos olvidar dos factores que están llevando a replantear la posición que los derechos de la personalidad juegan en la sociedad actual y que puede provocar la aparición de mayores diferencias en su protección: la “banalización” que se está produciendo de los derechos de la personalidad en estos sistemas de comunicación, en particular por los jóvenes, más propensos a divulgar información personal; y la generalización del recurso por parte de los operadores económicos y las administraciones públicas a sistemas de análisis de datos personales basados en herramientas de inteligencia artificial en los que resulta difícil conocer y entender las implicaciones que tales tratamientos tienen para los derechos de la personalidad de los afectados.

Estas dificultades han provocado que, en los últimos años, el TJUE haya tenido que conocer de numerosas cuestiones prejudiciales relativas a la competencia judicial internacional (SSTJUE de 15 de marzo de 2012, C-292/10, *Cornelius de Visser*³, de 25 de octubre de 2011, C-509/09, *eDate Advertising* y C-161/10, *Martinez*⁴, y de 17 de octubre de 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen*⁵) y, más recientemente, al Derecho aplicable (SSTJUE de 24 de septiembre de 2019, C-507/17, *Google*⁶, y de 3 de octubre de 2019, C-18/18, *Glawischnig-Piesczek*⁷) a las acciones por vulneración de derechos de la personalidad en el entorno digital.

Es precisamente a estas dos últimas decisiones a las que va dirigido el presente comentario. Ambas tienen en común que están referidas a la determinación del ámbito de aplicación espacial de medidas destinadas a proteger un derecho de la personalidad. La primera, *Google*, está referida al derecho de supresión de datos personales (derecho al olvido) recogido actualmente en el art. 17 del Reglamento 2016/697 general de protección de datos personales (en adelante RGDP); la segunda, *Glawischnig-Piesczek*, a una medida cautelar de supresión de una información difamatoria adoptada en atención al art. 15 de la Directiva 2000/31 de comercio electrónico (en adelante D. 2000/31).

¹ HESS, B., “The Protection of Privacy in the Case Law of the CJEU”, en HESS, B / MARIOTTINI, C. M. (Eds.), *Protecting Privacy in Private International and Procedural Law and by Data Protection*, Nomos, Baden-Baden, 2015, pp. 81 y ss, esp. 88; CARRASCOSA GONZALEZ, J., “The Internet - Privacy and Rights relating to Personality”, *Recueil des Cours*, vol. 378, 2016, pp. 263 y ss., esp. 322-327.

² ALVAREZ RUBIO, J. J., “Jurisdicción competente y ley aplicable en materia de difamación y protección de los derechos de la personalidad”, *AEDIPr*, vol. 11, 2011, pp. 89 y ss.; TORRALBA MENDIOLA, E., “La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo”, *InDret*, 1/2012, pp. 1 ss.

³ ECLI:EU:C:2012:142.

⁴ ECLI:EU:C:2011:685.

⁵ ECLI:EU:C:2017:766.

⁶ ECLI:EU:C:2019:772.

⁷ ECLI:EU:C:2019:821.

Si algo ponen en evidencia ambas decisiones es la complejidad que entraña la adopción de una solución enteramente satisfactoria que aporte seguridad jurídica; circunstancia que se pone particularmente de relieve por la, a mi modo de ver, insuficiente explicación que la sentencia *Google* ofrece de la relación de la solución propuesta con el Reglamento 2018/302 sobre bloqueo geográfico (en adelante R. 2018/302).

II. EL ÁMBITO ESPACIAL DE APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD: SOLUCIONES DIFERENTES PERO NO CONTRADICTORIAS

1. La aplicación de la normativa sobre el derecho al olvido en el territorio de la Unión Europea

Se ha afirmado en la “blogosfera” que las soluciones aportadas en las sentencias *Google* y *Glawischnig-Piesczek* son contradictorias⁸. A mi modo de ver, ello no es así: si bien las soluciones son diferentes, ello no significa que sean contradictorias. Ambas responden a una misma lógica que resulta acertada.

Según se ha adelantado, la sentencia *Google* se refiere al ejercicio de un residente de Francia del derecho al olvido frente al buscador de Internet para que se suprimieran, de la lista de resultados obtenida tras la búsqueda efectuada a partir de su nombre, los enlaces que dirijan a una serie de páginas web. Habiéndose concedido la solicitud, lo que el *Conseil d'État* francés plantea ante el TJUE es si dicha supresión debía realizarse respecto de: a) la totalidad de los nombres de dominio del motor de búsqueda; b) la extensión del nombre de dominio correspondiente al Estado miembro en el que se ha presentado la solicitud (y donde el interesado tiene su residencia habitual); o (c) las extensiones de nombre de dominio correspondientes al conjunto de los Estados miembros.

Adicionalmente se plantea si, como complemento a esta obligación, el motor de búsqueda está obligado a impedir mediante la técnica denominada “bloqueo geográfico” el acceso a la página de los resultados controvertidos desde una dirección IP localizada en el Estado de residencia del interesado o en el conjunto de los Estados miembros.

Como es conocido, el RGPD contiene en su art. 3 disposiciones destinadas a establecer su ámbito de aplicación territorial. Se trata de disposiciones que han sido criticadas por su amplitud⁹, y que pueden implicar que proveedores de servicios cuyas actividades presuntamente reflejan una escasa vinculación con el territorio europeo resulten obligados a cumplir con los estrictos requisitos que establece el Reglamento. Este será el caso, por ejemplo, de prestadores de servicios (ya sean responsables o encargados de tratamiento)

⁸ “Seemingly Conflicting CJEU Rulings on Territorial Reach: Google France/CNIL and Facebook Ireland/Eva Glawischnig-Piesczek”, 29 de octubre de 2019, disponible en <https://www.gtgadvocates.com/seemingly-conflicting-cjeu-rulings-on-territorial-reach-google-france-cnil-and-facebook-ireland-eva-glawischnig-piesczek/>.

⁹ DOCTOROW, C., “The Coming EU Privacy Regulation will End up Remaking the World's Web”, *Boing*, 3 de febrero de 2018, disponible en <https://boingboing.net/2018/02/03/race-to-the-top.html>.

establecidos en terceros Estados que ofrezcan bienes o servicios a personas que se encuentren en la Unión, o que controlen su comportamiento en la medida en que este tenga lugar en la Unión.

Acertadamente, el TJUE desecha esta norma como criterio para fijar el alcance espacial de las medidas destinadas a garantizar el derecho al olvido. Y es que una cosa es determinar las personas obligadas por el RGPD (o como indica la sentencia, “los motores de búsqueda ante los que los interesados pueden hacer valer su derecho de retirada de enlaces”¹⁰), y otra diferente el alcance de las medidas que estas personas pueden ser obligadas a adoptar para garantizar el respeto de los derechos previstos en el Reglamento. Si partimos de la consideración del derecho de supresión como una ley de policía, el alcance de esta obligación debe venir establecido por una norma de extensión. Ante su ausencia, como en otras ocasiones, el TJUE determina dicha norma a partir del contenido y finalidad de la norma.

A mi modo de ver, la explicación del razonamiento utilizado por el TJUE para llevar a cabo la determinación del ámbito de aplicación del derecho al olvido debe partir del apdo. 72 de la decisión. En él, establece que esta determinación depende de la ponderación que la autoridad nacional competente realice “entre, por un lado, los derechos del interesado al respeto de su vida privada y a la protección de los datos personales que le conciernan y, por otro lado, el derecho a la libertad de información”¹¹.

Así, en el supuesto objeto de litigio, el TJUE llega a la conclusión de que el ámbito de aplicación de la norma debe ser el territorio de la Unión Europea. Pero también indica que el Derecho UE no prohíbe que, en otras situaciones, la retirada de enlaces se realice en todas las versiones del motor de búsqueda. Depende, como decimos, de la ponderación de los derechos y libertades afectados en el caso concreto.

En sus Directrices¹² sobre la ejecución de la sentencia *Google Spain*¹³, el Grupo de Trabajo de Protección de Datos del art. 29 aboga por una aplicación universal del derecho al olvido (retirada de los enlaces en la totalidad de extensiones de nombre de dominio del

¹⁰ Apdos. 48 y 49.

¹¹ En el mismo sentido, Conclusiones del Abogado General de 10 de enero de 2019, C-507/17, *Google* (ECLI:EU:C:2019:15), apdo. 58.

¹² Disponible en http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp225_en.pdf, apdo. 20. «[que] con el fin de dotar de plenos efectos los derechos de los interesados definidos en la sentencia del Tribunal de Justicia, las decisiones de retirada de enlaces deben ejecutarse de modo que se garantice una protección eficaz y completa de los derechos de los interesados y que la legislación europea no pueda eludirse. En ese sentido, la limitación de la retirada de enlaces a los dominios de la Unión Europea basándose en que los usuarios suelen acceder a los motores de búsqueda a través de sus dominios nacionales no puede constituir un medio suficiente para garantizar de forma satisfactoria los derechos de los interesados de conformidad con la sentencia del Tribunal de Justicia. En la práctica, eso supone que toda retirada debería aplicarse también a todos los dominios concernidos, incluidos los dominios .com». Resulta llamativo que el Comité Europeo de Protección de Datos no se haya pronunciado sobre esta cuestión en sus recientes *Guidelines 3/2018 on the Territorial Scope of the GDPR* (disponibles en https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-32018-territorial-scope-gdpr-article-3-version_en) adoptadas el 12 de noviembre de 2019.

¹³ STJUE C-313/12, *Google Spain*, ECLI:EU:C:2014:317.

buscador) como única manera de dotar de plenos efectos los derechos de los interesados definidas en la sentencia del Tribunal¹⁴.

El TJUE rechaza esta interpretación por entender necesario conciliar la regulación europea con la establecida en terceros Estados. Así, el TJUE recuerda que hay ordenamientos que no contemplan el derecho a la retirada de enlaces o lo abordan desde una perspectiva diferente; y que el derecho al olvido no es un derecho absoluto, sino que debe ponderarse con otros derechos fundamentales (en particular, libertad de expresión e información), con arreglo al principio de proporcionalidad. Esta ponderación puede variar significativamente en las distintas partes del mundo.

El razonamiento es acertado. Como indica P. de Miguel, “el legislador de un territorio – aunque sea la UE – no debe regular el contenido de la red en todo el mundo, precisamente por el alcance global de ésta y la necesidad de respetar la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos a nivel mundial”¹⁵. En el mismo sentido, el Abogado General señala que “[p]ermidir a una autoridad de la Unión que ordene una retirada de enlaces a nivel mundial transmitiría un mensaje nefasto a los terceros países”¹⁶.

Además, una resolución europea ordenando la supresión de unos contenidos albergados en un tercer Estado o el bloque del acceso a tales contenidos desde ese tercer Estado podría encontrarse con serias dificultades para su ejecución por resultar contraria con el orden público del foro pues, posiblemente, se interprete que la medida contraviene la libertad de expresión e información¹⁷.

Tras descartar el alcance universal de la normativa, el TJUE establece las razones por las cuales resultar preferible otorgar al derecho al olvido un ámbito de aplicación que cubra el territorio de la Unión Europea, y no exclusivamente el del Estado miembro de residencia del solicitante.

¹⁴ También se ha pronunciado a favor de una aplicación extraterritorial del RGDP, HESS, B., “Protecting Privacy by Cross-border Injunction”, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, Vol. 55, núm. 2, 2019, pp. 284-301, esp. 291.

¹⁵ DE MIGUEL ASENSIO, P., “Ámbito espacial del derecho al olvido: las conclusiones en el asunto C-507/17, *Google*”, *La Ley. Unión Europea*, núm. 67, 2019, pp. 1-6, esp. 5.

¹⁶ Apdo. 61.

¹⁷ DE MIGUEL ASENSIO, P., “Ámbito espacial ...”, *op. cit.*, p. 5, quien pone de ejemplo la sentencia *Google LLC v. Equustek Solutions Inc.*, 2017 WL 5000834, at *3 (N.D. Cal. Nov. 2, 2017) por la que se deniega el reconocimiento de una sentencia de la Corte suprema de Canadá por la que se había obligado a Google a bloquear el acceso al sitio web de una compañía estadounidense a nivel mundial. Sobre el particular, GEIST, M., “Global Internet Takedown Orders Come to Canada: Supreme Court Upholds International Removal of Google Search Results”, 28 de junio de 2017, disponible en <http://www.michaelgeist.ca/2017/06/global-internet-takedown-orders-come-canada-supreme-court-upholds-international-removal-google-search-results/>. Otro ejemplo más antiguo lo encontramos en el asunto *Yahoo! Inc. v. LICRA and UEJF* de 12 de enero de 2006 (*United States Court of Appeals, Ninth Circuit*. - 433 F.3d 1199) por la que se deniega la ejecución, por resultar contrario a la libertad de expresión, de una sentencia francesa por la que se prohibía a Yahoo! comercializar en Francia parafernalia de índole nazi.

El TJUE sustenta su decisión en el hecho de que la regulación del derecho al olvido está prevista en un Reglamento de aplicación directa en todos los Estados miembros que tiene como finalidad garantizar un nivel uniforme y elevado de protección en toda la Unión¹⁸.

Asimismo, el Tribunal considera que, si bien la ponderación de los derechos y libertades implicados puede ser diferente de un Estado miembro a otro, el Reglamento “proporciona a las autoridades nacionales de control los instrumentos y mecanismos necesarios para conciliar los derechos al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales del interesado con el interés del conjunto del público de los Estados miembros en acceder a la información de que se trate y, de este modo, para poder adoptar, en su caso, una decisión sobre la retirada de enlaces que abarque la totalidad de las búsquedas efectuadas a partir del nombre del interesado desde el territorio de la Unión”¹⁹.

En definitiva, en atención a que la materia (el derecho al olvido) está regulado en un Reglamento, el cual establece mecanismos para asegurar la ponderación de intereses debe de ser establecida a nivel europeo, el ámbito de aplicación territorial del derecho de la normativa no puede ser más que europeo (y no nacional).

2. La libertad de los Estados miembros para determinar el ámbito de aplicación de una medida de supresión de contenido difamatorio en atención al art. 15 D. 2000/31

Menos de un mes más tarde de la sentencia *Google*, el TJUE tuvo que volver a decidir sobre el ámbito de aplicación de una medida destinada a salvaguardar un derecho de la personalidad en la sentencia *Glawischnig-Piesczek*. En su respuesta a las dos primeras cuestiones que se le formula, el TJUE afirma la compatibilidad con el art. 15 D. 2000/31 de una medida por la que requería a Facebook a suprimir unos contenidos idénticos y similares a una información previamente declarada ilícita por vulnerar el derecho al honor. En la tercera cuestión, que el TJUE ventila en cinco apartados (48-52), se pregunta por el alcance territorial de dicha medida.

La respuesta del Tribunal es que el art. 15.1 D. 2000/31 no se opone a que un tribunal pueda “obligar a un prestador de servicios [...] a suprimir los datos a los que se refiere la medida cautelar acordada o a bloquear el acceso a ellos a nivel mundial en el marco del Derecho internacional pertinente”.

El punto de partida del razonamiento del TJUE es el mismo que en la sentencia *Google*: una cosa es la determinación de los prestadores obligados a cumplir con las obligaciones establecidas en la D. 2000/31 (art. 3); y otra distinta el alcance de las medidas a las que se les puede obligar. En relación con las medidas de supresión de contenidos, el art. 15 no establece su ámbito de aplicación²⁰, por lo que la autoridad competente debe establecerlo de acuerdo con el contenido y finalidad de la norma.

¹⁸ Apdo. 66.

¹⁹ Apdo. 69.

²⁰ Apdo. 49.

Aunque la respuesta otorgada a esta pregunta en este asunto es diferente a la ofrecida en el asunto *Google*, no por ello se incurre en una contradicción. Ambas decisiones están basadas en el mismo razonamiento, pero en la medida en que los supuestos de hecho son diferentes, las respuestas también lo son.

Dicho razonamiento consiste en que el ámbito de aplicación de la norma depende de la ponderación de los derechos y libertades afectados en el caso concreto²¹. En *Google*, en la medida en que la cuestión (el derecho al olvido) está regulada por un Reglamento de la Unión Europea, dicha ponderación (y, por tanto, el ámbito de aplicación de la norma) debía venir fijado a nivel europeo.

No obstante, como explica el Abogado General, en el asunto “*Glawischnig-Piesczek*”, el fundamento de la pretensión (vulneración del derecho al honor) no está basada en el Derecho de la Unión sino en las disposiciones generales de Derecho civil. Por consiguiente, la ponderación de los derechos y libertades afectados que debe llevar a determinar el ámbito de aplicación de la norma debe realizarse a partir de parámetros nacionales²².

La única condición impuesta a la autoridad nacional para esa ponderación es que se realice “en el marco del Derecho internacional pertinente” o, dicho de otro modo, “que las medidas que se adopten y que producen efectos a escala mundial tengan debidamente en cuenta estas últimas normas”²³.

Más allá de las normas de DIPr de cada Estado miembro, resulta difícil identificar las normas de Derecho internacional a las que se refiere el TJUE. De acuerdo con el Abogado General, lo que procede es adoptar “una postura comedida” que tenga en cuenta las grandes diferencias que existen entre las leyes nacionales en la materia, y el distinto valor que se otorga de un ordenamiento a otro a los derechos y libertades afectados. Por ello, las autoridades nacionales deberían limitar “en la medida de lo posible, los efectos extraterritoriales de los requerimientos en materia de lesión de la intimidad y de los derechos de la personalidad emitidos por las autoridades de los Estados miembros. Dichas medidas no deberían ir más allá de lo necesario para lograr la protección de la persona lesionada. Conviene evitar medidas exorbitantes que no respeten el afán por garantizar un justo equilibrio entre los distintos derechos fundamentales en juego”²⁴.

En principio, esta “postura comedida” debería llevar a otorgar a las medidas de protección de los derechos de la personalidad un alcance territorial limitado. Y ello porque, contrariamente a lo que da a entender el Abogado General, el fundamento último de estos derechos se encuentra en los arts. 1 y 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuyo ámbito de aplicación coincide con el del Derecho de la UE que es,

²¹ Apdo. 72 de la sentencia *Google*.

²² Apdos. 89-92.

²³ Apdos. 51 y 52.

²⁴ Apdos. 100-101.

precisamente, el territorio de la Unión Europea²⁵. Como el propio Abogado General indica en sus Conclusiones en *Google*, “fuera de este territorio, el Derecho de la Unión no puede, en principio, aplicarse, ni crear derechos ni obligaciones”²⁶. Además, el derecho en cuestión está igualmente recogido en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH) cuyo art. 1 indica que los Estados contratantes “reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio”. Es decir, el ámbito de aplicación de las medidas en defensa de estos derechos está limitado al territorio de los Estados contratantes²⁷.

Ahora bien, a mi modo de ver, en algunos supuestos ese ámbito de aplicación debe extenderse e, incluso, llegar a ser universal. Esto ocurrirá, en particular, cuando la vulneración de los derechos de la personalidad sea de tal calado que el aplicador del Derecho llegue a la conclusión de que en cualquier ordenamiento se llegaría a la misma solución. Sin duda, en muchos supuestos esto puede ser difícil de determinar y debe adoptarse una postura comedida; pero en asuntos como el que dio lugar a la sentencia *Glawischnig-Piesczek* (en la que la representante del partido Los Verdes es tildada de “miserable traidora al pueblo”, “idiota corrupta” y militante de un “partido de fascistas”²⁸) no debería serlo. Lo contrario significaría restar efectividad a las medidas que se pueden adoptar contra algo tan abominable como el “discurso del odio”.

III. LA COMPATIBILIDAD DE LA SENTENCIA *GOOGLE* CON EL REGLAMENTO SOBRE BLOQUEO GEOGRÁFICO

Determinada la necesidad de limitar territorialmente el ámbito de aplicación de las medidas de protección del derecho de la personalidad, resulta necesario analizar las medidas técnicas identificadas por el TJUE para alcanzar ese objeto.

Para ello es preciso centrarse en la sentencia “*Google*”, cuyo fallo indica que el gestor del motor de búsqueda está obligado a adoptar dos tipos de medidas. Tal y como está redactado, se da la impresión de que una es la principal y la otra subsidiaria. La primera consiste en proceder a la retirada de enlaces “en las versiones del motor de búsqueda que correspondan al conjunto de los Estados miembros”. La subsidiaria, que debe combinarse con la primera, “en caso necesario”, consistiría en “medidas que, con pleno respeto de las exigencias legales, impidan de manera efectiva o, al menos, dificulten seriamente a los internautas que efectúen una búsqueda a partir del nombre del interesado desde uno de los Estados miembros el acceso, a través de la lista de resultados que se obtenga tras esa búsqueda, a los enlaces objeto de la solicitud de retirada”.

A mi modo de ver, estas segundas medidas, referidas al bloqueo geográfico, más que subsidiarias son principales e imprescindibles, por cuanto, sin ellas, el respeto del ámbito

²⁵ Conclusiones del Abogado General de 4 de junio de 2019, C-18/18, *Glawischnig-Piesczek* (ECLI:EU:C:2019:458), apdo. 89.

²⁶ Apdo. 47.

²⁷ CARRASCOSA GONZALEZ, J., “The Internet...”, *op. cit.*, pp. 319-322.

²⁸ Apdo. 12 de las Conclusiones del Abogado General.

de aplicación territorial de la medida adoptada no resulta garantizado. Y ello por dos razones.

En primer lugar, porque en aquellos supuestos en los que el motor de búsqueda donde aparezcan los enlaces cuando se introduzcan los datos del interesado no esté identificado con una extensión de nombre de dominio correspondiente a uno o varios Estados miembros, la primera medida no es aplicable. Tal sería precisamente el caso, por ejemplo, de una información injuriosa disponible en un buscador web identificado con un nombre de dominio genérico.

Se puede, igualmente, dar el supuesto inverso: que el buscador funcione a nivel mundial a partir de un sitio web identificado con una extensión de nombre de dominio correspondiente a un Estado miembro. La aplicación de la medida implicaría que nadie puede acceder a los resultados ofrecidos por el buscador independientemente del lugar desde el que quiera acceder.

En tales casos, para garantizar el cumplimiento del alcance territorial de la medida será preciso adoptar medidas del segundo tipo. Es decir, medidas que, técnicamente, impidan el acceso a la información desde direcciones IP de ordenadores y dispositivos móviles localizados en la Unión.

En segundo lugar, porque las medidas principales identificadas por el TJUE responden a la particular configuración de las versiones nacionales del motor de búsqueda de Google explicada en el apdo. 42 de la sentencia. El nombre de dominio introducido por un internauta en el navegador ya no determina la versión nacional del motor de búsqueda al que se accede. Actualmente, el internauta es dirigido automáticamente a la versión nacional del motor de búsqueda de Google que corresponde al lugar desde el que se considera que efectúa la búsqueda y los resultados de esta se obtienen de acuerdo con ese lugar, que es determinado por Google mediante un proceso de localización geográfica²⁹.

Así, si yo intento acceder desde España a “google.com” o “google.fr”, el sitio web me redirecciona automáticamente a “google.es”. Por consiguiente, si Google retira la información ilícita o los enlaces controvertidos de los resultados de la búsqueda de todas las versiones del sitio web identificadas con las extensiones de nombres de dominio de los Estados miembros estará garantizando que el derecho al olvido se aplica exclusivamente en territorio europeo.

El problema es que esta solución es incompatible con el R. 2018/302 de bloqueo geográfico el cual resulta aplicable a Google, aunque sea un prestador de servicios establecido en un tercer Estado³⁰. De acuerdo con el art. 3, los comerciantes no podrán,

²⁹ Apdo. 42.

³⁰ Ni el art. 1 (Ámbito de aplicación), ni el art. 2 (Definiciones) indican que el Reglamento se aplica a comerciantes establecidos en la Unión Europea. En consecuencia, y de acuerdo con lo que establece el Considerando 4, el Reglamento resulta aplicable *con independencia del Estado donde se encuentre el establecimiento del comerciante*. Es decir, el Reglamento resulta aplicable tanto a proveedores establecidos en Estados miembros, cuanto en terceros Estados.

por motivos relacionados con la residencia habitual³¹, redirigir al cliente a una versión de su interfaz diferente a la que el cliente hubiese tratado de acceder salvo que el cliente haya dado su consentimiento expreso, que el comerciante ofrezca una explicación clara y específica de las razones de la redirección, y que la versión inicial siga siendo fácilmente accesible para ese cliente.

Por consiguiente, la nueva configuración del buscador de Google no es compatible con el Reglamento: un cliente que accede a “google.com” desde España no puede ser redireccionando a “google.es” salvo que otorgue su consentimiento, y siempre se debe ofrecer la posibilidad de volver a “google.com” para hacer búsquedas. Hasta donde he podido investigar, a día de hoy, esto no es posible. Por consiguiente, la medida principal establecida por el Tribunal y consistente en la eliminación de los enlaces controvertidos en las versiones del buscador identificadas con nombres de dominio de los Estados miembro no es suficiente, por si sola, para garantizar el cumplimiento del ámbito territorial.

Ante estas circunstancias, la única medida tecnológica que pueden garantizar el respeto del alcance territorial de la norma es el bloqueo geográfico de la información para impedir el acceso a todos aquellos internautas que utilizan dispositivos identificados con direcciones IP localizadas en la Unión. Y ello con independencia de la versión del motor de búsqueda o de la aplicación que utilicen. Lo que resulta esencial es que se bloquee el acceso al URL del sitio de Internet donde se alberga la información o datos controvertidos. Se trata, en definitiva, de la medida propuesta por el Abogado General³² y que, en la sentencia del TJUE únicamente ocupa un lugar secundario.

A nadie escapa que estas medidas no son infalibles. Existen técnicas como el recurso a Servidores Proxy, o *Virtual Private Networks* (VPN) que permiten enmascarar la dirección IP desde la que se quiere acceder al recurso de Internet. El TJUE es consciente de ello. De ahí la manera en la que está redactado el fallo, que deja abierta la puerta a los prestadores de servicios para elegir los medios que consideren más eficiente para el cumplimiento de la medida (“con pleno respeto de las exigencias legales”) o que, “al menos dificulten seriamente a los internautas” el acceso a la información controvertida. Estas dificultades no son de tal calado como para desacreditar la viabilidad de las técnicas de bloqueo geográfico³³.

³¹ De acuerdo con el Considerando 6, el Reglamento sanciona no sólo las discriminaciones “directas” sino las indirectas es decir aquellos otros criterios de distinción que conducen al mismo resultado que la aplicación de criterios basados directamente en la nacionalidad, lugar de residencia o lugar de establecimiento del cliente. Es el caso de criterios basados en la información que indique la ubicación física del cliente (geolocalización), la dirección IP utilizada para acceder al sitio web o la aplicación móvil, la dirección suministrada para la entrega de las mercancías, la elección de la lengua o el Estado miembro de emisión del instrumento de pago del cliente.

³² Apdos. 70 y 71.

³³ En el mismo sentido, SVANTESSON, D., “Grading AG Szpunar’s Opinion in Case C-18/18 – A Caution Against Worldwide Content Blocking As Default”, 14 de junio de 2019, disponible en <https://ssrn.com/abstract=3404385>.

IV. CONCLUSIONES

Con carácter general, las sentencias *Google* y *Glawischnig-Piesczek* deben ser bienvenidas por cuanto aportan un criterio acertado a la hora de determinar el alcance territorial de las medidas de protección de derechos de la personalidad: debe atenderse a la ponderación entre, por un lado, los derechos del interesado al respeto de su vida privada y a la protección de los datos personales que le conciernan y, por otro lado, el derecho a la libertad de información y de expresión.

En principio esta ponderación debería llevar a una limitación de la aplicación de estas medidas al territorio de la Unión Europea, en particular cuando se trata de derechos recogidos en el RGPD; o de los Estados contratantes del CEDH, cuando el fundamento último de la pretensión se encuentre en un derecho recogido en el Convenio.

No obstante, la gravedad de la vulneración del derecho de la personalidad, y la posible existencia de valores fundamentales compartidos entre los diferentes ordenamientos puede llevar a extender ese ámbito de aplicación en casos particulares.

Lo que resulta criticable es el mecanismo principal elegido por el TJUE para garantizar el cumplimiento de ese ámbito de aplicación. La eliminación de la información o los datos controvertidos en todas las versiones de un sitio web identificadas con nombres de dominio de los Estados miembros resulta insuficiente o ineficaz. Ello es así porque, de acuerdo con el R. 2018/302 los prestadores de servicios deben permitir a los residentes en la Unión Europea acceder a sus sitios web identificados con nombre de dominio genéricos o de terceros Estados desde los cuales la información está accesible.

La única medida que garantiza el cumplimiento del ámbito de aplicación territorial es el bloqueo geográfico de la información de manera que no se pueda tener acceso a la misma desde direcciones IP de la Unión Europea o desde los países incluidos en el ámbito territorial de la medida.

No hay duda de que es una solución que no es del agrado de los prestadores de servicios, por cuanto les obliga a introducir mecanismos de geolocalización para adaptar la prestación de los servicios a la legalidad vigente en cada Estado. No obstante, como bien indica P. de Miguel, los costes de la implementación de estas medidas son proporcionales a las ventajas que obtiene con la utilización de un medio como Internet que les permite hacer negocios a nivel global³⁴.

³⁴ DE MIGUEL ASENSIO, P., “Ámbito espacial ...”, *op. cit.*, p. 7.