



Freedom, Security & Justice:
European Legal Studies

*Rivista quadrimestrale on line
sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*

2019, n. 3

EDITORIALE
SCIENTIFICA





Indice-Sommario

2019, n. 3

Editoriale

Lo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia a vent'anni dal Consiglio europeo di Tampere: qualche considerazione sugli sviluppi normativi in materia di cooperazione giudiziaria p. 1
Angela Di Stasi

Saggi e Articoli

Integrazione degli immigrati e rispetto della diversità culturale nel diritto dell'Unione europea p. 9
Paolo Fois

La circolazione degli atti pubblici nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia p. 20
Alessandra Zanolotti

La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado p. 36
Rosario Espinosa Calabuig

Commenti e Note

Litispendenza comunitaria ed *electio fori*: la deroga al criterio della prevenzione temporale secondo l'art. 31, par. 2 del regolamento (UE) n. 1215/2012 p. 58
Michela Capozzolo

La Corte di giustizia UE afferma l'irrevocabilità della qualità di rifugiato e il carattere assoluto del divieto di respingimento. Quali indicazioni per il giudice nazionale? p. 83
Nicola Colacino

Il principio dei "*best interests of the child*" e la tutela della vittima minorenni nello spazio giuridico e giudiziario europeo p. 106
Alessio Gaudieri

Tristes, Solitarias y Finales: la Convenzione di Strasburgo del 1964 e la decisione quadro 2008/947/GAI sulla sorveglianza all'estero delle misure di sospensione condizionale e delle sanzioni sostitutive p. 139
Alessandro Rosanò

DIRETTORE

Angela Di Stasi

Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Titolare della Cattedra Jean Monnet (Commissione europea)
"Judicial Protection of Fundamental Rights in the European Area of Freedom, Security and Justice"

COMITATO SCIENTIFICO

Sergio Maria Carbone, Professore Emerito, Università di Genova
Roberta Clerici, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale privato, Università di Milano
Nigel Lowe, Professor Emeritus, University of Cardiff
Paolo Mengozzi, già Avvocato generale presso la Corte di giustizia dell'UE
Massimo Panebianco, Professore Emerito, Università di Salerno
Guido Raimondi, già Presidente della Corte europea dei diritti dell'uomo - Consigliere della Corte di Cassazione
Silvana Sciarra, Giudice della Corte Costituzionale
Giuseppe Tesauro, Presidente Emerito della Corte Costituzionale
Antonio Tizzano, Vice Presidente Emerito della Corte di giustizia dell'UE
Ugo Villani, Professore Emerito, Università di Bari

COMITATO EDITORIALE

Maria Caterina Baruffi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Verona
Giandonato Caggiano, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Pablo Antonio Fernández-Sánchez, Catedrático de Derecho Internacional, Universidad de Sevilla
Inge Govaere, Director of the European Legal Studies Department, College of Europe, Bruges
Paola Mori, Ordinario di Diritto dell'Unione europea, Università "Magna Graecia" di Catanzaro
Claudia Morviducci, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università Roma Tre
Lina Panella, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Messina
Nicoletta Parisi, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Catania-Componente del Consiglio ANAC
Lucia Serena Rossi, Giudice della Corte di giustizia dell'UE
Ennio Triggiani, Professore Emerito, Università di Bari



COMITATO DEI REFEREEES

Bruno Barel, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Padova
Marco Benvenuti, Associato di Istituzioni di Diritto pubblico, Università di Roma "La Sapienza"
Raffaele Cadin, Associato di Diritto Internazionale, Università di Roma "La Sapienza"
Ruggiero Cafari Panico, Ordinario f.r. di Diritto dell'Unione europea, Università di Milano
Ida Caracciolo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università della Campania "Luigi Vanvitelli"
Luisa Cassetti, Ordinario di Istituzioni di Diritto Pubblico, Università di Perugia
Giovanni Cellamare, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bari
Marcello Di Filippo, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Pisa
Rosario Espinosa Calabuig, Catedrática de Derecho Internacional Privado, Universitat de València
Giancarlo Guarino, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Elsbeth Guild, Associate Senior Research Fellow, CEPS
Paola Ivaldi, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Genova
Luigi Kalb, Ordinario di Procedura Penale, Università di Salerno
Luisa Marin, Professore a contratto, Università Cattolica - già Assistant Professor in European Law, University of Twente
Simone Marinai, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Pisa
Fabrizio Marongiu Buonaiuti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Macerata
Rostane Medhi, Professeur de Droit Public, Université d'Aix-Marseille
Violeta Moreno-Lax, Senior Lecturer in Law, Queen Mary University of London
Stefania Negri, Associato di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Piero Pennetta, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Salerno
Emanuela Pistoia, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Teramo
Concetta Maria Pontecorvo, Associato di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Pietro Pustorino, Ordinario di Diritto Internazionale, Università LUISS di Roma
Alessandra A. Souza Silveira, Diretora do Centro de Estudos em Direito da UE, Universidade do Minho
Chiara Enrica Tuo, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Genova
Talitha Vassalli di Dachenhausen, Ordinario f.r. di Diritto Internazionale, Università di Napoli "Federico II"
Alessandra Zanobetti, Ordinario di Diritto Internazionale, Università di Bologna

COMITATO DI REDAZIONE

Francesco Buonomenna, Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Caterina Fratea, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Verona
Anna Termano, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Angela Martone, Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno
Michele Messina, Associato di Diritto dell'Unione europea, Università di Messina
Rossana Palladino (*Coordinatore*), Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università di Salerno

Revisione abstracts a cura di

Francesco Campofreda, Dottore di ricerca in Diritto Internazionale, Università di Salerno



Rivista giuridica on line "Freedom, Security & Justice: European Legal Studies"
www.fsjeurostudies.eu

Editoriale Scientifica, Via San Biagio dei Librai, 39 - Napoli
CODICE ISSN 2532-2079 - Registrazione presso il Tribunale di Nocera Inferiore n° 3 del 3 marzo 2017



LA (OLVIDADA) PERSPECTIVA DE GÉNERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Rosario Espinosa Calabuig*

SUMARIO: 1. La necesaria perspectiva de género en el Derecho internacional privado: ¿cómo propulsarla? – 2. Mujeres y derecho de familia internacional: incidencia sobre planos diversos. – 2.1. Disparidades en el derecho musulmán y su incidencia sobre el orden público internacional español. – 2.2. Violencia de género y su incidencia sobre la sustracción de menores y la Orden de Protección Europea. – 3. Mujeres y derecho de nacionalidad y extranjería en cuanto materia incidental del Derecho internacional privado. – 4. Mujeres y maternidad subrogada: ¿Derecho de la mujer, mercantilización de la mujer? – 5. Breve apunte final.

1. La necesaria perspectiva de género del Derecho internacional privado: ¿cómo propulsarla?

A lo largo de la historia y evolución del Derecho internacional privado (DIPr.) nuestra disciplina ha experimentado interpretaciones muy diferentes, que con el tiempo han conducido a una exigencia creciente de solidaridad que, sin embargo, inicialmente se consideraba ajena¹. Hoy es posible reivindicar una función específica del DIPr. como herramienta ética para luchar contra fenómenos como la xenofobia e islamofobia, la misoginia y el racismo. Una herramienta, asimismo, combativa y de protección de ciertos colectivos, como el que es objeto de análisis en este trabajo: las mujeres y, con ellas, la necesidad de otorgar una perspectiva de género al DIPr. de nuestros días.

El DIPr. puede ser, en efecto, un instrumento para luchar por la protección de los derechos humanos y ello se puede plantear y defender desde la ética. En concreto, una ética específica del DIPr., a la que Ralph Michaels se refiere como *an ethic of responsivity*². No se trataría de abordar todos los fenómenos descritos a través de la

Double-blind peer reviewed article.

* Catedrática de Derecho internacional privado, Universitat de València. E-mail: rosario.espinosa@uv.es.

¹ F. RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, París, 1977, pp. 422-423.

² Ver R. MICHAELS, *Private International Law as an Ethic of Responsivity*, en V. RUIZ ABOU-NIGM, M.B. NOODT TAQUELA (eds.), *Diversity and integration in Private international law*, Edinburgh, 2019, pp. 11-27.

ética tradicional, sino a través del DIPr. que, curiosamente, sería el más técnico de los ámbitos técnicos del derecho³. Y sería por ese carácter técnico que el DIPr. podría ser un instrumento ético para conceptualizar y reorientar algunos de tales fenómenos, incluida la protección de los derechos de las mujeres, así como el modo de enfocarlos y de pensar nuestra disciplina, es decir, a través de una ética basada en la receptividad hacia el Otro (como sinónimo posible de la *responsivity*). A nadie escapa que en esta propuesta subyacen los fundamentos filosóficos del DIPr. defendidos hace ya tiempo por autores como Batiffol⁴ y reformulados hoy por autores como el citado Michaels, para hacer frente al contexto radicalizado actual.

Desde esa receptividad queremos orientar la función del DIPr. hacia el colectivo de las mujeres, de forma que pueda servir para dar un paso adelante en la protección de sus derechos, desde perspectivas muy variadas, y defender un necesario enfoque de género a nuestra disciplina. El derecho de acceso a la justicia necesita claramente un análisis jurídico desde una perspectiva de género. El proceso (civil y penal) fue diseñado por hombres y para problemas de hombres y la actualización progresiva del derecho a través de la jurisprudencia ha ido poniendo de manifiesto este análisis necesario si se quiere aplicar justicia a las mujeres, tanto como actoras como pasivas⁵. Esta misma perspectiva debe otorgarse al DIPr. si queremos que sea un ordenamiento combativo y protector de las mujeres⁶.

Las mujeres conforman todavía hoy el colectivo de la sociedad más vulnerable frente a la discriminación por razones de sexo. En el ordenamiento jurídico español y a pesar de que la Constitución de 1978 proclama claramente la igualdad entre hombres y mujeres (art. 14), confirmada por abundante normativa de desarrollo y amparada por los tribunales, siguen existiendo vías que posibilitan el trato discriminatorio de la mujer ante la ley y que nacen de las mismas disposiciones del ordenamiento español⁷.

Países como España han ratificado la Carta Social europea originaria de 1961 (CSE), así como su revisión de 1996 (CSEr) que consolidó tanto el texto de 1961 como el posterior de 1988 y añadió ocho nuevas disposiciones (arts. 24 a 31), de las que destacan las referentes a la dignidad en el trabajo y protección frente al acoso (art. 26) y a la conciliación de la vida familiar y laboral (art. 27). Sin embargo, España no ha ratificado el Protocolo de 1995 (ni siquiera firmado) en el que se establece el

³ R. MICHAELS, *Private International Law as an Ethic of Responsivity*, op. cit., pp. 11-27; que se une así a los discursos de H. MUIR WATT, *Hospitality, Tolerance, and Exclusion in Legal Form: Private International Law and the Politics of Difference*, en *Current Legal Problems*, 2017, n. 1, 111-147; D. E. CHILDRESS (ed.), *The Role of Ethics in International Law*, Cambridge, 2012.

⁴ H. BATIFFOL, *Aspects philosophiques du Droit international privé*, París, 1956, así como la edición de 2002 que es la que hemos consultado.

⁵ E. MARTINEZ GARCÍA, *Mujer y Derecho. Jornadas de igualdad de la facultad de Derecho. Universitat de València*, Valencia, 2011.

⁶ Ampliamente R. BANU, *A relational feminist approach to conflict of laws*, en *Michigan Journal of Gender and Law*, 2017, pp. 1 ss.

⁷ C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, *La mujer inmigrante en la extranjería y el asilo*, en R. VERDERA IZQUIERDO (dir.), *El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar*, Madrid, 2013, pp. 237-262.

mecanismo de las reclamaciones colectivas. No obstante, la jurisprudencia del CSE, emitida en el contexto de las reclamaciones colectivas formuladas contra los Estados Partes de dicho Protocolo, también se aplicaría en España cuando concierne a disposiciones de la CSE de 1961 o coincidentes de la CSEr de 1996. La crisis económica, por otra parte, no sólo ha incrementado el riesgo de brecha salarial, sino también el derecho a tener las mismas oportunidades laborales (art. 1 del Protocolo de 1988 o art. 20 Carta Social Europea) lo que se ha traducido en un fenómeno de feminización de la pobreza.⁸

Junto a la CSEr España ha ratificado también la Convención de las Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979 sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁹. En su art. 5 se exige la modificación del papel tradicional atribuido tanto al hombre como a la mujer, así como la eliminación de los prejuicios y de las funciones estereotipadas de hombres y mujeres en la sociedad y en la familia (art. 5).¹⁰

A pesar de la existencia de estos Convenios, se da la circunstancia de que la Conferencia de los Estados islámicos ha promovido sus propias Declaraciones de Derechos Humanos, basadas en la ley religiosa islámica (la *Sharia*), lo que claramente desvirtúa el reconocimiento y ejercicio de los derechos de las mujeres. De hecho, la misma Convención de 1979 es la que más número de reservas ha recibido por parte de los países islámicos, en particular en relación con el art. 16, referido al matrimonio y a las relaciones familiares¹¹.

La perspectiva de género debe otorgarse, en todo caso, de una manera transversal si queremos que tenga algún resultado real y global. Por lo que al DIPr español se refiere, es cierto que ha habido avances considerables en favor de la igualdad de derechos, por ejemplo en las normas de conflicto, dando efecto así al principio consuetudinario de no discriminación por razón de sexo¹². Pero quedan todavía reminiscencias del pasado, y a su desarrollo tampoco ayudan las dificultades inherentes a nuestra disciplina como la referente a la aplicación de un derecho extranjero por nuestras autoridades. No obstante, se han suprimido puntos de conexión discriminatorios que llevaban a aplicar la ley nacional del marido o del padre, o se ha reconocido una autonomía conflictual en derecho de familia con unos límites que pretenden evitar que la ley elegida por las

⁸ L. JIMENA QUESADA, *Los Derechos de la Mujer en la Carta Social Europea*, en E. MARTINEZ GARCÍA, *Mujer y Derecho...op.cit.*, pp. 20-21.

⁹ Ratificación hecha el 16 de diciembre de 1983 (BOE nº 69 de 21 de marzo de 1984) y en vigor en nuestro país desde el 4 de febrero de 1984.

¹⁰ Al respecto, M.V. CUARTERO RUBIO, *La protección internacional de los derechos de las mujeres*, en M. SUÁREZ OJEDA (Coord.), *Género y mujer desde una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, 2012, p. 443.

¹¹ Disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reservations-country.htm> Ver C. VAQUERO LÓPEZ, *Mujer, matrimonio y maternidad: cuestiones de Derecho internacional privado desde una perspectiva de género*, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, n. 1, p. 441 en relación con J. ROSELL, *Estados islámicos y Derechos de la mujer*, en A. MOTILLA DE LA CALLE (dir.), *Islam y Derechos Humanos*, Madrid, 2006, pp. 147-150.

¹² C. VAQUERO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 441; A. FERNÁNDEZ PÉREZ, *La inclusión de la perspectiva de género en el Derecho internacional privado*, en M.T. MARTÍN LÓPEZ (coord.), *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Madrid, 2014, pp. 365-381.

partes pueda afectar a los derechos y a la igualdad de oportunidades de la pareja y que, a la vez, mejor pueda proteger a la “parte débil” de ésta. De ahí que se aconseje que sea una elección informada¹³. También la normativa de DIPr de los derechos humanos se ha aplicado a través de la excepción de orden público a las mujeres extranjeras residentes en España cuyos países ignoran el principio de igualdad, como luego se expone¹⁴.

Además de los textos, hay que tener en cuenta la aplicación que de éstos hacen los tribunales y autoridades públicas. A pesar de los avances realizados, aún existen frenos a la evolución de nuestra disciplina hacia políticas más igualitarias y muchas veces nuestros tribunales otorgan respuestas a litigios sobre la vida privada y familiar de las mujeres, bien anteponiendo políticas públicas de control de la extranjería a la protección individual, en cada caso concreto, o bien perpetuando una identidad genérica femenina que las identifica más con su función maternal que con la función protectora de su libertad personal¹⁵. En la última sesión de La Haya del Instituto de Derecho internacional se ha puesto de relevancia la prohibición de cualquier tipo de discriminación en el DIPr.¹⁶

En particular, hay varios ámbitos dentro del colectivo de mujeres y DIPr. que nos llaman la atención y son los siguientes.

2. Mujeres y derecho de familia internacional: incidencia sobre planos diversos

¹³ Ver Considerando 18 del Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III). Sobre la autonomía de la voluntad en este contexto y sus limitaciones véase, entre otros, I. QUEIROLO, L. CARPANETO, *Considerazioni critiche sull'estensione dell'autonomia privata a separazione e divorzio nel regolamento “Roma III*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2012, p. 84; I. VIARENGO, *Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il criterio della volontà delle parti*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 2010, p. 611; P. DIAGO DIAGO, *El matrimonio y su crisis ante los nuevos retos de la autonomía de la voluntad conflictual*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2014, n. 2, pp. 49-79; M.C. BARUFFI, *Il regolamento sulla legge applicabile ai “divorzi europei”*, in *Diritto dell'Unione europea*, 2011, n. 4, pp. 841-845; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del reglamento Roma III en España*, en *Diario La Ley*, 2012, n° 7913, pp. 5-6; M. HERRANZ BALLESTEROS, *Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y derecho aplicable: el reglamento (UE) n° 1259/2010, del consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial*, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 2012, n. 22, pp. 48-49; R. CLERICI, *Il ruolo dell'autonomia privata tra espansione e limiti di operatività nel regolamento (CE) N. 1259/2010 sulla legge applicabile al Divorzio e alla separazione legale*, in *Diritto del Commercio internazionale*, 2012, p. 357; R. ESPINOSA CALABUIG, *Elección de una ley por las partes al divorcio y separación judicial: la solución limitada del Reglamento Roma III*, en I. QUEIROLO, A.M. BENEDETTI, L. CARPANETO (eds.), *Le nuove famiglie tra globalizzazione e identità statuali. Scritti di diritto privato europeo ed internazionale*, Roma, 2014, pp. 213-239.

¹⁴ C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, *Situaciones privadas internacionales: una puerta abierta a la discriminación por razón de sexo*, en E. MARTINEZ GARCÍA, *Mujer y Derecho. Jornadas de la Facultad de Derecho. Universitat de València*, Valencia, 2011, pp. 225 ss.

¹⁵ Según señala C. VAQUERO LÓPEZ, *op.cit.*, p. 441.

¹⁶ Concretamente por J. BASEDOW, *Droits de l'homme et droit international privé*, en *Annuaire de L'institut de droit international, Session de La Haye, Travaux préparatoires*, París, 2019, p. 35.

Hablar de derecho de familia en relación con las mujeres supone hablar de inmediato de ciertas instituciones del derecho extranjero que son radicalmente contrarias al orden público internacional del foro, sobre todo en relación con países de tradición islámica¹⁷, dado que, por ejemplo en España, es la segunda comunidad más abundante de inmigrantes¹⁸.

Ya en el preámbulo de la Ley Orgánica 11/2003, de 20 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, que modificó el artículo 107 del Código civil español, se señalaba que la nueva norma de conflicto era *“para solventar los problemas que encuentran ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitan la separación o el divorcio. El interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, por ser expresión de su autonomía personal, debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional. Y sucede que, en estos casos, la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges dificulta el acceso a la separación y al divorcio de determinadas personas residentes en España”*. De este modo, la reforma de la norma de conflicto en materia de separación y divorcio anterior al reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010¹⁹ justificaba el recurso - como criterio de conexión de cierre - al derecho español cuando uno de los cónyuges fuera español o residiera habitualmente en España si los criterios precedentes (nacionalidad común de los cónyuges, residencia habitual común del matrimonio y última residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún residía habitualmente en dicho Estado) no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.

Asimismo, la Resolución Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo, se refería a la cláusula del orden público internacional y con ella al rechazo a la aplicación de la ley extranjera en varios casos: *“leyes extranjeras que admiten los matrimonios poligámicos, no reconociendo capacidad nupcial a las personas ya ligadas por anterior matrimonio no disuelto; leyes extranjeras que prohíben contraer matrimonio entre personas de distintas religiones, en particular respecto de las leyes que limitan el derecho de la mujer musulmana a contraer matrimonio con varón no musulmán; leyes extranjeras que admiten el matrimonio entre niños, menores que no hayan alcanzado la edad a partir de la cual el impedimento es dispensable; y leyes extranjeras que autorizan el matrimonio sin necesidad de la voluntad libre y real*

¹⁷ Ver P. DIAGO DIAGO, *El islam en Europa y los conflictos ocultos en el ámbito familiar*, en *Revista electrónica de estudios internacionales* (REEI), 2015, n. 30.

¹⁸ [Http://extranjeros.mtin.es/es/InformacionEstadistica](http://extranjeros.mtin.es/es/InformacionEstadistica)

¹⁹ Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343/10 de 29.12.2010, p. 10.

prestada por cada uno de los contrayentes o aún en contra de la voluntad de los mismos”²⁰.

Es posible diferenciar dos aspectos especialmente conflictivos en este contexto del derecho de familia, como son los que provienen de las disparidades del derecho musulmán con el orden público internacional y, además, los que se producen en el marco de una sustracción de menores realizada en situaciones de violencia de género.

2.1. Disparidades en el derecho musulmán y su incidencia sobre el orden público internacional español

Las disparidades en el derecho musulmán que contradicen la *lex fori*, en nuestro caso el derecho español, parten de la ausencia de un principio general de equivalencia y aluden a la regulación de ciertas singularidades referentes a cuestiones como el impedimento religioso, el consentimiento matrimonial, la poligamia o la disolución del matrimonio por repudio unilateral. Se trata de disparidades que persisten, no obstante en algunos países islámicos se estén acometiendo reformas²¹.

Los conflictos derivados de estas disparidades se observan con especial énfasis en las relaciones hispano-marroquíes que dan origen a múltiples situaciones que afectan claramente a la mujer marroquí en España²². Por ejemplo, el impedimento religioso islámico implica que la mujer musulmana sólo puede contraer matrimonio con un hombre musulmán, ya que el hijo hereda siempre la religión del padre y debe ser educado en esa religión, según el derecho musulmán. Si una mujer contrae matrimonio con un hombre no musulmán, el matrimonio resulta nulo e ineficaz (más aún, si la mujer es consciente del paso que está dando se le castiga con cuarenta azotes)²³.

Por su parte, la prestación del consentimiento matrimonial islámico supone que el hombre siempre debe emitir su consentimiento, mientras que el de la mujer puede suplirse sin problemas por la voluntad del padre o tutor, lo que puede llevar a tener un matrimonio válido en contra de la voluntad de la mujer. A este respecto resulta complicado que sean las autoridades administrativas las que en el momento de inscripción del matrimonio deban comprobar la veracidad del consentimiento matrimonial, de modo que la mera tramitación del expediente no puede servir para luchar contra una de las mayores discriminaciones de la mujer como es el matrimonio forzoso. Esta práctica puede estar asociada a la pobreza, a veces por el pago de una

²⁰ Sobre todo ello, E. OLMOS ORTEGA, *Mujer, matrimonio y religion*, en E. MARTINEZ GARCÍA, *Mujer y Derecho...*, *op. cit.*, pp. 74-75.

²¹ Ver. D. ENGELCKE, *Reforming family Law*, Cambridge, Nueva York, 2019, pp. 10 ss., en relación a Jordania y Marruecos.

²² Ampliamente, M. MOYA ESCUDERO (oord.), *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015; M. MOYA ESCUDERO, *Desplazamiento “ilegal” a Marruecos de los hijos e hijas de madres marroquíes*, en C. RUIZ SUTIL, R. RUEDA VALDIVIA (coords.), *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Junta de Andalucía, 2008, pp. 291-306.

²³ E. OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, pp. 74-75.

deuda pendiente, o en zonas rurales por razones de honor o de honor familiar, pero en ocasiones la existencia de un matrimonio forzoso se manifiesta a través de la violencia de género, delitos contra la libertad personal o a mutilación genital, lo que dificulta el cómputo del número de matrimonios que afecta a diversos ámbitos como el de la reagrupación familiar o en relación con la validez y reconocimiento del matrimonio celebrado –forzosamente– en el extranjero²⁴.

Junto a lo anterior, el Islam admite, de una parte, la poligamia, en su variedad de poliginia, que significa que el hombre puede tener hasta un máximo de cuatro mujeres, siempre que todas reciban el mismo trato equitativo y justo en cuanto a cuidados y tiempo. De otra, se admite también la disolución del matrimonio mediante acto unilateral del marido, esto es, el repudio, que no necesita proceso judicial alguno. En este último caso, el marido decide por su cuenta y sin necesidad de ninguna causa la ruptura del matrimonio, pronunciando la fórmula del *talak*. Por tanto, la mujer sólo puede pedir el divorcio (en las escuelas *malekita* y *schafeita*), recurriendo al juez (*qadi*) siempre que alegue motivos como la impotencia antecedente e incurable del varón, la falta de pago de la dote por el marido o si éste no puede mantenerla, la imposibilidad de convivencia por enfermedad física o psíquica y la ausencia del marido por más de un año. También cabría que la mujer pidiese el divorcio si así se hubiera hecho constar en el contrato matrimonial²⁵ e, incluso, existe la figura del repudio por parte de la mujer, tanto sin compensación económica (repudio *talmik*) como con ella (*repudio khol*)²⁶, lo que permitiría salvar el problema de la vulneración de sus derechos de defensa al quedar patente su voluntad de separación²⁷.

La incompatibilidad del repudio con el sistema español deriva de su contrariedad a los principios básicos constitucionales y a la ausencia de judicialización y de un proceso contradictorio donde la mujer pueda ser oída para hacer valer sus derechos, así como su carácter revocable frente a la irrevocabilidad del divorcio propia de los países occidentales²⁸. Todo ello pone en tensión al sistema de DIPr. pues si no se acepta el repudio o ciertos tipos de repudio como el *Khol*, al final es la mujer la gran perjudicada.

²⁴ Ampliamente M.J. ELVIRA BENAYAS, *Matrimonios forzosos*, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 707-715, quien reclama contra esta práctica una función preventiva pero también asistencial y jurídica a las víctimas. Alude asimismo a la práctica británica que junto a la posible solicitud de nulidad del matrimonio se ha incorporado la posibilidad de declarar el matrimonio como no existente. Ello generaría problemas, tal como señala la autora, porque no podrían desplegarse los efectos jurídicos de la nulidad con los consiguientes problemas respecto, por ejemplo, de la filiación de los hijos nacidos de ese matrimonio e incluso la estigmatización de la víctima. En España que se puede presentar la demanda de separación o divorcio tras tres meses desde la celebración del matrimonio (art. 81 cc, modificado por ley 15/2005, de 8 julio, permite la actuación inmediata “si se acredita la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad sexual del cónyuge demandante, hijos o cualquiera de los miembros de la familia”).

²⁵ E. OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, pp. 72-74.

²⁶ Artículos 89 y 115-120 respectivamente del Código de familia marroquí.

²⁷ Según C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, *Situaciones privadas...*, *op. cit.*, p. 233.

²⁸ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Divorcios extranjeros sin intervención judicial: práctica del Tribunal Supremo*, en A.L. CALVO CARAVACA, J.L. IRIARTE ÁNGEL, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, p. 39.

Precisamente por lo recién expuesto, y no obstante las incompatibilidades descritas entre el derecho musulmán y el derecho español, y en virtud del llamado orden público atenuado, la jurisprudencia española ha reconocido determinados efectos a instituciones contrarias a nuestro orden público internacional, como la poligamia o el repudio²⁹. Así se ha hecho, por ejemplo, en relación con un trabajador senegalés fallecido en accidente de tráfico que estaba casado con dos mujeres conforme a su ley nacional. En esta ocasión los tribunales españoles reconocieron que ambas tenían derecho a la correspondiente pensión de viudedad³⁰. Otras veces, han reconocido el derecho de alimentos y pensión compensatoria al segundo cónyuge³¹. De igual modo, los tribunales han concedido el exequatur a una sentencia de repudio egipcia, por considerar que de este modo se respetaba la decisión de la mujer de disolver su vínculo conyugal³². En definitiva, no se trata de reconocer el repudio, pero sí darle efectos (o reconocer algunos como el citado Khole) como vía de proteger a la mujer y darle en el foro posibilidades que puede no tener en su país de origen.

Por lo que respecta a la poligamia y para valorar la contrariedad al orden público, habrá que atender, además, al matrimonio real o actualmente poligámico, contrariamente a varias resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN). En éstas se ha impedido el registro de matrimonios ya celebrados conforme a una legislación que admite los matrimonios poligámicos, al primar el control de extranjería más que la contrariedad a dicha forma de matrimonio discriminatoria hacia la mujer³³. Se demuestra con ello, por otra parte, la “invasión” del DIPr. por parte del Derecho de la extranjería.

La presencia de la cláusula del orden público en textos como el Código Civil español en su art. 12.3, permite proteger a las mujeres frente a discriminaciones derivadas de aplicar la ley de su nacionalidad y podrá aplicarse tanto antes de la celebración del matrimonio, en el momento de tramitación del expediente matrimonial, como con posterioridad, esto es, cuando se pretenda su inscripción en el Registro Civil español. Si bien es relevante tener en cuenta la visión que puedan otorgar nuestras autoridades respecto a la incompatibilidad del derecho extranjero con el del foro en cada caso concreto o problemas derivados, por ejemplo, de la irretroactividad de nuestra vieja norma de conflicto en materia de régimen económico matrimonial³⁴.

Por último, también en el derecho sucesorio existe discriminación por razón de sexo en algunos países de tradición islámica, donde la mujer suele heredar la mitad que el hombre, o tiene limitaciones en su derecho a obtener derechos financieros tras el

²⁹ Sobre el recurso al orden público atenuado, a veces discutible, otras veces equivocado, ver C. STAATH, *La excepción de orden público internacional como fundamento de denegación del reconocimiento del repudio islámico*, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 717-729.

³⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2.4.2002.

³¹ En la resolución de 28.8.2015. Sobre las críticas a ésta ver P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Nota” a la *RDGRN (202ª)* de 28.08.2015 y de 26.01.2016, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, T. XVI, 2016, pp. 1322-1325.

³² En el Auto del Tribunal Supremo de 21.04.1998 E. OLMOS ORTEGA *op. cit.*, pp. 72-74.

³³ Por ejemplo, la citada Resolución de 28.08.2015.

³⁴ C. VAQUERO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 443.

divorcio³⁵. Ello entra en colisión nuevamente con el derecho español, sobre todo cuando la nacionalidad era el criterio de conexión utilizado en nuestra vieja norma de conflicto del art. 9.8. Código Civil³⁶. Con el nuevo Reglamento (UE) 650/2012³⁷ dicho criterio se acompaña de otros criterios más que permiten flexibilizar la solución sin tener que acudir a la figura del orden público internacional que, en todo caso, seguirá siendo el mecanismo de supervisión de soluciones que puedan resultar discriminatorias.

La excepción de orden público actuará de un modo muy sutil para minimizar un conflicto. Es decir, por una parte, se dirigirá no contra el derecho extranjero en sí, sino contra el resultado de su aplicación en el Estado del foro, teniendo en cuenta, no unos valores universales, sino sólo los de dicho Estado. Por otra, la excepción sólo operará cuando haya suficientes conexiones con el Estado del foro³⁸.

2.2. Violencia de género y su incidencia sobre la sustracción de menores y la Orden de Protección Europea

Otro de los sectores complejos del DIPr. en los que debería aportarse una perspectiva de género y, sobre todo, reforzar la cooperación interestatal y la formación de especialistas es el relativo a la violencia de género en el ámbito de la sustracción de menores.

El informe elaborado por la Agencia de Derechos Fundamentales (FRA) sobre violencia de género en la UE nos muestra una realidad grave y presente en todos los Estados Miembros. El 20% de las mujeres han sufrido violencia física en las relaciones de pareja, el 43% violencia psicológica, el 7% violencia sexual por parte de sus parejas, y el 6% violencia sexual por un hombre con el que no ha mantenido una relación de pareja. Y esta violencia no la sufren sólo en los países de origen, sino que también la viven más allá de sus fronteras dentro de otros países a los que se han desplazado por diferentes razones³⁹.

El mayor problema de la violencia de género en el ámbito del traslado ilícito de menores es, como es bien sabido, demostrar que, en efecto, ha habido una situación de malos tratos que haya justificado el traslado ilícito de un menor por parte –

³⁵ J.R. BOWEN, A. SALIM (eds.), *Women and property rights in Indonesian islamic legal contexts*, Leyden, Boston, 2019, pp. 69 y 89.

³⁶ Ampliamente C. ORÓ MARTÍNEZ, *Orden público internacional y prohibiciones para suceder de la mudawana: fundamento y alcance de la excepción de orden público aplicada a la sucesión de un causante marroquí (a propósito de la SAP de Barcelona (Sección 4ª) de 28 de octubre de 2008)*, en *Dereito. Revista Xurídica da Universidade de Santiago de Compostela*, vol. 18-1, 2009, pp 287-304; I. BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, *El Derecho sucesorio islámico: principios informadores y excepción de orden público internacional*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2009, p. 448.

³⁷ Reglamento (UE) n° 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo DO L 201, de 27.7.2012.

³⁸ Ampliamente, R. MICHAELS, *Private International Law as an Ethic of Responsivity*, *op.cit.*, pp. 15-27.

³⁹ Ver www.violenciagenero.igualdad.mpr.gob.es/.../Otros/FRA/home.htm.

normalmente – de la madre, como vía de escapar del maltratador y que pueda justificar posteriormente la excepción del art. 13 b) del Convenio de La Haya de 1980⁴⁰. Con anterioridad al reciente reglamento 2019/1111 de 25 de junio de 2019 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y materias de responsabilidad parental y de sustracción internacional de menores (refundición)⁴¹, el art. 11.4 del Reglamento 2201/2003 justifica que los órganos jurisdiccionales no pudieran denegar la restitución de un menor, basándose en dicha excepción, si se demostraba que se habían adoptado las medidas adecuadas para garantizar la protección del menor tras su restitución (a pesar de los presuntos malos tratos). Pero el problema de la prueba de una situación de violencia contra la mujer ha demostrado, lamentablemente, disparidad de respuestas ante casos muy similares⁴². Ello explicaría que la reforma del sistema interno español en materia de sustracción de menores, realizada tras la Ley 15/2015, se haya centrado, entre otros, en dichas medidas de protección⁴³. Durante tiempo, el TJUE ha interpretado de un modo demasiado estricto el cumplimiento del art. 11.8 del reglamento 2201/2003⁴⁴, sin siquiera dar opción a excepciones como ha reflejado la jurisprudencia. Ello ha provocado un claro conflicto interpretativo en torno a la protección de los derechos fundamentales y la misma concepción del interés del menor en este tipo de casos⁴⁵.

En este sentido, el TEDH ha defendido una postura más favorable a una interpretación del caso concreto, como forma de valorar el interés superior del niño o niña trasladado ilícitamente, que no siempre tiene que verse mejor defendido con su

⁴⁰ R. ESPINOSA CALABUIG, *La sottrazione di minori nell'Unione europea: tra regolamento n. 2201/2003 e convenzione dell'Aja del 1980*, en S.M. CARBONE, I. QUEIROLO (coords.), *Diritto di famiglia e Unione europea*, Milán, 2008, pp. 283-313.

⁴¹ Publicado el 2 de julio de 2019 (DO L 178, 2.07.2019).

⁴² Ver M. KEYES, *The Hague Convention and the flight from domestic violence: how women and children are being returned by coach and four*, en *International International Journal of Law, Policy and the Family*, 1999, p. 191; M. REQUEJO ISIDRO, *Secuestro de menores y violencia doméstica en la Unión Europea*, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2006, n. 6, pp. 179 ss.

⁴³ La introducción en la Ley de Enjuiciamiento Civil española por parte de la Ley 15/2015 de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria del nuevo capítulo IV aspira a potenciar el regreso lo más rápido posible del menor, en los casos en que ha sido trasladado ilícitamente a nuestro país desde otro Estado (miembro de la UE o del Convenio de La Haya 1980) en el que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado ilícito a España (art. 778 quáter y art. 778 quinquies LEC). Pero también en los casos en que estando el menor residiendo en España ha sido trasladado ilícitamente a otro Estado (art. 778 sexties). Ver R. ESPINOSA CALABUIG, *Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y algunas ausencias*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2016, n. 2, pp. 347-357.

⁴⁴ Según el art. 11.8 “Aun cuando se haya dictado una resolución de no restitución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, cualquier resolución judicial posterior que ordene la restitución del menor, dictada por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento será ejecutiva de acuerdo con la sección 4 del capítulo III, con el fin de garantizar la restitución del menor”.

⁴⁵ Por ejemplo, asuntos como *Aguirre Zárraga*, STJUE de 22 de diciembre de 2010, As. C-491/10 PPU; así como el asunto *Sofia Povse and Doris Povse v. Austria*, núm. 3890/11, resuelto éste por el TEDH en Sentencia de 18 de junio de 2013. Con anterioridad el TJUE se había pronunciado con la Sentencia de 1 de julio de 2010, As. C-211/10 PPU. Ver comentario de P. KINSCH, al hilo de “*Harroudj v. France: indications from the European Court of Human Rights on the nature of choice of law rules and on their potentially discriminatory effect*”, en *Yearbook of Private International Law*, 2013/2014, pp. 39-44.

regreso al país en el que, por ejemplo, había habido una situación de malos tratos. La madre que supuestamente ha realizado el traslado ilícito por dicha causa se ve expuesta, en estos casos, a una situación de vulnerabilidad ante el riesgo de soluciones más basadas en un cumplimiento riguroso del reglamento, que en las circunstancias concretas de su caso en particular.

La reforma del art. 11.8 por el reciente reglamento 2019/1111 se ha intentado realizar teniendo en cuenta las dificultades de valorar el interés del menor en cada caso, evitando el riesgo de manipulaciones como las que se han realizado muchas veces en el ámbito del Convenio de La Haya 1980. En este sentido, la jurisprudencia sentada por el TEDH habría sido tomada en consideración. El nuevo reglamento ha tenido en cuenta, además, otra serie de objetivos como la completa abolición del exequatur en las decisiones sobre responsabilidad parental, la armonización de ciertas reglas para el procedimiento de ejecución y, sobre todo, la aclaración del alcance y significado de muchas reglas, en concreto las relativas a la oportunidad del menor de expresar sus opiniones, las de su traslado a otro Estado miembro o las de circulación de acuerdos e instrumentos auténticos⁴⁶. En todo este contexto, la celeridad en el procedimiento seguirá poniendo de manifiesto las dificultades interpretativas en cuestiones tan relevantes como, por ejemplo, la mencionada audiencia del menor a la que tanto el nuevo reglamento como el art. 778 quinquies, nº 8, de la LEC española le han otorgado un papel fundamental⁴⁷.

Una solución equilibrada de la defensa del interés superior del menor, pero también del de la mujer, en estos casos de sustracción ilícita sólo es posible, como se ha dicho, en un sistema de cooperación y de reforzamiento del régimen de la prueba. En este sentido, el art. 25 del reciente reglamento 2019/1111 alude a la obligación del Estado requerido para la restitución del menor de cooperar con las autoridades competentes del Estado Miembro en el que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención ilícitos, bien directamente, bien con la ayuda de autoridades centrales o de la Red judicial europea⁴⁸. Se situaría así junto a otros textos como el reglamento UE 606/2013 de 12.6.2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de

⁴⁶ En general y desde un punto de vista formal, las reglas sobre traslado ilícito de menores parecen haberse aclarado con el nuevo capítulo dedicado a tales reglas (arts. 21-26^a). Por ejemplo, el art. 21 ha aclarado la relación entre el Convenio de La Haya de 1980 y el reglamento Bruselas II bis. En este sentido, el art. 74 establece que las disposiciones del Convenio se seguirán aplicando en cuanto complementarias por las disposiciones del Reglamento. Según se manifestó en el Seminario *EUFAM II* celebrado en Valencia el pasado 17 de mayo de 2019 (disponible en <https://www.ipr.uni-heidelberg.de/forschung/eufams.html>) por varios académicos en él presentes, el nuevo sistema podría estar dando un paso atrás respecto al reglamento precedente, puesto que el reglamento 2201/2003 se aplicaba con prioridad al Convenio.

⁴⁷ Ello deriva, entre otras razones, de las diferentes concepciones que recibe en los Estados, ya que dentro de la UE hay países como, por ejemplo, Alemania donde aparece configurado como un principio de rango constitucional y en otros, en cambio, ha sido prácticamente inexistente durante años. Ver M. VÖLKER, *Le règlement "Bruxelles II bis" du point de vue d'un juge aux affaires familiales allemand*, en H. FULCHIRON, C. NOURISSAT (dirs.), *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, París, pp. 293-302.

⁴⁸ COM (2016) 411 final.

protección en materia civil⁴⁹, aplicable a las víctimas de violencia de género y que completa la Directiva 2011/99 de 13.12.2011 sobre la Orden europea de protección⁵⁰.

La imposibilidad de demostrar los malos tratos ha justificado decisiones judiciales como las mencionadas en las que se ha dictado una orden de regreso del menor -ejecutable sin exequátur- al país donde tenía su residencia con anterioridad a su traslado ilícito. Ello ha provocado casos de devolución inmediata del menor a su padre presuntamente maltratador, por no haberse podido demostrar el maltrato y con unas medidas de protección del menor insuficientes. Tales medidas se han querido reforzar con el nuevo reglamento 2019/1111. Pero habrá que ver si este nuevo instrumento ha supuesto un avance o no en el tema de sustracción realizada en situaciones de violencia contra la mujer y donde queda, no sólo la protección del menor sino la protección de la madre que ha realizado el traslado ilícito como forma de escapar del maltrato hacia ella o sus hijos.

Será importante, además, compatibilizar la aplicación del nuevo reglamento UE 2019/1111 con el citado reglamento UE 606/2013 de 12.06.2013 en relación con la Orden Europea de Protección (OPE) en supuestos de violencia contra las mujeres (regulada por la Directiva 2011/99/UE de 23.12.2011 sobre la OPE dictadas como medidas de derecho penal). Habrá que evitar situaciones en las que se dicte una orden de retorno del menor por no haberse podido demostrar la situación de violencia contra la madre o los hijos y no se haya reconocido a tiempo una OPE emitida contra el supuesto maltratador.

Sólo en un marco reforzado de cooperación, con el establecimiento específico de las medidas de protección, el uso coordinado de los mencionados reglamentos (2019/1111 y 606/2013) y con la presencia de profesionales especializados en violencia de género, se podrá favorecer el equilibrio de intereses al que me he referido, con la defensa del interés superior del menor pero también de la mujer en situación vulnerable. De lo contrario, pueden volverse a producirse acusaciones como las que tuvieron lugar con ocasión del asunto *González Carreño c. España* en que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW) acusó a nuestro país de incumplir las obligaciones que le corresponden como Estado parte de la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁵¹. En favor de “tomar en consideración las situaciones de violencia doméstica o de género en la adopción de decisiones judiciales sobre responsabilidad parental” se ha manifestado

⁴⁹ DOUE L 181 de 12 de junio de 2013

⁵⁰ DOUE L 338 de 13 de diciembre de 2011.

⁵¹ Dictamen de 16 de julio de 2014 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en virtud del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Comunicación número 47/2012), según el cual España ha incumplido las obligaciones que le corresponde asumir como Estado parte. Tales incumplimientos se refieren a las obligaciones de prevención de situaciones de violencia de género y a las obligaciones de reparación. A pesar del Dictamen, el Estado español no ha reparado a la víctima. Para un comentario, ver C. VAQUERO LÓPEZ, *op. cit.*, 464; F.J. LOUSADA AROCHENA, *El caso González Carreño contra España*, en *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2015, n. 37, pp. 6-15.

igualmente, si bien sin aportar soluciones, el Parlamento Europeo en su Propuesta legislativa de 18.1.2018⁵².

3. Mujeres y derecho de nacionalidad y extranjería como materia incidental del Derecho internacional privado

Uno de los ámbitos donde más se confunde la defensa de los derechos de la mujer y la valoración de la contrariedad al orden público internacional español tiene que ver con el derecho de la nacionalidad y la extranjería, en cuanto materia incidental del DIPr. en países como España. Así, por ejemplo, en relación con la concesión de la nacionalidad española se ha llegado a apreciar el derecho extranjero que admite la poligamia sin diferenciar entre la poligamia *iure* y la *de facto*⁵³. Pero además, resultan criticables los prejuicios culturales que han justificado la denegación por parte de las autoridades administrativas españolas de las solicitudes de inscripción de matrimonio presentadas por mujeres nacionalizadas españolas, pero originarias de países donde se admite la poligamia⁵⁴.

El derecho de la extranjería se ha ocupado también de situaciones de discriminación frente a mujeres inmigrantes provocadas por la violencia de género⁵⁵. El incremento de estas situaciones entre la comunidad de extranjeros que se encuentra en España motivó en su momento la inclusión de estos supuestos en la reforma de la LO 4/2000 de extranjería operada por la LO 2/2009, en el art. 31 bis, y el Reglamento de 2011, en sus arts. 131 a 134. Es más, la relevancia del tema justificó una posterior reforma del art. 31 bis a través de la LO 10/2011, de 27 de julio, para ampliar el alcance de la norma y matizar su contenido⁵⁶. En este sentido, según se expone en el Preámbulo de la Ley de 2011

⁵² Resolución legislativa de 18 de enero de 2018 sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (refundición) (COM(2016)0411 – C8-0322/2016 – 2016/0190(CNS)), por la que ha presentado enmiendas a los considerandos 17 y 19 del texto propuesto. Ver <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8TA-2018-0017+0+DOC+PDF+V0//ES>. C. VAQUERO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 464.

⁵³ A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Nota” a la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 26 de febrero de 2010, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2010, n. 1, pp. 245-248.

⁵⁴ M. GUZMÁN ZAPATER, *Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2017, n. 2, p. 112; C. VAQUERO LÓPEZ, *op. cit.*, p. 441.

⁵⁵ La doctrina internacional-privatista le ha dedicado trabajos varios a este tema. Entre otros, M. MOYA ESCUDERO, C. RUIZ SUTIL, *La mujer extranjera víctima de malos tratos*, en A.M. RUBIO CASTRO, *Análisis jurídico de la violencia contra las mujeres: Guía de argumentación para Operadores Jurídicos*, Sevilla, 2004, pp. 235-311; C. AZCÁRRAGA MONZONÍS, *La mujer inmigrante en la extranjería y el asilo*, en B. VERDERA IZQUIERDO (sir.), *El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar*, Madrid, 2013, pp. 237-262; R. RUEDA VALDIVIA, *Mujer extranjera víctima de violencia de género y Derecho de extranjería*, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2008, n. 18, pp. 81-117; J.A. TOLEDO LARREA, M.D. ADAM MUÑOZ, *La relevancia del Derecho internacional privado en relación con las mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica*, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 41, 2016, pp. 81-134.

⁵⁶ R. ESPINOSA CALABUIG, *Permanencia de los extranjeros en España*, en E. FERNÁNDEZ MASÍÁ (coord.) *Nacionalidad y extranjería*, Valencia, 2018.

“(…) con el fin de protegerlas, se hace necesario establecer unas condiciones legales más propicias a que las mujeres inmigrantes se atrevan a denunciar a sus agresores. Se debe primar la protección de los derechos a la integridad física y moral de la mujer, cuando padece situaciones de violencia de género, así como su derecho a la tutela judicial efectiva, frente a una sanción por estar en situación de irregularidad”. Según las estadísticas ofrecidas por la Delegación de Gobierno para la violencia de género en 2016 el 43,2% de las mujeres asesinadas fueron extranjeras, en 2017 el 34,7%, en 2018 un 35,4% y en 2019 un 39,1%⁵⁷.

Con todas estas reformas se ha pretendido que la mujer extranjera que sea víctima de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa, tenga garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente. No obstante, desde la entrada en vigor de la Directiva 2011/99/UE la Comisión Europea⁵⁸, las agencias de la UE y las ONGs han recopilado muy poca información para poder evaluar el uso de este instrumento a escala UE. Según la evaluación publicada en septiembre de 2017 por el Servicio de Estudios del Parlamento Europeo (EPRS), solo se habían contabilizado siete órdenes europeas de protección. Sorprende el uso limitado de este instrumento teniendo en cuenta del número de víctimas que se benefician de medidas de protección en el ámbito penal en los EE.MM, *“muchas de las cuales probablemente viajan, se trasladan o se desplazan dentro de la Unión de forma periódica u ocasional. A modo de ejemplo, se ha calculado que en 2010 más de 100.000 mujeres residentes en la Unión estaban amparadas por medidas de protección relacionadas con la violencia de género”*⁵⁹.

Con la legislación actual se ha previsto una solución para los casos de mujeres extranjeras que se encuentran en una situación irregular en España, que sale a la luz cuando se denuncia un caso de violencia de género. En estos supuestos, no se incoará el expediente administrativo sancionador por infracción del art. 53.1.a) de la Ley

⁵⁷ Para un mayor detalle ver www.violenciadegenero.igualdad.mpr.gob.es.

⁵⁸ La ya mencionada Directiva 2011/99/UE de 13 de diciembre de 2011 sobre la Orden Europea de Protección, que afecta a la mujer extranjera que se encuentre en cualquier Estado Miembro de la UE y haya sido víctima de violencia de género, fue traspuesta al ordenamiento español mediante la Ley 23/2014 de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea. Cabe mencionar igualmente la Directiva 2012/29/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. En ella se alude a la Resolución del Parlamento Europeo, de 5 de abril de 2011, sobre las prioridades y líneas generales del nuevo marco político de la Unión para combatir la violencia contra las mujeres, y se propone una estrategia para combatir la violencia contra las mujeres, la violencia doméstica y la mutilación genital femenina, como base para futuros instrumentos legislativos de Derecho penal de lucha contra la violencia de género, incluido un marco para combatir la violencia contra las mujeres (política, prevención, protección, persecución, previsión y asociación) seguido de un plan de acción de la Unión. Entre la normativa internacional en esta materia cabe citar la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada el 18.12.1979, las recomendaciones y decisiones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, adoptado el 7.04.2011.

⁵⁹ Informe de 14.03.2018 sobre la aplicación de la Directiva 2011/99/UE.

(infracción grave por encontrarse en situación irregular). Pero, además, se suspenderá el expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción con anterioridad a la denuncia o, en su caso, la ejecución de las órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas. La mujer extranjera podrá entonces solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, a partir del momento en que se hubiera dictado una orden de protección a su favor o, en su defecto, un Informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Dicha autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal.

La reforma operada por la Ley Orgánica 10/2011 ha introducido la “*concesión automática – ya no potestativa – de una autorización provisional de residencia y trabajo para la mujer maltratada y sus hijos, que resuelva interinamente su situación hasta que se emita la resolución judicial relativa a la denuncia por violencia machista*” (Exposición de motivos).⁶⁰

Se observan, en definitiva, actuaciones llevadas a cabo desde frentes diversos en nuestro país y en la UE para poner solución desde el DIPr., incluida la normativa sobre nacionalidad y extranjería, a las situaciones de discriminación y malos tratos a mujeres extranjeras presentes o residentes en España. Las estadísticas demuestran, sin embargo, que queda todavía mucho por hacer en este ámbito.

4. Mujeres y maternidad subrogada: ¿Derecho de la mujer, mercantilización de la mujer?

Por último, hacemos referencia a otro fenómeno de difícil solución para el DIPr. en relación con los derechos de las mujeres, como es la regulación de la llamada maternidad subrogada, sobre la que entran en conflicto varios intereses no siempre fáciles de valorar: el interés de ser padre/madre, el interés del menor y el interés de la madre gestante⁶¹. Este conflicto de intereses ha provocado decisiones relevantes, aunque discutibles, por parte del TEDH con casos como por ejemplo *Menesson v. Francia*⁶² y

⁶⁰ Dichas autorizaciones provisionales concluirán en el momento en que se concedan o denieguen definitivamente las autorizaciones por circunstancias excepcionales. Con la reforma se ha extendido además el ámbito aplicativo del art. 31 bis, situándose en la línea ya marcada por el Reglamento de 2011, en el art. 131.2, ya que se permite que, en el momento de presentar la solicitud, o a lo largo del proceso penal, la mujer extranjera - por sí misma o a través de representante - pueda asimismo solicitar una autorización de residencia por circunstancias excepcionales “*a favor de sus hijos menores de edad o que tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades, o una autorización de residencia y trabajo en caso de que fueran mayores de 16 años y se encuentren en España en el momento de la denuncia*”.

⁶¹ Ver D. COESTER-WALTJEN, *A case for harmonization of Private international law? Juggling between Surrogacy, Interest of a Child and Parenthood*, en H. MUIR WATT Y OTROS, *Global Private International Law*, Cheltenham, UK, 2019, pp. 504-510.

⁶² App n° 65192/11 (TEDH 26.06.2014).

*Paradiso et Campanelli v. Italia*⁶³. Toda esta situación ha conducido a que, además, la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado se plantee la necesidad de regular este fenómeno.⁶⁴

Con las sentencias del TEDH se pone de manifiesto la necesidad de acudir a las técnicas del DIPr. para determinar o regular de algún modo los efectos transfronterizos de estos “acuerdos reproductivos internacionales”. Pero también para comprobar la operatividad, en su caso, de la excepción de orden público en relación con el reconocimiento del vínculo de filiación resultante del acuerdo de subrogación. En los dos casos resueltos por el TEDH el orden público ha emergido como el último obstáculo en contra del reconocimiento de los certificados de nacimiento que vinculan a una pareja con un niño nacido mediante la subrogación. En el primer caso, la denegación de dicho reconocimiento no impidió que la familia viviera unida en Francia. En el otro, en cambio, provocó el traslado del niño del domicilio - en Italia - de la pareja que había gestionado la subrogación, en favor de una familia de acogida⁶⁵.

Sin una regulación de este fenómeno, claramente en alza⁶⁶, las situaciones de indefensión de la madre gestante, la madre sin vínculo genético (o que ha gestionado la subrogación) y el niño son aún mayores aún que sin ningún tipo de cobertura legal, sea ésta para admitir este tipo de acuerdos que para prohibirlos. Situaciones relativas a la valoración de aspectos como, por ejemplo, el consentimiento que haya podido realmente prestar la madre gestante a la práctica de la subrogación (a veces puede actuar presionada por su entorno familiar), o de la madre sin vínculo genético en casos de ruptura de la pareja. Junto a ellas emerge también la protección del niño nacido de dicho acuerdo. En concreto, puede verse expuesto a riesgos como, entre otros, ser abandonado en caso de divorcio de la pareja o por la aparición de problemas tras el parto, dejando

⁶³ App n° 25358/12 (TEDH 24.01.2017). Cabe señalar que el pasado 10.04.2019 el TEDH, bajo petición del Tribunal Supremo francés, ha pronunciado la primera opinión consultiva sobre el *status* de los hijos nacidos por maternidad subrogada. Petición n. P16-2018-001, *Relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention* (en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["003-6380431-8364345"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)). Ver el comentario de L. RICCARDI, *Il primo parere consultivo della Corte europea dei diritti dell'uomo tra maternità surrogata e genitorialità "intenzionale": il possibile impatto nell'ordinamento giuridico italiano*, en *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, pp. 160-183 (disponible en www.fsjeurostudies.eu). Asimismo, A. DI BLASE, *Il riconoscimento della genitorialità a favore del genitore non biologico nel parere della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 aprile 2019*, in *Sidiblog.it*, disponible en <http://www.sidiblog.org/2019/05/16/il-riconoscimento-della-genitorialita-a-favore-del-genitore-nonbiologico-nel-parere-della-corte-europea-dei-diritti-delluomo-del-10-aprile-2019/>. La richiesta di parere è disponibile su https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/638_5_40365.html.

⁶⁴ Sobre el proyecto en la materia véase <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

⁶⁵ Ver los casos relativos a un niño nacido en la India para una pareja japonesa que decidió abandonarlo por desavenencias conyugales o el niño nacido con síndrome de down en Tailandia para una pareja australiana que abandonó al niño y regresó a Australia sólo con la hermana gemela. Casos expuestos por K. TRILHA, *Surrogacy in the context of Private international law? Cross-border effects of international reproductive agreements*, en H. MUIR WATT Y OTROS, *op. cit.*, pp. 495-504.

⁶⁶ Sobre las diferentes soluciones legales que recibe ver K. TRIMMINGS, P. BEAUMONT, *International Surrogacy Arrangements: Legal regulation at the international level*, Oxford, 2013, pp. 20 ss.

que sea el país de nacimiento del niño el que deba hacerse cargo de él en una situación en la que, quizás, ni siquiera tenga la nacionalidad de ese país. Problemas de nacionalidad que también se pueden producir en el país de destino del niño⁶⁷. Todo ello sin olvidar la dimensión registral de este fenómeno que cada vez es más relevante en el DIPr.

También la sociedad española se ha enfrentado en los últimos tiempos al desarrollo de esta nueva “técnica de reproducción asistida” que ha tenido una repercusión en el ámbito de la filiación. Sobre ella la Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) publicó en su momento una Instrucción el 5 de octubre de 2010 (BOE de 7 de octubre de 2010⁶⁸) para dar solución a los problemas generados por los niños nacidos en el extranjero por dicha técnica, prohibida en España, a la hora de proceder a su inscripción en el registro civil español⁶⁹.

Años más tarde, la sentencia del Tribunal Supremo español de 6 de febrero de 2014 vino a considerar que los hijos nacidos mediante gestación por sustitución no podían ser inscritos en el registro civil español, por considerarse una cuestión contraria al orden público español. Esta solución contrastaba con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de junio de 2014 en los asuntos *Menesson c. France* y *Labassee c. France*, en los que como hemos visto se defendió el vínculo de filiación establecido entre un padre y su hijo biológico nacido mediante dicha técnica sin consideración de la excepción de orden público.

La ausencia de una respuesta legal en España de este tema ha generado movimientos en contra por parte de algunos grupos feministas que en abril de 2019 han llegado a proponer 22 medidas contra dicha figura, entre ellas la creación de un catálogo de sanciones, reclamando medidas que acaben con “*la cultura patriarcal que se apropia*

⁶⁷ Sobre éstas y otras situaciones ver K. TRILHA, *op. cit.*, p. 496.

⁶⁸ En concreto: a) Si el encargado del Registro Civil considera que la resolución extranjera relativa al niño nacido mediante esta técnica en el extranjero fue dictada en el marco de un procedimiento jurisdiccional de naturaleza contenciosa, denegará la inscripción de la resolución, al requerirse previamente el exequátur de ésta conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) española de 1881. b) En cambio, si estima que la resolución extranjera tiene su origen en un procedimiento análogo a uno español de jurisdicción voluntaria controlará incidentalmente si puede ser reconocida en España, como requisito previo a su inscripción. Dicho control debe constatar extremos como: 1) La regularidad y autenticidad formal de dicha resolución y cualquier documento presentado. 2) La competencia judicial del tribunal de origen conforme a criterios equivalentes a los de la legislación española. 3) Respeto de los derechos procesales de las partes, en particular el de la madre gestante. 4) Comprobación de que la resolución es firme y los consentimientos prestados son irrevocables.

⁶⁹ En la doctrina española, entre otros, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la Res. Dirección General de Registros y Notariado 18.02.2009*, en *InDret*, 2009, n. 3; M. GUZMÁN ZAPATER, *Gestación por sustitución y nacimiento en el extranjero: hacia un modelo de regulación (sobre la instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010)*, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 731-743; *Id.*, *Instrucción de la DGRN de 5 oct. 2010. El acceso al registro español de los nacidos en el extranjero mediante gestación por sustitución*, en *El notario del Siglo XXI*, n.º 34, pp. 51-55; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Efectos en España de la gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero*, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. X, 2010, pp. 339-377; P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2010, y *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. IX, 2009, pp. 1249-1252.

del cuerpo de las mujeres”, al considerarlas “*seres accesorios*” que existen “*para dar servicio a otros*”⁷⁰. Estos colectivos exigen la anulación de la Instrucción de 2010 por permitir registrar en España a niños nacidos fuera de España por dicha práctica, donde es ilegal (la Instrucción, de hecho, ha sido calificada como transgresora del principio de igualdad⁷¹).

Sin embargo, a la luz de decisiones del TEDH el debate parece centrarse únicamente en la protección del niño, además de crear distinciones artificiales entre políticas que pueden – o no – adoptarse por aquellos Estados que quieren evitar que sus ciudadanos realicen acuerdos internacionales de subrogación. El alto tribunal europeo ha considerado contrarias a la Convención Europea de Derechos Humanos las decisiones de autoridades estatales que rechacen por motivos de orden público el reconocimiento del vínculo de la filiación entre una pareja y el niño nacido a través de la subrogación. En el caso de Francia, las decisiones de las autoridades posteriores al caso *Menesson* se han limitado a reconocer los vínculos entre el niño y el padre que lo es genéticamente, dejando desprotegida a la “supuesta” madre no biológica, cuyos derechos además no están salvaguardados por la Convención, según estableció el mismo Tribunal de Estrasburgo, la cual incluso podría perder su derecho al contacto con el niño en caso, por ejemplo, de ruptura con su pareja. Pero, asimismo, los niños que no tienen un vínculo genético con el “supuesto” padre quedarían fuera de dicha casuística. Por su parte, las autoridades italianas del caso *Paradiso Campanelli*, a diferencia de las francesas, no se limitaron a denegar el reconocimiento del certificado ruso de nacimiento del niño. Fueron más allá al trasladar a éste a una familia de acogida tras estar ocho meses bajo la custodia de los supuestos padres. Tras varios recursos las autoridades italianas pasaron a centrarse en el vínculo genético entre el padre y el niño.⁷² Al haber sido el niño concebido sin material genético de ninguno de los *intended parents* el TEDH consideró aceptable el traslado del menor por no haberse establecido todavía una vida familiar.

Paradójicamente esta última decisión podría considerarse atentatoria del art. 8 de la Convención de Derechos humanos al haber incidido sobre el *status familiae*, precepto puesto de manifiesto en cambio en el caso *Menesson* para argumentar el derecho del niño a quedarse con sus *intended parents*. Algunos han propuesto un modelo de reconocimiento condicionado a varios requisitos como, por ejemplo, que los padres aspirantes no elijan el destino para realizar la subrogación con arreglo a los costes sino a las buenas prácticas que se lleven en ese país. Este modelo podría, con dificultades, conseguirse a través de las técnicas estatales de DIPr. en el sentido de que, si no se es capaz de revisar las políticas extranjeras sobre subrogación, el Estado donde se pretende su reconocimiento podría hacer dos cosas: bien aceptar sus efectos por el bien de los

⁷⁰ Ver <http://www.elpais.com> (9.4.2019).

⁷¹ M.P. FERRER VANRELL, *La transgresión del principio de igualdad en la instrucción de DGRN 5-10-2010 sobre el régimen registral de los nacidos mediante gestación por sustitución*, en B. VERDERA IZQUIERDO (dir.), *El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar*, Madrid, 2013, pp. 15-38.

⁷² K. TRILHA, *op. cit.*, p. 500.

niños o bien oponerse a ello a través de la excepción de orden público.⁷³ Ello podría motivar e incentivar la cooperación internacional en la materia en la línea del mencionado Proyecto de la Conferencia de La Haya de DIPr.⁷⁴

La valoración del orden público es más compleja en los casos en los que no hay vínculo genético con ninguno de los supuestos padres como ocurrió con el caso *Paradiso Campanelli*, de ahí que los tribunales de conformidad con la decisión del TEDH denegaran el reconocimiento de la decisión extranjera completamente al entender que los padres habían pasado por alto tanto las normas estatales que prohíben la subrogación como las relativas a la adopción en ese país. Parece, pues, que conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos, los legisladores y tribunales nacionales tendrán un gran margen de apreciación a la hora de valorar el reconocimiento de una decisión extranjera que establece la paternidad de personas sin vínculo con el niño. Ello genera, sin duda, mucha incertidumbre tanto para el niño como para los potenciales padres.⁷⁵ Pero, sobre todo, lo que estas conclusiones reflejan es que, una vez más, parecen pasarse por alto los derechos de la mujer, tanto de la madre gestante como de la madre sin vínculo genético, apoyándose una vez más el patriarcado tradicional.

5. Un breve apunte final

Partiendo de una necesaria aproximación al DIPr. con ojos de mujer, nos encontramos con que son todavía muchos los frentes abiertos en nuestra disciplina en la lucha por sus derechos fundamentales y, en este sentido, la introducción de una perspectiva de género en el DIPr., tanto por los legisladores como por las autoridades, constituye una prioridad absoluta.

El reconocimiento de la igualdad de derechos por los textos europeos, convencionales e internos es, sin duda, una base importante para el avance de dicha perspectiva de género. Sin embargo, el hecho de que, por ejemplo, la Conferencia de los Estados islámicos haya promovido sus propias Declaraciones de Derechos Humanos, basadas en la *Sharia*, o que la misma Convención de 1979 sea la que más reservas haya recibido por parte de los países islámicos, cuestiona en ocasiones la efectividad de algunos de estos textos. A ello se añade la aplicación que de éstos hacen los tribunales y autoridades públicas ya que, pesar de los avances realizados, aún existen frenos a la evolución del DIPr. hacia políticas más igualitarias y, muchas veces, los tribunales otorgan respuestas a litigios sobre la vida privada y familiar de las mujeres, bien anteponiendo políticas públicas de control de la extranjería a la protección individual, en cada caso concreto, o bien perpetuando una identidad genérica femenina que las identifica más con su función maternal que con la función protectora de su libertad

⁷³ Más ampliamente ver K. TRILHA, *op. cit.*, p. 503.

⁷⁴ Ver <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

⁷⁵ Ver D. COESTER-WALTJEN, *op. cit.*, p. 508.

personal. Ese avance por los tribunales estatales es desable, asimismo, por parte de los tribunales internacionales, en particular el mismo TJUE y el TEDH a la hora de resolver cuestiones prejudiciales o interpretar los instrumentos internacionales vigentes.

La perspectiva de género debe otorgarse de una manera transversal si queremos que tenga algún resultado real y global. Por lo que al DIPr español se refiere, es cierto que ha habido avances considerables en favor de la igualdad de derechos, pero todavía quedan reminiscencias del pasado, y a su desarrollo tampoco han ayudado las dificultades prácticas, inherentes a nuestra disciplina. Entre otras, las derivadas de la aplicación de un derecho extranjero por nuestras autoridades, cuando ese derecho es, por ejemplo, de un país musulmán, la eliminación del exequátur en relación con decisiones como el retorno del menor tras un traslado ilícito (cometido por causa de violencia de género no demostrada) o cuestiones de reconocimiento de una filiación derivada de una maternidad subrogada.

En este contexto, la excepción de orden público tiene un importante papel y va a actuar de un modo muy sutil para minimizar un conflicto ya que, por una parte, se dirigirá no contra el derecho extranjero en sí, sino contra el resultado de su aplicación en el Estado del foro, teniendo en cuenta, no unos valores universales, sino sólo los de dicho Estado. Por otra, la excepción sólo operará cuando haya suficientes conexiones con el Estado del foro⁷⁶.

En la regulación del traslado o retención ilícitos de un menor cometidos como forma de escapar de una situación de violencia contra la mujer o sus hijos sería deseable que se propulsaran soluciones equilibradas de la defensa del interés superior del menor, pero también del de la mujer, que sólo será posible en un marco sólido de cooperación y de reforzamiento del régimen de la prueba. Además, la puesta en práctica del reciente reglamento (UE) 2019/1111 deberá hacerse teniendo en cuenta el reglamento (UE) 606/2013 relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil, aplicable a las víctimas de violencia de género y que completa la Directiva 2011/99 sobre la Orden europea de protección.

Por lo que atañe a la legislación actual en materia de nacionalidad y extranjería, en cuanto incidental del DIPr. en países como España, parece observarse una mayor perspectiva de género como forma de proteger a las mujeres extranjeras que se encuentran en una situación irregular en España, que sale a la luz cuando se denuncia un caso de violencia de género. El avance en la normativa española a este respecto no se corresponde, sin embargo, con la realidad dado el alto número de mujeres extranjeras en España que siguen siendo víctimas de violencia de género.

Por último, en relación con la maternidad subrogada no existe, por el momento, ninguna perspectiva de género ni en las regulaciones ya existentes ni, parece, en las que están por llegar, por parte del DIPr.. Por ahora, conforme a la Convención Europea de Derechos Humanos, parece que los legisladores y tribunales nacionales tendrán un gran margen de apreciación a la hora de valorar el reconocimiento de una decisión extranjera

⁷⁶ R. MICHAELS, *Private International Law as an Ethic of Responsivity*, *op.cit.*, pp. 15-27.

que establece la paternidad/maternidad de personas sin vínculo genético con el niño. Ello genera mucha incertidumbre tanto para el niño como para los potenciales padres. Pero, sobre todo, lo que estas conclusiones reflejan es que, una vez más, parecen pasarse por alto los derechos de la mujer, tanto de la madre gestante como de la madre sin vínculo genético.

Con el análisis de todas estas cuestiones el presente trabajo pretende llamar la atención sobre la necesidad de aportar una perspectiva de género en el DIPr. fomentando que éste pueda convertirse en un instrumento ético para conceptualizar y reorientar todas estas cuestiones y muchas más. El DIPr. puede ser esa herramienta ética que ayude a combatir las discriminaciones y desigualdad de derechos, incluidas las que se producen - todavía hoy - por el hecho de ser mujer. Se impone, en definitiva, un nuevo modo de pensar nuestra disciplina, que bien podría ser a través de una ética basada en la receptividad⁷⁷.

De esta forma, se podrá avanzar en situar la dignidad humana en el corazón de la ley desde un compromiso con la solidaridad social, tal como propugnaba Henri Battifol⁷⁸. Y es así como el DIPr. puede ser una herramienta ética de evitación y solución de conflictos que, en el caso de las mujeres, podría propulsar la defensa de sus derechos. Una defensa que sólo podrá ser efectiva aportando una necesaria perspectiva de género en el DIPr. tanto por parte de los legisladores como, sobre todo, por nuestras autoridades.

ABSTRACT: La necesidad de una perspectiva de género en el Derecho internacional privado se aprecia con especial énfasis en diversos aspectos del derecho de familia y el tratamiento de los derechos de las mujeres que se hace en ellos. En concreto, este artículo se ha centrado en cuestiones paradigmáticas de nuestra disciplina en las que se sigue careciendo de dicha perspectiva. Entre otras, se han analizado las disparidades existentes en el derecho musulmán que contradicen el derecho del foro y cuál es la función práctica del orden público en la aplicación de ese derecho extranjero. Igualmente problemático y carente de perspectiva de género, hasta el momento, es el relativo a los casos de traslado o retención ilícita de menores realizados como consecuencia de una situación de violencia (que hay que demostrar) contra la mujer o contra sus hijos. Preocupante es también el aumento de casos de violencia de género contra mujeres extranjeras en España, no obstante la normativa existente en materia de nacionalidad y extranjería – en cuanto incidental del Derecho internacional privado – que trata de protegerlas con constante medidas. Por último, se aborda el fenómeno de la maternidad subrogada y el olvido que en

⁷⁷ Ver R. MICHAELS, *Private International Law as an Ethic of Responsivity*, *op.cit.*, pp. 11-27 quien señala que el DIPr., lejos de quedarse apartado de las grandes cuestiones de nuestro mundo, está claramente en el centro de ellas. Las mayores cuestiones éticas actuales requieren que definamos nuestra relación con el Otro y, en este sentido, el DIPr. podría hacerlo desde una *ethic of responsivity*.

⁷⁸ Tal como recuerda H. MUIR WATTS, *Battifol*, en J. BASEDOW Y OTROS (eds.), *Encyclopedia of Private international law*, vol. 1, Cheltenham, UK, 2017, p. 170.

tantos casos se hace de los derechos de la mujer, tanto de la madre gestante como de la madre sin vínculo genético.

KEYWORDS: perspectiva de género – orden público internacional – sustracción de menores – orden de protección europea – maternidad subrogada.

THE (FORGOTTEN) GENDER PERSPECTIVE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT: The necessity of a gender perspective in Private international law is observed with emphasis in several aspects of family law and the treatment done in this regard to the women's rights. In particular, this article focuses on several paradigmatic aspects such as the disparities existing in the Muslim law which contradict the *lex fori* and which is the practical function of International public policy in the application of that foreign law. Also paradigmatic and absent of gender perspective, until now, is relating to the cases of children abduction committed as a consequence of a gender violence situation. Very worrying is also the increase of gender violence against foreign women in Spain notwithstanding the regulation protecting them existing in Spain. Lastly, an analysis of the maternity by surrogacy is done and the forgotten protection of the women rights, in particular that of the expectant mother and the mother without a genetic link.

KEYWORDS: gender perspective – public policy – children abduction – european order protection – surrogacy.