

RECONOCIMIENTO DE LOS MATRIMONIOS Y DE LAS UNIONES REGISTRADAS ENTRE PERSONAS DE UN MISMO SEXO

(Colloque Comisión européenne-CNUE consacré à la coopération juridique au service des familles européennes.- Bruxelles 19 mars 2009)

1.- Las uniones entre personas de un mismo sexo con un propósito de vida en común constituyen una realidad cada vez más frecuente en nuestra actual sociedad, lo que ha obligado a cambiar el concepto clásico de familia.

2.- Es un hecho que el notario, por su condición de práctico del derecho, próximo a los ciudadanos, se enfrenta diariamente en su despacho a los interrogantes jurídicos que le plantean las uniones, maritales o no maritales, entre personas de un mismo sexo, tanto al formarse las mismas, como en su desarrollo diario, como al disolverse, sea por fallecimiento de alguno de sus miembros, sea por entrar la misma en crisis.

Cabría pensar, por ejemplo, en la posibilidad de la celebración del matrimonio ante notario (como lo puede ser ante un concejal de ayuntamiento, un capitán de barco o un comandante de aeronave). Pero, aunque ello no fuera posible, la comparecencia ante aquél podría ser para pactar la ley aplicable a su su régimen matrimonial, o éste directamente, o para prever una posible crisis matrimonial o para pactar unos derechos sucesorios.

La situación es diferente con las uniones no maritales registradas, ya que es mayor el número de legislaciones nacionales que las reconocen y regulan, y que atribuyen competencias al notario, a veces en exclusividad, otras compartidas con otras autoridades. En estos casos, la intervención del notario puede consistir en la celebración de la unión y si no, o también, en la autorización de los pactos que los miembros de la unión quieran adoptar sobre diversas cuestiones (sus relaciones personales de convivencia, sus relaciones patrimoniales, el posible futuro cese de convivencia, poderes recíprocos, reconocimiento de derechos sucesorios, organización de las relaciones paterno filiales, la previsión de su propia posible futura incapacitación proponiendo la designación como tutor o curador o administrador de su pareja, la previsión del nombramiento futuro de un tutor o curador o administrador para sus hijos).

Lo verdaderamente importante, es que tales matrimonios y uniones, así como los pactos que sus miembros celebren, gocen de autenticidad y de publicidad, y puedan ser reconocidos / as y lleguen a desplegar, sin problemas, plenitud de efectos. La autenticidad se la va a ofrecer el documento público y auténtico en el que aquellas y aquellos se plasmen, en su caso, el documento notarial; la publicidad, la conveniente inscripción en un Registro público, que puede ser, por ejemplo, el civil.

Pero también después de haberse unido pueden los miembros de la pareja (sea matrimonio, sea unión) comparecer ante Notario, bien para pactar entre ellos aquellas reglas que podrían haber pactado ya al celebrar su matrimonio o, en su caso, su unión, o simplemente modificar las ya acordadas, bien para celebrar determinados negocios jurídicos u otorgar diversos actos jurídicos (actos de administración, ordinaria o extraordinaria, o de disposición de su patrimonio, o de adquisición de derechos reales, obtener préstamos, asumir obligaciones y compromisos, ordenar la propia sucesión, prever la autotutela o la tutela de sus hijos, otorgar el denominado testamento vital o documento de voluntades anticipadas, otorgarse poderes recíprocos con validez incluso en caso de enajenación mental del poderdante o más allá de la muerte de éste, aceptar o renunciar la herencia, partirla y adquirir derechos hereditarios, otorgar la declaración de herederos abintestados, regular las relaciones paterno filiales, reconociéndose ambos miembros como padres legales, autorizar la inseminación artificial o la adopción o el ejercicio por el otro de la autoridad parental sobre el hijo de uno solo, la adopción por los dos o por sólo uno de ellos, donación de órganos, facilitar la adquisición del apellido del otro o la nacionalidad del otro o el permiso de residencia en el país, etc.).

Al disolverse el matrimonio o la unión también se plantean algunos interrogantes: ¿Puede tener lugar la disolución voluntaria ante notario, descongestionándose con ello los juzgados, reconociéndose la autonomía de la voluntad de los cónyuges, en su caso de los miembros de la pareja, potenciándose la figura del notario como mediador familiar además de como autenticador del acuerdo alcanzado?

La situación expuesta es mucho más evidente cuando de uniones no maritales se trata. Muchas legislaciones nacionales han optado por atribuirle competencias en la materia al notario.

Si la disolución es posible ante notario, ¿cuál ha de ser la ley por la que ha de regirse esa crisis matrimonial?, ¿qué aspectos deben resolverse y regularse expresamente? Si la disolución no es posible ante notario, ¿cabe cierta intervención notarial, previa, simultánea o posterior a la resolución de la crisis?

En caso de disolución por fallecimiento: ¿tiene el otro algún derecho sucesorio? ¿tiene el otro derecho a subrogarse en el arrendamiento de la vivienda?, ¿debe procederse a la liquidación del régimen patrimonial?, ¿conserva el otro algún derecho patrimonial especial, aunque sea de forma limitada en el tiempo?, ¿tiene el otro alguna preferencia en las adjudicaciones?

3.- Es también un hecho, que **cada legislador nacional regula de forma diferente las uniones, maritales o no maritales, entre personas de un mismo sexo.** Por eso,

a) Cuando hablamos de uniones entre personas de un mismo sexo podemos incurrir en errores por no estar refiriéndonos a lo mismo (existen de un lado el matrimonio –sólo reconocido en Los Países Bajos, en Bélgica y en España- y de otro las uniones no maritales –que pueden revestir la forma de

una unión registrada, de un contrato susceptible de inscribirse en un registro público para lograr su publicidad, o de una simple unión de facto-).

b) Puede variar, y de hecho varía, el tratamiento jurídico que les dispensan los diferentes Estados europeos a las uniones entre personas de un mismo sexo (comprendiendo dentro de este concepto todas las formas posibles de unión). Sólo tres Estados europeos admiten los matrimonios homosexuales; algunos Estados, además de aquellos, o sólo, las uniones no maritales registradas –en algún caso sólo para las personas de un mismo sexo al no admitir el matrimonio, en otros con independencia del sexo-; algunos Estados no admiten ni los matrimonios ni las uniones registradas, pero sí los contratos registrables o las uniones de facto; y otros Estados, por último, no admiten ningún tipo de unión. Pero, incluso los que admiten idénticas figuras, las regulan de forma diferente, sea en su formación, en sus efectos, en su publicidad o en su terminación.

4.- Al concurrir en la unión un elemento de extranjería (por ejemplo, la nacionalidad o la residencia habitual de uno de los miembros de la pareja, el lugar donde ha de desplegar sus efectos la unión, etc.), ésta puede verse afectada por diversas legislaciones nacionales.

5.- Todo matrimonio, toda unión entre personas de un mismo sexo, aspiran a crearse válidamente y a desplegar sus plenos efectos. Esto último requiere que sean reconocidos/as más allá de las fronteras del Estado donde se han generado.

6.- Ese reconocimiento precisa de textos legales universalmente aceptados, que regulen desde un punto de vista sustantivo, en todos sus aspectos, el matrimonio y sus consecuencias, la unión y las suyas. Pero esto es algo imposible e inimaginable.

7.- Una solución más realista consiste en la aprobación de normas de derecho internacional privado, validas y aplicables por cuantos más Estados mejor, que determinen las distintas leyes en juego que han de ser aplicadas. Se ha descartado la elaboración de un Código europeo y se ha optado por la aprobación de disposiciones sectoriales.

Merecen citarse en tal sentido tres convenciones:

- “Convention sur la célébration et la reconnaissance de la validité des mariages” de La Haya de 14 de marzo de 1978. Sólo ha sido ratificada por Luxemburgo y los Países Bajos.
- “Convention sur la reconnaissance des partenariats enregistrés” de 5 de septiembre de 2007 de la Comisión internacional del estado civil. Hasta ahora sólo ha sido ratificada por Portugal.
- “La convention sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux” de 14 de marzo de 1978. Sólo ha sido ratificada por Francia, los Países Bajos y Luxemburgo.

En efecto, ninguna de las tres convenciones ha tenido ni está teniendo gran éxito. Son poquísimos los países en las que están vigentes.

8.- La consecuencia es que ante la falta de tal tipo de textos legales, es cada Estado el que determina si reconoce o no a las uniones que se le presenten. Esta situación provoca que matrimonios y uniones válidamente celebradas en un país no sean reconocidas en otro o lo sean insuficientemente, provocando situaciones claudicantes, fraudulentas y, en definitiva, no deseadas. Se produce inseguridad jurídica, enorme incertidumbre y un gran coste económico.

9.- El legislador europeo ha querido remediar o paliar esta situación

El Derecho europeo comunitario – elaborado en el seno de la UE – está desempeñando cada día un papel más decisivo, teniendo una influencia directa en los ciudadanos. La voluntad de hacer de la UE una unión política, y no solo económica, tiene un importante reflejo en el campo del Derecho, y por ello son cada día más numerosas las disposiciones que se aprueban en la UE, o sea fuera de los diversos parlamentos nacionales.

Lo anterior se hace evidente, como novedad y de una forma destacable, en el llamado Derecho de familia. Las exposiciones de motivos de los textos legales ya vigentes como las de aquellos otros en trámite de elaboración, expresamente reconocen que estas medidas son necesarias para cumplir el objetivo de mantener y desarrollar un espacio de libertad, de seguridad y de justicia en el que esté garantizada la libre circulación de las personas.

Cualquier disposición legislativa que se adopte en el seno de la UE en materia de Derecho de familia, requiere la unanimidad de los Estados miembros (o sea, del Consejo), no siendo posible, al menos por el momento, acudir al sistema de codecisión, según el cual la competencia legislativa sería asumida conjuntamente por el Consejo y el Parlamento Europeo.

10.- De momento se ha descartado el intentar **unificar el Derecho material** o sustantivo de los diferentes Estados de la U.E.

11.- La solución por la que se ha optado es por la aprobación de una serie de normas de **Derecho Internacional Privado**. Ante la imposibilidad de elaborar un verdadero código de DIPr, se ha seguido una vía o de respuesta **por sectores o materias**,

a).- Su finalidad es conseguir:

a.- unificar la determinación del órgano jurisdiccional o de la autoridad competente en cada caso:

b.- unificar la determinación de la ley aplicable a esas uniones

c.- facilitar el reconocimiento y el despliegue de efectos de esas uniones y de los acuerdos que se adopten.

b).- Los objetivos a conseguir son:

a.- dar una respuesta legislativa uniforme en toda la U.E., sea cual sea el órgano o la autoridad o personas que hayan de conocer esas uniones;

b.- dotar de certeza, estabilidad y seguridad jurídica a esas situaciones creadas;

c.- evitar que respecto de una misma persona se puedan duplicar o reproducir esas u otras situaciones semejantes (pluralidad de matrimonios o de uniones)

d.- evitar que se busque la pluralidad de inscripciones como único medio de conseguir el pleno despliegue de efectos.

12.- El instrumento jurídico idóneo es **el Reglamento**, ya que es de aplicación inmediata, directa y obligatoria para los diferentes Estados, sin que sea necesaria su trasposición. Los importantes intereses que se hallan en juego en el Derecho de familia aconsejan utilizarlo a nivel europeo como instrumento legislativo idóneo, asegurando la uniformidad legislativa europea y limitando la autonomía legislativa de los diferentes Estados miembros. Es el caso de los textos que han sido mencionados con anterioridad, y que versan sobre la separación y el divorcio (proyecto de reglamento Roma III de reforma del Reglamento nº 2201/2003), los regímenes matrimoniales y las obligaciones alimenticias (Reglamento nº 4/2009). Existe, no obstante, alguna excepción como, por ejemplo el caso de la mediación, para cuya regulación, se ha optado por una directiva, concretamente la 2008/52/CE del parlamento europeo y del consejo de 21 de mayo de 2008 (DOUE de 24 de mayo de 2008).

13.- Esas normas de DIPr deben de dar respuesta a las siguientes **cuestiones**:

a)- Cuando se produce un conflicto que afecta a la unión entre personas de un mismo sexo (sea aquélla un matrimonio, una unión no marital registrada, una unión contractual o simplemente de facto) y son varios los **órganos jurisdiccionales** que pueden ser competentes, ¿cuál ha de serlo realmente?

b)- Cuando son varias las **leyes** nacionales susceptibles de ser aplicadas

a.- ¿cuál ha de ser aplicada? ¿incluso aunque pueda llegar a ser la de un Estado no miembro de la UE?

b.- ¿una sola ley que contemple todos los aspectos o varias leyes simultáneamente?

c.- ¿qué ley debe regular la creación de la unión? ¿cuál la forma que debe revestir? ¿cuál los requisitos esenciales que deben concurrir para ser considerada válida?

d.- ¿qué ley debe determinar los efectos que produzca la unión? ¿pueden ser varias leyes, según cuales sean esos efectos? P. ej.: ley que determina si se genera un nuevo estado civil, la que regula los aspectos patrimoniales de la unión, los efectos sucesorios, la obligación y el derecho recíproco a dar y recibir alimentos.

e.- ¿qué ley regula la terminación de la unión? ¿la del Estado de celebración, la del Estado de inscripción, la de la nacionalidad o residencia habitual de sus miembros?

c.- La admisión y **reconocimiento** de esas uniones y el despliegue en consecuencia de efectos.

Posibilidad de oponerse a su reconocimiento alegando:

- que es contraria al orden público nacional;
- que no reúne los requisitos de **forma** ni esenciales requeridos, como p.ej.:
 - que no se ha prestado un válido consentimiento para su creación (por falta de capacidad mental o de libertad);
 - que no se reúne la edad mínima necesaria para su creación;
 - que se infringe la exclusividad de la relación
 - que existe un vínculo de parentesco con el otro miembro de la unión.
- que no se le pueden reconocer a la unión más efectos que los previstos en su Estado de origen.
- Que no se le pueden reconocer a la unión más efectos que los previstos en el Estado de destino.

d.- Las normas deberían regular también la **publicidad** necesaria que se ha de dar a tales uniones: si es precisa o no sus inscripción en algún Registro público, si éste ha de ser único para toda Europa o si basta con tenerlos nacionales en cada país y poderlos conectar entre sí o facilitar el acceso al mismo desde el extranjero.

e.- Las normas deberían recoger diversas **definiciones** sobre los conceptos de matrimonio homosexual, unión, cohabitación, contrato matrimonial, régimen patrimonial, efectos matrimoniales, etc. Quizás fuese mejor que cada Estado dijese expresamente a qué instituciones o figuras jurídicas de su país es aplicable la disposición legal en cuestión.

14.- ¿Cuál ha sido hasta ahora la actividad legislativa del legislador europeo, en materia de Derecho de familia?

a.- Está elaborando dos proyectos de reglamento y **ha aprobado un nuevo reglamento** que afectan a cuestiones de indudable interés para los ciudadanos, y que son la separación y el divorcio (proyecto Roma III de

reforma del proyecto sobre separación y divorcio), los regímenes matrimoniales y las obligaciones alimenticias (Regl. 4/2009), respectivamente.

b.- Trata las cuestiones anteriores desde el punto de vista del Derecho internacional privado, admitiendo que una regulación única y uniforme europea desde el punto de vista material o sustantivo no es posible, al menos por el momento.

c.- Le preocupan establecer los criterios que permitan determinar la normativa aplicable (cuál de las leyes nacionales en juego resultará aplicable) y el órgano jurisdiccional competente (dejando abierta la puerta para que los Estados nacionales puedan atribuir competencias a autoridades no judiciales). Le interesa asegurar el reconocimiento y ejecución de las decisiones, judiciales o no, y de los documentos auténticos, equiparando, por regla general, los documentos auténticos a las decisiones judiciales (reglamento 44/2001, 2201/2003 y 4/2009) , e intentando suprimir el exequátur y todo tipo de procedimiento de control a posteriori.

d.- Admite el juego de la autonomía de la voluntad tanto para determinar la ley aplicable como el órgano jurisdiccional competente, pero exige que tanto una como otro guarden una mínima vinculación con los interesados.

e.- En cuanto a la forma que debe revestir dicho pacto no tiene clara la respuesta. Por un lado, manifiesta no ser competente para regular la forma (restando ésta como propia de la competencia legislativa de cada Estado nacional, pero luego, al regular las diferentes materias, sí que exige una forma concreta, con la gravedad añadida de que según las materias, y sin aparente justificación, al regular el tema de la forma ofrece respuestas diferentes:

Así, en materia de separación y divorcio

Los artículos 3 bis y 20 bis del proyecto de reforma regulan la forma de los pactos (tanto los que determinan el foro competente como los que lo hacen de la ley aplicable) y dicen *“el acuerdo debe constar por escrito, fechado y firmado por los cónyuges. Cualquier comunicación por vía electrónica que permita un duradero registro del acuerdo equivaldrá al escrito. Sin embargo, si la ley del Estado miembro donde ambos cónyuges tienen su residencia habitual al tiempo de celebración del acuerdo exige adicionales requisitos formales para tales acuerdos, tales requisitos tienen que se respetados. Si los cónyuges son residentes habituales en diferentes Estados miembros y la ley de éstos exigen diferentes requisitos formales, el acuerdo es formalmente válido si satisface los requisitos de cualquiera de esas leyes”*.

Dichos artículos se conforman con que el acuerdo conste por escrito, fechado y firmado por los cónyuges; no basta el acuerdo verbal, y sirve, en principio, cualquier forma documental. Equiparan al escrito la simple comunicación por vía electrónica, referencia ésta que, en mi opinión deberá ser siempre entendida e interpretada de acuerdo con la directiva que regula la firma electrónica, por lo que, quizás, fuera más correcto suprimir esta referencia.

Prevé el legislador una cláusula según la cual se permite exigir el cumplimiento de requisitos de forma más estrictos; así, cuando los exija la ley de la residencia habitual de ambos cónyuges. Con la aceptación de la enmienda que realizó Finlandia, si cada cónyuge reside habitualmente en un Estado miembro diferente, no será necesario exigir los más rigurosos (obligaría a costes de asesoramiento elevados para averiguarlos, si no fuesen los exigidos por la ley del lugar de celebración), bastará con cumplir los requisitos formales exigidos por la ley de uno u otro de sus Estados (el riesgo es que los que se exijan sean los requisitos menos rigurosos).

Si los pactos adoptados constasen simplemente por escrito, el problema que se plantearía es el de si los mismos podrían ser reconocidos o no. Tratándose del pacto por el que se determina el órgano jurisdiccional competente, ningún problema se plantearía, ya que cuando le fuese sometida al órgano jurisdiccional la controversia, al tiempo que se pronunciase sobre su competencia, podría valorar la validez de dicho pacto. Lo mismo vale para el pacto determinando la ley aplicable, si del mismo acaban conociendo los órganos jurisdiccionales. En cambio, si este último pacto hubiese de desplegar efectos en el mundo extrajudicial, sería importante la forma que el mismo hubiese revestido. Es indudable que si el acuerdo constase en documento público y auténtico, su reconocimiento sería general y fácil. En cambio si la forma adoptada fuese otra, como, por ejemplo, el simple escrito, éste necesitaría de algún control posterior que permitiese asegurarse de la existencia del acuerdo y de que el mismo hubiese sido otorgado voluntariamente y con pleno conocimiento de causa por los interesados.

En materia de regímenes matrimoniales

Matrimonio.- El tema de la forma no está definitivamente resuelto. Justo es reconocer que la mayoría de legislaciones exigen la forma notarial, o sea, la autorización por un notario de un documento donde los cónyuges o los futuros esposos elijan o determinen su régimen matrimonial, lo modifiquen, procedan a su disolución o liquidación, total o parcial, o decidan su prórroga de una manera especial.

Uniones de pareja registradas.- El acuerdo de creación de la unión o de modificación de la misma o de determinación de la ley aplicable o de determinación de sus efectos debería revestir una forma especial, que les permitiese conocer y valorar las consecuencias de su acuerdo, y la obtención de publicidad. Debería reflejarse en documento público tal acuerdo.

En materia de obligaciones alimenticias

Coinciden el art. 15 del reglamento nº 4/2009 del Consejo y el art. 8 del protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007.¹

¹ Artículo 3 del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2.007 dice: “... d) “acuerdo por escrito” significa un acuerdo registrado en cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para su ulterior consulta; e) “acuerdo en materia de alimentos” significa un acuerdo por escrito

En el número 2 del art. 8 del Protocolo se dice que un acuerdo tal debe establecerse por escrito o consignarse sobre cualquier soporte cuyo contenido sea accesible para ser consultado ulteriormente y que esté firmado por las dos partes. En el punto 5 del mismo artículo 8 del Protocolo dice que “a menos que en el momento de la designación las partes fueran debidamente informadas y conscientes de las consecuencias de la ley designada, ésta no se aplicará cuando conlleve consecuencias manifiestamente injustas o no razonables para cualquiera de las partes”.

La regulación que propone el legislador europeo es diferente para el pacto determinando el foro que para aquél en que se concreta la ley aplicable. En aquél se conforma con un simple escrito, incluso con una simple transmisión electrónica. En éste parece, en principio, seguir la misma solución, pero exige finalmente que las partes hayan estado perfectamente informadas y sean sabedoras de las consecuencias que entraña su elección. Si ello no hubiera sido así y de la aplicación de la ley designada se produjeran consecuencias injustas o no razonables para una u otra de las partes, la ley elegida no será aplicable.

La trascendencia para las partes de determinar la ley aplicable es grande. Para ellas puede no ser igual cuál sea finalmente la ley aplicable y, por lo tanto, la que determine la existencia y alcance de una obligación alimenticia. De ahí que crea necesario ser mucho más riguroso en la exigencia de una forma para tal pacto.

Será preciso demostrar, llegado el caso, que su elección obedeció a un consentimiento debidamente informado. Éste se presume siempre prestado en el otorgamiento de un documento notarial generado dentro del sistema latino-germánico. Existe aquí un reconocimiento implícito al documento notarial, que merece ser destacado. Si es así, ¿por qué no se ha hablado expresamente del documento notarial? Alemania lo solicitó cuando se estaba redactando el protocolo de La Haya 2007 y se le contestó que no era posible porque no todos los países conocían la figura del notario.

De lo anterior se desprende que la forma sí puede jugar en este caso un papel esencial para que el pacto pueda desplegar, de manera indubitada, todos sus efectos, y ello, sin olvidar, que semejante pacto puede estar incardinado, también, dentro de otro de contenido más amplio para el que se exija una forma especial, incluso de validez, como, por ejemplo, el contrato matrimonial.

No obstante, debemos decir a favor del legislador europeo:

- Que sí hace un especial reconocimiento del documento público auténtico, que lo es por su autoría y porque hace fe por sí solo no sólo de las formas sino también de su contenido (merecen citarse el Regl. 805/2004 (sobre

sobre pago de alimentos que: i) ha sido formalmente redactado o registrado como un documento auténtico por una autoridad competente; o ii) ha sido autenticado, concluido, registrado o depositado ante una autoridad competente, // y puede ser objeto de revisión y modificación por una autoridad competente.

título ejecutivo de créditos incontestados) y el reciente Regl. 4/2009 sobre obligaciones alimenticias).

- Equipara el documento auténtico y ejecutivo con las decisiones judiciales.

f.- Deberían quedar expresamente excluidas de los proyectos de reglamento en curso, las cuestiones de la transmisión de inmuebles y de la inscripción en los registros públicos, ambas sujetas a la ley del lugar de situación, como expresamente reconoció el reglamento 44/2000.

g.- En materia de regímenes matrimoniales cabría plantearse la posibilidad de adoptar en el futuro, a nivel europeo, unos regímenes matrimoniales concretos, con su propia normativa material, válidos para todos los países de la UE. Cabría además exigir a nivel nacional una mejor y más completa publicidad del régimen matrimonial, aspirando en el futuro a la interconexión de los diferentes registros nacionales incluso, por qué no, a la creación de un registro europeo.

15.- La normativa que, de momento, podría servir de inspiración podría ser:

1.- **Reglamento Bruselas I, nº 44/2001** (CE) 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 (conocido como Bruselas I). Su artículo 57 habla de los documentos públicos con fuerza ejecutiva, reconociéndolos como emanados de una autoridad pública. El documento público con fuerza ejecutiva debe reunir las condiciones necesarias de autenticidad en el Estado miembro de origen para poder ser declarado ejecutorio en otro Estado miembro. Dicho reglamento es básico y esencial y recoge las reglas generales sobre el reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales y de los documentos públicos con fuerza ejecutiva. Importantísimo es el artículo 22 que declara exclusivamente competentes en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, a los tribunales del Estado miembro donde el inmueble se hallare sito, en materia de validez de las inscripciones en los registros públicos, a los tribunales del estado miembro en que se encontrare el registro, y en materia de ejecución de las resoluciones judiciales, a los tribunales del estado miembro del lugar de ejecución.

2.- **Reglamento Bruselas II bis nº 2201/2003** del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental que derogó el reglamento (CE) nº 1347/2000 (separación y divorcio), y el proyecto de reglamento de reforma de aquél (denominado Roma III). Merece destacarse el artículo 46 que hace referencia a los documentos públicos con

fuerza ejecutiva y a los acuerdos con fuerza ejecutiva que se equiparan a efectos de reconocimiento y de ejecución a las resoluciones judiciales.²

3.- Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de decisiones y la cooperación en materia de obligaciones alimenticias. Merecen destacarse el art. 2.3), que da una definición del documento auténtico (en sintonía con la de otros textos) y el art. 48, que equipara aquél a las decisiones (judiciales)

4.- **Reglamento (CE) 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados**, considerando como tal el documento notarial al mismo nivel que las resoluciones y las transacciones judiciales, por estar establecido por un poder público; en efecto, habla del acreedor que ha obtenido un documento ejecutivo que requiere el consentimiento expreso del deudor, que puede ser un documento público con fuerza ejecutiva que comprende un crédito con ausencia comprobada de oposición.

5.- Convención sobre el reconocimiento de las uniones no maritales registradas de 5 de septiembre de 2007 de la Comisión internacional del Estado civil.

6.- Convención de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la celebración y el reconocimiento de la validez de los matrimonios (en vigor desde el 1 de mayo de 1991 aunque sólo en Australia, Luxemburgo y Países Bajos).

7.- Convención de La Haya de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales, en vigor desde el 1 de septiembre de 1992, aunque sólo en Francia, Luxemburgo y Países Bajos.

8.- El futuro Reglamento sobre el documento auténtico europeo. Al respecto merece destacarse la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2008 que recoge las recomendaciones hechas por éste a la Comisión sobre las ideas en que debe inspirarse dicho reglamento.

16.- Los importantes intereses dignos de especial protección que concurren en el ámbito del derecho de familia justifican que se refuerce a nivel europeo el papel que el notario de corte latino-germánico ha de jugar y, sobre todo, su creación, el documento notarial.

² Se está tramitando un proyecto de reglamento de reforma parcial de dicho reglamento con el que se pretende introducir normas de conflicto determinando la ley aplicable y cambiar las que regulan la jurisdicción competente. Se conoce con el nombre de Roma III, y a fecha de hoy ha suscitado una viva polémica al oponerse algún Estado europeo—Suecia, en concreto— a la aplicación en su territorio de derecho extranjero, necesitarse la unanimidad para su aprobación y haberse propuesto el seguimiento de un procedimiento de cooperación reforzada cuya viabilidad y conveniencia se están analizando, habiéndose adherido ya a esta solución, al menos, ocho Estados europeos.

Es preciso superar absurdos reparos como el de que la figura del notario y del documento notarial no son conocidos en toda Europa, ya que, siendo ello cierto, sólo afecta realmente a un número mínimo de Estados europeos, que son además los más contrarios a aceptar las nuevas disposiciones legislativas europeas. Deberían ser estos poquísimos Estados los que buscasen y propusiesen soluciones aceptables tan seguras y útiles para sus países y, en su caso, para terceros, que brindasen la misma seguridad jurídica, si ello es posible, como la que ofrece a la mayoría de los Estados europeos el documento notarial y el notario.

Debería por ello intentarse que los textos legales europeos se pronunciaran con mayor claridad y rotundidad a favor del documento notarial y de la figura del notario, evitando expresiones que pueden dar pie a malas e interesadas interpretaciones. Destaco como muy positivos la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de diciembre de 2008, aprobada a partir del informe del europarlamentario Sr. Medina, que contiene las recomendaciones de aquél a la Comisión para la redacción de un proyecto de reglamento sobre el documento auténtico europeo, y el reglamento 805/2004 sobre título ejecutivo europeo por créditos no contestados.

El notario está llamado a desempeñar un importante papel a nivel europeo, como ya lo viene haciendo a nivel individual en cada una de las legislaciones nacionales. Así, cabe reseñar la intervención del notario autorizando el oportuno documento notarial:

- al celebrar el matrimonio o al crear la unión;
- al pactar ambos cónyuges o ambos miembros de la pareja las reglas por las que se ha de regir su matrimonio, en su caso, unión (relaciones personales, patrimoniales: régimen patrimonial y poderes, derechos sucesorios, relaciones paterno filiales, su posible crisis matrimonial o de pareja, etc.)
- al mediar en la crisis de la pareja
- al disolver el matrimonio o la unión

Favorecer y fomentar la intervención del notario y de su creación, el documento notarial, como instrumento jurídico comunitario, ideal para que los acuerdos adoptados entre los cónyuges, en caso de matrimonio, o entre los miembros de la pareja, en caso de una unión no marital, sean reconocidos fuera de las fronteras del país en el que han sido adoptados, y ello con independencia de su contenido. Hoy se es plenamente consciente de la necesidad de seguridad jurídica preventiva. El ideal es que el ciudadano pueda hacer valer sus derechos incluso fuera de sus fronteras nacionales y que ello no se lo impidan incompatibilidades entre sistemas jurídicos o la complejidad de los mismos. Debe poder ejecutar y exigir extrajudicialmente sus derechos (circulación y reconocimiento del documento). La seguridad jurídica beneficia a los contratantes (validez y eficacia del contrato), a los terceros (no ven peligrar su situación), al Estado (objetivos fiscales, condiciones administrativas, urbanísticas, ...) y a la sociedad en general (menos litigios, menos congestión en los tribunales), obteniéndose, así, un mayor valor económico.

Los ciudadanos europeos necesitan informarse de lo que firman, de las condiciones en que se obligan, de los compromisos que asumen y de cuales son sus derechos y obligaciones. El notario, per se, está obligado a prestar asesoramiento previo, independiente e imparcial, a leer el documento –o a asegurarse de su lectura previa por los interesados- y a explicar al ciudadano el alcance y consecuencias del acto o negocio que otorga. El consentimiento que se emite en presencia del notario es un consentimiento debidamente informado que busca equilibrar situaciones dispares o de desequilibrio entre las partes. El ciudadano necesita que el contrato que ha firmado, porque lo ha leído –o se lo han leído-, entendido y aceptado, sea válido y eficaz. Precisamente el notario se encarga por propia naturaleza de controlar la legalidad y la concurrencia de todos los requisitos que son necesarios para que el contrato despliegue plenitud de efectos. El ciudadano necesita disponer, en caso de incumplimiento del contrato por la otra parte, de un título ejecutivo que sea inmediatamente reconocido y ejecutable. Y efectivamente el documento notarial lo es.

El notario escucha a los interesados, les informa, les asesora jurídicamente, bajo un escrupuloso respeto y sometimiento a la legalidad vigente, para a partir de ahí redactar un documento, cuyo original generalmente conserva, y del que emite copias autorizadas destinadas al tráfico jurídico.

Actúa el notario como delegado de su Estado nacional que ha depositado en él su confianza también y le ha delegado parte de su soberanía, en beneficio de los ciudadanos, para que atienda sus necesidades, permitiéndoles obtener un documento que recoge sus declaraciones de voluntad y que es completamente legal, fiable, seguro, lo que le permite poder circular sin dificultad, ser reconocido en todos los ámbitos, y ser ejecutivo, si la situación lo requiere.

Con su actuación el notario asegura la legalidad del acto, facilita la seguridad jurídica y la estabilidad de las relaciones jurídicas, promueve la justicia, haciendo “iguales” a los desiguales, asegura la titularidad de los ciudadanos y de las empresas, potencia las transacciones jurídicas y económicas transfronterizas mediante la circulación del documento notarial, defiende tanto intereses públicos como privados. Y el notario lo consigue porque ejerce un poder delegado de la soberanía del Estado, goza de predicamento y reconocimiento social, está territorialmente ampliamente implantado, está técnicamente preparado, está socialmente arraigado, goza de la confianza social, es una figura próxima a los interesados.

Con su actuación el notario puede prevenir conflictos, evitando que surjan, y también puede poner fin a conflictos ya surgidos actuando de mediador o de árbitro (ADR alternative dispute resolution)

En efecto, es en el ámbito del derecho de familia (además de, por supuesto, en otros que no vienen al caso) donde se manifiesta especialmente relevante la importante función social que despliega el notario, como persona de confianza de los ciudadanos, próxima a ellos, perfectamente conocedora de los diferentes aspectos jurídicos, económicos y sociales que atañen a las relaciones familiares.

En muchos de los casos que acabo de enumerar los diferentes legisladores nacionales vienen exigiendo que los pactos y las declaraciones de voluntad se otorguen en documento notarial (creación de las uniones estables, pactos sobre el régimen matrimonial, pactos sobre convivencia o relación de dependencia). **¿Por qué?** Desde luego, por la confianza que el notario y el documento que él autoriza inspiran, lo cual es aplicable a todos los ámbitos en general; en el del Derecho de familia existen, además, otros motivos. En éste existen intereses que la sociedad considera necesario preservar a toda costa.

Frente al criterio tradicional que no admitía la autonomía de la voluntad en el seno del Derecho de familia, hoy se confía en la mayoría de edad de los ciudadanos, por lo que se ha permitido la celebración de pactos entre ellos, aunque, eso sí, se ha considerado imprescindible conservar algún mecanismo de control y protección. Uno de esos instrumentos o mecanismos ha sido la exigencia de intervención del notario.

En ocasiones esos actos y negocios trascienden del ámbito de las relaciones entre los que los celebran, afectando a terceros que no han intervenido directamente en ellos, y a los que también resulta necesario proteger. Es el caso, por ejemplo, de los pactos por los que acuerda, modifica o disuelve y liquida el régimen económico matrimonial. Si se quiere que trasciendan del ámbito privado de las partes es necesario que sus pactos gocen de unas garantías mínimas de existencia, validez y eficacia, que vienen aseguradas por la intervención notarial y, en ocasiones, y sólo gracias a ésta última, por la publicación en ciertos Registros.

Esta visión del Derecho de familia, del notario y del documento notarial³ que individualmente tienen la inmensa mayoría de los Estados que conforman la Unión europea, creo que podría, y también debería, ser asumida por el legislador europeo.

La utilización del notario y de su creación, el documento notarial, se traducirían en que se permitiese y fomentase y primase el pacto entre los miembros de la pareja determinando la ley por la que se ha de regir su unión, siempre que fuese una ley con la que guardasen un mínimo vínculo. Esa ley regularía en general la unión, sin perjuicio de que determinados aspectos o efectos de la misma pudiesen quedar sometidos a leyes especiales (por ejemplo, las que regulan la sucesión, los alimentos o los regímenes matrimoniales, en su caso patrimoniales).

En defecto de pacto, la ley aplicable sería la legalmente determinada, que podría ser, como mejor solución, la del lugar de celebración (con lo que la solución valdría para cualquier tipo de unión, marital o no marital, registrada, contractual o de facto).

³ Los reglamentos núm. 805/2004 (título ejecutivo europeo) y 4/2009 (obligaciones alimenticias) dan una definición del documento auténtico basada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de junio de 1999 (conocida como sentencia UNIBANK)³ y en el informe Jenard-Möller, que definen como tal en atención a su autoría y a que la autenticidad se extiende a las firmas y también a su contenido.

El reconocimiento de la unión se facilitaría al poder acreditar su existencia y validez por medio del documento notarial, o de otro auténtico de acuerdo con la definición que de éste se hace en la sentencia Unibank de 1999 del tribunal de Justicia en aquellos países que no tengan aquél, y sólo se permitiría rechazar su reconocimiento alegando ser contraria al orden público nacional, tener dudas sobre su autenticidad formal, sobre el cumplimiento de los requisitos esenciales, y sin poder atribuirle más efectos que el reconocido a sus propios nacionales ni más efectos que los establecidos por su ley reguladora.

El notariado es consciente de la realidad en que vive, del momento trascendente en que nos hallamos, está plenamente convencido de la necesidad y conveniencia de crear la Europa del Derecho, y quiere ser parte activa, y así creo que lo ha venido demostrando y lo debe y quiere seguir haciendo, prestando especial atención a los diferentes textos legales europeos.