

Brexit, persona y espacio de libertad, seguridad y justicia

Santiago Álvarez González

Universidad de Santiago de Compostela

1. Las ideas que pretendo destacar en torno al impacto del *Brexit* en el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, en lo que atañe a la cooperación civil en el ámbito de la persona, están presididas por una nota que destaca sobre todas las demás: la incertidumbre. Es verdad que esa misma incertidumbre gobierna la situación en relación a otros aspectos puede que más importantes (o, al menos, de mayor trascendencia mediática). La UE y el Reino Unido coinciden hasta la fecha en que *nothing is agreed until everything is agreed*. Cualquier pronóstico en este sentido es una mera especulación y, puestos a profetizar, lo mejor es partir de aquella situación que genera menos incertidumbre: la de un *Brexit* sin acuerdo, o la de un *Brexit* sin acuerdo sobre los temas que me ha tocado abordar en esta mesa redonda¹.

En este sentido no partiré de cero, obviamente, sino que me fijaré en las preocupaciones que ya han sido hecho públicas, especialmente desde la perspectiva británica, y en las propuestas que se efectúan por académicos al margen de los negociadores.

2. Entrando ya en valoraciones, y teniendo en cuenta la extensión limitada de estas reflexiones, diré que, a mi juicio, ha existido hasta la fecha una cierta miopía a la hora de abordar estos temas, consistente en poner el foco de forma si no exclusiva sí exageradamente preponderante en la eventual desaparición de los instrumentos normativos específicos de los que se ha dotado la UE en los últimos lustros. Sin duda se trata de una tentación difícil de resistir, sobre todo desde quienes se topan de narices con una realidad inesperada y tienen que comenzar a familiarizarse con ella. Esto podría justificar, por ejemplo, el documento de la Cámara de los Lores «*Brexit: justice for families, individuals and businesses?*»², que limita el campo de familia y persona a dos reglamentos. Solamente a dos reglamentos: el Reglamento (CE) 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000³ y el Reglamento (CE) nº 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos⁴. ¡Como si la justicia para las personas y las familias pudiera reducirse a estos dos reglamentos!

Y a esta tentación no solo ha sucumbido la "parte británica" sino que de forma implícita también se percibe en las aproximaciones "continentales", en las que no es infrecuente orillar los efectos del *Brexit* en relación con aquellos instrumentos normativos que ya hoy no vinculan al Reino Unido, bien porque optó por activar la prerrogativa que le da el Protocolo (nº 21), sobre la posición del Reino Unido y de Irlanda respecto del espacio de libertad, seguridad y justicia, incorporado como anexo al TUE y al TFUE, bien porque, tratándose de reglamentos concluidos mediante el procedimiento de cooperación reforzada, no cuentan con el Reino Unido como Estado miembro *participante*.

¹ Desarrollos más detallados pueden encontrarse en mi trabajo: «Consecuencias del *brexit* para la cooperación en materia civil. Derecho de persona, de familia y de sucesiones», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. XVII, 2017, pp. 181-210.

² <https://www.publications.parliament.uk/pa/ld201617/ldselect/ldcom/134/134.pdf>.

³ DO L 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁴ DO L 7, de 10 de enero de 2009.

3. Estos tipos de análisis son parciales desde, al menos, tres dimensiones distintas: el Derecho de la Unión es más, mucho más, que sus instrumentos singulares y, por ejemplo, el Reino Unido no es un tercer Estado en relación con las libertades de la Unión; en segundo término, al lado de la normativa específica sobre persona, familia o sucesiones, existe otra “genérica” (notificación, pruebas, justicia gratuita, mediación...) que afecta o puede afectar a todas las personas y las familias; y en último lugar, porque el Reino Unido no es un tercer Estado cualquiera a un determinado instrumento europeo que no le vincula: es un “tercer Estado miembro”, si se me permite el oxímoron. Y eso también puede tener consecuencias.

Voy a ahorrar al lector los tópicos sobre los reglamentos que son y que dejarán de serlo para el Reino Unido tras el *Brexit*. Y tampoco me detendré en la segunda dimensión enumerada en el párrafo anterior, meramente técnica. Sí en la primera y en la tercera. Una porque a pesar de su evidencia no ha sido suficientemente reivindicada. La otra porque es menos indiscutible, aunque existe. Me apoyaré en varios ejemplos para hacerlas más gráficas.

4. Pensemos en dos aspectos no regulados por una normativa específica de la UE, sobre los que el *Brexit* habría de resultar aparentemente inocuo: el nombre de las personas físicas y el matrimonio. Por su vinculación al Reino Unido, la *STJ de 2 de junio de 2016*⁵ es sumamente ilustrativa de lo que digo: un doble nacional alemán desde su nacimiento y británico tras adquirir esta nacionalidad comenzó llamándose en Alemania *Nabiel Bagdadi*; aún en Alemania, *Nabiel* había cambiado su nombre dos veces, pasando a llamarse *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff*. Por último, el cambio (uno más) que determina el problema «europeo» y la actuación del TJ fue el efectuado en el Reino Unido por el de *Peter Mark Emanuel Graf von Wolffersdorff Freiherr von Bogendorff*. Dicho cambio no fue reconocido en Alemania y ciertamente el Tribunal de Justicia no condenó de plano este no reconocimiento... pero podría haberlo hecho, como lo hizo en otros supuestos⁶. Dentro de la UE, aunque no haya ningún instrumento específico para regular el nombre de las personas físicas, el artículo 21 TFUE⁷ tiene una fuerza normativa que solo excepcionalmente puede ceder ante consideraciones nacionales y que ha sido implacable en otros supuestos para alterar las propias soluciones nacionales. Los ciudadanos europeos nacidos en el Reino Unido y registrados con unos determinados nombres y apellidos *hoy* tienen derecho a que tal régimen se reconozca en el resto de los EM. Obviamente, el derecho es recíproco para los ciudadanos europeos de cualquier otro EM. Tras el *Brexit* tales derechos no existirán ni en una dirección ni en la otra.

Y si la intervención del TJ en el régimen del nombre de las personas físicas es un prototipo de cuanto decimos, la reciente *STJ de 5 de junio de 2018*⁸ podría considerarse su epitome, al afectar a un aspecto mucho más sensible, cual es el de la admisión o no del matrimonio entre personas del mismo sexo y los derechos que de la condición de cónyuge pudieran derivar. Resumiendo y simplificando, un Estado miembro que no reconoce el matrimonio homosexual, que puede ser incluso claramente hostil a su reconocimiento, no podrá denegar un permiso de residencia al cónyuge del mismo sexo de un ciudadano europeo por aquel mero hecho. El caso, sin duda puede tener matices⁹, pero otra vez el artículo 21 TFUE se manifiesta con todo su imperio.

⁵ Asunto *Bogendorff von Wolffersdorff* (C-438/14).

⁶ Como lo fue en la *STJCE de 14 de octubre de 2008*, Asunto 353/06, *Grunkin Paul*.

⁷ Recordemos: «Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación». En parecidos términos el art. 45.1 de la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea.

⁸ Asunto C-673/16, *Coman*.

⁹ *Vid.* al respecto mi tribuna, «¿Matrimonio entre personas del mismo sexo para toda la UE? A propósito de las Conclusiones del Abogado General en el Asunto *Coman*», *Diario La Ley Unión Europea*, núm. 56, febrero 2018, publicada antes de la sentencia.

Tras el *Brexit*, la poderosa influencia de las libertades europeas sobre las soluciones nacionales, también en materia de persona, familia y sucesiones, dejará de existir. Y ello afectará a la vida de todos los que hoy son ciudadanos europeos, británicos y no británicos.

5. La otra dimensión a la que me refería, directamente emparentada con la anterior, es ciertamente menos evidente, pero suficiente para censurar la escasa atención que el *Brexit* ha suscitado sobre los vigentes reglamentos en los que el Reino Unido no participa. Respecto de los que es un *tercer Estado* y seguirá siéndolo. El *Brexit* nada aparentemente cambiaría. Aparentemente. Porque, en realidad, el Reino Unido no es un mero tercer Estado, sino un *Estado miembro no participante*, que no es lo mismo. ¿Ocupa el Reino Unido la misma posición que Argentina respecto del reglamento de sucesiones, por ejemplo? Ninguno de los dos está obligado hoy en día por dicho reglamento. Ambos hoy son terceros Estados al mismo, pero no de la misma naturaleza. De nuevo, me apoyaré en un ejemplo perfectamente extensible a otras materias.

El Considerando 58 del Reglamento 650/2012 señala que:

«Sin embargo, los tribunales u otras autoridades competentes no deben poder aplicar la excepción de orden público para descartar la ley de otro Estado [miembro] ni negarse a reconocer o, en su caso, aceptar, o ejecutar una resolución dictada, un documento público o una transacción judicial de otro Estado miembro, cuando obrar así sea contrario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en particular a su artículo 21, que prohíbe cualquier forma de discriminación»¹⁰

No creo que pueda descartarse que, en su primera regla, se trate de una apelación a la ley aplicable de cualquier Estado Miembro de la UE y no meramente de un Estado miembro vinculado por el Reglamento¹¹. Apelación que, en el caso del Reino Unido, se referiría en todo caso a la ley aplicable (no podrá rechazarse la aplicación de una ley sucesoria del Reino Unido, por razones de orden público cuando ello fuese contrario a la Carta y en especial a su art. 21), aunque no sería descartable defender que también pudiera extenderse al ámbito del reconocimiento. Ciertamente, las normas sobre reconocimiento del Reglamento, basadas en la reciprocidad, no las hacen aplicables para regular el reconocimiento y/o ejecución de una resolución británica en España (o en cualquier otro Estado miembro vinculado por el Reglamento), pero ¿sería admisible que, en aplicación de nuestro sistema interno de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, denegásemos su reconocimiento por motivos de orden público si ello contraría la Carta?

Se me puede decir, con razón, que el ejemplo no es bueno. Por un lado porque el contenido del art. 21.1 de la Carta es “muy” universal y no parece que deba distinguir entre Estado miembro o tercero; por otro, porque las razones de orden público vinculadas a las sucesiones y a la no discriminación por razón de nacionalidad están por desarrollar; en última instancia, porque la redacción de los considerandos paralelos en los nuevos reglamentos sobre regímenes económicos matrimoniales y sobre efectos patrimoniales de las uniones registradas, no avalan esta interpretación¹². Pero tampoco estas objeciones son categóricas. Ahí está la práctica del TJ y el nombre de las personas y, dicho sea de paso, la Carta contiene también derechos

¹⁰ Hay una discrepancia entre la versión española (y la inglesa) que simplemente habla de «Estado» y las versiones francesa (*État membre*), alemana (*Mitgliedstaat*), italiana (*Stato membro*) o portuguesa (*Estado-Membro*), que creo que son más apropiadas en función del contexto.

¹¹ A pesar de que sostuve lo contrario en «Sucesiones internacionales. ¿Que lo que el Reglamento 650/2012 ha unido no lo separe el orden público?», *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T. F. Torres García*, A. Domínguez Luelmo, M. P. García Rubio (Directores), La Ley, Madrid, 2014, pp. 117-141, p. 136, nota 43, y de que reglamentos posteriores tengan una redacción poco favorable a esta visión.

¹² Considerandos 54 y 53 respectivamente de dichos reglamentos. Ya antes, Considerando 25 del Reglamento Roma III.

especialmente destinados a los ciudadanos europeos. Su art. 45.1, por ejemplo¹³, no distingue si se trata de un ciudadano de un Estado vinculado por el Reglamento sobre regímenes matrimoniales, sobre sucesiones, por Roma III, o por ninguno de ellos.

6. En definitiva, todo viene a reducirse a que el ordenamiento jurídico de la UE es algo más que singulares instrumentos que vinculan o no a singulares Estados miembros. Cuando el Reino Unido no forme parte de la UE no será un Estado miembro a ningún efecto. Y muchas personas verán que un buen número de reglamentos dejarán de regular sus vidas... pero que también el global Derecho de la UE dejará de tutelarlas.

7. Las anteriores son algunas de las consecuencias sobre las que menos se habla ante un *Brexit* sin acuerdo específico sobre las materias que tratamos. Otras son ampliamente conocidas y todas ellas menos buenas que la actual situación. Desde la UE así se ve. Y parece que también se ve así desde el Reino Unido. Y aunque algunas voces siguen viendo el *Brexit* como una oportunidad de liberarse (de la UE) y liderar el mundo en la verdad de alguno de los convenios internacionales que sustituirían a la normativa europea¹⁴, yo prefiero pensar que el Gobierno británico se cree lo que dice en su documento «*Providing a cross-border civil judicial cooperation framework: a future partnership paper*»¹⁵:

«18. La mejor manera de garantizar la seguridad jurídica para personas y empresas del Reino Unido y de la UE cuando salgamos de la UE es facilitar una transición sin tropiezos hacia una nueva relación en la cooperación judicial civil. *Los convenios internacionales existentes pueden prever normas en algunos ámbitos, pero en general no proporcionan la interacción más sofisticada y eficaz, de la que ahora disfrutaban las empresas, las familias y los litigantes individuales de la UE y el Reino Unido, basada en la confianza mutua entre los sistemas jurídicos.* El resultado óptimo para ambas partes sería un acuerdo que refleje nuestra actual estrecha relación, donde un litigio en materia civil de un caso transfronterizo que involucre a partes del Reino Unido y de la UE, sea más fácil, más barato y más eficiente para todos los involucrados, dondequiera que se plantee.

19. Por lo tanto, *el Reino Unido buscará un acuerdo con la UE que permita una cooperación judicial civil transfronteriza estrecha e integral sobre una base de reciprocidad que refleje estrechamente los principios sustantivos de la cooperación en el actual marco de la UE.*»¹⁶

Suscribo lo que se dice y creo que debería promoverse la consecución de ese acuerdo, tratando de que el paso atrás que el *Brexit* inevitablemente implica sea lo más corto posible.

¹³ «Libertad de circulación y de residencia. [...] 1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.»

¹⁴ Además de opiniones sobre el Derecho internacional privado que tienen una fuerza lírica que no me resisto a reproducir: «*This [la vuelta a al Convenio de La Haya de 1980] means that the UK's crucial role in helping to lead the world in the best interpretation and practice of Hague 1980 can be revitalized, uncluttered by EU integration agendas and overblown conceptions of mutual trust that simply do not work*» y sigue en similar línea en relación con el Convenio de La Haya de 1996 (P. Beaumont, «Private international law concerning children in the UK after Brexit: comparing Hague Treaty law with EU Regulations», *Child and Family Law Quarterly*, 2017, vol. 29, t. 3, pp. 195-290 -*Special Issue: Brexit and family law-*, pp. 213-232, p. 232).

¹⁵ Presentado el 22 de agosto de 2017 (<https://www.gov.uk/government/publications/providing-a-cross-border-civil-judicial-cooperation-framework-a-future-partnership-paper>).

¹⁶ Traducción propia y énfasis añadido. Esta idea de mantener el status quo también se baraja como quizá la mejor en el documento «*Brexit: justice for families...*», *cit.*, núms. 103-105.