

EL EXEQUATUR EN LOS PROCESOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: EL ORDEN PÚBLICO Y EL TRIUNFO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR.

EXEQUATUR IN VOLUNTARY JURISDICTION PROCEEDINGS: PUBLIC ORDER AND THE TRIUMPH OF THE BEST INTERESTS OF THE CHILD

CAYETANA SANTAOLALLA MONTOYA

*Profesora Doctora de Derecho Internacional privado
Universidad Internacional de La Rioja*

ORCID ID: 0000-0002-2814-7894

Recibido: 16.01.2019 / Aceptado: 21.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4667>

“Dejad a los niños, y no les impidáis que vengan a mí, porque de los que son como éstos, es el reino de los cielos”

Mateo 19:14

Resumen: Exequatur de una sentencia de Conaky República de Guinea, en la que los padres renuncian a la patria potestad de su hija menor, con objeto de que, al reconocerla en España, sus tíos, que viven en España, ejerzan la tutela respecto a la niña que vive en Barcelona. En primera instancia, se deniega porque se estima contraria al ordenamiento jurídico español, que no reconoce la posibilidad de renunciar, por parte de los progenitores, a su patria potestad. Por su parte, la Audiencia provincial de Barcelona estima parcialmente el recurso y considera que debe reconocerse, por no considerarla contraria al orden público español. Tanto en primera instancia, como en apelación, no se reconoce la tutela, pero si la guardia con funciones tutelares a los tíos de la menor que viven en España.

Palabras clave: exequatur, denegación, orden público, patria potestad, tutela, guarda con funciones tutelares, art 44.4 Ley Cooperación Jurídica internacional, Ley Jurisdicción voluntaria, Código Civil catalán.

Abstract: Exequatur of a sentence of Conaky Republic of Guinea, where the parents renounce the parental authority of their daughter, so that, when it is recognized in Spain, her uncles, who live in Spain, exercise the guardianship over the girl who lives in Barcelona. In first instance, it is denied because it is considered contrary to the Spanish legal system that does not recognize the possibility of renouncing, on the part of the parents, their parental authority. For its part, the Provincial Court of Barcelona partially upheld the appeal and considers that it should be recognized as not being contrary to Spanish public order. Both in the first instance and in the appeal, the guardianship is not granted, but is recognized the guard with guardianship functions to the uncles of the minor who live in Spain.

Keywords: exequatur, denial, public order, parental authority, guardianship, tutelary functions, art 44.4 Spanish Act on International judicial cooperation, Voluntary Jurisdiction Law, Catalan Civil Code.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos. III. Consideraciones jurídicas. 1. Exequatur en procedimientos de jurisdicción voluntaria. 2. El orden público español. 3. Novedad: el artículo 44.4 de la LCJIMC. 4. El artículo 225 del Código civil catalán. IV. Valoraciones.

I. Introducción

1. El 14 de mayo de 2018, la Audiencia Provincial de Barcelona, estimó parcialmente el recurso de apelación presentado, en relación con el exequatur de una sentencia dictada en Conaky República de Guinea sobre una menor que reside en Barcelona y sobre la que los padres habían renunciado a su patria potestad, con objeto de que los tíos obtuvieran la tutela en España. La Audiencia Provincial de Barcelona consideró que no contraviene el orden público español, y por lo tanto, que debe reconocerse esa sentencia extranjera.

II. Hechos

2. Los demandantes -los tíos de la menor, que viven en España- solicitan el reconocimiento de la sentencia extranjera, por la que los padres renuncian al ejercicio de la patria potestad de su hija en Conaky República de Guinea, para que se reconozca en España y pueda concederse a los tíos de la menor la tutela de su sobrina, que nació en Conaky República de Guinea, en 2001, pero que vive en Barcelona, porque así se lo exige el Ministerio de Asuntos Exteriores, para residir en España.

3. El juzgado de primera instancia denegó el reconocimiento de la sentencia extranjera por cuestiones de orden público, conforme lo dispuesto en el art 46.1 de la LCJIMC, porque el juez de primera instancia, conforme establece el ordenamiento jurídico español, consideró que la patria potestad es intransferible y no puede ser objeto de renuncia por los progenitores. Por su parte, el ejercicio de la tutela exige que los padres suspendan el ejercicio de su patria potestad, cuestión que no reconoce el ordenamiento español.

4. Sin embargo, el juez de primera instancia no se opone a que, según el art 44.4 de la LCJI y el art 225 del Código civil catalán, se les reconozca, a los tíos de la menor, como guardadores de hecho con funciones tutelares. Es decir, no reconoce la tutela, porque es incompatible con el ejercicio de la patria potestad por parte de los progenitores, pero busca una figura que se asimile en el ordenamiento jurídico español y la encuentra en el derecho foral catalán, concretamente en el art. 225 CCC, que prevé la guardia con funciones tutelares, a favor de los tíos de la menor, que reside en Barcelona.

5. Los tíos de la menor recurren ante la Audiencia provincial de Barcelona porque quieren que se reconozca la sentencia extranjera, cosa que se les ha denegado en primera instancia, y porque buscan que el juez les reconozca la tutela, como les exige el Ministerio de Asuntos Exteriores español.

III. Consideraciones jurídicas

1. Exequatur en procedimientos de jurisdicción voluntaria

6. El art 41.2 de la LCJIMC prevé “el reconocimiento y ejecución de las resoluciones extranjeras definitivas, adoptadas en el marco del procedimiento de jurisdicción voluntaria”. Por lo tanto, los demandantes se apoyan en este artículo, que presenta las resoluciones extranjeras definitivas, es decir, aquellas que ponen fin a la primera instancia o recurso; y dentro de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, lo que obligatoriamente remite a la Ley 15/2015, de Jurisdicción voluntaria¹.

7. Abundante jurisprudencia ahonda en el reconocimiento/ejecución de las resoluciones extranjeras definitivas, adoptadas en procesos de jurisdicción voluntaria. Algunas de ellas son la STS 29/2017,

¹ Así lo prevé el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid, de 12 Mar. 2018, Rec. 37/2017, que regula el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras definitivas adoptadas en el marco de un procedimiento de jurisdicción voluntaria, como establecen los arts. 41 y 46 de la LCJIMC.

de 18 Enero², que reconoce el exequatur en el caso de guarda y custodia de menores dentro de un proceso de jurisdicción voluntaria, y la STS 881/2016, de 25 Octubre 2016³, que determina un exequatur de filiación en un proceso de jurisdicción voluntaria.

8. La Ley 15/2015 se aprobó para aplicarse en asuntos del orden civil y mercantil, en los que no existiera controversia, “con el fin de agilizar, simplificar y actualizar la tramitación, descargando a la administración de justicia para centrar a ésta en su verdadera función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”⁴.

9. El Título II de la LJV se refiere a los “expedientes en materia de personas” e integra, en lo que a menores respecta, los procedimientos, entre otros, de tutela, curatela y guarda de hecho. Por su parte, el Título III de la LJV se refiere, a los “expedientes en materia de familia” e integra, en lo que a menores se refiere, los procedimientos relativos a la intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad y para la adopción de medidas de protección de menores o personas con capacidad modificada judicialmente. De ello se desprende que las materias sobre los que versa este auto, aparecen claramente separadas y diferenciadas en la LJV.

10. En la LJV se establece el criterio general de competencia internacional para conocer de los expedientes, con la remisión a las normas de conflicto de Derecho internacional privado, y en su defecto, a los foros de competencia de la LOPJ, así como normas específicas para el reconocimiento y eficacia en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras. “Si no fuera posible concretar el órgano territorialmente competente, lo será aquél correspondiente al lugar donde los actos de jurisdicción voluntaria deban producir sus efectos principales o el de su ejecución”⁵. Lo que nos remite, obligatoriamente, a pensar en donde reside la menor, cuyo interés último debe protegerse.

11. El art. 46 de la LCJIMC establece las causas de denegación del exequatur, entre las que destaca, en su apartado a) “si es contraria al orden público español”. Según el art. 12.3 de la LJV, la denegación será cuando “los efectos sean manifiestamente contrarios al orden público español” (apartado c) o cuando “se trate de una violación de los derechos fundamentales y las libertades públicas en nuestro ordenamiento jurídico” (apartado d); este último, añadido de manera un tanto apresurada en los trámites parlamentarios, y que resulta algo redundante, ya que se estima que los derechos fundamentales y las libertades públicas deben incluirse dentro del mantenimiento del orden público español⁶. Efectivamente, como señala De Miguel Asensio, tales derechos y libertades son el núcleo del contenido del orden público español, lo que hace que el apartado d) del art. 12.3 LJV, la cuarta causa de denegación, resulte injustificada. En cualquier caso, llama poderosamente la atención que la formulación de estas causas de denegación, que se aprobaron con una diferencia de días⁷, sean distintas de las que prevé el art. 46.1 LCJIMC.

12. Como establece el art 12.3 de la LJV, el reconocimiento se denegará “si la autoridad que lo dicta es manifiestamente incompetente, si hubiera sido acordado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de los implicados, si el reconocimiento del acto produjera efectos manifiestamente contrarios al orden público español, o si el reconocimiento del acto implicara la violación de un derecho fundamental o libertad pública de nuestro ordenamiento jurídico”.

² STS 29/2017, de 18 Enero 2017, Sala Primera, de lo Civil, Rec. 2545/2015.

³ STS 881/2016, de 25 Octubre 2016, del Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, Rec. 3818/2015.

⁴ Preámbulo de la Ley 15/2015 de jurisdicción voluntaria.

⁵ Art. 9 de la Ley de Jurisdicción voluntaria; S. MARTÍNEZ DEL TORO, “La nueva ley de jurisdicción voluntaria”, *La Ley* 5177/2015, p. 3.

⁶ I. HEREDIA CERVANTES, “Eficacia en España de actos extranjeros de jurisdicción voluntaria”, en *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, coord. por M. HERRANZ BALLESTEROS, M. VARGAS GÓMEZ- URRUTIA, dirs. M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUQUES MOTA, 2017, Tirant lo Blanch, pp. 124-125.

⁷ La LJV se aprobó unos días antes que la LCJIMC; P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección Foro Vol. 68/1, enero-junio 2016, Madrid, pp. 106-107.

13. La LJV incorpora una relación propia de causas de denegación del reconocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria firmes, que, pese a su imprecisa terminología, son el régimen especial de reconocimiento en España de las resoluciones extranjeras de jurisdicción voluntaria, frente al régimen general que establece la LCJIMC. Las deficiencias en cuanto a las causas de denegación saltan a la vista, en comparación con las causas de denegación que prevé la LCJIMC⁸.

14. Resulta necesario coordinar la aplicación de las normas generales de la LCJIMC con las normas específicas de la LJV. Los arts. 11 y 12 LJV contienen “normas específicas para el reconocimiento y eficacia en España de los actos de jurisdicción voluntaria acordados por autoridades extranjeras” y son de aplicación preferente, pero, sin embargo, estos arts. 11 y 12 LJV se caracterizan por su poca precisión y falta de rigor terminológico⁹.

15. Las resoluciones dictadas en procesos de jurisdicción voluntaria suelen tener menos estabilidad que las dictadas en procesos contenciosos, y exigen, muchas veces, una adaptación de las circunstancias al caso que intentan regular. Cuando se produce una contradicción entre una resolución extranjera y la nacional, que impide que se reconozca la extranjera, pone de relieve la necesidad de que estas contradicciones se regulen también en los procesos de jurisdicción voluntaria¹⁰; cuestión que, actualmente, no se resuelve.

2. El orden público español

16. El art. 222 del Código Civil español señala que “*estarán sujetos a tutela: los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.; los incapacitados cuando la sentencia lo haya establecido.; los sujetos a patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.; los menores que se hallen en situación de desamparo*”.

17. La patria potestad de los padres, con relación a sus hijos menores, “se considera un derecho-función que trasciende del ámbito privado y hace que su ejercicio sea obligatorio, y no facultativo, para su titular; por lo que no se puede disponer de la misma e impide, a quien la ostenta, abandonarla. Solo se puede extinguir por causas legales”¹¹. El ordenamiento jurídico español prevé la posibilidad de que sea un tercero el que ejerza las funciones propias de la potestad parental, cuando lo acuerde la autoridad judicial o la entidad pública, ésta última, incluso, a petición de los propios progenitores, pero la patria potestad es intransferible por los progenitores.

18. Por ejemplo, la STS 953/2016, de 16 noviembre¹² denegó el exequatur por ser contrario al orden público, ya que no constaba que el hijo inscrito fuera de la demandante, sino de una madre de alquiler que fue quien debió figurar como tal en la inscripción. En esta sentencia, el TS señala que “*subyace el interés superior del menor, cuyo respeto debe guiar cualquier decisión que le afecte, como se desprende de los arts. 14 y 39 de la Constitución Española, que dispone que los poderes públicos deben asegurar la protección integral de los hijos*”. Como se verá, quizás el TS se excede con esa inter-

⁸ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección Foro Vol. 68/1, enero-junio 2016, Madrid, pp. 106-107; I. HEREDIA CERVANTES, “Eficacia en España de actos extranjeros de jurisdicción voluntaria”, en *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, coord. por M. HERRANZ BALLESTEROS, M. VARGAS GÓMEZ- URRUTIA, dirs. M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUQUES MOTA, 2017, Tirant lo Blanch, pp. 120-121.

⁹ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección Foro Vol. 68/1, enero-junio 2016, Madrid, pp. 101-103; I. HEREDIA CERVANTES, “Eficacia en España de actos extranjeros de jurisdicción voluntaria”, en *Persona y familia en el nuevo modelo español de derecho internacional privado*, coord. por M. HERRANZ BALLESTEROS, M. VARGAS GÓMEZ- URRUTIA, dirs. M. GUZMÁN ZAPATER y C. ESPLUQUES MOTA, 2017, Tirant lo Blanch, pp. 117-118.

¹⁰ P. A. DE MIGUEL ASENSIO, “Coordinación de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil con la legislación especial”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Sección Foro Vol. 68/1, enero-junio 2016, Madrid, pp. 107-108.

¹¹ E. B. BEATO DEL PALACIO, “La función social de la patria potestad”, *VLEX*, 2018, pp. 207-217.

¹² STS 953/2016, de 16 Noviembre, Sala Cuarta, de lo Social, Sección Pleno, Rec. 3146/2014.

pretación obsoleta y antigua de protección del orden público, y no vela como se merece por ese interés superior del menor, como si lo hace la DGRN el 18 febrero 2009, cuando accedió a la inscripción en el Registro civil español de la filiación que constaba en una certificación registral californiana, en relación con dos menores nacidos en California, decisión que finalmente ratificó el TEDH. Y como señaló, de manera acertada, Álvarez González al indicar que “la dignidad del nacido no se ve ni puede verse afectada por el hecho de haber sido concebido para ser querido y educado por quien no lo gestó y, en supuestos ordinarios, no le causa ningún daño”¹³.

19. En la sentencia 1442/2018, de 14 marzo¹⁴, el TS identifica el orden público con los derechos y garantías establecidas en el art. 24 de la CE¹⁵, que promueve la tutela judicial efectiva. En las sentencias del TC, es evidente que “el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución es un componente esencial del orden público”¹⁶.

20. Como señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González, la expresión del art 46.1 LCJIMC es desafortunada¹⁷ porque la contrariedad debe apreciarse entre el reconocimiento de la resolución y el orden público del Estado de destino, no contra el orden público de manera genérica, como señala la LCJIMC. Es necesaria una interpretación más europea, más acorde a lo que establece el RBI bis.

21. Cuando el reconocimiento/exequatur de una sentencia extranjera daña un interés público, el mecanismo del orden público internacional exige el rechazo del reconocimiento/exequatur, de lo que se desprende que la dicción del precepto es desafortunada. “El orden público internacional español solo se ve perjudicado y dañado si causa un perjuicio a la estructura jurídica básica de la sociedad española”¹⁸. El orden público internacional español “debe ser la excepción, y no la regla”¹⁹. Asimismo, es muy relevante el área jurídica afectada por la resolución extranjera. Así, deben considerarse, como principios pertenecientes al orden público internacional, en el sector del Derecho de menores, los principios de “interés superior del menor, pudiendo evaluarse a efectos denegatorios del exequatur si no es así”²⁰.

22. No puedo estar más de acuerdo con lo que subrayan los autores Calvo Caravaca y Carrascosa González, cuando ponen de relieve, entre algunas de sus conclusiones, que “*las normas europeas y españolas que regulan la validez en España de las situaciones jurídicas legalmente creadas en otro país, realizan y transportan valores materiales de los particulares en el escenario internacional, de modo que la excepción de orden público internacional no debe dañar tales valores*”²¹. Y es que, la denegación de un reconocimiento/exequatur por causa de orden público internacional debe interpretarse siempre de manera restrictiva²², porque el orden público internacional debe ser la excepción, y las

¹³ S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Nota a la STS 6 febrero 2014”, *REDI*, 2014, pp. 272-277.

¹⁴ STS 1442/2018, de 14 marzo 2018, sala de lo Penal.

¹⁵ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, N° 2, pp. 178-179; La tutela judicial efectiva se reconoce en la SAP Girona 33/2017, de 25 enero; en la STC 13/1981, de 22 de abril; en la STC 126/1984, de 26 de diciembre; en la STC 120/1993, de 19 de abril; en la STC 115/1999, de 14 de junio; en la STC 112/1997, de 3 de junio, y en la STC 61/2000, de 13 de marzo.

¹⁶ STC 19/85, de 13 de febrero; J. C. MONTALVO ABIOL, “Concepto de orden público en las democracias contemporáneas”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid RJUAM*, n° 22, 2010-II, p. 220.

¹⁷ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, volumen I, 16ª edición, Comares, Granada, 2016, p. 784.

¹⁸ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, volumen I, 16ª edición, Comares, Granada, 2016, p. 785.

¹⁹ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, volumen I, 16ª edición, Comares, Granada, 2016, p. 786; AAP Pontevedra 10 septiembre 2009, ATS 23 julio 1996, ATS 17 septiembre 1996 y ATS 18 abril 1998.

²⁰ Preámbulo VIII, LCJIMC; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, volumen I, 16ª edición, Comares, Granada, 2016, p. 786.

²¹ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, N° 2, p. 105.

²² Sentencia BGH Alemania 10 diciembre 2014, caso XII ZB 463/13.

normas de reconocimiento de decisiones extranjeras, que operan en el DIPr. español y europeo, deben ser la “regla general”²³. Y estas reflexiones son plenamente aplicables al caso que se comenta, donde la Audiencia provincial de Barcelona ha hecho un esfuerzo interpretativo por reconocer la sentencia extranjera, en un proceso de jurisdicción voluntaria, y no permitiendo que el orden público internacional supusiera un freno para los intereses de la menor Violeta.

23. El orden público internacional está constituido por los principios fundamentales del Derecho español, entre los cuales, goza de preferencia el principio del “interés del menor”, que se incorpora a la Constitución española en los arts. 39.4²⁴ y el art. 10²⁵. El principio del interés superior del menor aparece, también, en la Convención sobre los derechos del niño, de 20 noviembre 1989²⁶, y en la Carta de los derechos fundamentales de la UE²⁷.

24. El Juez tendrá discrecionalidad para designar como tutor o curador a la persona más adecuada (art. 234 Código civil), valorando las circunstancias del caso y sobretodo, anteponiendo los intereses del menor.

25. Realmente, en el Auto que se comenta, la resolución extranjera no atenta ni menoscaba principios esenciales de nuestro ordenamiento, ni supone un menoscabo de la concepción jurídica que la potestad parental tiene en nuestro sistema legal. En consecuencia, se debe proceder al reconocimiento de dicha resolución pues no concurre ninguna causa que determine su denegación. La Audiencia provincial de Barcelona parece tenerlo muy claro, y velando por los intereses de la menor Violeta, así lo razona y estima.

3. Novedad: el artículo 44.4 de la LCJIMC

26. La LCJIMC ha optado por adaptar instituciones jurídicas desconocidas en nuestro ordenamiento, siguiendo con ello también una de las novedades importantes del RBI bis en materia de reconocimiento y ejecución, como prevé el art. 54 del R. 1215/2012.

27. En aplicación de la teoría de la extensión de los efectos, se busca que los efectos que ha tenido la sentencia en el Estado de origen, se trasladen a España. Así lo prevé el art 44.4 de la LCJIMC que establece que “*si una resolución contiene una medida que es desconocida en el ordenamiento jurídico español, se adaptará a una medida conocida que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares, si bien tal adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado de origen*”, en este caso, de Conaky República de Guinea. Esta novedad, introduce dos salvaguardas, como son: a) la adaptación no les dará más efectos que los que tuvieran en el Estado de origen; y b) la adaptación se podrá impugnar²⁸.

28. Como señala Gascón Inchausti, la adaptación de medidas o instituciones desconocidas (art. 54 RBI bis y arts. 44.4, 57 y 61 de la LCJIMC) pretende evitar la denegación del reconocimiento/eje-

²³ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestión por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 105-107.

²⁴ “Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”

²⁵ “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”

²⁶ Art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 noviembre 1989: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

²⁷ El art. 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea señala que “En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial”.

²⁸ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, Nº 2, p. 163.

cución de una resolución judicial procedente de otro Estado; y de esta manera, “obligar a los tribunales españoles a realizar las labores necesarias para alcanzar el resultado material que se desprende de ella”²⁹.

29. Como señala este autor, “no debe tratarse de una conversión”³⁰. La LCJIMC no exige imperativamente que el tribunal requerido convierta la orden o la medida de origen en una medida nacional. Se buscará una adaptación, siempre que sea posible, y que sea adecuada, y se buscará dar encaje a la figura extranjera en una figura nacional, que le permita desplegar efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares. El tribunal debe hacer, tiene la obligación de hacer, todo lo que esté en su mano para que quien solicita el reconocimiento/exequatur, lo obtenga con los medios que le ofrece nuestro ordenamiento jurídico³¹. Y haciendo un trabajo interpretativo, tanto en primera instancia, como en apelación, se equipara la tutela que solicitan los tíos de la menor Violeta con la guarda con funciones tutelares. El órgano judicial tiene claro que se adapta la figura de la tutela, incompatible con la patria potestad, a la guarda con funciones tutelares.

4. El artículo 225 del Código civil catalán

30. El CCC no prevé la posibilidad de que los progenitores deleguen el ejercicio de la potestad a un tercero. Sin embargo, sí prevé que la autoridad judicial pueda adoptar las medidas que estime necesarias para evitar cualquier perjuicio personal o patrimonial, limitando las facultades de los progenitores, medidas que puede adoptar a petición de los progenitores, como señala el art. 236.3 CCC; dentro de las cuales cabe la de atribuir funciones tutelares a un tercero, que comportan, como se verá, la suspensión de la potestad³².

31. El art. 222.1 CC permite la “constitución de la tutela respecto a menores no emancipados que no estén en potestad parental”. Ello tiene su razón de ser en que, atendiendo al contenido de la patria potestad y de la tutela, no pueden mantenerse subsistentes ambas instituciones, porque resultan inconciliables. Es necesario, por tanto, para la constitución de la tutela ordinaria sobre la menor de edad, Violeta, que se encuentre privada previamente de la patria potestad.

32. La STSJ Cataluña 21/2016³³ establece que en el código civil catalán debe imponerse el *principio del interés del menor*, cuando se produzcan enfrentamientos entre los progenitores que ejercitan la patria potestad. Asimismo, la AAP Barcelona 565/2018 que interpreta el código civil catalán, amplía *ex lege* las facultades del Juez velando por *los intereses que deben ser tutelados*. Se desprende, claramente, la necesidad de primar el interés del menor, por encima de otros bienes, y anteponiendo, entre otras cuestiones, las relaciones familiares, de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas.

33. Como señala la STC 4/2001, de 15 de enero, “*se deben ampliar ex lege las facultades del Juez, en garantía de los intereses que han de ser tutelados*”. Se debe tener muy presente la evolución doctrinal, conjuntamente con la jurisprudencia del TS y del TEDH, y donde resulta de aplicación preferente, siempre, el principio del interés del menor.

²⁹ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, Nº 2, p. 164; A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestión por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, pp. 105-106.

³⁰ F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, Nº 2, pp. 164-165.

³¹ Por ejemplo, según la STS 21 junio 199, sala primera, de lo civil, la tutela temporal no está regulada en nuestro derecho, aunque puede parecerse a la “guarda de hecho” o al “acogimiento”. La tramitación que corresponde es el de la jurisdicción voluntaria. Se aplicará la ley nacional, aplicable a la tutela de la menor extranjera; F. GASCÓN INCHAUSTI, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la ley de cooperación jurídica internacional en materia civil”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Octubre 2015, Vol. 7, Nº 2, pp. 164-165.

³² D. VIGIL DE QUIÑONES OTERO, “Los padrinos en el Derecho civil”, *Revista de Derecho Civil* vol. II, núm. 2 (abril-junio, 2015) Ensayos, pp. 229-247.

³³ STSJ Cataluña 21/2016, de 7 Abril, Sala de lo Civil y Penal, Rec. 93/2014.

IV. Valoraciones

Primera. Las reflexiones que suscita este Auto de la Audiencia provincial de Barcelona resultan motivadoras, estimulantes, y refrescantes por todos los matices que aporta: el exequatur de resoluciones definitivas en procesos de jurisdicción voluntaria; la aplicación, como ley específica, de la LJV frente a la LCJIMC, como ley genérica; la excepcionalidad del orden público; la aplicación novedosa del art 44.4 de la LCJIMC; y de manera omnipresente, la protección de los intereses del menor, dando “un tirón de orejas” a todos aquellos órganos jurisdiccionales que no lo aplican/interpretan adecuadamente.

Segunda. Considero que las causas de denegación del reconocimiento/exequatur previstas en la LJV son incompletas, y a la vez, redundantes. Quizás las prisas en su tramitación parlamentaria hayan contribuido a su inexactitud. Por lo tanto, parece oportuno que se establezca un mecanismo de coordinación entre la LJV y la LCJIMC, porque las carencias existentes a día de hoy, en el art.12 LJV, pueden entrañar problemas mayores en un corto plazo.

Tercera. Comparto plenamente el punto de vista de la Audiencia provincial de Barcelona que considera que el exequatur no menoscaba el ordenamiento jurídico español, puesto que lo que solicita la sentencia extranjera, no atenta, ni menoscaba los valores fundacionales de nuestro orden público español. Por lo tanto, me parece oportuno que se haya estimado parcialmente el recurso presentado.

La causa de denegación del reconocimiento/exequatur basada en el orden público previsto en el art. 46.1 de la LCJIMC y el art. 12.3 de la LJV debe ser la excepción, y nunca la norma general, y sobretodo valorando el bien jurídico objeto de protección, que es el de una menor. Como acertadamente señalan Calvo Caravaca y Carrascosa González, “lo relevante es la defensa del bienestar psicológico, emocional y físico del menor, su protección, su defensa jurídica, la promoción del libre desarrollo de su personalidad, la preservación de su vida privada y de su identidad, por encima de las fronteras y la salvaguarda de su vida familiar”³⁴. Por lo tanto, no puedo más que alabar el razonamiento y el juicio con el que se emitió este auto admitiendo parcialmente el recurso interpuesto, y que fue rechazado en primera instancia.

Cuarta. El art 44.4 de la LCJIMC es una novedad necesaria y transgresora. El derecho debe ir acompañando a los hechos, y con la entrada en vigor del art 44.4 se busca comprender y dar respuesta a nuevas realidades sociales, culturales y jurídicas que cada vez más se acercan a nuestro ordenamiento jurídico y nuestra forma de entender el Derecho.

Quinta. Al tratarse de un territorio foral, se aplica el Código civil catalán, y es en él donde se encuentra la figura que “se adapta”, que sin ser la tutela propiamente dicha, es la guarda con funciones tutelares. Por lo tanto, “cuando sea firme la resolución definitiva extranjera de jurisdicción voluntaria, surtirá efectos en España, previa superación de su reconocimiento, sin recurrir a ningún procedimiento específico previo”.

³⁴ A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Gestación por sustitución y Derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2015), Vol. 7, Nº 2, p. 108.