

The International Survey of Family Law. 2003 Edition. Published on behalf of the International Society of Family Law. General Editor: Dr. Andrew Bainham. Jordan Publishing Limited. 469 pgs.

Puntualmente acude a nuestra cita anual este volumen que edita la *International Society of Family Law*, bajo el vigilante y constante cuidado del Prof. Bainham. Desde hace varios años dicha Asociación trata de hacer frente al desafío de la *globalización* en el ámbito del Derecho de Familia, para lo cual se esfuerza en buscar colaboradores en todos los países del mundo que proporcionen adecuada información. Dando por supuesto que la procedente de los países europeos (esta vez un total de 15: Croacia, Chequia, Inglaterra y Gales, Francia, Alemania, Hungría, España, Irlanda, Italia, Holanda, Noruega, Escocia, Suecia, Suiza y Yugoslavia) es siempre mayoritaria, y ello por obvias razones, hay que registrar en este vol. la de los cuatro países americanos (Canadá, USA, Argentina y Brasil), los cuatro africanos (Angola, Ghana, Nigeria y Zambia), los tres del continente austral (Australia, Nueva Zelanda y Papúa-Nueva Guinea) y un único representante asiático (Japón), además de la crónica general sobre el Derecho Internacional de la Familia. En anteriores ediciones aparecían países tales como China, Paquistán, Palestina y Sudáfrica, pero su ausencia en este número no significa una pérdida definitiva sino más bien que se trata de colaboraciones intermitentes por diversas razones.

En este *compte-rendu* voy a fijarme en las crónicas que ofrecen una información de alcance o ámbito más general, siguiendo el orden alfabético de los nombres escritos en inglés:

Angola¹. Esta antigua colonia portuguesa está saliendo de una sangrienta guerra civil, y parece que actualmente se están poniendo los fundamentos para que el país pueda funcionar con normalidad. El Cc. portugués de 1966 ha estado en vigor, en materia familiar, hasta la promulgación del Código de Familia angolano de 1988. En 1998 se constituyó un Comité Constitucional encargado de elaborar el nuevo texto fundamental, y uno de sus acuerdos ha sido la de aceptar la vigencia del Derecho consuetudinario pese a estar en contradicción, en algunos puntos, con los textos internacionales firmados anteriormente por Angola. El Derecho consuetudinario puede invocarse ante todos los Tribunales civiles, siempre que ambas partes estén de acuerdo y no sea contrario a la ley; la autora sostiene que esta costumbre tiene eficacia *praeter legem*. Procedentes del Derecho consuetudinario se han introducido en el Derecho de familia, el *Consejo de Familia* (cada parte designa dos vocales, y su función es la de fijar los hechos) y la unión de hecho que el art. 29 de la Constitución reconoce junto al matrimonio como formas de constituir la familia. Pero otras instituciones del derecho consuetudinario no han sido expresamente aceptadas, ni prohibidas; así ocurre con la promesa de matrimonio celebrada entre las familias, que obliga a casarse a los hijos, y la entrega de la dote (*lembo* o *alembamento*) que es prueba de la celebración del matrimonio, y, por último la entrega de la esposa, con idéntica finalidad.

Se considera que hay unión de hecho cuando se establece libremente una relación marital entre un hombre y una mujer de modo informal; se requiere una cohabitación continuada de tres años, la exclusividad de tales relaciones y la capacidad de las partes. Los interesados pueden declarar su situación ante el Registro Civil o bien obtener una sentencia. Una vez reconocida la unión de hecho los efectos son similares a los

1. Crónica titulada *Challenges for the Angolan Family Code*, debida a María Do Carmo Medina, Profesora en la Facultad de Derecho de la Univ. Agosthino Neto (Luanda).

del matrimonio. Lo que ocurre es que la formalización registral es poco usada y la lograda mediante pronunciamiento judicial obliga a un proceso. La conclusión que obtiene el lector es que la gran mayoría de las parejas de hecho en Angola viven en una situación puramente fáctica, y sólo al extinguirse la relación suele acudir a los tribunales (es obligada la audiencia del Consejo de Familia). Los efectos fundamentales del reconocimiento de las uniones que cumplan los requisitos legales son: pensión de alimentos, presunción de paternidad y maternidad de los hijos nacidos de la unión, derecho a la mitad de las adquisiciones realizadas mientras la unión ha durado, y derecho a la vivienda familiar. Ante los Tribunales se plantea con frecuencia la conversión de un matrimonio consuetudinario en matrimonio legal, para lo cual se exige la existencia del consentimiento libre expresado por quienes aparecen como marido y mujer; también la posibilidad de convertirlo en unión de hecho, para lo que se exige el concurso de los requisitos antes indicados.

En 1980 se promulgó la primera ley angolana sobre adopción que trató de hacer frente a la situación de los numerosos huérfanos de guerra, inspirada en criterios habituales, a saber, 25 años de edad en los adoptantes y diferencia de 16 años entre adoptantes y adoptado; la adopción es doble cuando se constituye por un matrimonio o una pareja de hecho que cumpla los requisitos legales, la cual rompe los vínculos con la familia biológica (salvo en cuanto a los impedimentos matrimoniales), y la adopción simple realizado por una sola persona, sin ruptura de vínculos. Las adopciones a favor de extranjeros requiere aprobación de la Asamblea Nacional, con lo que tratan de cortar los abusos ya conocidos. Pero junto a esta *adopción legal* existe la *tradicional* basada en los fuertes vínculos que siguen uniendo a los miembros de la tribu o clan; así es frecuente que los hermanos mayores hagan las funciones de padres respecto a sus hermanos menores huérfanos. La autora se hace eco de rumores sobre falsificaciones de partidas de nacimiento para obviar la normativa adoptacional. Concluye subrayando el momento histórico de transición en que se encuentra la sociedad angoleña, y apuntando hacia dos problemas de gran envergadura: que requieren una urgente intervención: la delincuencia juvenil y la violencia doméstica.

Croacia². Conviene recordar que antes de la Segunda Guerra Mundial el matrimonio canónico tuvo una función importante en la historia legislativa croata, durante la época en que perteneció al Imperio Austro-húngaro, y posteriormente cuando se integró en el reino de Yugoslavia, en cuyo territorio se aplicaba tanto la legislación austríaca como la italiana; se mencionan los Concordatos de 1855 y 1856 con Austria y de 1914 con Yugoslavia. Pero el matrimonio canónico desapareció de la escena legal croata con el régimen del Mariscal Tito. Desde la independencia lograda en 1991, el nuevo Estado croata ha firmado varios Acuerdos con la Santa Sede, especialmente el de 1996 relativo a los Asuntos Jurídicos.

El art. 13 del Acuerdo dispone:

1) A partir del momento de su celebración el matrimonio canónico produce efectos conforme a las disposiciones de la ley croata, si no hay impedimentos civiles y se han cumplido los requisitos establecidos por aquélla;

2) La legislación de la República de Croacia regulará el procedimiento y los límites temporales de acceso del matrimonio canónico al Registro civil;

3) La preparación para el matrimonio canónico incluirá instrucciones para los futuros cónyuges sobre el sacramento del matrimonio, especialmente sobre unidad e indisolubilidad, y sobre los efectos civiles del matrimonio según la ley croata;

2. Crónica con el sugestivo título *The Canonic Marriage- Revision of Croatian Family Law and its Conflict of Laws Implications*, debida al Prof. Vesna TOMLIJENOVIC de la Universidad de Rijeka.

4) Las resoluciones de los Tribunales canónicos sobre nulidad matrimonial y las decisiones de la Suprema Autoridad de la Santa Sede sobre disolución del matrimonio deberán ser presentados ante los Tribunales competentes del Estado para la consecución de efectos civiles de tales resoluciones religiosas, conforme a la ley croata.

Con posterioridad a la firma de este Acuerdo con la Santa Sede se ha promulgado la Ley sobre la Familia de 1998, que ha entrado en vigor el 01.06.99, sin que en sus normas se prevea el procedimiento de aplicación del Acuerdo de 1996 sobre el matrimonio canónico. La crónica trata de ofrecer soluciones a la problemática planteada, teniendo en cuenta las adoptadas por otros países que también han pactado con la Santa Sede el reconocimiento de efectos al matrimonio canónico. Debe observarse que este número se ha incrementado últimamente, de modo que al grupo de países tradicionales (Italia, España, Portugal) hay que añadir ahora Croacia (1991), Polonia (1993), Malta (1993) y Estonia (1998). Para los juristas sometidos bajo el régimen comunista se comprende bien la dificultad de asimilar situaciones tales como las que se viven ahora en libertad. Nada de extraño que propugnen soluciones más bien *estatalistas* (por ej. al defender el valor constitutivo de la inscripción del matrimonio canónico en el Registro Civil). En cuanto al reconocimiento de efectos de las sentencias y resoluciones eclesiásticas, que tampoco está regulada por la Ley de 1998, en la crónica se propugna la solución italiana después de los Acuerdos de 1984, sin perjuicio de mencionar también la española o la polaca.

Inglaterra y Gales³. La autora sigue ocupándose de los efectos de la *Human Rights Act 1998* en la jurisprudencia, sorprendiéndose del gran número de casos con elementos multi-culturales que reflejan la diversidad cultural de la actual sociedad británica.

En el caso *Z County v R* (2001) el Tribunal atendió a los deseos de la madre que no quería dar a conocer su embarazo a la familia extensa (musulmana), al objeto de asegurar a la primera su respeto a la vida privada y la posibilidad de iniciar una nueva vida con mayor libertad después del alumbramiento, incluso consintiendo la adopción de la criatura; así se protegió mejor la privacidad de la madre según el Convenio de 1950.

En los casos *Re H* y *Re G* (*adopción y consulta a los padres no casados*) (ambos del 2001) el Tribunal ha dado soluciones divergentes pues en el primero se encomendó a los Servicios administrativos municipales que hicieran gestiones para encontrar al padre (que había convivido algún tiempo con la madre, pero habiendo finalizado su vida en común, antes del nacimiento; hubo también reanudación de la convivencia durante corto tiempo y colocación inmediata del segundo niño nacido de la unión, con vistas a su adopción) al objeto de prestar su consentimiento a ésta, mientras que en el segundo el Tribunal protegió la privacidad de la madre y negó la intervención del padre no casado en la ulterior adopción.

En el caso *Re L* (*Removal from Jurisdiction: Holiday*) (2001) una madre de origen paquistaní separada de su marido solicitó permiso para pasar las vacaciones con su familia extensa en la Unión de Emiratos Árabes (no firmantes del Convenio de 1980), a lo que se opuso el marido por temor a que no regresara. El Tribunal exigió una fianza de 50.000 libras y el juramento solemne conforme al Corán prestado por los miembros de la familia extensa.

3. El título de la crónica es suficientemente expresiva: *The Influence of Human Rights and Cultural Issues*, y se debe a la Profesora Mary WELSTEAD, Directora del Centro para los estudios multiculturales sobre Derecho y Familia, de la Univ. de Buckingham.

En el caso *Payne v. Payne* (2001) el padre era inglés y la madre de Nueva Zelanda, pretendiendo esta última visitar su país de origen con su hija de cuatro años, con la oposición de aquél. El Tribunal toma en consideración el bien de la menor, que se resentiría si se le denegara el viaje. El Tribunal lo autorizó por ser razonable y genuino el deseo de la madre y no estar en oposición con el interés superior de la menor.

En el asunto *Re S (Change of Names: Cultural Factors)* una musulmana divorciada de un hombre perteneciente a la secta Sikh, solicitó que su hijo se integrara en la religión musulmana y cambiara sus tres nombres Sikh por los dos nombres musulmanes. El Tribunal se lo autorizó, pero, en cuanto a los nombres, sólo para la vida ordinaria, pues el hijo tiene también derecho a conservar los nombres que le impusieron al nacer como un importante aspecto de su herencia paterna.

Quizá el asunto que alcanzó mayor difusión en los medios de comunicación, al tratarse de una difícil decisión en base a factores culturales y éticos, fue la adoptada por la *Court of Appeal* en relación con los gemelos unidos por el abdomen, autorizando la intervención quirúrgica para lograr su separación, dándose la circunstancia de que sus padres eran malteses y fervientes católicos. Inusualmente se pidió parecer por escrito a la máxima autoridad de la Iglesia Católica de Inglaterra y al presidente de la Alianza *Pro-Life*. La autora opina que la extrema complejidad del caso muestra las limitaciones de la ley para encontrar solución en los casos en que la vida de uno depende de la muerte de otro. Si la separación se acometía en beneficio de ambos menores, era evidente que beneficiaba más al niño de mayor vitalidad, mientras que el otro probablemente iba a morir después de la intervención, si bien algunos opinaban que la operación iba a beneficiar a ambos porque iba a permitirles vivir con autonomía (pero, en todo caso, a uno por poco tiempo). También se argumentaba que la continuidad de la situación estaba perjudicando al niño más fuerte, de modo que en nombre de éste se podía invocar el estado de necesidad o la legítima defensa. Por otro lado los padres no querían aprobar una decisión que les hiciera sentirse culpables de la muerte de alguno de sus hijos, de aquí el aspecto dramático de la autorización judicial.

Son muchas las madres afro-caribeanas que cumplen condena en las cárceles inglesas por tráfico de drogas, estando a veces acompañadas de sus hijos de corta edad; con base en el art. 8^a de la Convención de 1950 han recurrido a los Tribunales para que se les permitiera conservarlos después de cumplir el hijo 18 meses, plazo que les autoriza la normativa penitenciaria; las soluciones han sido diferentes según las circunstancias concurrentes en las madres; a una jamaicana que cumpliría condena cuando su hijo alcanzara entre 4 y 5 años de edad se le denegó por no reunir la prisión condiciones adecuadas para la convivencia del hijo con la madre, y haberse encontrado una adecuada familia de acogida; en cambio se autorizó a que lo conservara consigo a una madre católica cuyo hijo era mestizo de anglo-indio y afro-caribeana, cuyas características raciales no se encontraban entre las potenciales familias de acogida de la zona. La autora cree, sin embargo, que la solución ha dependido de factores puramente fortuitos mientras que el problema fundamental es el drama que supone para el niño de corta edad el hecho de separarlo de su madre mientras ésta purga condena.

En el caso *R (Mahmood) v. Secretary of State for the Home Department* (2001) se desestima el recurso contra la orden de expulsión de un paquistaní sin papeles, casado con una ciudadana inglesa del mismo origen, con dos hijos, sosteniéndose que con ello no se infringe el art. 8^o de la Convención ya que éste no impone a los Estados respetar el domicilio elegido por el matrimonio, además la mujer ya sabía al casarse que su marido carecía de papeles. La autora critica, sin embargo, esta resolución por ser discriminatoria y potencialmente racista.

En el mundo anglosajón se da por cierto que entre el 5% y el 10% de los padres legales ignoran que no lo son genéticamente; porcentaje que se incrementa por el uso

creciente de la fecundación asistida heteróloga, en cuyo supuesto no se da ignorancia. En el caso *In Re D (Parental responsibility. IVF. Baby)* se trata de una pareja no casada que acude a una Clínica de fertilización, cumplimentando la documentación oportuna, entre la que figura la asunción de la paternidad por parte del conviviente varón; pero la fecundación no logra resultado positivo. Al cabo de cierto tiempo la mujer, - que, entretanto, ha cambiado de pareja-, acude a la misma Clínica, pero sin cumplimentar nueva documentación pues se refiere a la formalizada en anterior visita (hay algún engaño o propósito de ocultar por parte de la mujer); esta vez como resultado de la fecundación asistida, nace una niña que es atribuida según el formulario al primer varón acompañante de la madre. En la sentencia se recomienda paciencia (*sic*) al segundo acompañante que reclama se subsane el error y se le conceda la patria potestad; con todo, el Tribunal encomienda a la madre que permita al nuevo conviviente el contacto con la niña, ya que al cabo de algún tiempo el Tribunal puede atribuirle la responsabilidad parental en lugar del que figura formalmente como padre en la documentación de la Clínica.

Probablemente el caso resuelto *In Re T (Paternity; Ordering Blood Test)* (2001) encontraría soluciones divergentes en otros países europeos. Se trataba de un matrimonio en el que la mujer se dedicaba a *la vida alegre*, manteniendo relaciones con cuatro hombres, por consecuencia de las cuales dio a luz un hijo; pero el marido -que al parecer tenía problemas de infertilidad- lo aceptó como hijo y durante siete años lo trató como a hijo suyo. Uno de los amantes -desconociendo, al parecer, la existencia de los otros tres -, invocó el art. 8º de la Convención para realizar la prueba del ADN como fase previa a la interposición de una acción de reclamación. El tribunal admitió la demanda porque, además, el actor había hecho una campaña (*sic!*) en los medios de comunicación dando a conocer su paternidad. Pero, como opina la autora, el derecho del hijo a conocer sus orígenes y el del padre a mantener relaciones con su hijo biológico deben coordinarse con el derecho de la familia matrimonial que durante un tiempo prolongado ha originado posesión de estado en su favor, creando vínculos fuertes de paternidad aparente con el marido de la madre Véase, entre nosotros, STS. de 20.11.02 en un caso similar⁴.

También se ha hecho uso en dos ocasiones del *common law marriage (presumption of marriage by cohabitation and repute)* en el caso *Pazpena De Vire vs. Pazpena De Vire* (2001) en el que una mujer de origen alemán había convivido durante 35 años con un hombre nacido en Argentina, alegando que el matrimonio se celebró en Uruguay aunque el certificado del Registro fue argüido de falso. Igualmente en el caso *A-M vs A-M (Divorce: Jurisdiction; Validity of Marriage)* en el que una mujer del Oriente Medio había supuestamente contraído matrimonio en Londres, en un domicilio particular, cohabitó con su supuesto marido y tuvo hijos de él, considerándose marido y mujer, llegando a adquirir la nacionalidad británica; ahora solicitaba la declaración de presunción de matrimonio mediante la cohabitación y la reputación, con la finalidad de solicitar el divorcio; lo que no deja de ser, en cierto modo, paradójico.

Concluye la autora que estos casos muestran empatía y sensibilidad por parte de los Jueces que deben enfrentarse, en ocasiones, a la no envidiable tarea de determinar lo indeterminable, lo que conduce algunas veces a que la administración de justicia en

4. El padre de varios hijos matrimoniales, después de divorciarse, reconoce a la hija habida por su segunda esposa varios años antes, después de casarse con ella. La Sala 1ª TS (Ponente Auger Liñan) dice que *la investigación de la verdad biológica debe resultar atemperada por la necesidad de preservar la paz familiar y la intimidad de las relaciones matrimoniales*, al objeto de rechazar la impugnación ejercitada por una hija del primer matrimonio que alega la reducción de sus derechos sucesorios, y que se trataba de un *reconocimiento de complacencia*. La *ratio decidendi* es que el plazo de caducidad de cuatro años del art. 140 había transcurrido con exceso.

materia de familia sea arbitraria. Consideraciones teñidas de cierto pesimismo fácilmente trasladables a otros países a la hora de enjuiciar la correspondiente jurisprudencia.

Hungría⁵. Los antiguos países socialistas de Europa central y oriental se encuentran actualmente en una delicada fase de adaptación de su legislación matrimonial a los parámetros occidentales; emergen de una situación regida por Códigos civiles o de Familia inspirados en los principios del llamado socialismo real, durante casi medio siglo, que han dejado huellas profundas en la mentalidad y la formación de los operadores jurídicos. Por otra parte, la reforma de la regulación familiar no se presenta con las mismas urgencias que en el ámbito contractual o dominical. Ello permite aproximarse a la presente crónica que se titula *Hungarian matrimonial property Law*, cuyo interés radica en comprender las dificultades que atraviesa este país para prepararse mejor al ingreso en la UE.

Sigue en vigor el Código Húngaro de Familia promulgado en 1952, y modificado en 1974 y 1986. La autora explica con gran detalle los cambios que la legislación comunista supuso en las *old bourgeois laws*. La Constitución de 1949 en su art. 67 estableció la completa igualdad de los cónyuges en relación con la nacionalidad, elección del nombre y de la residencia, y con el ejercicio de los derechos sobre los hijos; en particular el art. 72 establecía la decisión conjunta de ambos padres sobre la educación de los hijos. En los países comunistas, como se sabe, regía el sistema de la comunidad de bienes en el matrimonio, con carácter imperativo, y al ser gestionado conjuntamente por ambos cónyuges, se veía mejor expresado en aquél el espíritu de la solidaridad social; sistema económico-matrimonial aceptado en todos los países regidos por idénticos principios como modo de promocionar y preservar a la familia. En cambio se criticaba duramente el sistema occidental de la comunidad de adquisiciones basado en la idea de la dependencia económica de la mujer. En mi opinión la diferencia existente entre los regímenes comunitarios vigentes en los países socialistas y en los occidentales radicaba en el trasfondo de valores fundamentales en que aquéllos se proyectaban, así como en la libertad de opción que en estos últimos se otorga a los cónyuges para establecer sus relaciones patrimoniales, tanto al inicio de su unión como en cualquier momento de la misma. En 1986 se ha incorporado al Código húngaro de Familia la libertad para establecer un *marriage settlement* o contrato que podemos calificar de capitulaciones matrimoniales, el cual debe ser formalizado notarialmente, pudiendo establecer los futuros cónyuges un régimen de separación de bienes; en el momento de la disolución del régimen los tribunales pueden adoptar diversas disposiciones para poner fin al régimen económico matrimonial que haya estado en vigor.

Lo que la terminología inglesa denomina *matrimonial property law* en los sistemas latinos se designa – con mayor exactitud, en mi opinión –, como *régimen o sistema económico del matrimonio*; en algunos países –como en Francia– forma parte de una asignatura independiente del plan de estudios, mientras que en otros se incluye dentro de la enseñanza sobre el Derecho de Familia. Se trata de una materia que ha sido objeto de tratamientos doctrinales importantes y sobre la cual hay abundante jurisprudencia. La expuesta crónica húngara hace ver no pocas lagunas en esta materia, que se podrían colmar con ayuda del derecho comparado.

Se finaliza con una referencia a la *cohabitation without marriage* que carece en la legislación húngara de una normativa generalmente aplicable.

Holanda⁶. Se recoge aquí esta crónica por ocuparse de algunas materias relacionadas con la importante reforma de Derecho de Familia llevada a cabo, en este país,

5. Crónica debida a Martha DÓCZI, Magistrada del Tribunal de Apelación de Budapest.

6. Extensa crónica debida a Ian SUMNER, Investigador en el Molengraaf Institute for Private Law (Utrecht), y a Caroline FORDER, Profesora de Derecho de familia europeo en la Univ. de Maastricht.

en los últimos años, así como de otras que están en curso. Hay problemas de Derecho internacional privado para el reconocimiento por otros países del matrimonio homosexual; inicialmente se pensó que el matrimonio entre personas del mismo sexo podía equipararse a las parejas de hecho registradas; pero pronto se vio que esta última era una situación nueva mientras que el matrimonio homosexual ofrece connotaciones con una institución, como el matrimonio, bien conocida en el ámbito del Derecho I.P. y por ello queda abierta la cuestión de qué reglas del matrimonio tradicional podrían aplicarse al matrimonio homosexual.

Según la legislación holandesa se admite a la celebración del matrimonio homosexual a un no-nacional siempre que la otra parte tenga domicilio permanente en Holanda; para que tal unión produzca efectos fuera de este país hay que tener en cuenta si la legislación respectiva reconoce aquella novísima modalidad *matrimonial*. Hay dudas de que los países firmantes de la Convención de la Haya de 1978 sobre la celebración y reconocimiento de la validez de los matrimonios, reconozcan, sin más, y por el mero hecho de haberse adherido a la Convención, al matrimonio homosexual

Además se permite la *doble conversión* en matrimonio de una unión de hecho registrada, y al revés, un matrimonio en unión de hecho (aunque ello no perjudicará a los derechos adquiridos por terceras personas, por ej. a los hijos matrimoniales nacidos de la unión). Como las rupturas de las uniones de hecho registradas son más fáciles que el divorcio tradicional de un matrimonio (se les califica aquéllas de *lightning divorces*, o *divorcios-relámpago*, pues tienen carácter administrativo y, habiendo acuerdo, pueden obtenerse en 24 horas) algunos sospechan que tal conversión puede envolver una voluntad de fraude (entre 1998 y 2002 las estadísticas oficiales reflejan que se ha duplicado el número de uniones de hecho registradas); pero el Ministerio de Justicia lo niega.

Los comparatistas sabemos que la única ley europea occidental que ha establecido como legal el régimen de comunidad universal de bienes ha sido la Ley Owen de 1946; más de medio siglo de aplicación ha mostrado un creciente apartamiento de los principios que inspiran aquélla por parte de las parejas casadas neerlandesas, que se han manifestado en numerosas cláusulas notariales típicas sintetizadas en las denominadas *Amsterdam contractual participation clauses* cuya aplicación se ha generalizado. Tales cláusulas eran muy variadas, desde la exclusión de determinados bienes en la comunidad universal, hasta el establecimiento de un régimen de separación de bienes, aunque con la añadidura de admitir comunidad sobre bienes determinados (un inmueble o una empresa establecida durante el matrimonio) con la obligación de liquidar beneficios periódicamente. Todo ello ha contribuido a revitalizar el contrato de capitulaciones y a la promulgación del *Act on Contractual Participation Clauses* del 2002, que ha entrado en vigor el 01.09.02. La nueva ley acoge cierto número de cláusulas de Amsterdam, incorporándolas al Cc. aunque otras quedan a la autonomía de los cónyuges incorporarlas a su régimen económico⁷.

La STS de 01.02.02 ha declarado que mientras el matrimonio no se anule o se disuelva, subsiste el deber de alimentos entre los cónyuges, siendo indiferente que un Tribunal administrativo haya declarado que el matrimonio era simulado al celebrarse exclusivamente para regularizar las situación laboral de uno de los cónyuges. La STS de 13.07.01 ha declarado que no se pierde la pensión de divorcio que recibe la ex -mujer por el mero hecho de vivir con una persona casada que le proporciona mantenimiento, pues tal convivencia es puramente ocasional y temporal, sin que exista volun-

7. Ofrecen interés las p. 270-277 de la cit. Crónica para comprobar el funcionamiento del régimen económico matrimonial en este país.

tad de casarse ni de constituir una unión de hecho registrada. La STS 10.10.01 declaró que en una relación lesbiana que había durado diez años, y en la que una de las mujeres había dado a luz por fecundación asistida a un niño que cumplía cinco años de edad, la madre no podía reclamar alimentos a la otra; se denegó aplicación al art. 8º de la Convención de 1950.

La Ley de Almcanamiento y Revelación de la información sobre los donantes de gametos se promulgó el 25.05.01 y entrará gradualmente en vigor; en concreto, la identificación de los donantes se hará a partir del 29.05.04. Actualmente hay 504 donantes de esperma en Holanda, de los cuales 433 permanecen en el anonimato y sólo 71 han revelado su identidad. Una encuesta entre todos ellos muestra que el 50% manifiesta no estar en condiciones de seguir siendo donantes después de la entrada en vigor de la ley, y sólo un tercio están preparados para seguir siéndolo.

La presente crónica es la más extensa del presente *Survey* (p. 263-322) y aquí he seleccionado las que me han parecido de mayor interés para el lector español.

Noruega⁸. Esta crónica podría titularse así: *¿Puede la prueba del ADN reabrir todas las declaraciones de filiación, matrimonial y no matrimonial, aunque se hayan realizado mediante sentencia?* Esto es lo ocurrido en Noruega en el 2002 mediante una reforma de la Ley sobre filiación y paternidad que, en palabras del autor, *ha alterado dramáticamente las reglas sobre filiación*. Detrás de la ley aparece el principio según el cual interesa al menor que el padre biológico sea, al mismo tiempo, padre legal. La idea no es nueva pues inspiró la primera gran reforma sobre Derecho de filiación ocurrida en el mundo occidental en el último tercio del siglo pasado, aunque probablemente ningún país la haya aplicado a rajatabla, y ha encontrado sucesivas derogaciones llamativas como en materia de procreación asistida. Lo nuevo, si se quiere, es el incesante progreso científico que nos hace caer en la cuenta de que la prueba del ADN es mucho más perfecta que la de los grupos sanguíneos y similares, así como la constatación que se hace en Noruega de que algunas pruebas biológicas llevados a cabo judicialmente durante los últimos años, se habían practicado a la ligera.

El punto de partida es la Ley de 1981 sobre paternidad y filiación, basada en un sistema similar al español vigente. Así aquélla puede declararse por aplicación de la regla *pater is est*, o en virtud de reconocimiento voluntario, o, finalmente, en virtud de sentencia. En 1997 se permitió que cualquier persona, que insiste en ser el padre biológico de un menor que todavía no ha cumplido tres años, puede iniciar un procedimiento aportando pruebas que indiquen que él puede ser el padre. El ilustre autor de la Crónica pone el énfasis en constatar que esta acción, permitiendo el cambio de una filiación ya establecida o la reapertura (*reopening*) de una investigación judicial de aquélla, no está reconocida con tales características en ningún otro país nórdico. Se ha abierto un amplio debate en la opinión pública y entre los autores, interviniendo el TS en 1998 en relación con las restricciones que tal acción conlleva. El Ministerio de Asuntos de Menores y Familia propugnó una nueva normativa que eliminara restricciones, incluso en cuanto a los plazos, e introdujera los cambios precisos en la ley sobre las relaciones entre padres e hijos. La solicitud se ha aprobado en diciembre del 2002. En adelante, junto a los tradicionalmente legitimados para accionar, se admite a cualquier tercero que cree ser el padre biológico de un menor, para reclamar la filiación, o reabrir el proceso que anteriormente condujo a establecerla, presentando la prueba del ADN. Se ha roto la uniformidad de la legislación nórdica en materia de filiación, y –cabe augurarlo–, la medida, sin pasar demasiado tiempo, se planteará en

8. Crónica debida al Prof. Peter LØDRUP, de la Univ. de Oslo, y actual Presidente de la *International Society on Family Law*, y colaborador habitual del *Survey*.

cualquier país europeo apoyada por los progresistas de turno, aunque sin someterla a una rigurosa investigación sobre los resultados que está alcanzando en este país.

Estados Unidos⁹. Bajo el significativo título de *Desarrollo del Derecho de familia en los Estados Unidos de América, a lo largo del 2001, sobre relaciones no convencionales*, el ilustre autor desarrolla una extensa Crónica (p. 427-451) sobre casos-límite o casos-fronterizos, los cuales, a su juicio, no representan *el Derecho de Familia norteamericano*. Advierte que no existe un Derecho norteamericano de Familia, ya que, en principio, la familia es competencia de cada uno de los Estados. En la actual ebullición de las doctrinas sobre esta materia, el autor sólo toma en consideración leyes significativas, sentencias de los Tribunales de Apelación y de otros que tienen aplicación general, y reglas operativas sobre Derecho de Familia que han llegado a formularse a lo largo del año 2001. Los casos van a girar en torno a dos ejes, las relaciones conyugales o cuasi-conyugales, y las parentales o cuasi-parentales, examinadas en tres momentos cronológicos: nacimiento de la relación, desarrollo y extinción. Aclara, por último, que el empleo de la calificación de *unconventional relationship* se debe a que algunas de ellas se han producido sin considerarse que tales relaciones familiares están al margen o, incluso, en contra del derecho.

Recientemente se han puesto de moda los *pre-nuptials agreements* que están originando también abundante jurisprudencia. *In Re Estate of Ingmand* (2001) se trataba del matrimonio de dos viudos que habían pactado una separación total de bienes; fallecido el marido, la viuda impugnó las *capitulaciones matrimoniales* alegando que se vio forzada a firmar el contrato cuatro días antes del matrimonio bajo la amenaza del hombre de no casarse si no lo firmaba; pero el Tribunal de Apelación declara que no puede considerarse *unfair* el contrato que ha permitido a cada cónyuge vivir durante doce años bajo el régimen de la separación con el pleno disfrute de sus bienes privativos. Muy interesante es el caso *In re Marriage of Shaban* (2001); se trataba de un matrimonio celebrado en Egipto entre musulmanes, y que solicitaba el divorcio después de vivir 17 años en USA; el marido pretendía que un documento matrimonial de una sola página constituía un verdadero contrato matrimonial; el Tribunal dice que se trata de una declaración o invocación religiosa carente de los elementos de un contrato, y que quedaba anulado por el *Statute of Frauds*, aplicándose el régimen de bienes vigente en California. En el caso *della Zoppa v della Zoppa* (2001) se trataba inicialmente de una pareja de hecho en la que el hombre atribuye a la mujer la mitad de las adquisiciones que haga en el futuro, pero el Tribunal declara nulo el pacto ante-nupcial por envolver una relación meretricia; posteriormente se casan, tienen varios hijos y luego se divorcian; el Tribunal de Apelación considera aplicable el *acuerdo* inicial a la relación matrimonial. El autor hace algunas consideraciones generales llamando la atención sobre la duración de la unión. Advierto que el lector formado en el *Civil Law* no siempre podrá entender algunas de las soluciones norteamericanas, y es posible que discrepe de bastantes de ellas, y hasta ponga en duda la utilidad de acudir a ellas como modelo o punto de referencia para nuestro régimen económico matrimonial.

El autor es favorable al movimiento norteamericano denominado *Revitalizing the marriage* y registra con satisfacción la adhesión del Estado de Arkansas al sistema del *convenant marriage*, que es una opción permitida a los contrayentes en el expediente matrimonial, que requiere por parte de éstos del recurso un consultor matrimonial; en el *agreement marriage* los futuros cónyuges se obligan a acudir al consultor antes de demandar el divorcio, y se comprometen a no solicitarlo sino por causas gra-

9. Seleccione esta Crónica, no sólo por su contenido, sino por la personalidad de su autor, el Prof. Lynn D Wardle, Profesor de la Fac. de Derecho de la Brigham Young University, de Provo (Utha), y ex -Presidente de la ISFL.

ves basadas en la culpa o en una separación de duración significativa (dos años en Arkansas).

Aunque existe un fuerte movimiento a favor de la adopción por las parejas homosexuales, la jurisprudencia de los Tribunales de Apelación rechaza esta figura, por regla general.

El nacimiento de hijos fuera del matrimonio sigue siendo un fenómeno sociológicamente importante en USA; en el año 2000 se produjeron un total de 1.347.000, lo que significó el 33% del total de nacidos en aquel país. El TS Federal en el caso *Nguyen v INS* mantuvo la vigencia de una ley de emigración que exige diferentes requisitos para adquirir la nacionalidad cuando se trata del padre extranjero o de la madre extranjera, alegando que la prueba de la maternidad es más fácil y asimismo lo es obtener una real socialización de los hijos a la que se incorporen valores ciudadanos. El TS de Iowa en el caso *Kallendar v Skiles* (2001) declaró la filiación extramatrimonial del hijo nacido de una mujer casada y cuyo marido lo había aceptado como propio, si bien fijó la salida del *Kindergarten* del menor para comunicarle la identidad de su verdadero padre e iniciar con él las relaciones de filiación. El TS de Texas en el caso *Texas Dept. of Protective and Regulatory Services v Sherry* declaró que una previa declaración judicial de paternidad, no impugnada, a favor de un hombre, impide que más tarde la acción pueda intentarse por otra persona. Sheila da a luz a un niño en 1992 mientras convivía con Ch. Canon, el cual ejercita una acción de reconocimiento de paternidad que es estimada. En 1995 la madre y su hijo pasan a convivir con Ch. Sherry, hasta que en 1998 la madre fallece por sobredosis, y el Estado se hace cargo del hijo. Ch. Sherry ejercita una acción de reclamación de paternidad, rechazada en primera instancia, aunque estimada en apelación al declararse que el actor tiene un derecho constitucional a reclamar su paternidad. Pero con base en el Cód. de Fam. de Texas se rechaza la petición de Ch. Sherry por existir ya una sentencia firme que ha adjudicado un nombre determinado a una persona concreta como padre de un menor. Hay varios Tribunales de Apelación que mantienen la presunción de paternidad del marido por falta de prueba convincente de la paternidad de un tercero. En el asunto *In re Kiana A*, del Trib. de Apelación de California (2001) se trataba de una madre que mantiene una relación convivencial con Kevin durante años, naciendo una niña durante la misma, siendo reconocida voluntariamente por aquél; pocos meses después del nacimiento inicia una relación con Mario, a quien dice que él es el verdadero padre y quien acaba casándose con la madre de Kiana, conviviendo después todos los citados durante unos cuatro años. Después se descubre el pasado criminal de Kevin y de la madre de Kiana, siendo condenados a varios años de cárcel, por lo cual el tribunal acuerda la entrega de la menor a una familia de acogida. Mario ejercita una acción de paternidad con base en el matrimonio con la madre y el reconocimiento de la hija. El Trib. de Apelación da la primacía al reconocimiento voluntario de paternidad hecho por Kevin. ¿Puede un condenado a cadena perpetua enviar semen a su mujer para tener descendencia dado que la legislación penitenciaria no permite visitas conyugales? Lo ha declarado así en el caso *Gerber v. Hickman*, el noveno circuito de la Corte de Apelación (2001), pero al año siguiente (2002) ha cambiado de opinión. Como conclusión el autor subraya que está creciendo el número de acciones de paternidad no matrimonial, aunque no siempre con éxito. ¿Puede servir de contraste, entre nosotros, el elevadísimo porcentaje de reclamaciones de paternidad no matrimoniales que logra éxito ante nuestros Tribunales civiles?

En el caso *Wallis v Smith* del Trib. de Apel. de Nuevo Méjico (2001) se trata del deber de alimentos respecto de un niño nacido de relaciones entre personas no casadas, habiendo exigido el varón al iniciarlas que la mujer utilizase contraceptivos, asintiendo ésta aunque luego cambia de opinión sin comunicárselo al compañero, y queda embarazada. El Trib. declara que el deber de alimentar al hijo recae sobre ambos progenito-

res siendo de orden público, sin que pueda quedar sin efecto por acuerdos particulares de los progenitores que trivializan las relaciones sexuales.

El derecho de visita de los abuelos es materia de gran actualidad en USA después de la sentencia *Troxel* y es objeto de decisiones controvertidas. En el caso *State Dep't of Social and Rehab Serv v Paillet*, el TS de Kansas (2001) declaró inconstitucional la Ley del Estado sobre el derecho de visita de los abuelos (en una pareja de hecho se atribuye al varón la patria potestad sobre el hijo que su compañera había dado a luz; al poco tiempo fallece el padre y los abuelos paternos invocan su derecho de visita, que el Tribunal de Apelación les otorga una semana al mes). En sentido contrario, en el caso *State ex rel Brandon v Moats* (2001) el TS de West Virginia se mantiene el derecho de visita de los abuelos porque éstos han demostrado que ello contribuía al *the best interest of the Child* sin interferir la relación padres-hijos (fallecido el padre divorciado, los abuelos paternos ejercen durante dos años su derecho de visita, pero la madre vuelve a casarse y el segundo marido adopta al hijo, por lo cual se notifica a los abuelos que se ha extinguido aquél).del TS de New Jersey

Son frecuentes en USA los conflictos entre padres divorciados a propósito de los óvulos que antes de la ruptura los cónyuges han crio-congelado. En el caso *JB v. MB* se ha dado preferencia al deseo de la ex esposa de destruirlos frente al deseo del ex marido de donarlos a una pareja infértil. En el caso *TB v. ELRM el TS de Pennsylvania* (2001) aplicó la doctrina jurisprudencial *in loco parentis* para permitir que la compañera de una lesbiana que había tenido un hijo por inseminación artificial y respecto del cual contribuyó a su sostenimiento durante tres años, pudiera solicitar la custodia y el derecho de visita, aunque no adoptarlo. En sentido contrario en el caso *State ex rel DRM vWood*, el Trib. Apel. de Washington (2001), declaró que según el *Uniform Parentage Act* la compañera de una lesbiana que acuerda con ella que el hijo que dé a luz mediante inseminación artificial le sea dado en adopción, contribuyendo a su sostenimiento, carece de todo derecho a reclamarlo pues según aquella Ley un niño no puede tener dos padres del mismo sexo, no pudiendo exigir el cumplimiento del contrato.

Concluye el autor diciendo que, afortunadamente, el grueso de las resoluciones sobre el Derecho norteamericano de la Familia no se encuentra *en la frontera*; y si bien los jueces no son responsables de las *irresponsabilidades* que algunos plantean, sí deberían vigilar más algunas decisiones basadas en criterios exclusivamente subjetivos.

Para concluir es obligado decir que el autor de esta reseña lo es también de una crónica sobre las uniones de hecho reguladas por algunas de las CCAA en el periodo contemplado (en particular, las de Navarra, Valencia, Madrid, e Islas Baleares¹⁰).

GABRIEL GARCIA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil

10. GARCÍA CANTERO *Spain: "De facto" unions revisited* (p. 403-410).