

Rui M. Moura Ramos y Andrés Rodríguez Benot. *Evolución reciente del Derecho internacional privado de familia en los Estados miembros de la Unión Europea*

ISBN 978-84-608-8920-5



9 788460 889205

51



Rui M. Moura Ramos
Andrés Rodríguez Benot

*Evolución reciente del Derecho
internacional privado
de familia en los Estados
miembros de la Unión Europea*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

RUI M. MOURA RAMOS. Es Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Coimbra. Fue Vicepresidente del Tribunal Constitucional, posteriormente Presidente de la Corte Constitucional portuguesa, y miembro del Consejo de Estado. Ha sido delegado del Gobierno portugués en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) en la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC) y en el Comité sobre la nacionalidad del Consejo de Europa. Miembro del Instituto de Derecho Internacional, en el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional y en el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). Forma parte del Consejo Asesor de la Revista de Derecho de Columbia Europea y del Anuario de Derecho Internacional Privado. Editor de la Revista de Derecho y Jurisprudencia. Galardonado con la Gran Cruz de la Orden Militar de Cristo por el presidente Cavaco Silva.

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT. Es Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, de la que ha sido Decano. Miembro de la Academia Internacional de Derecho Comparado; de la Delegación española en el Proyecto ADL sobre modernización de la justicia en Marruecos; de la International Society of Family Law; de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado; del Consejo Asesor de Inmigración del Defensor del Pueblo Andaluz; de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado; del Foro Hispano-Marroquí de Juristas; y del Foro Español de Derecho Internacional Privado. Representante de España en el Comité de Derecho Civil del Consejo de la Unión Europea y Asesor-Experto de la Dirección General de Justicia de la Comisión Europea. Cruz de la Orden del Mérito de la Guardia Civil con distintivo blanco y Cruz Distinguida de Primera Clase de la Orden de San Raimundo de Peñafort.

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Fernando P. Méndez

Patronos

Gonzalo Aguilera

Benito Arruñada

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Françesc de Carreras

Pedro Cruz

Juan M.^a Díaz Fraile

Jesús González Pérez

Vicente Guilarte

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Victoria Ortega

Fernando Pantaleón

Celestino Pardo

Antonio Pau

Juan José Pretel

Carmen Tomás-Valiente

Fernando Vallespín

Gerente

M.^a Isabel de la Iglesia

*Evolución reciente del Derecho
internacional privado de familia
en los Estados miembros
de la Unión Europea*

Rui M. Moura Ramos
Andrés Rodríguez Benot

*Evolución reciente del Derecho
internacional privado
de familia en los Estados
miembros de la Unión Europea*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2016 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Rui M. Moura Ramos, Andrés Rodríguez Benot

I.S.B.N.: 978-84-608-8920-5

Depósito Legal: M-22389-2016

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

ÍNDICE

LA EVOLUCIÓN RECIENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA	11
1. Introducción.....	11
2. El objeto	14
3. Las fuentes	26
4. Los métodos	65
5. Los criterios de solución	81
6. Las estructuras de las que depende su aplicación.....	94
7. Conclusión.....	99

EL DERECHO DE FAMILIA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO: ENCAJE INSTITUCIONAL Y REALIZA- CIONES MATERIALES	105
I. La transformación de la institución familiar en los ordenamientos occi- dentales: el principio de igualdad, núcleo de organización de los mo- delos familiares	105
II. El encaje institucional del derecho de familia en la construcción del espa- cio europeo de libertad, seguridad y justicia	113
1. El complejo marco previo	113
2. El actual marco normativo	123
III. Las realizaciones materiales en el derecho de familia de la Unión Eu- ropea	137
1. Los logros normativos	137
1.1. <i>El Derecho de familia stric- to sensu</i>	137
1.2. <i>Los sectores vinculados al Derecho de familia</i>	150

2. La labor complementaria de la
jurisprudencia y de la doctrina.... 159

2.1. *La tarea exegética del
Tribunal de Justicia de la
Unión Europea.....* 159

2.2. *La aportación de la doc-
trina.....* 178

LA EVOLUCIÓN RECIENTE DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

Rui M. MOURA RAMOS

1. Introducción

El presente estudio tiene por objeto la reciente evolución del derecho internacional privado de familia y, en el mismo, intentaré esbozar los rasgos fundamentales de las transformaciones que ha experimentado en los últimos tiempos, este (cada vez más) relevante sector regulador de las relaciones privadas plurilocalizadas.

Esta es una rama del ordenamiento jurídico que se encuentra estrechamente vinculada con las concepciones morales, sociales e, incluso políticas, que en cada momento dominan en determinada sociedad¹. Se trata de un hecho

¹ En este sentido, por ejemplo, Andreas Bucher, «La Famille en Droit International Privé», *Recueil des Cours*, 283 (2000), pp. 9-186, 19, y en la doctrina portuguesa, Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, v. I, 10.^a edição, revista e actualizada (10.^a reimpressão da edição de 2000), Coimbra, 2013, Almedina, pp. 198-200, y, sobre todo,

que, no porque aparentemente constituya una obviedad, deja de corresponder a una verdad reconocida y constatable, incluso en la época actual, en la que la globalización de las formas de vivir parece que en cierta manera ha atenuado las líneas divisorias que anteriormente se presentaban mucho más definidas. En el derecho de familia aún se puede reconocer una clara dependencia de los principios que rigen la organización social en un momento determinado. Y no es menos cierto que tal dependencia no es exclusiva del derecho sustantivo o material, extendiéndose por igual, aunque *mutatis mutandis*, al respectivo derecho internacional privado². Esta circunstancia justifica que, por el bien de la coherencia de nuestra exposición, limitemos el horizonte que pretendemos considerar.

Circunscribiremos así estas consideraciones a los países europeos y, particularmente, a aquellos que se encuentran implicados en el

Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, v. I – *Introdução. Direito matrimonial*, 4ª edição, Coimbra, 2008, Coimbra Editora, pp. 147-148.

² Véase, por ejemplo, el reflejo de la posición reservada al marido (padre) en la sociedad familiar en la elección de la ley del marido (o del padre) como ley aplicable a las relaciones familiares, al menos en las situaciones en que los cónyuges (progenitores) tenían estatutos personales diferentes (con reserva, con respecto a la madre, de las situaciones en las que ésta ejercía la patria potestad). Cfr., a este propósito, los artículos 52, 53, 56, 57 y 60 del Código Civil Portugués en su versión original.

proceso de creación de la Unión Europea, en cuyo interior se desarrolla institucionalmente un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia³ que se refleja en la forma en la que se regulan las relaciones plurilocalizadas de carácter familiar. Y, dado que la realidad, incluso en este ámbito particular, evoluciona a cada momento⁴, nos limitaremos a evaluar la situación de forma que nos permita percibir los desarrollos que definen hoy, en el universo constituido por este grupo de ordenamientos jurídicos, la construcción del derecho internacional privado de familia.

La idea que emerge de cualquier análisis que a este respecto se lleve a cabo es la de cambio. Cambio que se revela inmediatamente en su *objeto*, para manifestarse después en las *fuentes* de las que proviene el ordenamiento respectivo, en los *métodos* que sobresalen en el mismo, en las *soluciones* que encontramos consagradas en éste y, también, en las *estructuras* de las que depende su aplicación.

Así, nos proponemos realizar un viaje por estos diferentes aspectos del derecho internacional privado de familia en el horizonte con-

³ Sobre esta noción cfr. Peter-Christian Müller-Graf, «Europäische Union und der Europäischen Gemeinschaft», in *Festschrift für Ulrich Everling*, v. II, Baden-Baden, 1995, Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 925-944.

⁴ Así también Andreas Bucher (*op. et loc. cit.* en la nota 1).

siderado, para comprender la situación actual. Y valorar la dimensión de la alteración que a este respecto se ha producido.

2. El objeto

Una primera observación a este propósito nos lleva a concluir que hay cierta constancia, en lo que a este aspecto se refiere, cuando examinamos la permanencia de los institutos tradicionales del matrimonio y de la filiación⁵, que siguen constituyendo las categorías esenciales de las relaciones de carácter familiar, y la problemática que éstas suscitan en el plano internacional⁶. No obstante, hay que destacar que más recientemente se

⁵ Para un inventario de los problemas, véase Jacques Foyer, «Problèmes de conflit de lois en matière de filiation», *Recueil des Cours*, 193 (1985-IV), pp. 9-118. Y para la respuesta que reciben en una de las legislaciones más recientes, véase Ilaria Pretelli, «Le nouveau droit international privé italien de la filiation», 103 *Rev. crit. DIP* (2014), pp. 559-572.

⁶ Cfr. Eugène Audinet, «Les conflits de lois en matière de mariage et de divorce», *Recueil des Cours*, 11 (1926-I), pp. 175-251, y «Des conflits de lois relatifs aux effets patrimoniaux du mariage», *ibidem*, 40 (1932-II), pp. 241-303, G. C. Cheshire, «The English private international law of husband and wife», *ibidem*, 108 (1963-I), pp. 115-188, p. M. North, «Development of rules of private international law in the field of family law», *ibidem*, 166 (1980-I), pp. 9-118, y Lennart Palsson, «Rules, problems and trends in international family law – Especially in Sweden», *ibidem*, 199 (1986-IV), pp. 313-414.

han venido imponiendo algunas líneas maestras, aunque con mayor o menor antigüedad.

La que ha revelado mayor constancia a lo largo del tiempo entre las fuentes de las relaciones familiares es la que se remite a la progresiva generalización de la adopción⁷, que, de forma consecuente, se ha afirmado ya desde mediados del siglo pasado. Por otro lado, también a partir de la misma época, se han impuesto en los diferentes ordenamientos jurídicos soluciones que han otorgado mayor importancia a las preocupaciones por la protección de las personas, tanto en lo que se refiere a los incapaces⁸

⁷ A este propósito, véase Rudolfo De Nova, «Adoption in comparative private international law», *Recueil des Cours*, 104 (1961-III), Angelo Davì, *L'Adozione nel Diritto Internazionale Privato Italiano*. I. Conflitti di Leggi, Milano, 1981, A. Giuffrè, el conjunto de estudios integrados en «L'Adoption dans les principales législations européennes (Étude de droit interne et de droit international privé)» 33 *Revue internationale de droit comparé* (1985), pp. 69-158, D. Opertti Badan, «L'Adoption Internationale», *ibidem*, 180 (1983-III), pp. 295-412, Annie Moreno, «Aspects contractuels de l'adoption internationale», *Rev. Crit. DIP*, 90 (2001), pp. 301-323 e 459-484, y Giuseppina Piezzolante, *Le Adozioni nel Diritto Internazionale Privato*, Bari, 2008, Caccuci Editore. En la doctrina portuguesa, cfr., en particular, Nuno Gonçalo da Ascensão e Silva, *A Constituição da Adopção de Menores nas Relações Privadas Internacionais: Alguns Aspectos*, Coimbra, 2000, Coimbra Editora.

⁸ Sobre el punto, cfr. W. E. Von Steiger, «La protection des mineurs en droit international privé», *Recueil des Cours*, 112 (1964-II), pp. 469-526, Yves Lequette, *Protection familiale et protection étatique des incapables*, Paris, 1976, Dalloz, Ignacio Goicoechea/Florencia Castro, «Building an international cooperation system for the civil protection of children», in *A Commitment to Private International Law*.

(concretamente a los menores, pero también a los adultos), como en lo que respecta a la ga-

Essays in honour of Hans van Loon, Cambridge, 2013, Intersentia, pp. 207-219, Pilar Rodríguez Mateos, «La diversidad normativa en la protección internacional del menor», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado*. Liber Amicorum Alegria Borràs (cit. supra, nota 3), pp. 785-798, y, para la situación en el ordenamiento jurídico portugués, Rosa Clemente, *Inovação e Modernidade no Direito de Menores. A Perspectiva da lei de protecção de crianças e jovens em perigo*, Coimbra, 2009, Coimbra Editora. Con relación a los incapaces adultos, cfr., en la doctrina portuguesa, Geraldo Rocha Ribeiro, *A Protecção do Incapaz Adulto no Direito Português*, Coimbra, 2010, Coimbra Editora.

En este contexto, se impondría la noción de defensa del superior interés del menor. Cfr., a propósito, Andrea Canno-ne, «L'interesse del fanciullo nelle convenzioni internazionali dell'Aja», in *Divenire Sociale e Adeguamento del Diritto. Studi in onore di Francesco Capotorti, II - Diritto dell'Unione Europea, Diritto Internazionale Privato, Diritto Pubblico*, Milano, 1999, Giuffrè, pp. 549-576, Petra Hammje, «L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé», in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, 2005, Dalloz, pp. 365-381, Bertrand Ancel/Horatia Muir-Watt, «L'intérêt supérieur de l'enfant dans le concert des juridictions: le Règlement de Bruxelles II bis», *Rev. crit. DIP*, 94 (2005), pp. 595-605, Olivia Lopez Pegna, «L'interesse superiore del minore nel Regolamento n.º 2201/2003», 49 *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (2013), pp. 357-384, Maria Ch. Sotiropoulou, «L'écoute de l'enfant aux conventions internationales/règlements européens, est-elle un exemple de l'influence des vraies valeurs fondamentales sur le droit international privé?», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon V. Vrellis*, Athens, 2014, Nomiki Bibliothiki, pp. 925-936, y, en la doctrina portuguesa, Ana Massena, «Reflexão conjunta sobre a aplicação da convenção da Haia de 1980 à luz do princípio do superior interesse da criança», *Revista do Centro de Estudos Judiciários*, 2014-II, pp. 138-170.

rantía de condiciones mínimas de subsistencia, lo que ha llevado a conceder mayor atención a institutos como el derecho de alimentos⁹.

Por otro lado, aunque más recientemente, se ha asistido a la aparición de ciertas realidades, como la gestación subrogada¹⁰ y las diversas

⁹ En la doctrina portuguesa, cfr. Maria José Lobato Guimarães, «Alimentos», in *Reforma do Código Civil, Lisboa*, 1981, Ordem dos Advogados, pp. 169-217, y J. p. Remédio Marques, *Algumas notas sobre alimentos (devidos a menores) «versus» o dever de assistência dos pais para com os filhos (em especial filhos menores)*, Coimbra, 2000, Coimbra Editora, y, en la doctrina brasileña, Maria Berenice Dias, *Alimentos aos Bocados*, São Paulo, 2013, Editora Revista dos Tribunais.

¹⁰ Sobre esta figura, cfr. Anastasia Grammaticaki-Alexiou, «Artificial reproduction Technologies and conflict of laws: An initial approach», in *Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law. A Tribute to Symeon C. Symeonides* [60 *Louisiana Law Review* (Summer 2000), n.º 4], pp. 1113-1121, y, recientemente, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, «Recognition in Spain of parentage created by surrogate motherhood», 12 *Yearbook of Private International Law* (2010), pp. 619-637, A. (Teun) V. M. Struycken, «Surrogacy, a new way to become a mother? An issue of private international law that may affect good relations among States», in *Le 90e anniversaire de Boutros Boutros-Ghali. Hommage du Curatorium à son Président*, Leiden, 2012, Martinus Nijhoff Publishers, pp. 235-254, Katharina Boele-Woelki, «(Cross-Border) Surrogate Motherhood: We need to take action now», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (cit. supra, nota 8), pp. 47-58, Santiago Álvarez González, «Reconocimiento de la filiación derivada de gestación por sustitución», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borràs* (cit. supra, nota 3), pp. 77-90, Kataraina Trimmings/Paul

Beaumont (ed.), *International Surrogacy Agreements. Legal regulation at the international level*, 2013, Hart Publishing, Claudia Mayer, «*Ordre Public und Anerkennung rechtlicher Elternschaft in internationalen Leihmutterschaftsfallen*», *RabelsZ*, 78 (2014), pp. 551-591, Alberto Mattei/Laura Tomasi, «Corte di Giustizia EU e maternità surrogata: congevo lavorativo retribuito fra margine di apprezzamento, coerenza e non discriminazione», *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2014/III, pp. 1409-1417, Cristina Campiglio, «Norme italiane sulla procreazione assistita e parametri internazionali: il ruolo creativo della giurisprudenza», 50 *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (2014), n.º 3, pp. 481-516, Hugues Fulchiron/Cristina Guilarte Martin-Calero, «L'ordre public international à l'épreuve des droits de l'enfant: non à la GPA internationale, oui à l'intégration de l'enfant dans sa famille. À propos de la décision du Tribunal Supremo espanol du 6 février 2014», 103 *Rev. crit. DIP* (2014), pp. 531-558, Daniel Gruenbaum, «Maternidade de Substituição», in *Internationaler Rechtsverkehr und Rechtsverheinheitlichung aus deutsch-lusitanischer Perspektive*, Baden-Baden, 2014, Nomos Verlagsgesellschaft, pp. 171-186, Daniele Gallo/Luca Paladini/Pietro Pustorino, *Same-sex couples before national, supranational and international jurisdictions*, Heidelberg, 2014, Springer, Marion Meilhac-Perri, «National regulation and cross-border surrogacy in France», 16 *Yearbook of Private International Law* (2014/2015), pp. 275-288, Konstantinos Kokas, «National regulation and cross-border surrogacy in European Union countries and possible solutions for problematic situations», *ibidem*, pp. 289-314, Michael Wells-Greco/Henry Dawson, «Inter-country surrogacy and public policy: Lessons from the European Court of Human Rights», *ibidem*, pp. 315-343, Ilaria Pretelli, «Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée. À propos de deux décisions italiennes en matière de maternité de substitution», 104 *Rev. crit. DIP* (2015), pp. 559-588, Arianna Vettorel, «International surrogacy agreements: recent developments and ongoing problems», 51 *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (2015), pp. 533-540, Sylvaine Bollée, «La gestation pour autrui en droit international privé», in *Travaux du Comité Français de Droit*

formas de reconocimiento de uniones de carácter estable¹¹, que no están precedidas de la

International Privé, Années 2012-2014, Paris, 2015, Éditions A. Pedone, pp. 233-248, y, en la doctrina portuguesa, Dário Moura Vicente, «Maternidade de substituição e reconhecimento internacional», in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda*, v. V, Coimbra, 2012, Coimbra Editora, pp. 607-626, y Nuno Ascensão Silva/Geraldo Rocha Ribeiro, «A maternidade de substituição e o direito internacional privado português», *Cadernos C.E.No.R.*, 3, pp. 9-73.

¹¹ Entre nosotros, cfr. a Ley 135/99, de 28 de agosto, posteriormente revocada por la Ley n.º 7/2001, de 11 de mayo, que inmediatamente sería alterada por la Ley n.º 23/2010, de 30 de agosto. Sobre su tratamiento en las relaciones plurilocalizadas, cfr. Petar Sarcevic, «Private international law aspects of legally regulated forms of non-marital cohabitation and registered partnerships», 1 *Yearbook of Private International Law* (1999), pp. 37-48, Benoit Guiguet, «Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires de même sexe», 35 *Cahiers de Droit Européen* (1999), n.ºs 5-6, pp. 537-567, H.U. Jessurun d'Oliveira, «Registered partnerships, Pacses and Private International Law. Some reflections», 36 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (2000), pp. 293-322, y «Freedom of Movement of Spouses and Registered Partners in the European Union», in *Private Law in the International Arena. From National Conflict Rules towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, T.M.C. Asser Press, pp. 527-543, Katharina Boele-Woelki, «Private international law aspects of registered partnerships and other forms of non-marital cohabitation in Europe», in *Conflict of Laws, Comparative Law and Civil Law. A Tribute to Symeon C. Symeonides* (cit. supra, nota 10), pp. 1053-1059, Yvette Tan, «New forms of cohabitation in Europe: Challenges for english private international law?», in *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (Edited by Katharina Boele-Woelki), Antwerp, 2003, Intersentia, pp. 437-461, Sandrine Henneron, «New forms of cohabitation: Private international law aspects of registered partnerships», ibidem, pp. 462-470, Maarit-Jantera Jareborg,

formalización que tradicionalmente resultaba de la celebración del matrimonio, que se han venido imponiendo de forma creciente en diversos ordenamientos jurídicos. Reconocimiento

«Registered partnerships in private international law: The scandinavian approach», in *Legal Recognition of Same-sex Couples in Europe* (edited by Katharina Boele-Woelki/Angelika Fuchs), Antwerp, 2003, Intersentia, pp. 137-158, Karstern Thorn, «The german conflict of law rules on registered partnerships», ibidem, pp. 159-168, Heinrich Dorner, «Grundfragen der Anknüpfung gleichgeschlechtlicher Partnerschaften», in *Festschrift für Erik Jayme*, Band I, München, 2004, Sellier, pp. 143-152, Guillaume Kessler, *Les Partenariats enregistrés en droit international privé*, Paris, 2004, L.G.D.J., G. Goldstein, «La cohabitation hors mariage en droit international privé», *Recueil des Cours*, 320 (2006), pp. 9-390, Ana Quiñones Escámez, «Propositions pour la formation, la reconnaissance et l'efficacité internationale des unions conjugales ou de couple», *Rev. Crit. DIP*, 96 (2007), pp. 357-382, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, «Las Uniones Registradas: Fin del Matrimonio de Conveniencia?», in *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones* (Dimensiones interna e internacional) [Santiago Álvarez González (ed.)], Santiago de Compostela, 2009, Imprenta Universitaria, pp. 219-245, Patrick Wautelet, «Private international law aspects of some-sex marriages and partnerships in Europe – Divided we stand?», in *Legal Recognition of Same-sex Relationships in Europe. National, Cross-border and European Perspectives* (edited by Katharina Boele-Woelki/Angelika Fuchs), Fully revised 2nd edition, Cambridge, 2012, Intersentia, pp. 143-188, Mercedes Soto Moya, «Libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España», 16 *Revista Española de Derecho Comunitario* (septiembre/diciembre 2012), n.º 43, pp. 773-806, y, en la doctrina portuguesa, Sofia Oliveira Pais/António Frada de Sousa, «A União de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo – Uma análise de direito material e conflitual», 59 *Revista da Ordem dos Advogados* (1999), pp. 693-752.

que comprendería estas diferentes formas de uniones, independientemente del carácter heterosexual u homosexual de la relación afectiva que protejan, así como de sus finalidades. De esta forma, este movimiento ha llevado incluso a la mutación de sentido de las propias instituciones tradicionales, como el matrimonio que, para un número creciente, aunque aún minoritario de ordenamientos jurídicos, ha dejado de tener como supuesto legal la diversidad de sexo de las personas que lo contraen¹².

¹² Cfr., entre nosotros, la Ley n.º 9/2010, de 31 de mayo, y en la doctrina portuguesa, Duarte Santos, *Mudam-se os tempos, Mudam-se os Matrimonios? O Matrimonio entre pessoas do mesmo sexo e o direito português*, Coimbra, 2009, Coimbra Editora. Para sus antecedentes (concretamente, las sentencias 359/2009 y 121/2010 del Tribunal Constitucional) y su contextualización (sobre todo en comparación con la experiencia italiana, cfr. Angelo Alessandro Palmieri, *Il matrimonio omosessuale in chiave comparata: L'esperienze del Portogallo*, Università degli Studi di Milano – Facoltà di Giurisprudenza, Tese di Laurea, Anno Academico 2010-2011, y Jorge Duarte Nogueira, «O estatuto do cidadão homossexual no Direito da Família – O lugar de Portugal no movimento internacional», in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, v. I, Coimbra, 2013, Coimbra Editora, pp. 377-390. Sobre los términos y las consecuencias, en el plano del derecho internacional privado, de la introducción de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico, cfr. António Frada de Sousa, «Celebração de matrimonios homossexuais por estrangeiros em Portugal – Uma singularidade portuguesa», *7 Lex Familiae*, n.º 13 (Janeiro/Junho 2010), pp. 33-55, Helena Mota, «A ordem pública internacional e as (novas) relações familiares internacionais. Análise do Despacho n.º 87/2010, de 19 de Junho, do Presidente do Instituto dos Registos e do Notariado», in *Estudos em Homenagem ao Professor*

Doutor Heinrich Ewald Horster, Coimbra, 2012, Almedina, pp. 261-284.

Sobre la situación en otros ordenamientos jurídicos, véanse Katell Berthou/Annick Masselot, «Le mariage, les partenariats et la CJCE: Ménage à trois» 38 *Cahiers de Droit Européen* (2002), n.ºs 5-6, pp. 679-694, Matteo Bonini Baraldi, «EU Family Policies between domestic «Good Old Values» and Fundamental Rights: The case of same-sex families», 15 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* (2008), pp. 517-551, Santiago Álvarez González, «Dimensión internacional del matrimonio entre personas del mismo sexo; lo que el ojo del legislador español no vio», in *Estudios de Derecho de Familia y de Sucesiones (Dimensiones interna e internacional)* (cit. supra, nota 11), pp. 9-37, Thomas Spernat, *Die gleichgeschlechtliche Ehe im Internationalen Privatrecht. Unter besonderer Berücksichtigung des Einflusses des EG-Vertrages*, Frankfurt am Main, 2010, Peter Lang, F. Mosconi/C. Campiglio, «Il matrimonio tra persone dello stesso sesso: livello «federale» e livello statale in Europa e negli Stati Uniti», 48 *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (2012), pp. 299-316, Dieter Martiny, «Private international law aspects of same-sex couples under german law», in *Legal Recognition of Same-sex Relationships in Europe. National, Cross-border and European Perspectives* (cit. supra, en la nota anterior), pp. 189-223, U. p. Gruber, «Le mariage homosexuel et le droit international privé allemand», *Rev. crit. DIP*, 102 (2013), pp. 65-73, y Hélène Surrel, «Les couples homosexuels», 21 *Revue des Affaires Européennes* (2014), pp. 327-335. Y para la expansión de esta figura en Europa y en Estados Unidos y su correlación con el fenómeno religioso, véanse David B. Oppenheimer/Álvaro Oliveira/Aaron Blumenthal, «Religiosity and Same-Sex Marriage in United States and Europe», 32 *Berkeley Journal of International Law* (2014), n.º 1, pp. 195-238.

Y para los problemas de derecho constitucional suscitados por esta figura, cfr. Elise Carpentier, «Mariage des couples de même sexe et Constitution», 16 *Annuaire international de justice constitutionnelle* (2000), pp. 21-99, Cass R. Sunstein, «Homosexuality and the Constitution», in *Designing Democracy. What Constitutions Do*, Oxford, 2001, Oxford Univer-

Por último, el escenario que acabamos esbozar no estaría completo si no mencionásemos la cre-

sity Press, pp. 183-208, Julio V. Gavidia Sánchez, «Uniones homosexuales y concepto constitucional de matrimonio», 21 *Revista Española de Derecho Constitucional* (enero-abril 2001), n.º 61, pp. 11-58, Evan Gertsman, *Same-sex Marriage and the Constitution*, Cambridge, 2004, Cambridge University Press, Michel Levinet, «La liberté matrimoniale au sens de la Convention Européenne des Droits de l'Homme», 60 *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* (2004), pp. 889-903, el arrêt n.º 159/2004, de 20 de octubre de 2004, de la Cour d'Arbitrage belga, José Ramón Polo Sabau, *Matrimonio y Constitución ante la Reforma del Derecho de Familia*, Madrid, 2006, Thomson-Civitas, Stefania Bariatti/Carola Ricci/Laura Tomasi, «The impact of the increasing number of same-sex marriages or legally recognized partnerships on other legal domains, such as property rights and divorce law», *European Parliament IP/C/LIBE/FWC/2006-202/LOT9/C1*, pp. 3-17, Rhita Boust, «Réflexions autour de la loi espagnole autorisant le mariage et l'adoption aux couples homosexuels», 73 *Revue Française de Droit Constitutionnel* (2008), pp. 199-210, B. Jaluzot et al., «Le mariage entre personnes de même sexe. Étude pour la Cour de Cassation», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2-2008, pp. 375-443, Ignazio Juan Patrone, «Il matrimonio tra persone omosessuali davanti alla Corte Costituzionale», in *Quaestione Giustizia*, n.º 4, 2009, pp. 143-158, Ariela R. Dubler, «Sexing Skinner: History and the politics of the right to marry», 110 *Columbia Law Review* (June 2010), pp. 1349-1376, Piero Alberto Capotosti, «Matrimonio tra persone dello stesso sesso: infondatezza versus inammissibilità nella sentenza n.º 138 del 2010», 30 *Quaderni Costituzionali* (giugno 2010), n.º 2, pp. 361-364, Angel M. López López, «En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica al Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio permitiendo el de personas del mismo sexo)», 21 *Derecho Privado y Constitución* (2013), 173-208, y M.^a Angeles Parra Lucan, «Matrimonio y «matrimonio entre personas del mismo sexo»: la constitucionalidad de la Ley 13/2005», *ibidem*, pp. 271-311.

ciente importancia que han asumido ciertas situaciones en la vida internacional (como los derechos de custodia y visita¹³, el rapto de menores¹⁴ y el di-

¹³ Cfr., a propósito, en la doctrina portuguesa, Nuno Gonçalo da Ascensão e Silva, «Algumas considerações sobre os trabalhos do Conselho da Europa no contexto do movimento de internacionalização do direito de menores – O rapto de crianças e os direitos de guarda e visita nas relações privadas internacionais», 2 *Lex Familiae* (2005), n.º 4, pp. 37-91.

¹⁴ Figura que estaría en la base de un importante instrumento convencional, el Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre al Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Sobre este texto, cfr. Thierry Garé, «Reflexions sur l'efficacité de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 relative aux aspects civils de l'enlèvement international d'enfants», in *Mélanges Christian Mouly*, I, Paris, 1998, Litec, pp. 298-312, los trabajos recogidos en *Sustracción Internacional de Menores y Adopción Internacional* (M.ª Dolores Adam Muñoz/ Sandra García Cano, directoras), Madrid, 2004, Colex, Jacques Chamberland, «La Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants et les droits de l'enfant», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (cit. supra, nota 8), pp. 113-121, C. Honorati, «Sottrazione internazionale dei minori e diritti fondamentali», 49 *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (2013), pp. 5-42, Michel Farge/Adeline Gouttenoire, «Les enlèvements intraeuropéens d'enfants», 21 *Revue des Affaires Européennes* (2014), pp. 347-356, y, en lengua portuguesa, Nuno Gonçalo da Ascensão e Silva, «A convenção da Haia de 25 de Outubro de 1980 sobre os aspectos civis do rapto internacional de crianças – Alguns aspectos», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos*, v. I, Coimbra, 2005, Almedina, pp. 443-556, y Gustavo Ferraz de Campos Monaco, *Guarda Internacional de Crianças*, São Paulo, 2012, Quartier Latin; y sobre su aplicación judicial, cfr. p. R. Beaumont, «The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court

vorcio¹⁵), y que de algún modo son consecuencia de la menor estabilidad tras la ruptura el vínculo matrimonial. Creciente importancia práctica que justificaría, naturalmente, una mayor atención a la construcción doctrinal que tenía como objeto estos institutos y que se reflejó en las soluciones que se adoptaron a este propósito.

of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction, *Recueil des Cours*, 335 (2008), pp. 9-104, y p. R. Beaumont/Lara Walker, «Post Neulinger case law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (cit. en esta nota), pp. 17-32, Michael Bogdan, «Some reflections on the treatment by the ECHR of the Hague Convention on the civil aspects of international abduction, in Entre Bruselas y La Haya. *Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borràs* (cit. supra, nota 3), pp. 213-224, y Moura Ramos, «Rapto internacional de crianças e direito ao respeito pela vida privada e familiar», in 144.º *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (Maio/Junho de 2015), n.º 3992, pp. 381-406.

¹⁵ A propósito, cfr. F. Schwind, «Le divorce en droit international privé», *Recueil des Cours*, 117 (1966-I), pp. 445-502, Hélène Gaudemet-Tallon, «La désunion du couple en droit international privé», *ibidem*, 226 (1991-I), pp. 9-280, Agnès Bigot, *L'Autorité parentale dans la famille désunie en droit international privé*, 2003, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, y Rafael Arenas García, *Crisis Matrimoniales Internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo derecho internacional privado español*, 2004, Universidade de Santiago de Compostela – Servizo de Publicacións e Intercambio Científico. Para una nueva perspectiva del instituto, cfr. Harry Duintjer Tebbens, «Divorce – A fundamental right?», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (cit. supra, nota 8), pp. 123-133.

Se trata, pues, de un conjunto de aspectos que nos permite apreciar una prolongación del objeto de las relaciones cuya regulación está incluida en el derecho internacional privado de familia, prolongación resultante tanto de la eclosión de nuevas realidades, como de la mayor importancia reconocida a algunas de las anteriormente existentes.

3. Las fuentes

Si los cambios referentes al objeto, en definitiva, no se han revelado particularmente sensibles, no se puede decir lo mismo de la problemática de las fuentes, donde el conjunto de modificaciones se encuentra bastante más definido, caracterizándose por una afirmación de líneas maestras que, al menos en algunos casos, se habían encontrado ausentes de la normativa de las relaciones familiares plurilocalizadas.

Estas líneas maestras se traducen sobre todo en la superación muy clara de una situación (que de algún modo caracterizaba el derecho internacional privado como un todo, pero que repercutía igualmente en el ámbito de las relaciones familiares) determinada por la exclusividad o por la relevancia dominante de las fuentes estatales, concretamente las de naturaleza legal y jurisprudencial. Podemos ejemplificar esta situación con la que experimentaban los ordenamientos jurídicos portugués y francés, poco

antes del último cuarto del siglo XX. Así, mientras el derecho internacional privado portugués se circunscribía, en esta época, al capítulo del Código Civil dedicado a los derechos de los extranjeros y a los conflictos de leyes, siendo insignificante, en nuestra legislación, la función de las restantes fuentes del derecho, concretamente las de naturaleza jurisprudencial¹⁶, por su parte, su homólogo francés, al contrario, partía de las escasas normas del *Code Napoléon*, de 1804¹⁷,

¹⁶ Cfr. Moura Ramos, «Linhas Gerais da evolução do direito internacional privado português posteriormente ao Código Civil de 1966», in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, v. II – *A Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra, 2006, Coimbra Editora, pp. 501-547.

¹⁷ Cfr. Hélène Gaudemet-Tallon, «Droit international privé et Code Civil», in 1804-2004. *Le Code Civil. Un Passé. Un Présent. Un Avenir*, Paris, 2004, Dalloz, pp. 749-771. Solamente más de un siglo y medio más tarde empezarían a surgir, en realidad, en este ordenamiento jurídico, normas especiales, acompañando a determinadas reformas del derecho privado referente a las relaciones familiares; así, con respecto a la filiación con la ley de 3 de enero de 1972 (art. 311-14 del Code Civil – ver Batiffol/Lagarde, «L'improvisation de nouvelles règles de conflit de lois en matière de filiation», *Rev. crit. DIP* 61 [1972], pp. 1-26); con respecto al divorcio con la ley de 11 de julio de 1975 (art. 310 del Code Civil – ver Ph. Francescakis, «Le surprenant article 310 nouveau du Code Civil sur le divorce international», *Rev. Crit. DIP*, 64 (1975), pp. 553-594); con respecto a la adopción, con la ley de 16 de febrero de 2001 (arts. 370-3 a 370-5 del Code Civil – ver Paul Lagarde, «La loi du 6 février 2001 relative à l'adoption internationale: une opportune clarification», *Rev. Crit. DIP*, 90 (2001), pp. 275-300, y Horatia Muir-Watt, «La loi nationale de l'enfant comme métaphore: le nouveau regime législatif de l'adoption internationale», 128 *JDI* [2001], pp. 995-1031);

basándose sobre todo en el desarrollo que había hecho la jurisprudencia de las mismas, principalmente la emanada de la *Cour de Cassation*¹⁸; y señálese que, en cierto modo, era semejante la situación del derecho inglés, donde el papel

con respecto al pacto civil de solidaridad (PACS), con las leyes de 15 de noviembre de 1999, 5 de marzo de 2007 y 12 de mayo de 2009 (arts. 515-1 a 515-7-1 – ver p. Hammje, «Réflexions sur l'article 515-7-1 du Code Civil. Loi n.º 2009-526, article 1er», *Rev. crit. DIP*, 98 [2009], pp. 483-491, y H. Péroz, «La loi applicable aux partenariats enregistrés», 137 *JDI* [2010], pp. 399-410); y, con respecto al matrimonio de personas del mismo sexo, con la ley de 17 de mayo de 2013 (arts. 202-1 e 202-2 del Code Civil – ver Hughes Fulchiron, «Le mariage de personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du «mariage pour tous»», 140 *JDI* [2013], pp. 1055-1113, Petra Hammje, ««Mariage pour tous» et droit international privé. Dit et non-dits de la loi du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe», *Rev. crit. DIP*, 102 [2013], pp. 793-806, Dominique Bureau, «Le mariage international pour tous à l'aune de la diversité», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*, Paris, 2014, L.G.D.J., pp. 155-184, y Georges Khairallah, «Le statut personnel à la recherche de son rattachement. Propos autour de la loi du 17 mai 2013 sur le mariage des couples du même sexe», *ibidem*, pp. 485-496).

¹⁸ Cfr., a propósito, Henri Batiffol, «L'oeuvre constructive récente de la jurisprudence française en matière de droit international privé», in *Choix d'Articles rassemblés par ses amis*, Paris, 1976, L.G.D.J., pp. 61-71, y Bertrand Ancel/Yves Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 2e édition, Paris, 1992, Sirey. En particular en lo que se refiere a la materia que nos ocupa, cfr. Paul Lagarde, «Destinées de l'arrêt Rivière», 98 *JDI* [1971], pp. 241-257, y Bertrand Ancel, «Destinées de l'article 3 du Code Civil», in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* (*cit. supra*, nota 8), pp. 1-18.

creativo de la jurisprudencia, característico por otra parte de los sistemas de *common law*, únicamente dividía el espacio de la creación normativa con la adopción, a la que el legislador recurriría progresivamente, de algunos *statutes*¹⁹. Precisamente, este estado de cosas, en cierto modo común a los diferentes sistemas estatales en el universo europeo²⁰ (y también fuera del éste²¹), es el que ha experimentado acentuadas modificaciones en las últimas décadas.

¹⁹ Para la situación de este ordenamiento jurídico, en lo que al derecho de la familia se refiere, cfr. Dicey & Morris, *The Conflict of Laws*, Thirteenth Edition by Lawrence Collins with Specialist Editors, vol. II, London, 2000, Sweet & Maxwellp. 649-913.

²⁰ Así, por ejemplo, con respecto al derecho alemán, cfr. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einfuhrungsgesetz und Nebengesetzen EGBGB/IPR*, Band II [Artikel 13-17 (*Internationales Eherecht* – von Franz Gamillscheg), §§ 606 bis 606 b, 328 ZPO (*Internationales Verfahrensrecht in Ehesachen* – von Ulrich Spellenberg (2005) *IntVerfREhe*], y Band III [*Internationales Kindschaftsrecht 1*, Vorbem A-B zu Art 19 EGBGB von Jan Kropholler (2003), e *Internationales Kindschaftsrecht 2*, Vorbem C-H zu Art 19 EGBGB von Jorg Pirrung (2009)], Berlin, Sellier —de Gruyter; y con respecto al derecho suizo, Andreas Bucher, *L'Enfant en Droit International Privé*, Genève, 2003, Helbing & Lichtenhahn, y *Le Couple en Droit International Privé*, Genève, 2004, Helbing & Lichtenhahn.

²¹ Sobre la situación, por ejemplo, en el derecho brasileño, véase Jacob Dolinger, *Direito Internacional Privado*. Direito Civil Internacional. Vol. I— *A Família no Direito Internacional Privado*. Tomo I— *Matrimonio e Divórcio no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1997, Renovar, e Tomo II— *A Criança no Direito Internacional*, Rio de Janeiro, 2003, Renovar.

La primera puede considerarse, en realidad, exógena al sistema de derecho internacional privado como tal, y de ello resulta lo que podemos denominar *constitucionalización* del derecho internacional privado. Con esta expresión pretendemos designar la afirmación de la sensibilización del derecho internacional privado a los principios constitucionales. No se trata de algo que se debiese considerar nuevo, en el contexto de una comprensión del ordenamiento jurídico que subrayase la unidad que le es inherente, y cuyos contornos, asimismo, ya habían sido acentuados en particular por la construcción kelseniana. Pero no es menos cierto que el proceso de desarrollo de nuestra materia subrayaría la naturaleza supuestamente neutra o técnica de sus soluciones, como pretendiendo justificar así su inmunidad a valores y reglas constitucionales²². Situación que alimentaría el

²² Así Moura Ramos, *Direito Internacional Privado e Constituição. Introdução a uma análise das suas relações*, Coimbra, 1979, pp. 37-38. Sobre la alegada tecnicidad de nuestra disciplina, cfr. Michael Bogdan, «On the so-called deficit of social values in private international law», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis* (cit. supra, nota 8), pp. 31-38, y, en defensa de una permeabilidad de nuestra disciplina a elementos axiológicos y a los ideales de justicia, Spyros Vrellis, «Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. À la recherche de la justice», *Recueil des Cours*, 328 (2007), pp. 175-485, Andreas Bucher, «La Dimension sociale du droit international privé. Cours général», *Recueil des Cours*, 341 (2009), pp. 9-526, y Haris Meidanis, «Justice and underlying «values», aims and principles in EU private international law», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis* (cit. supra, en esta nota), pp. 579-592.

debate en la doctrina germánica en la década de los años sesenta del siglo pasado, y que sería objeto de un giro copernicano con la decisión del *Bundesverfassungsgericht* (el Tribunal Constitucional alemán) de 4 de mayo de 1971²³, que expresamente afirmaría que «las reglas del derecho internacional privado alemán (...) de-

²³ Cf. el texto de esta decisión en la *RabelsZ*, 36 (1972), pp. 145-162 y, en la misma revista, los comentarios discrepantes de Dieter Henrich («Die Bedeutung der Grundrechte bei der Anwendung fremden Rechts»), Erik Jayme («Grundrecht der Eheschliessungsfreiheit und Wiederheirat geschiedener Ausländer»), Gerhard Kegel («Embarras de Richesse»), Alexander Lüderitz («Grundgesetz contra Internationales Privatrecht? Vorschläge zur Bestimmung des Geltungsbereichs von Grundrechten»), Alexander Makarov («Art 6. I Grundgesetz und die Anwendung spanischen Eherechts»), Klaus Müller («Deutsches Scheidungsurteil als prozessuale Vorfrage und fremder ordre public»), Karl H. Neumayer («Zur Zivilehe eines Spaniers mit einer geschiedenen Deutschen»), Kurt Siehr («Grundrecht der Eheschliessungsfreiheit und Internationales Privatrecht. Zugleich ein Beitrag zum Lehre vom ordre public»), Wilhelm Wengler («Die Bedeutung der verfassungsrechtlichen Bestimmungen über die Eheschliessungsfreiheit und den Schutz der Familie für das Internationale Privatrecht») y Paul Heinrich Nenhaus («Bundesverfassungsgericht und Internationales Privatrecht. Versuch einer Bilanz»), respectivamente a pp. 1-18, 19-26, 27-34, 35-53, 54-59, 60-72, 73-92, 93-115, 116-126, y 127-140. Fuera de Alemania, cf. concretamente Erik Jayme, «La Costituzione tedesca e il diritto internazionale privato» 8 *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (1972), pp. 76-81 y Catherine Labrusse, «Droit constitutionnel et droit international privé en Allemagne Fédérale (à propos de la décision du Tribunal Constitutionnel fédéral du 4 mai 1971)», 63 *Revue Critique de Droit International Privé* (1974), pp. 1-46.

ben confrontarse con los derechos fundamentales», aunque para concluir inmediatamente que no violaba el principio fundamental de igualdad, consagrado en el artículo 3.º, párrafo 1 de la ley fundamental (*Grundgesetz*) alemana, la regla sometida a examen (el artículo 13, § 1 de la EGBGB, Ley de Introducción al Código Civil), que preveía la aplicación distributiva de la ley nacional de los contrayentes en materia de capacidad para contraer matrimonio.

El impacto de esta decisión sería particularmente amplio, materializándose, por otra parte, sobre todo, en el ámbito del derecho internacional privado de familia²⁴. No olvidemos que las Constituciones europeas de la postguerra, además de la consagración de principios generales, como el de igualdad (invocado como parámetro de control en la decisión alemana antes señalada) contenían normas y principios en materia de matrimonio y de familia, precisando en algunos casos, como en la Constitución Portuguesa de 1976²⁵, la prohibición de discrimina-

24 Cfr. las indicaciones expuestas por Moura Ramos, «A reforma de 1977 e o direito internacional privado da família», in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977*, v. I – *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, 2004, Coimbra Editora, pp. 725-742 (732-733).

25 Para más desarrollo, cfr. Pereira Coelho/Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família* (cit. *supra*, nota 1), pp. 111-134, Antunes Varela, *Direito da Família*, 3.ª edição, 1.º vol., Lisboa, 1993, Petrony, pp. 153-174, y Jorge Miranda, «Sobre a relevância constitucional da família», 11

ciones entre los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio (prohibición que se extendía al uso de denominaciones discriminatorias referentes a la filiación). Por este motivo se produjo en un corto plazo, también por influencia de esta decisión, una alteración del derecho internacional privado en esta materia más o menos profunda, que sería consecuencia de la irradiación de los preceptos constitucionales en el derecho internacional privado, y que sería consecuente (y congruente) con semejante irradiación de los principios y reglas constitucionales sobre el derecho material de las relaciones familiares. Se superó así, y en lo que se refiere al derecho de conflictos, el obstáculo específico, derivado de la pretendida neutralidad de las reglas de conflicto, consagrándose del mismo modo, el entendimiento que, en el ámbito de una continua discusión doctrinal²⁶, se venía imponiendo en la doctrina jurídica de lengua alemana.

Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (2014), pp. 77-93.

Con respecto a la situación en el derecho brasileño, cfr. Lourival Serejo, *Direito Constitucional da Família*, 3.^a edição, Belo Horizonte, 2014, Del Rey Editora.

²⁶ Así, concretamente, Gunther Beitzke, que en su estudio de 1961 *Grundgesetz und Internationalprivatrecht* (Berlín, Walter De Gruyter) desarrollaría sobre todo esta tesis – ver principalmente esta obra, la ps. 14 y s. En el mismo sentido W. Wengler, en anotación a la decisión del *Bundesgerichtshof* de 29 de abril de 1964, publicada en la *Juristenzeitung*, 1965, pp. 100-103, y, en la misma revista, en 1964, la pp. 621-623, la decisión del *Bundesgerichtshof* (en el mismo sentido de la anteriormente citada) de 12 de febrero de 1964, A. Makarov, «Die Gleichberechtigung der

Si este paso, en algunos casos, puede ser dado directamente por el legislador²⁷, en otros

Frau und das internationale Privatrecht», 17 *RabelsZ* (1952), pp. 382-396, Herbert Bernstein, «Ein Kollisionsrecht für die Verfassung», 18 *Neue Juristische Wochenschrift* (1965), pp. 2273-2276 y Hans A. Stocker, «Grundrechtsschutz im Internationalprivatrecht», *Juristische Rundschau*, 1965, pp. 456-459.

La orientación contraria había sido defendida sobre todo por Hans Dölle, «Die Gleichberechtigung vom Mann und Frau im Familienrecht», in *Um Recht und Gerechtigkeit. Festgabe für E. Kaufmann*, Stuttgart-Koln, 1950, pp. 39-46. Este punto de partida no excluía que algunos autores aceptasen que los valores constitucionales pudiesen impregnar las relaciones plurilocalizadas a través de instrumentos como el orden público internacional. Así, por ejemplo, Paul Heinrich Neuhaus, «Internationales Familienrecht und Grundrechte», 11 *FamRZ* (1964), pp. 609-612, en una posición que entre nosotros sería adoptada por Ferrer Correia, «A Revisão do Código Civil e o Direito Internacional Privado», separata del *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 283, pp. 24-27, de Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, 24ª edição, Coimbra, 2009, Almedina, p. 254, nota 56 (que también admite, a título excepcional, la aplicación directa de las normas constitucionales).

²⁷ Fue lo que ocurrió en Portugal con la reforma del Código Civil de 25 de noviembre de 1977, que substituiría la referencia, recogida en los artículos 52, 53, 56, 57 y 60 del Código Civil, a la ley personal del marido o a la ley personal del padre por otras conexiones, y suprimiría las normas de conflicto referentes a la legitimación y a la filiación ilegítima, que figuraban en los artículos 58 y 59 de la redacción inicial del mismo Código (habiendo suprimido igualmente, en el artículo 61 la referencia que se hacía a la legitimación). Para más desarrollo, cfr. Moura Ramos, «A reforma de 1977 e o direito internacional privado da família» (*cit. supra*, nota 24), pp. 734-742.

Sobre la situación en España, cfr. la Ley n.º 11/1990, de 15 de octubre, que sustituyó igualmente las conexiones

referentes a la nacionalidad del marido y a la nacionalidad del adoptante hasta entonces incluidas en los apartados 2, 3 y 5 del artículo 9 del Código Civil, igualmente por considerar que estas conexiones eran inconstitucionales. Sobre esta reforma, cfr. Miguel Amores Conradi (Efectos del matrimonio) y Julio Gonzalez Campos (filiación y alimentos), in Julio D. Gonzalez Campos (et. al), *Derecho internacional privado*. Parte especial, 6ª edición revisada, Madrid, 1995, Eurolex, pp. 329-354, A. Ortiz-Arce, *Comentarios al Código Civil*, I. Título Preliminar (de Joaquín Ramos Albesa – Rosa María Moreno Flores), Barcelona, 2000, Librería Bosch, pp. 268-293, Nuria Bouza Vidal, in *Comentarios a las Reformas del Código Civil*, Madrid, Tecnos, pp. 445-470, y Alfonso Luís Calvo Caravaca/Javier Carrascosa Gonzalez, *Derecho Internacional Privado*, Granada, 2000, v. I, pp. 27-37 y v. II, pp. 73-155, y *Derecho de familia internacional*, Madrid, 2003, Editorial Colex, pp. 129-143. Y anteriormente, Miguel Amores Conradi, «Las relaciones entre cónyuges en el nuevo Derecho internacional Privado de la familia: valores jurídicos y técnicos de reglamentación», 40 *Anuario de Derecho Civil* (1987), n.º 1, pp. 89-138. Más recientemente, véanse Santiago Álvarez González, «Desarrollo y normalización constitucional del derecho internacional privado español», in *Pacis Artis. Obra Homenaje al Professor Júlio D. González Campos*, t. II – *Derecho Internacional Privado, Derecho Constitucional y Varia*, Madrid, 2005, Eurolex, pp. 1139-1163, Miguel Amores Conradi, «Constitución española y proceso civil internacional. Un balance», *ibidem*, pp. 1185-1215, y José María Espinar Vicente/José Ignacio Paredes Pérez, «El marco constitucional del derecho internacional privado español», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borràs* (cit. *supra*, nota 3), pp. 329-349.

Sobre la jurisprudencia referente a esta cuestión, en estos dos países, cfr. Helena Mota, «A Constituição e o Direito Internacional Privado da família na jurisprudência portuguesa e espanhola. Diferenças e semelhanças», in *Para Jorge Leite. Escritos Jurídico-Laborais* (coordenação João

supuso la intervención previa de la jurisprudencia, concretamente a través de los Tribunales Constitucionales²⁸, que pusieron en tela de

Reis/Leal Amado/Liberal Fernandes/Regina Redinha), v. II, Coimbra, 2014, Coimbra Editora, pp. 443-466.

²⁸ Lo que sucedió en Alemania, donde, primero, el *Bundesverfassungsgericht* declararía, respectivamente por decisiones de 22 de febrero de 1983 y de 8 de enero de 1985, contrarias al principio constitucional de igualdad entre el hombre y la mujer consagrado en el Artículo 3, II de la *Grundgesetz*, las reglas de conflicto del artículo 15, apartado I y apartado II primera parte de la EGBGB (que sometía el régimen de bienes del matrimonio a la ley nacional del marido) y del artículo 17, apartado I de la misma ley (que adoptaba, para el divorcio, la misma conexión); esta línea de orientación se materializó después en la reforma del derecho internacional privado alemán llevada a cabo por la ley de 25 de julio de 1986, en la que, en las materias mencionadas así como en otras, se adoptarían conexiones que ya no violaban el principio de igualdad (para esta reforma, véase el respectivo texto del *Bundesverfassungsgericht* que declararía, respectivamente por decisiones de 22 de febrero de 1983 y de 8 de enero de 1985, contrarias al principio constitucional de igualdad entre el hombre y la mujer consagrado en el Artículo 3, II de la *Grundgesetz*, las reglas de conflicto del artículo 15, apartado I y apartado II primera parte de la EGBGB (que sometía el régimen de bienes del matrimonio a la ley nacional del marido) y del artículo 17, apartado I de la misma ley (que adoptaba, para el divorcio, la misma conexión) – sobre el punto, véase, por ejemplo, Karl Kreuzer, «Internationales Privatrecht und Bundesverfassungsgericht. Eine Fallstudie zur Durchsetzung von Grundrechten durch das Bundesverfassungsgericht», in *Grundrechte, soziale Ordnung und Verfassungsgerichtbarkeit. Festschrift für Ernest Benda zum 70. Geburtstag*, Heidelberg, 1995, C. F. Müller; esta línea de orientación se materializó después en la reforma del derecho internacional privado alemán llevada a cabo por la ley de 25 de julio de 1986, donde, en las materias mencionadas así como en otras, se adoptarían conexiones que ya no violaban el principio de igualdad (para

esta reforma, véase el respectivo texto en la *Revue Critique de Droit International Privé*, 76 (1987), pp. 171-197, y, en esta misma revista, los análisis de Hans Jurgen Sonnenberger, «Introduction générale à la réforme du droit international privé dans la République Fédérale d'Allemagne selon la loi du 25 juillet 1986», Fritz Sturm, «Personnes, famille et successions dans la loi du 25 juillet 1986 portant réforme du droit international privé allemand», respectivamente a pp. 1-32 y 33-76 del v. 76 (1987) y Bernard Pons, «Un aspect de la réforme du droit international privé en République fédérale d'Allemagne: la loi du 25 juillet 1986 et la filiation naturelle après trois années d'application», a pp. 23-77 e 251-299 del v. 79 (1990). Y en Italia, donde la *Corte Costituzionale*, después de afirmar la admisibilidad del control de la constitucionalidad de las reglas de conflictos, declaró, por sentencia de 5 de marzo de 1987, la inconstitucionalidad de la regla del artículo 18 de las disposiciones preliminares al Código Civil en la parte en que establecía que, en materia de relaciones personales entre los cónyuges, y a falta de una nacionalidad común de los cónyuges, se aplica la ley nacional del marido, y por sentencia de 10 de diciembre del mismo año, la inconstitucionalidad de la regla del artículo 20, apartado 1, de las mismas disposiciones preliminares, en la parte en que ordenaba la aplicación a las relaciones entre padres e hijos, la ley nacional del padre (cfr. los textos de estas decisiones en la *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, respectivamente, v. 23 (1987), pp. 297-304, y v. 24 (1988), pp. 67-72, y, para una visión general del problema en este ordenamiento jurídico, Andrea Giardina, «La Corte Costituzionale ed i rapporti personali fra coniugi nel diritto internazionale privato», *ibidem*, v. 23 (1987), pp. 209-226. Y sobre la sustitución de las conexiones así declaradas inconstitucionales, cf. Cristiana Fioravanti, «Rapporti di famiglia e ricerca di collegamenti «complementari» o «sussidiari» nel diritto internazionale privato italiano», 24 *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (1988), pp. 675-690 Y Gabriella Carella, «Il divorcio nel diritto internazionale privato e processuale italiano», *ibidem*, pp. 427-464; la reforma del derecho internacional privado llevada a cabo en 1995, por la ley n.º 218, de 31 de mayo, acogió conexiones conformes al principio de igualdad (para el análisis de las soluciones

juicio la validez constitucional de las normas preexistentes, forzando a los órganos judiciales comunes la integración de las lagunas resultantes de esta actuación, y acelerando así un posicionamiento por parte del legislador. Y, si hoy se puede reconocer sin dificultad que este proceso de constitucionalización marcó profundamente el derecho internacional privado de familia en el espacio europeo²⁹, igualmente se puede considerar establecido que tal proceso se

derivadas de esta reforma, cf. Paolo Mengozzi, *La riforma del diritto internazionale privato italiano*. La legge 31 maggio 1995 n. 218. II edizione, Nápoles, 1997, Editoriale Scientifica, Fausto Pocar (com la collaborazione di Costanza Honorati), *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, Milán, 1997, Giuffrè, Paolo Picone, *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, Pádua, 1998, Cedam, y Tito Ballarino, *Diritto Internazionale Privato Italiano*, 7ª edición, Pádua, 2011, Cedam, pp. 415-495, y *Manuale Breve di Diritto Internazionale Privato*, 3.ª 3dición, Pádua, 2008, Cedam).

²⁹ Sobre la (diferente) experiencia estadounidense, cfr., asimismo, G. W. C. Ross, «Has the Conflict of Laws become a branch of Constitutional law?», 15 *Minnesota Law Review* (1930-1931), pp. 161-181, J. A. Martin, «Constitutional limitations on choice of law», 61 *Cornell Law Review* (1976), p. 185 y s., A. von Mehren/ D. Trautman, «Constitutional control of choice of law. Some reflections on Hague», 10 *Hofstra Law Review* (1981), pp. 35-57, Gene R. Shreve, «Choice of law and the Forgiving Constitution», 71 *Indiana Law Review* (1996), pp. 271-296. Y para una consideración global, sobre todo basada en la experiencia norteamericana y de otros sistemas de *common law*, cfr. Peter Herzog, «Constitutional Limits on Choice of Law», *Recueil des Cours*, 234 (1992-IV), pp. 239-330, y François Rigaux, «Droit constitutionnel et droit international prive», in *Mélanges en l'honneur de Michael Waelbroeck*, v. I, Bruxelles, 1999, Bruylant, pp. 111-137.

ceñiría, en lo esencial, a este sector del derecho de conflictos.

Además de su constitucionalización, en definitiva reflejo de una forma diferente de concebir la unidad del derecho estatal, el derecho internacional privado de familia también sufriría un acentuado proceso de *internacionalización*, en el sentido del aumento del número e importancia de las reglas cuyo objeto propio se encuentra en el ordenamiento jurídico especial que organiza la reglamentación de las relaciones en la sociedad internacional (*maxime*, aunque de forma cada vez menos exclusiva, de las relaciones entre los Estados). Como el anterior, este movimiento tampoco es específico de las relaciones familiares, abarcando el derecho internacional privado en su totalidad, y correspondiendo asimismo, a una convergencia entre la vocación de esta rama del derecho y la fuente de sus respectivas normas. Pero no debemos olvidar que las fuentes internacionales han llegado a tener una importancia muy significativa en el campo de las relaciones familiares³⁰, tal vez sin paralelismo a la que tendría en los restantes sectores del derecho internacional privado. Lo cual, teniendo presente la antes mencionada radicación nacional de

³⁰ Cfr. el conjunto de estudios reunidos en *Mundialización y Familia* (A. L. Calvo Caravaca/J. L. Iriarte Ángel), Madrid, 2001, Colex, y *El Derecho de Familia ante el Siglo XXI: Aspectos Internacionales* [Alfonso-Luis Calvo Caravaca/Esperanza Castellanos Ruiz (Directores)], Madrid, 2003, Colex.

las relaciones familiares, generadora de mayor dificultad en los consensos alcanzables a este propósito, sólo puede explicarse por el mayor apremio en la creación, en estas materias, de reglas uniformes.

Esto se refiere, sobre todo, a las fuentes convencionales, en las que la mayoría de los textos relevantes están recogidos en instrumentos de carácter multilateral, resultando asimismo, en gran parte, de la actuación de organizaciones internacionales, tanto de naturaleza general (la Organización de Naciones Unidas y el Consejo de Europa), como de naturaleza especializada, como es el caso de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado y de la Comisión Internacional del Estado Civil.

Si consideramos la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, centenaria organización de unificación cuyo objeto coincide con el de nuestra disciplina, y limitándonos a su segunda fase³¹, es fácil concluir la importancia de la actuación desarrollada por

³¹ Iniciada en 1951. Pero, en la primera fase, recuérdense los Convenios de 12 de julio de 2002 referente a los conflictos de leyes en materia de matrimonio, divorcio y separación y tutela de menores, y el Convenio de 17 de julio de 1905 relativo a los conflictos de leyes en materia de efectos del matrimonio sobre los derechos y deberes de los esposos en sus relaciones personales y sobre sus bienes. Puede verse el análisis de estos textos, en la doctrina portuguesa, en Machado Villela, «Estudo sobre as Convenções da Haya de direito internacional privado»,

ésta en el área del derecho de los menores³² y de familia. En cuanto a la primera, hay que mencionar los dos convenios referentes a la protección de los menores³³, los dos convenios sobre la adopción³⁴, los cuatro convenios y un

R.L.J., Ano 42.º, n.º 1805, de 9 de Outubro de 1909, a Ano 49.º, n.º 2030, de 29 de Junho de 1916.

³² Para una visión general, cfr. Amos Shapira, «Private international aspects of child custody and child kidnapping cases», *Recueil des Cours*, 214 (1989-I), pp. 127-250, y Linda J. Silberman, «Co-operative Efforts in Private International Law on Behalf of Children: The Hague Children's Conventions», *Recueil des Cours*, 323 (2006), pp. 261-478.

³³ Convenio de 5 de octubre de 1961 relativo a la competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, y Convenio de 19 de octubre de 1996 sobre la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de decisiones y cooperación en materia de responsabilidad parental y de protección de menores. A propósito de estos textos, cfr. Moura Ramos, «A protecção das crianças no plano internacional. As novas normas convencionais da Haia aplicáveis à protecção das crianças em situações da vida jurídico-privada internacional», *Infância e Juventude*, n.º 2/98 (Abril – Junho), pp. 9-38; y, sobre el último, Peter Mc Eleavy, «The 1996 Hague Convention and the European Union: Connection and disconnection», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (cit. supra, nota 8), pp. 371-380.

³⁴ Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la competencia de autoridades, ley aplicable y reconocimiento de decisiones en materia de adopción, y Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. Sobre este último instrumento, cfr., J.H.A. van Loon, «International co-operation and protection of children with regard to intercountry adoption», *Recueil des Cours*, 244 (1994-V), pp. 191-456, y, recientemente, Laura Martínez-Mora/Hannah Baker/Emmanuelle Harang, «The 1993

protocolo sobre obligaciones de alimentos³⁵, el convenio sobre la obtención de alimentos en el extranjero³⁶, y el convenio sobre el rapto internacional de niños³⁷. Y, con relación a la

Hague Intercountry Adoption Convention and subsidiarity: Is subsidiarity principle still «fit for purpose»?», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (cit. supra, nota 8), pp. 343-356, y William Duncan, «Adoptive parents and the 1993 Hague Convention», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borràs* (cit. supra, nota 3), pp. 323-328.

³⁵ Convenio de 24 de octubre de 1956 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias respecto a Menores, Convenio de 15 de abril de 1958 relativo al reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia de obligaciones alimenticias con los menores, Convenios de 2 de octubre de 1973 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias (sobre este instrumento, cfr., entre nosotros, Fernando A. Ferreira Pinto, *Do Conflito de leis em matéria de Obrigação de Alimentos (Estudo de DIP convencional)*, Lisboa, 1992, Livraria Petrony) y sobre el reconocimiento y la ejecución de las decisiones relativas a las obligaciones alimenticias y Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Sobre el régimen de este último texto, cfr. Moura Ramos, «As obrigações alimentares no direito internacional privado da União Europeia», in 144.º *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (Novembro/Dezembro de 2014), n.º 3989, pp. 82-103.

³⁶ Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre la obtención de alimentos destinados a menores y a otros miembros de la familia. Sobre esta problemática, y para un panorama general, véase, por último, *The Recovery of Maintenance in the EU and Worldwide* (Edited by Paul Beaumont/Burckard Hess/Lara Walker/Stephanie Spancken), Oxford, 2014, Hart Publishing.

³⁷ Cfr. supra, nota 14.

segunda, los textos referentes al matrimonio³⁸, al divorcio³⁹, a los regímenes matrimoniales⁴⁰, los dos textos relativos a las obligaciones de alimentos⁴¹, además del protocolo ya mencionado⁴² y de la citada convención sobre la obtención de alimentos en el extranjero⁴³. Todo ello sin olvidar la relevancia que igualmente le mereció la cuestión de la protección de los adultos⁴⁴.

Por otro lado, la obra de la Comisión Internacional del Estado Civil también debería abarcar, en gran medida, materias cercanas a las que nos interesan, al ocuparse de cuestiones como el nombre, el apellido y sus respectivas

³⁸ Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre la celebración y el reconocimiento de la validez del matrimonio.

³⁹ Convenio de 1 de junio de 1970 sobre el reconocimiento del divorcio y de la separación judicial.

⁴⁰ Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre la ley aplicable a los regímenes matrimoniales.

⁴¹ Convenios de 2 de octubre de 1973 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias y sobre el reconocimiento y la ejecución de las decisiones relativas a las obligaciones alimenticias.

⁴² *Cit. supra*, nota 35.

⁴³ *Cit. supra*, nota 36.

⁴⁴ Convenio de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de los adultos. Cfr., a propósito, Mariel Revillard, «La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes et la pratique du mandat d'inaptitude», in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* (*cit. supra*, nota 8), pp. 725-735.

alteraciones⁴⁵, el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio⁴⁶, la constitución de la filiación materna en relación a los hijos naturales⁴⁷, facilitar la celebración del matrimonio en el extranjero⁴⁸, el reconocimiento de decisiones referentes al vínculo conyugal⁴⁹, la legitimación por matrimonio⁵⁰, la creación de un libro de familia internacional⁵¹, la entrega de un certificado de capacidad matrimonial⁵², de un certificado referente a la diversidad de ape-

⁴⁵ Convenio de Estambul, de 4 de septiembre de 1958, sobre los cambios al nombre y apellido, y Convenio de Múnich, de 5 de septiembre de 1980, sobre la ley aplicable al nombre y al apellido, y Convenio de Antalya, de 16 de septiembre de 2005, sobre el reconocimiento del nombre.

⁴⁶ Convenio de Múnich, de 5 de septiembre de 1980, sobre el reconocimiento voluntario de los hijos nacidos fuera del matrimonio.

⁴⁷ Convenio de Bruselas, de 12 de septiembre de 1972, sobre la constitución de la filiación materna en relación a los hijos naturales.

⁴⁸ Convenio de París, de 10 de septiembre de 1964, tendente a facilitar la celebración del matrimonio en el extranjero.

⁴⁹ Convenio de París, de 8 de septiembre de 1967, sobre el reconocimiento de resoluciones relativas al vínculo conyugal.

⁵⁰ Convenio de Roma, de 10 de septiembre de 1970, sobre la legitimación por matrimonio.

⁵¹ Convenio de París, de 12 de septiembre de 1974, sobre la creación de un libro de familia internacional, y Convenio de Madrid, de 5 de septiembre de 1990, relativo al reconocimiento y a la actualización de los libros de estado civil.

⁵² Convenio de Múnich, de 5 de septiembre de 1980, relativo a la entrega de un certificado de capacidad matrimonial.

lidos⁵³, y de un certificado de nacionalidad⁵⁴, y el reconocimiento de las decisiones referentes a las uniones estables registradas⁵⁵. Todo ello, además de su restante trabajo en el plano de la cooperación internacional en materia de estado civil⁵⁶ y del intercambio internacional de

⁵³ Convenio de Haya, de 8 de septiembre de 1982, sobre la expedición de un certificado de diversidad de apellidos.

⁵⁴ Convenio de Lisboa, de 14 de septiembre de 1999, relativo a la entrega de un certificado de nacionalidad.

⁵⁵ Convenio de Múnich, de 5 de septiembre de 2007, sobre el reconocimiento de las decisiones relativas a las uniones de hecho inscritas. Sobre este instrumento, cfr. Gerald Goldstein/Horatia Muir Watt, «La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munique du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés», 137 JDI (2010), pp. 1085-1122, y Franco Mosconi, «La Convenzione CIEC del 5 settembre 2007 sui partenariati registrati», in *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato. Liber Fausto Pocar (cit. supra, nota 3)*, pp. 735-755.

⁵⁶ Convenio de París, de 27 de septiembre de 1956, relativo a la emisión de ciertas actas de estado civil destinadas al extranjero, de Luxemburgo, de 26 de septiembre de 1957, relativo a la expedición y a la dispensa de legalización en materia de actas de estado civil, Convenio de Roma de 14 de septiembre de 1961, relativo a la extensión de la competencia de los funcionarios cualificados para autorizar el reconocimiento de hijos no matrimoniales, Convenio de París, de 10 de septiembre de 1964, relativo a las decisiones de rectificación de actos de estado civil, Convenio de Atenas, de 14 de septiembre de 1966, relativo a la constatación de ciertas defunciones, Convenio de Berna, de 13 de septiembre de 1973, relativo a la indicación de los nombres y apellidos en los registros civiles, Convenio de Viena, de 8 de septiembre de 1976 relativo a la expedición de certificaciones plurilingües de actas del registro civil, Convenio de Atenas, de 15 de septiembre de 1977, relativo a la dispensa de legalización de ciertos documentos, Convenio de Bruselas, de 5 de septiembre de 1995, sobre la codificación de las menciones

informaciones en materia de estado civil⁵⁷, que constituyen su objeto.

recogidas en los documentos de estado civil, Convenio de Atenas, de 17 de septiembre de 2001, relativo a la comunicación internacional por vía electrónica, y Convenio de Roma, de 19 de septiembre de 2012, sobre la utilización de la Plataforma de la Comisión Internacional del Estado Civil sobre la comunicación internacional de datos por vía electrónica, y Convenio de Estrasburgo, de 14 de marzo de 2014, relativo a la expedición de extractos y certificaciones plurilingües y codificadas de actos de estado civil.

⁵⁷ Convenio de Estambul, de 4 de septiembre de 1958 (y Protocolo de París, de 6 de septiembre de 1989), relativo al intercambio internacional de informaciones en materia de estado civil, Convenio de París, de 10 de septiembre de 1964, relativo al intercambio de informaciones en materia de adquisición de la nacionalidad, y Convenio de Neuchâtel, de 12 de septiembre de 1997, relativo al intercambio internacional de informaciones en materia de estado civil.

En general sobre los instrumentos adoptados por esta organización, cfr. Jacques Massip, «La commission internationale de l'état civil», *Rev. crit. DIP*, 64 (1975), pp. 215-229, Bertrand Ancel, «Le Bilan des conventions de la Commission Internationale de l'État Civil: l'expérience française», in *España y la codificación internacional del Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1993, Eurolex, pp. 157-170, Sergio Marchisio, «Les conventions de la Commission internationale de l'Etat civil», in *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato. Liber Fausto Pocar (cit. supra, nota 3)*, pp. 659-672, y Jacques Massip/ Frits Hondius/ Chantal Nast, *La Commission Internationale de l'État Civil (CIEC)*, The Hague, 2014, Kluwer. Y sobre la atención de la que han sido objeto recientemente estas cuestiones en el plano de la Unión Europea, cfr. Paul Lagarde, «The movement of civil-status records in Europe, and the European Commission's proposal of 24 April 2013», 15 *Yearbook of Private International Law* (2013/2014), pp. 1-12, y Christian Kohler, «Towards the recognition of civil status in the European Union», *ibidem*, pp. 13-29.

Y, como hemos anticipado, el mismo interés por el derecho internacional privado de familia existe por parte de organizaciones internacionales de carácter mundial o regional. Por tal razón, la Organización de las Naciones Unidas se ocupó de la obtención de alimentos en el extranjero⁵⁸, de la nacionalidad de la mujer casada⁵⁹, del consentimiento, de la edad mínima y del registro del matrimonio⁶⁰, de la eliminación de todas las formas de discriminación en relación a la mujer⁶¹, y de los derechos del niño⁶². Y el Consejo de Europa promovería textos sobre la adopción de niños⁶³, la situación de los hijos nacidos fuera del matrimonio⁶⁴, el reconocimiento y la ejecución de decisiones en

⁵⁸ Convenio de Nueva York, de 20 de junio de 1956, sobre la obtención de alimentos en el extranjero.

⁵⁹ Convenio de 29 de enero de 1957, sobre la nacionalidad de la mujer casada.

⁶⁰ Convenio de 7 de noviembre de 1962 sobre el consentimiento, la edad mínima y el registro del matrimonio.

⁶¹ Convenio de 18 de septiembre de 1979, sobre la eliminación de todas las formas de discriminación en relación a la mujer.

⁶² Convenio de 20 de noviembre de 1989, sobre los derechos del niño. Sobre la problemática a la que se dirige este texto, cfr., en la doctrina de lengua portuguesa, Gustavo Ferraz Campos Monaco, *A Declaração Universal dos Direitos da Criança e seus sucedâneos internacionais (Tentativa de sistematização)*, Coimbra, 2004, Coimbra Editora.

⁶³ Convenio europeo de 24 de abril de 1967 relativo a la adopción de niños.

⁶⁴ Convenio europeo de 15 de octubre de 1975 sobre el estatuto jurídico de los niños nacidos fuera del matrimonio.

materia de custodia de menores⁶⁵, el ejercicio de los derechos de los niños⁶⁶, y el contacto con los niños⁶⁷.

Pero no ha sido solamente la «legislación internacional» la que se ha ocupado ampliamente de materias integrantes del derecho internacional privado de familia. Lo mismo sucedería con la jurisprudencia internacional⁶⁸, especialmente

⁶⁵ Convenio europeo de 20 de mayo de 1980 sobre el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y su restablecimiento. Sobre este texto, cfr., en la doctrina portuguesa, Nuno Ascensão e Silva, «Algumas considerações sobre os trabalhos do Conselho da Europa no contexto do movimento de internacionalização do direito de menores – O rapto de crianças e os direitos de guarda e visita nas relações privadas internacionais», 2 *Lex Familiae* (2005), n.º 4, pp. 37-91 (59-83).

⁶⁶ Convenio europeo de 25 de enero de 1986 sobre el ejercicio de los derechos de los niños.

⁶⁷ Convenio europeo de 15 de mayo de 2003 sobre las relaciones personales relativas a los niños. Sobre este instrumento, en la doctrina portuguesa, cfr. Nuno Ascensão e Silva, «Algumas considerações sobre os trabalhos do Conselho da Europa no contexto do movimento de internacionalização do direito de menores – O rapto de crianças e os direitos de guarda e visita nas relações privadas internacionais» (*cit. supra*, nota 65), pp. 83-88.

⁶⁸ Hay que recordar, sin duda, la decisión del Tribunal Internacional de Justicia, de 28 de noviembre de 1958, en el caso *Boll*. Cfr., a propósito, Henri Batiffol/Ph. Francescakis, «L'arrêt Boll de la Cour Internationale de Justice et sa contribution à la théorie du droit international privé», *Rev. Crit. DIP*, 48 (1959), pp. 259-276. Sobre la acción de este tribunal, en lo que se refiere a nuestra disciplina, cfr. Benedetta Ubertazzi, «Private international law before the International Court of Justice», 15 *Yearbook of Private International Law* (2013/2014), pp. 57-86.

la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, densificando los derechos previstos en los artículos 8 (derecho al respeto por la vida privada y familiar), 12 (derecho al matrimonio) y 14 (prohibición de discriminación) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y en el artículo 5 (igualdad entre los cónyuges) de su Protocolo n.º 7, como en el artículo 1 (prohibición general de discriminación) del Protocolo n.º 12, desarrollaría por igual el contenido de estos derechos en situaciones internacionales⁶⁹. De esta forma, prosiguiendo en un contexto muy diferente de la atención pres-

⁶⁹ Sobre el punto, cfr. Michel Clapié, «Le droit de mener une vie familiale normale à l'épreuve du temps», in *Mélanges Christian Mouly* (cit. supra, nota 14), pp. 267-280, Philippe Frumer, «La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation: Une question d'intérêt général devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme (L'arrêt *Karner c. Autriche* du 14 juillet 2013)», 15 *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* (2004), pp. 663-687, Patrick Kinsch, «Private international law topics before the European Court of European Rights – Selected judgements and decisions (2010-2011)», 13 *Yearbook of Private International Law* (2011), pp. 37-49, y «*Harroudj v. France*: Indications from the European Court of Human Rights on the nature of choice of law rules and on their potentially discriminatory effect», *ibidem*, 15 (2013/2014), pp. 39-44, Bea Verschraegen, «The right to private and family life, the right to marry and to found a family, and the prohibition of discrimination», in *Legal Recognition of Same-sex Relationships in Europe. National, Cross-border and European Perspectives* (cit. supra, nota 11), pp. 255-270, y, en la doctrina portuguesa, Susana Almeida, *O Respeito pela Vida (Privada e) Familiar na Jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem: A Tutela das Novas Formas de Família*, Coimbra, 2009, Coimbra Editora.

tada por la suprema jurisdicción internacional al derecho internacional privado de familia, se establecieron estándares mínimos que produjeron una profunda influencia en la evolución de los derechos nacionales.

El punto que pretendemos subrayar en este contexto es el de la realidad de esta internacionalización del derecho internacional privado de familia. No es nuestro propósito realizar una valoración crítica⁷⁰, sino únicamente subrayar su relevancia. No hay que olvidar, sin embargo, que la multiplicación de las iniciativas a las que acabamos de aludir y la diversidad de *fuera* en la que se desarrollan, son susceptibles de generar efectos perversos, sin que sea excepcional que den origen a nuevas situaciones de conflicto (los conflictos de convenios) que se añaden a los conflictos de normas que el derecho internacional privado en sí mismo intenta resolver⁷¹. Después, en algunos de los

Para confrontar los textos convencionales vigentes en esta materia en los continentes europeo y americano, cfr. H. Gros Espiell, «La Convention américaine et la Convention européenne des droits de l'homme. Analyse comparative», *Recueil des Cours*, 218 (1989-VI), pp. 167-412.

⁷⁰ Con este alcance, pero con una ambición más global, superando las fronteras del derecho de familia, cfr. Stanislas Lecuyer, *Appréciation critique du droit international privé conventionnel. Pour une autre approche de l'harmonisation des relations privées internationales*, Paris, 2007, L.G.D.J.

⁷¹ Para un escenario revelador de su variedad y la presentación de propuestas de solución, cfr. la cuidada investigación de Paul Volken, *Konventionskonflikte im internationalen Privatrecht*, Zurich, 1977, Schulthess

ámbitos mencionados, la obra de unificación legislativa emprendida no pocas veces presenta diversas deficiencias, resultado, en definitiva, de la circunstancia de que esta materia no sea realmente la más adecuada para un trabajo de este tipo. Hay que señalar que a la crítica formulada a este respecto ni siquiera escapan los organismos más especializados⁷², cuya obra en general merece un juicio particularmente positivo⁷³. De hecho, algunos autores han subra-

Polygraphischer Verlag, el monumental trabajo de Ferenc Majoros, *Les conventions internationales en matière de droit privé. Abrégé théorique et traité pratique* (en particular el volumen I de la parte especial, dedicado a los conflictos de convenios), Paris, 1980, Éditions A. Pedone, y, más cercano a nosotros, Alexandre Malan, *La Concurrence des conventions internationales dans le droit des conflits de lois*, 2002, Presses Universitaires d'Aix-Marseille. Y, para la consideración del problema desde el punto de vista del derecho internacional público, *vide* Emmanuel Roucouinas, «Engagements Parallèles et Contradictaires», *Recueil des Cours*, 206 (1987-VI), pp. 9-287.

⁷² Así, en relación con la obra de la Conferencia de la Haya, cfr. Th. M. De Boer, «The Hague Conference and Dutch Choice of Law: Some criticism and a suggestion», 40 *Netherlands International Law Review* (1993), n.º 1, pp. 1-13.

⁷³ Cfr., entre otros, M. H. Van Hoogsstraten, «La codification par traités en droit international privé dans le cadre de la Conférence de La Haye», *Recueil des Cours*, 122 (1967-III), pp. 337-426, Georges A. L. Droz/Michel Pélichet/Adair Dyer, «La Conférence de La Haye de Droit International Privé vingt-cinq ans après la création de son Bureau Permanent: Bilan et Perspectives», *Recueil des Cours* 168 (1980-III), pp. 123-268, *The Influence of the Hague Conference on Private International Law. Selected essays to celebrate the 100th anniversary of the Hague Conference on Private International Law*, Dordrecht, 1993, Martinus Nijhoff Pu-

yado el carácter acrítico de algunos análisis, y han avanzado a este propósito con un balance globalmente negativo⁷⁴. Se anticipa, en realidad, que la metodología elegida y considerada responsable de los éxitos obtenidos —defini-

blishers, António Boggiano, La Conferencia de La Haya y el Derecho Internacional Privado en Latinoamérica, Tucumán, 1993, La Ley, A. E. Von Overbeck, «La contribution de la Conférence de La Haye au développement du droit international privé», *Recueil des Cours*, 233 (1992-II), pp. 9-98, J. D. McClean, «The contribution of the Hague Conference to the development of private international law in the common law countries», *ibidem*, pp. 267-304, *Conferência da Haia de Direito Internacional Privado: A Participação do Brasil* (Organizadores: João Grandino Rodas/Gustavo Ferraz de Campos Monaco), Brasília, 2007, Fundação Alexandre de Gusmão, y, más recientemente, Fernando Paulino Pereira, «La Conférence de La Haye de Droit International Privé: Vers une coopération judiciaire dans les matières civiles et commerciales à l'échelle universelle», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (*cit. supra*, nota 8), pp. 443-452, Adair Dyer, «Strategic vision and common sense in The Hague Conventions since 1950 (Mid-Twentieth Century)», *ibidem*, pp. 157-168, Elisa Perez Vera, «La Conferencia de La Haya hoy, vista desde ayer», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borràs* (*cit. supra*, nota 3), pp. 711-726, y F. Pocar/H. Van Loon, «The 120th Anniversary of The Hague Conference of Private International Law», 50 *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (2014), pp. 517-528.

⁷⁴ Así, en relación a la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, también generalmente objeto, como hemos señalado (*supra*, en la nota anterior), de una apreciación particularmente favorable, cfr. Yves Lequette, «Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales», *Recueil des Cours*, 246 (1994-II), pp. 2-234, a p. 226.

ción como objetivo de los textos convencionales de la regulación de cuestiones limitadas, para las cuales se intenta obtener soluciones propias— encierra riesgos particulares, como el de la ruptura de la coherencia de los sistemas nacionales, llevando a veces a un triunfo de lo accesorio⁷⁵ que no estaría justificado por la obtención del resultado material buscado. En realidad, la finalidad material de la norma en sí misma, no podría expresar la superioridad de una determinada solución de conflicto, del mismo modo que tal superioridad no resultaría necesariamente de su naturaleza convencional⁷⁶.

⁷⁵ Yves Lequette («De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille», in *L'Internationalisation du Droit. Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Paris, 1994, Dalloz, pp. 245-263) ilustra esta afirmación con el hecho de que, mientras en una fase anterior se fijaba el estatuto personal del individuo para deducir del mismo, inmediatamente, las consecuencias derivadas de éste, ahora se ha pasado a aprehender este estatuto a partir de la ley que rige el efecto en cuestión (p. 250). Véase, del mismo autor, más específicamente, «Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales» (*cit. supra*, nota 74), pp. 105-108, y también, a propósito de lo que denomina utilitarismo (pp. 51-135), la crítica que realiza a la inadecuación de los medios a disposición del proceso de unificación y al desconocimiento, por él revelado (en su opinión) de los verdaderos fines de nuestra disciplina.

⁷⁶ Así Yves Lequette, «De l'utilitarisme dans le droit international privé conventionnel de la famille» (*cit. supra* en la nota anterior), pp. 245-263 (254-258).

Subrayando el papel de la materialización del derecho internacional privado convencional, cfr. Hélène Gaudemet-Tallon, «L'utilisation des règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales (l'exemple

Por lo que sería necesario tener en cuenta los riesgos de destrucción de la propia noción de estatuto personal de aquí resultantes que, por otra parte, ni siquiera estarían compensados por la obtención de ciertos resultados cuando éstos no se pudiesen circunscribir a un dominio limitado, y por ello incapaz de poner en tela de juicio la coherencia de los ordenamientos jurídicos en los que las soluciones convencionales se destinan a integrarse⁷⁷.

Por último, una línea maestra ha caracterizado el derecho internacional privado de familia en el plano de sus fuentes, la del proceso de *europeización*⁷⁸ al que éstas han estado sujetas.

des Conventions de La Haye)», in *L'Internationalisation du Droit. Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn* (cit. *supra*, nota 75), pp. 181-192.

⁷⁷ Destacando en particular el riesgo de que el análisis de cuestiones concretas conduzca a una desintegración del estado de las personas y de la familia, que pasa a considerarse según el particular problema tratado, recibiendo respuestas diferentes en función del contexto en el que se analiza, cfr. Yves Lequette, «Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales» (cit. *supra*, nota 74), p. 119.

⁷⁸ A este propósito, cfr. N.A.Baarsma, *The Europeanisation of International Family Law*, The Hague, 2011, T. M. C. Asser Press, pp. 79-143. Y sobre el contexto en el que se integra y su sentido, véanse, por último, Eva-Maria Kieninger, «Das Europäische IPR vor der Kodifikation», in *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffman* (Herausgegeben von Herbert Kronke/Karsten Thorn), Bielefeld, 2011, Verlag Ernst und Werner Gieseking, pp. 184-197, Jürgen Basedow, «Das fakultativ Unionsprivatrecht und das internationale Privatrecht», *ibidem*, pp. 50-62, y Hélène Gaudemet-Tallon, «Unité et diversité:

Nos referimos, a este propósito, y en el seno de los ordenamientos jurídicos nacionales a los que limitamos nuestro campo de observación, al surgimiento de un cuerpo normativo de derecho de la Unión Europea, orientado a disciplinar la materia objeto del derecho internacional privado de familia, y que, en los términos de la construcción de este último sistema jurídico, determinan la inaplicabilidad de las soluciones nacionales que las contraríen. Tales soluciones, contenidas en actos aprobados por el legislador de la Unión, se han desarrollado, a partir de 1999, en virtud de la competencia atribuida a la Unión por el artículo 65 del Tratado de la Unión Europea (introducido por el artículo 73-M del Tratado de Ámsterdam), de «en la medida de lo necesario al correcto funcionamiento del mercado interior (...) promover la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y

quelques mots de droit international privé européen», in *Le Droit des rapports internationaux économiques et privés, Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Michel Jacquet*, Paris, 2013, LexisNexis, pp. 401-415.

Se sabe que idéntico proceso tiene lugar no sólo con sectores del ordenamiento jurídico sino con ordenamientos jurídicos estatales en su conjunto. Para ilustrar este fenómeno, cfr., por ejemplo, Anna Katharina Mangold, *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht*, Tübingen, 2011, Mohr Siebeck. Y para una forma distinta de encararlo, cfr. Armin von Bogdandy, «L'europeizzazione dell'ordinamento giuridico come minaccia per il consenso sociale?», in *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea* (a cura di Gustavo Zagrebelsky), Roma, 2003, Editori Laterza, pp. 272-298.

de jurisdicción» [apartado b)⁷⁹] – hoy, artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Aquellos actos han abarcado, hasta el presente, tanto la materia de los conflictos de jurisdicciones como la de los conflictos de leyes. En el ámbito de las relaciones familiares, en la actualidad deben mencionarse el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 (Reglamento *Bruselas II bis*) relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial y en materia

⁷⁹ En general sobre esta competencia y la situación anterior a su consagración, cfr., para una confrontación, Georges Badiali, «Le Droit International Privé des Communautés Européennes», *Recueil des Cours*, 191 (1985-II), pp. 9-181, A. V. M. Struycken, «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», *Recueil des Cours*, 232 (1992-I), pp. 257-383, Marc Fallon, «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne», *Recueil des Cours*, 253 (1995-III), pp. 9-282, Alegria Borràs, «Le Droit International Privé Communautaire: Réalités, Problèmes et Perspectives d'Avenir», *Recueil des Cours*, 317 (2005), pp. 313-536, Jeremy Heymann, *Le Droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, Paris, 2010, Economica, y «The relationship between EU law and private international law revisited: Of diagonal conflicts and the means to resolve them», 13 *Yearbook of Private International Law* (2011), pp. 557-588, Michael Bogdan, *Concise Introduction to EU Private International Law*, 3rd edition, Groningen, 2016, Europa Law Publishing, e, entre nosotros, Moura Ramos, «Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma interação», in *Estudos de Direito Internacional Privado e de Direito Processual Civil Internacional*, II, Coimbra, 2009, Coimbra Editora, pp. 145-202.

de responsabilidad parental⁸⁰, que introdujo, en este ámbito temático, reglas comunes en materia de competencia judicial y de reconocimiento de las decisiones, mientras la cuestión de los conflictos de leyes sería abordada, con respecto al divorcio, por el Reglamento (UE) n.º 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, que crea una cooperación reforzada en el dominio de la ley aplicable en materia de divorcio y separación judicial⁸¹, en lo que se refiere a las obligaciones de alimentos, por el Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, a la ley aplicable, al reconocimiento y ejecución de las decisiones y a la cooperación

⁸⁰ Cfr., entre nosotros, Maria Helena Brito, «O Regulamento (CE) n.º 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003, relativo à competência, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria matrimonial e em matéria de responsabilidade parental», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos* (cit. supra, nota 18), pp. 305-356, y Lima Pinheiro, «O Reconhecimento de Decisões Estrangeiras em matéria matrimonial e de responsabilidade parental. Regulamento (CE) n.º 2201/2003, do Conselho, de 27 de Novembro de 2003», 66 *Revista da Ordem dos Advogados* (2006), II, pp. 517-546.

⁸¹ Sobre este texto, cfr. Moura Ramos, «Um novo regime do divórcio internacional na União Europeia», 62 *Scientia Iuridica* (Maio/Agosto de 2013), pp. 413-461; y, en una perspectiva más general, María Ángeles Sánchez Jiménez, «Reglamentación comunitaria relativa a las crisis matrimoniales y la particular “crisis” entre los reglamentos que la integran», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borràs* (cit. supra, nota 3), pp. 799-820.

en materia de obligaciones de alimentos⁸², que contendría una regulación completa tanto de las cuestiones de conflicto de leyes como de conflictos de jurisdicciones y, en lo que respecta a las medidas de protección, por el Reglamento (UE) n.º 606/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo al reconocimiento mutuo de medidas de protección en materia civil.

La extensión al ámbito del derecho de familia del ejercicio de la competencia de la Unión Europea, en particular en materia de conflictos de leyes, implicó la asunción, indiscutida en cuanto al ámbito del conflicto de jurisdicciones pero sin dejar de revelarse en cierto modo problemática en tal contexto, de que no era contrariada ni por el principio de la subsidiariedad ni por el respeto de las identidades nacionales, a las que la acción del legislador de la Unión se encuentra vinculada. Lo que no siempre se ha impuesto con absoluta claridad⁸³.

⁸² Sobre este instrumento, vide Moura Ramos, «As obrigações alimentares no direito internacional privado da União Europeia» (*cit. supra*, nota 35).

⁸³ Véase Hélène Gaudemet-Tallon, «De l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'Union Européenne?», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, v. I, Coimbra, 2002, Almedina, pp. 161-185. Sobre el punto, cfr. también Mário Tenreiro/Monika Ekstrom, «Unification of private international law in family law matters within the European Union», in *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe* (*cit. supra*, nota

Pero la europeización del derecho internacional privado de familia a la que nos referimos, no se ha limitado al desarrollo de la competencia de la Unión que acabamos de señalar. Asimismo, ésta incluyó en ámbitos externos a los de la competencia de la Unión propiamente dicha, un desarrollo jurisprudencial de la noción de ciudadanía de la Unión⁸⁴, entendida como el «estatuto fundamental de los nacionales de los Estados miembros que permite obtener a los que, entre ellos, se encuentren en la misma situación, independientemente de su nacionalidad y sin perjuicio de las excepciones expresamente previstas a este respecto, el mismo tratamiento jurídico»⁸⁵. En realidad, partiendo del principio

11), pp. 194-216, y Maarit Jantera-Jareborg, «Unification of international family law in Europe – A critical perspective», *ibidem*, pp. 194-216.

Para los particularismos de esta construcción, cfr. Alain Devers, «La matière matrimoniale en quête de cohérence (du règlement Bruxelles II *bis* au règlement Rome III)», 21 *Revue des Affaires Européennes* (2014), pp. 319-325, y Hugues Fulchiron, «La construction d'un droit européen de la famille: entre coordination, harmonisation et uniformisation», *ibidem*, pp. 309-317.

⁸⁴ Sobre esta noción, cfr. Moura Ramos, «A Cidadania da União: Caracterização, conteúdo e desenvolvimento», in *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, v. III, Lisboa, 2006, Coimbra Editora, pp. 895-921.

⁸⁵ Ver la sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Grzelczyk*, C-184/99, Colectânea, pp. I-6193-6249, punto 31. Para la densificación de este estatuto, cfr. Hélène Gaudemet-Tallon/Paul Lagarde, «Histoires de Famille du Citoyen Européen», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho*

de que «el hecho de estar obligado a usar, en el Estado Miembro de la nacionalidad del interesado, un nombre diferente del que se haya recibido y registrado en el Estado Miembro de nacimiento y residencia, puede frenar el ejercicio del derecho de circular y permanecer libremente en el territorio de los Estados miembros, consagrado en el artículo 18 del Tratado CE»⁸⁶, y de que «aunque en el estado actual del derecho comunitario, las normas que regulan el apellido de una persona sean de la competencia de los Estados miembros, estos últimos deben, no obstante, en el ejercicio de esa competencia, respetar el derecho comunitario»⁸⁷, el Tribunal

internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borràs (cit. supra, nota 3), pp. 475-489, y Diana Marín Consarnau, «La evolución de la protección que brinda el estatuto de ciudadanía de la Unión vs. El fenómeno de la discriminación inversa», ibidem, pp. 587-600.

⁸⁶ Así la sentencia de 14 de octubre de 2008, *Grunkin/Paul*, C-353/06, *Colectânea*, p. I-7639-7680, punto 22.

⁸⁷ *Idem, ibidem*, punto 16. En el mismo sentido, la sentencia de 2 de octubre de 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, *Colectânea*, p. I-11613-11652; sobre esta decisión, cfr. Moura Ramos, «O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a regulamentação do direito ao nome nas relações privadas internacionais», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos (cit. supra, nota 14)*, pp. 607-635. Y para el análisis de la serie de decisiones que se han sucedido en esta materia hasta el momento (*Konstantinidis, Dafeki, Garcia Avello, Grunkin-Paul, Sayn-Wittgenstein e Runevic-Vardyn/Wardyn*), cfr. Costanza Honorati, «La legge applicabile al nome tra diritto internazionale private e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali», in *Nuovi Strumenti del Diritto Internazionale Privato. Liber Fausto Pocar (cit. supra,*

de Justicia subrayaría que, en los casos en que exista un vínculo con el derecho de la Unión, tal regla se opone «a que las autoridades de un Estado Miembro, en aplicación del derecho nacional, rechacen el reconocimiento del apellido de un menor, tal como esté determinado y registrado en otro Estado Miembro donde ese

nota 3), pp. 473-487, y «Free circulation of names for EU Citizens?», *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2/2009, pp. 379-401, y, por último, Volker Lipp, «Die «Anerkennung» des ausländischen Namens eines Burgers der Europäischen Union – Von «Konstantinidis» bis «Runevic-Vardyn/Wardyn»», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis* (cit. supra, nota 8), pp. 539-556, y Kurt Siehr, «Right of personality in European private international law: The law of personal names», in *Studi in onore di Laura Picchio Forlati*, Torino, 2014, G. Giappichelli Editore, pp. 251-263. Y, para los desarrollos a los que esta jurisprudencia puede dar origen, cfr. Laura Tomasi, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Padova, 2007, Cedam, Etienne Patout, «Vers un état civil européen?», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis* (cit. en esta nota), pp. 750-762, y la propuesta «Un Nom dans toute l'Europe. Une proposition de règlement européen sur le droit international du nom», *Rev. Crit. DIP*, 103 (2014), p. 733.

Sobre la problemática del derecho al nombre, cfr. Maxi Scherer, *Le Nom en Droit International Privé. Étude de Droit Comparé Français et Allemand*, Paris, 2004, L.G.D.J., J. A Frowein, «Die menschen-und verfassungsrechtswidrige Praxis bei Namen von Auslandsdeutschen», in *Festschrift für Erik Jayme* (cit. supra, nota 11), pp. 197-203, Paul Lagarde, «L'oeuvre de la Commission Internationale de l'État Civil en matière de nom des personnes», *ibidem*, pp. 1291-1305, y, por último, Walter Pintens, «Quelques observations sur la détermination du nom en droit international privé comparé», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis* (cit. en esta nota), pp. 787-798.

menor haya nacido y resida desde esa fecha que, como sus padres, únicamente tiene la nacionalidad del primer Estado Miembro»⁸⁸. Las decisiones mencionadas consagran claramente un entendimiento de la libertad de circulación de personas que supera cualquier contexto puramente económico⁸⁹, atribuyendo un carácter primordial al principio del reconocimiento mu-

⁸⁸ *Idem, ibidem*, punto 39.

Subráyese que, más cercano a nosotros, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (sentencia *Kismoun c. França*, de 5 de diciembre de 2013) universalizaría esta doctrina, desprendiéndola de la fundamentación específica del derecho de la Unión y fundamentándola directamente en el derecho a la identidad personal, al declarar que, según su jurisprudencia, y citando también las sentencias señaladas *Garcia Avello* y *Grunkin e Paul*, «le nom, en tant qu'élément d'individualisation principal d'une personne au sein de la société, appartient au noyau dur des considérations relatives au droit au respect de la vie privée et familiale» (punto 36). Sobre esta decisión, cfr. Arianna Vettorel, «La continuità transnazionale dell'identità personale: riflessioni a margine della sentenza *Henry Kismoun*», 50 *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (2014), pp. 341-358, y, como anticipando la tendencia que en ella se reveló, cfr. Giulia Rossolillo, «Personal identity at a crossroad between private international law, international protection of human rights and EU law», 11 *Yearbook of Private International Law* (2009), pp. 143-156.

Sobre los últimos desarrollos en esta área, cfr. Working Group of the Federal Association of German Civil Status Registrars, «One name throughout Europe – Draft for a European Regulation on the law applicable to names», 15 *Yearbook of Private International Law* (2013/2014), pp. 31-37.

⁸⁹ Sobre esta opinión, cfr. Moura Ramos, «Les Aspects Nouveaux de la Libre Circulation des Personnes: Vers une Citoyenneté Européenne - Rapport Général», in *XV Congrès FIDE, III - Les Aspects Nouveaux de la Libre Circulation*

tuo⁹⁰ y enfatizando la necesidad de proteger el interés (de las personas portadoras del estatuto de ciudadanía de la Unión) en la estabilidad de la posición jurídica de quienes hayan hecho uso de la libertad de circulación. Asimismo, el Tribunal también reconoce una dimensión paramétrica a los principios fundamentales de derecho de la Unión, como el principio de la no discriminación⁹¹, y erige los derechos integrados

des Personnes: Vers une Citoyenneté Européenne, Lisbonne, 1992, pp. 397-453 (408-409).

⁹⁰ Sobre este principio, cfr. Miguel Gardeñes Santiago, *La Aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y sua incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Madrid, 1999, Eurolex, Monica Guzmán Zapater, «Un elemento federalizador para Europa: reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales», 5 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2001), pp. 405-434, Jurgen Basedow, «Le principe de la reconnaissance mutuelle – Sa portée en droit des affaires», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis* (cit. *supra*, nota 8), pp. 19-30, y, en la doctrina portuguesa, Lima Pinheiro, «O reconhecimento mútuo de decisões judiciais e extrajudiciais», 52 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa* (2011), pp. 65-79.

⁹¹ Sobre este principio, cfr. Marie-Paule Puljak, *Le Droit International Privé à l'épreuve du principe communautaire de non-discrimination en raison de la nationalité*, 2003, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, y Johan Meeusen, «Le droit international privé et le principe de non-discrimination», *Recueil des Cours*, 353 (2011), pp. 11-183, y, en la doctrina portuguesa, António Frada de Sousa, *A Europeização do Direito Internacional Privado*, Porto, 2012, Universidad Católica Portuguesa (Facultad de Derecho – Escuela de Oporto) (disertación mecanografiada), pp. 327-536.

Recuérdese que el Tribunal de Justicia empezó afirmando (sentencia de 10 de junio de 1999, *Johannes*, C-430/97,

en la ciudadanía de la Unión en una *supreme law*⁹² que obsta a la aplicación de las medidas nacionales que tengan el efecto de privar a los ciudadanos del disfrute efectivo de lo esencial de los derechos concedidos por este estatuto. Lo que viene a otorgar un alcance, potencialmente, bastante más amplio a la citada europeización.

Colectânea, p. I-3486-3497) que «la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad (...) se limita al ámbito de aplicación del Tratado» (punto 26) y que «ni las disposiciones nacionales de Derecho internacional privado que determinan el Derecho material nacional aplicable a efectos del divorcio entre dos cónyuges, ni las disposiciones nacionales de Derecho civil que regulan materialmente estos efectos forman parte del ámbito de aplicación del Tratado» (punto 27). Sobre esta decisión, cfr. Ana Quiñones Escámez, «Compatibilidad de la norma de conflicto relativa a los efectos del divorcio con el derecho comunitario», 5 *Revista de Derecho Comunitario Europeo* (2001), pp. 645-661.

⁹² Contestando en particular la situación resultante (como en general el recurso a los derechos fundamentales, tanto si se encuentran consagrados en las Constituciones, como si resultan de las libertades comunitarias, o de los principios generales del derecho o de las reglas del Convenio europeo de los Derechos Humanos), y viendo en el derecho internacional privado y en sus técnicas una forma de neutralizar la jerarquía de normas, cfr. Léna Gannagé, *La Hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé. Étude de droit international privé de la famille*, Paris, 2001, L.G.D.J.

Para una visión crítica de la intervención del Tribunal de Justicia en nuestra disciplina, cfr. Julio Diego Gonzalez Campos, «La Cour de Justice des Communautés Européennes et le non-Droit international privé», in *Festschrift für Erik Jayme* (cit. *supra*, nota 11), pp. 263-275, y Tristan Azzi, «La Cour de Justice et le droit international privé ou l'art de dire parfois tout et son contraire», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales* (cit. *supra*, nota 17), pp. 43-58.

4. Los métodos

La dimensión de cambio a la que nos acabamos de referir también alcanza otro aspecto: el de los métodos utilizados en la reglamentación de las situaciones privadas internacionales, aunque también se trate aquí de un problema que reviste carácter general y que, igualmente, se encuentra vinculado a otros que ya hemos señalado en esta breve exposición.

Comenzaremos por señalar, en este ámbito, que el punto de partida aquí aún sigue siendo la regla de conflicto de naturaleza bilateral de inspiración savigniana⁹³, por la cual se determina la competencia del ordenamiento que se considera más adecuado para suministrar la reglamentación jurídica de un instituto determinado.

⁹³ Sobre esta influencia, cfr. Andreas Bucher, *Grundfragen des Anknüpfungsgerechtigkeits im internationalen Privatrecht (aus Kontinentaleuropäischer Sicht)*, Basel, 1975, Helbing & Lichtenhahn, y Moura Ramos, *Da Lei aplicável ao contrato de trabalho internacional*, Coimbra, 1990, Almedina, pp. 218-263.

Y, para el proceso de su modelación en concreto, cfr. Boris Schinkels, «Das internationalprivatrechtliche Interesse. Gedanken zur Zweckmassigkeit eines Begriffs», in *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffman* (cit. supra, nota 78), pp. 390-404, y, en especial en el ámbito que nos ocupa, A.P.M.J. Vonken, «Balancing Processes in International Family Law. On the determination and weighing of interests in the conflict of laws and the «openness» of the choice of law system», in *Forty Years On: The Evolution of postwar private international law in Europe*, Deventer, 1990, Kluwer, pp. 171-194.

No obstante, también en materia de relaciones familiares, la hipótesis legal de estas reglas (el concepto marco o *Rahmenbegriff*, para utilizar la terminología adoptada en nuestra disciplina) se ha venido definiendo progresivamente en términos más especializados⁹⁴, operando la ley cuya competencia se reconoce para un dominio crecientemente más circunscrito. Esto es visible, de forma inmediata, en las codificaciones nacionales, donde, por ejemplo, al artículo 3, n.º 3 del *Code Civil* francés de 1804, según el cual «les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger» corresponden en la ley checa de 25 de enero de 2012⁹⁵ (la última adoptada que hemos podido tener en cuenta en el ámbito considerado) a los §§ 47 a 66, sólo para las relaciones de familia (incluidas aquí las cuestiones de competencia internacional, ley aplicable y

⁹⁴ Sobre la especialización, como una de las características del método de conflicto, cfr. Moura Ramos, *Da Lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (cit. en la nota anterior), pp. 373-379, y Julio Gonzalez Campos, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général», *Recueil des Cours*, 287 (2000), pp. 11-426, *maxime* pp. 156-213.

⁹⁵ Cfr., para una presentación de este texto, Monika Pauknerova/Magdalena Pfeiffer, «The new act on private international law in the Czech Republic; Starting points and perspectives within the European Union», 10 *Journal of Private International Law* (August 2014), n.º 2, pp. 205-226, p. Dobias, «The New Czech Private International Law», *RabelsZ*, 51 (2015), pp. 109-128, y Petra Uhlirova, «New private international law in the Czech Republic», 16 *Yearbook of Private International Law* (2014/2015), pp. 469-510.

reconocimiento de decisiones extranjeras)⁹⁶. Lo mismo sucede, por otra parte, con los convenios internacionales, en el ámbito de la ya citada tendencia a tratar aspectos más delimitados (la celebración del matrimonio; el divorcio)⁹⁷, y no los institutos de la parte especial del derecho privado, y con los reglamentos comunitarios, cuyo objeto únicamente puede estar constituido, como hemos visto, por una cuestión como el divorcio o las obligaciones de alimentos. Este movimiento conduce a la fragmentación del estatuto personal (pudiendo incluso cuestionarse la permanencia de esta noción o, al menos, de la realidad que le correspondía)⁹⁸, cuando el legis-

⁹⁶ Para una enumeración de la legislación que ha optado por este abordaje global al problema de la codificación, cfr. los ejemplos mencionados en Moura Ramos, «O direito processual civil internacional no novo Código de Processo Civil», 143 *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (Novembro-Dezembro 2013), n.º 3983, pp. 82-106 (83-85), y, ahora, también la nueva ley albanesa (véase Aida Gugu Bushati, «The Albanian private international law of 2011», 15 *Yearbook of Private International Law* (2013/2014), pp. 509-528).

⁹⁷ Así Yves Lequette, in «Le droit international privé de la famille à l'épreuve des conventions internationales» (*cit. supra*, nota 74), que se refiere a un utilitarismo, presente en esta elección de cuestiones limitadas, en las que supuestamente existe una manifiesta necesidad de soluciones propias (p. 35 e 39).

⁹⁸ Sobre el punto, en la doctrina portuguesa, cfr. Nuno Gonçalo da Ascensão e Silva, «Do Estatuto Pessoal – Unidade e Dispersão (Algunas notas a propósito de la conmemoración de los 35 años del Código Civil)», in *Comemorações dos 35 Anos do Código Civil e dos 25 Anos da Reforma de 1977* (*cit. supra*, nota 16), pp. 549-649.

lador trata de forma diferenciada la constitución y los efectos (y entre ellos de forma diversa, tanto los personales como los patrimoniales) de las relaciones matrimoniales, y también, el divorcio y las obligaciones de alimentos, por no hablar de la filiación y de sus modalidades, como la adopción.

Por otro lado, la regla de conflicto aquí considerada (y tanto si su dominio de aplicación es general como, si por el contrario, está definido en términos más ajustados) no es forzosamente (se puede decir que lo es cada vez menos) una regla de contenido rígido, una *hard and fast rule*, tal como aparecía críticamente denominada en la doctrina norteamericana, sino una regla de conflicto progresivamente abierta a la armonización judicial, dotada de la flexibilidad que le permita la adaptación de la realización de la justicia conflictual a las especiales particularidades de cada situación concreta⁹⁹. Flexibilidad que resulta tanto de la utilización de conceptos indeterminados, como sucede con el recurso, aunque en nuestra materia casi siempre en vía subsidiaria, a la idea de vínculo más estrecho, como de la utilización de cláusulas

⁹⁹ Para mayores desarrollos, Moura Ramos, *Da Lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (cit. *supra*, nota 93), pp. 379-410, y Julio Gonzalez Campos, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général» (cit. *supra*, nota 94), pp. 214-308.

de excepción¹⁰⁰, que permiten al juez alejarse de la ley cuya competencia se determinó primer lugar cuando el conjunto de elementos a tener en cuenta en el caso concreto revelen que no era ésta la que guardaba una relación más estrecha con la cuestión específica a resolver. Siendo cierto asimismo, que la flexibilidad de las reglas de conflicto aparenta ser mayor cuanto más amplio es el objeto de cada categoría de conexión.

Asimismo, y esto parece ocurrir aún con mayor incidencia en el derecho de naturaleza convencional, las reglas de conflicto aquí consideradas van dejando de ser reglas puramente *localizadoras*¹⁰¹, apareciendo progresivamente impregnadas de finalidades materiales que el

¹⁰⁰ Sobre esta figura, cfr. Claus Dubler, *Les Clauses d'exception en droit international privé*, Genève, 1983, Georg, Pauline Rémy-Corlay, «Mise en oeuvre et regime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois», 92 *Rev. crit. DIP* (2003), pp. 37-76, Johan Meeusen, «Exception clauses and conflict of laws: new legislation, same issues», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis* (cit. supra, nota 8), pp. 569-578, y, en la doctrina portuguesa, Moura Ramos, por último en «Previsão normativa e modelação judicial nas convenções comunitárias relativas ao direito internacional privado», in *O Direito Comunitário e a Construção Europeia* (Stvdia Ivridica, 38. Colloquia – 1), Coimbra, 1999, Coimbra Editora, pp. 93-124 (109-117), y Maria João Matias Fernandes, *A Cláusula de Desvio no Direito de Conflitos. Das condições de acolhimento da cláusula de desvio geral implícita no direito português*, Coimbra, 2007, Almedina.

¹⁰¹ Para la dicotomía que se establece en el texto, cfr. Paolo Michele Patocchi, *Règles de rattachement localisatrices et règles de rattachement à caractère substantiel. De*

legislador pretende alcanzar (reglas de conflicto *de conexión material*, siendo esta la denominación que se ha impuesto), estrechando así el área de separación que clásicamente se reconoce entre la justicia material y la justicia conflictual. La regla de conflicto pierde así su neutralidad valorativa connatural en el pensamiento savigniano, para seguir políticas de derecho material como la protección de categorías de personas consideradas más débiles o favorecer (o desfavorecer) la constitución (o extinción) de ciertos estados o situaciones¹⁰².

quelques aspects récents de la diversification de la méthode conflictuelle en Europe, Genève, 1985, Georg.

¹⁰² Sobre esta materialización del derecho internacional privado, cfr. Júlio Gonzalez Campos, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de droit international privé. Cours général» (*cit. supra*, nota 98), pp. 309-411, Paloma Abarca Junco, «Un ejemplo de materialización en el derecho internacional privado español. La reforma del art. 107 del Código Civil», in *Pacis Artes. Obra Homenaje al Professor Júlio D. González Campos* (*cit. supra*, nota 27), pp. 1095-1115, Alegria Borrás, «La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del derecho internacional privado: Similitudes y contrastes», *ibidem*, pp. 1287-1308, Marc Fallon, «La matérialisation du nouveau droit international privé projeté en Belgique», *ibidem*, pp. 1493-1511, M.^a Elena Zabalo Escudero, «Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo», *ibidem*, pp. 1815-1835, y, en la doctrina portuguesa, Moura Ramos, *Da Lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (*cit. supra*, nota 93), pp. 364-373, y Eugénia Galvão Teles, «Sobre o critério da «lei mais favorável» nas normas de conflitos», in *Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos* (*cit. supra*, nota 14), pp. 193-238.

En otro plano, recordemos que incluso la *summa divisio* que constituye la propia razón de ser del derecho internacional privado, la que separa la *litis ordinatio* de la *litis decisio*, termina atenuándose en cierto modo con la opción tomada a veces, sobre todo en el plano convencional, de concentrar las atenciones esenciales para la resolución de determinada cuestión en la determinación de la competencia jurisdiccional, adoptando a continuación la perspectiva de una concordancia *forum-ius*¹⁰³. Es cierto que

¹⁰³ Sobre esta orientación metodológica, cfr. B. Nolde, «Andwendbares Recht und Gerichtstand im Internationalen Privatrecht», *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 54 (1941), pp. 292-317, Graveson, «Choice of law and choice of jurisdiction in the english conflict of laws», 38 *B.Y.I.L.* (1951), pp. 273-290, p. Neuhäus, «Internationales Zivilprozessrecht und Internationales Privatrecht. Eine Skizze», 20 *RabelsZ* (1955), pp. 201-269, Henri Batiffol, «Observations sur les liens de la compétence judiciaire et de la compétence législative», 9 *Netherlands International Law Review* (1962), n.º 4 (Special Issue : *De Conflictu Legum. Essays presented to R.D. Kolléwijn and J.Offerhaus*), pp. 55-66, p. Hébraud, «De la corrélation entre la loi applicable à un litige et le juge compétent pour en connaître», *Revue critique de DIP*, 57 (1968), pp. 205-258, Andreas Heldrich, *Internationales Zustandigkeit und andwendbares Recht*, Berlín, 1969, Walter de Gruyter, González Campos, «Les liens entre la compétence judiciaire et la compétence législative en droit international privé», *Recueil des Cours*, 156 (1977-III), pp. 225-376, P. Hay, «The interrelation of jurisdiction and choice-of-law in United States conflict law», 28 *I.C.L.Q.* (1979), pp. 161-183, J. Kropholler, «Internationales Zustandigkeit», in *Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrecht*, v. I, Tübingen, 1982, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), pp. 183-533 (239-250), Evangelos Vassilakakis, *Orientations méthodologiques dans les codi-*

esta opción ha sido seguida principalmente a propósito de la problemática de las medidas de protección (de los menores, en primer lugar, pero también de los incapaces adultos), pero lo cierto es que no ha dejado de traducirse igualmente en una reducción significativa del alcance de la metodología tradicional de la regla de conflicto, centrada en la cuestión de la determinación de la ley aplicable. La atención dada a esta problemática proporcionaría asimismo, en nuestra materia, y a través de la intervención de la suprema jurisdicción internacional¹⁰⁴, el descubrimiento de la existencia de una categoría de normas cuyo campo de aplicación espacial no se puede contener totalmente en el interior de la lógica del método de conflicto, sino que más bien, se reconoce algún fundamento a supuestos que, en la doctrina norteamericana, fundamentaron la posición de Brainerd Currie¹⁰⁵, de la

fications récentes du droit international privé en Europe, Paris, 1987, L.G.D.J., pp. 48-77, Moura Ramos, *Da Lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (cit. *supra*, nota 93), pp. 165-194, y Th. M. de Boer, «Forum preferences in contemporary european conflicts law : The myth of a «neutral choice»», in *Festschrift für Erik Jayme* (cit. *supra*, nota 11), pp. 39-55 (48-53).

¹⁰⁴ Cfr. la decisión citada *supra*, en la nota 68.

¹⁰⁵ Sobre el pensamiento de este autor, cfr. Moura Ramos, *Da Lei aplicável ao contrato de trabalho internacional* (cit. *supra*, nota 93), pp. 596-613, Herma Hill Kay, «A Defence of Currie's governmental interest analysis», *Recueil des Cours*, 215 (1989-III), pp. 9-204, y Lea Brilmayer, «Interest analysis and the myth of legislative intent», 78 *Michigan Law Review* (1979-1980), pp. 392-431, «Legitimate interests in multistate problems: As between state and federal law», *ibidem*, 79 (1980-

expresa voluntad de aplicación de ciertas leyes, deducible de la finalidad que preside su formulación. Se trata de las normas de aplicación necesaria e inmediata¹⁰⁶ u *overriding statutes*, teorizadas especialmente en la doctrina continental por Francescakis¹⁰⁷, y que en el dere-

1981), pp. 1315-1349, y «The role of substantive and choice of law policies in the formation and application of choice of law rules», *Recueil des Cours*, 252 (1995-III), pp. 9-112.

¹⁰⁶ Sobre esta figura, cfr. Allan Philip, «Mandatory rules, public law (political rules) and choice of law in the E.E.C. Convention on the law applicable to contractual obligations», in *Contract Conflicts* (P.M.North (editor)), 1982, North-Holland Publishing Company, pp. 81-110, T. C. Hartley, «Mandatory rules in international contracts: The common law approach», *Recueil des Cours*, 266 (1997-IV), pp. 337-426, Andrea Bonomi, *Le norme imperativa nel diritto internazionale privato*, Zurich, 1998, Schulthess Polygraphischer Verlag, Sylvaine Poillot Peruzzetto, «European public policy and other restrictions on the normal operation of the choice-of-law and choice-of-jurisdiction rules», in *Enforcement of International Contracts in the European Union. Convergence and divergence between Brussels I and Rome I* [Johan Meeusen/Marta Pertegàs and Gert Straemans (eds.)], Antwerp, 2004, Intersentia, pp. 343-361, Pascal De Vareilles-Sommières, «Lois de police et politiques législatives», *Rev. crit. DIP*, 100 (2011), pp. 207-290, Jacques Foyer, «Lois de police et principe de souveraineté», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales* (cit. supra, nota 17), pp. 339-358, y, en la doctrina portuguesa, Isabel de Magalhães Collaço, *Da Compra e Venda em Direito Internacional Privado. Aspectos Fundamentais*, Lisboa, 1954, Editorial Império, pp. 311-332, Moura Ramos, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional* (cit. supra, nota 93), pp. 631-720, y António Marques dos Santos, *As Normas de Aplicação Imediata no Direito Internacional Privado. Esboço de uma Teoria Geral*, Lisboa, 1990.

¹⁰⁷ Cfr., de este autor, «Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les

cho internacional privado de familia se verían ampliamente justificadas por la protección de intereses generales o de categorías de personas especialmente vulnerables.

Finalmente, y sin pretender agotar el abanico de la diversidad metodológica presente en derecho internacional privado de familia, no podemos dejar de mencionar el eco obtenido por una metodología que centra su atención, no en la determinación de la ley aplicable sino en el reconocimiento de las situaciones plurilocalizadas constituidas en el extranjero¹⁰⁸.

règles de conflits de lois», 55 *Rev. Crit. de DIP* (1966), pp. 1-18, «Lois d'application immédiate et règles de conflit», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale* (1967), pp. 691-698, y «Lois d'application immédiate et droit du travail. L'affaire du comité d'entreprise de la «Compagnie des Wagons-lits»», 63 *Rev. Crit. de DIP* (1974), pp. 273-296.

¹⁰⁸ Sobre este método del reconocimiento, cfr. Erik Jayme/Cristian Kohler, «Europaisches Kollisionsrecht 2001: Anerkennungsprinzip statt IPR?», 21 *IPRax* (2001), Nr. 6, pp. 501-514 (501-503), Giulia Rossolillo, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, Cedam, especialmente pp. 223-278, Paul Lagarde, «Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», *RabelsZ*, 68 (2004), pp. 225-243 (229-235), y «La Reconnaissance. Mode d'emploi», in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon* (cit. supra, nota 3), pp. 481-501, Pierre Mayer, «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* (cit. supra, nota 8), pp. 547-573, Gian Paolo Romano, «La bilatéralité éclipse par l'autorité. Développements récents en matière d'état

Encontrando precedentes ilustres en la construcción doctrinal de nuestra disciplina¹⁰⁹, y sin ser ajena a preocupaciones que han marcado la teorización de otros métodos de abordaje de las situaciones privadas internacionales¹¹⁰, esta

des personnes», *Rev. Crit. DIP*, 95 (2006), pp. 457-519, Heinz-Peter Mansel, «Anerkennung als Grundprinzip des Europäischen Rechtsraums. Zur Herausbildung eines europäischen Anerkennungs-Kollisionsrechts: Anerkennnung statt Verweisung als neues Strukturprinzip des Europäischen Internationalen Privatrechts?», *RabelsZ* 70 (2006), pp. 651-731, Sylvaine Bolée, «L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale», *Rev. Crit. DIP*, 96 (2007), pp. 307-355, Charalambos Pamboukis, «La reconnaissance – métamorphose de la méthode de la reconnaissance», *Rev. Crit. DIP*, 97 (2008), pp. 513-560, Janis Leifeld, *Das Anerkennungsprinzip im Kollisionsprinzip im Kollisionsrechtssystem des internationalen Privatrechts*, Tübingen, 2010, Mohr Siebeck, Roberto Baratta, «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales», *Recueil des Cours*, 348 (2010), pp. 253-500, y las actas del coloquio *La Reconnaissance des situations en droit international privé* (sous la direction de Paul Lagarde), Paris, 2013, Éditions A. Pedone.

¹⁰⁹ Véase la construcción de Antoine Pillet [in «La théorie générale des droits acquis», *Recueil des Cours*, 8 (1925-III), pp. 489-537], seguida en Portugal por Machado Villela (in *Tratado Elementar [teórico y práctico] de Direito Internacional Privado*, Livro I – Princípios Gerais, Coimbra, 1921, Coimbra Editora, pp. 610-623), y sobre la cual se pronuncia también Pierre Arminjon [«La notion des droits acquis en droit international privé», *Recueil des Cours*, 44 (1933-II), pp. 5-109], así como la lectura que de ella nos ofrece, en nuestra doctrina, Baptista Machado, en «Autonomia do problema do reconhecimento dos direitos adquiridos em Machado Villela e suas implicações», 20 *Scientia Iuridica* (septiembre/Dezembro de 1971), n.ºs 112/113, pp. 398-409.

¹¹⁰ Estamos pensando en la construcción de la referencia al ordenamiento competente, elaborada por Paolo Picone.

tendencia, que algunos consideraban destinada a un largo futuro en el universo convencional¹¹¹, se caracteriza sobre todo, por la pluralidad de variantes que se le pueden reconocer, por el abandono del control necesario de la norma de conflicto sobre las situaciones que, al haberse constituido y cristalizado bajo un ordenamiento jurídico determinado, se imponen, fuera del mismo, al reconocimiento de los restantes¹¹².

Cfr., del autor, entre otros trabajos recogidos en sus *Studi di Diritto Internazionale Privato* (Napoli, 2003, Jovene Editore), esencialmente, «La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé», 197 *Recueil des Cours* (1986- II), pp. 231-419, *Ordinamento Competente e Diritto Internazionale Privato*, Padova, 1986, Cedam, «Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé. Cours général de droit international privé», 276 *Recueil des Cours* (1999), pp. 11-296 (119-142), *La Riforma Italiana del Diritto internazionale Privato*, Nápoles, 1998, Cedam, pp. 3-53 e 477-514, y «Diritto internazionale privato comunitario e pluralità dei metodi di coordinamento tra ordinamenti», in *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario* (cit. supra, nota 3), pp. 485-525.

¹¹¹ Véase el ejemplo citado *supra*, en la nota 55.

¹¹² En este sentido, recientemente, Jean-Pierre Laborde («Retour sur la pluralité du point de rattachement en droit international privé français des personnes et de la famille», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Hauser*, Paris, 2012, Dalloz, pp. 207-226, a p. 215, subraya [p. 215]), que al remitirse solamente a las reglas del ordenamiento jurídico de la creación de la situación en cuestión, el recurso al método de reconocimiento sobre todo se defiende «dans un souci de respect et de continuité de l'état et des droits des personnes dès lors que la situation nouvelle a été créée ou s'est cristallisée dans un pays avec lequel les personnes concernées ont un lien sérieux». Haciéndonos eco de esta misma preocupación defendemos, en el primero de nuestros trabajos [Moura Ramos, «Dos Direitos Adquiridos em

Tal abandono constituye en realidad la característica esencial de este procedimiento que, sin embargo puede concebirse bajo distintas formas y grados¹¹³. Así, puede implicar el reconocimiento de la sujeción de tales situaciones a la ley bajo la que éstas se han constituido (la *lex auctoris*)¹¹⁴, la cual parece ser la regla en aquellos casos en que tal situación reviste

Direito Internacional Privado», in *Boletim da Faculdade de Direito*, 50 (1974), pp. 175-217, a p. 216] que «deben reconocerse en el Estado del foro los derechos o situaciones jurídicas que en el extranjero produjeron sus efectos típicos, en virtud de un sistema legal que presente, en la óptica del DIP del foro, una conexión suficientemente fuerte con la situación de la vida que se pretende regular, y se considere aplicable, o de otro al que el primero considere competente».

¹¹³ Así Sylvaine Bolée, «L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale» (*cit. supra*, nota 108). Esta autora subraya que el método empezó por aplicarse a las decisiones, para extenderse después a los actos públicos de carácter no decisorio, dejando así de estar constituido el objeto del reconocimiento por actos, para referirse a las reglas por obediencia a las que el ordenamiento jurídico prevé la producción de consecuencias en el mundo del derecho (cfr. la obra capital de Pierre Mayer, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973, Dalloz). Se trata así, en sus palabras, de «dar efectos a las reglas, independientemente de cualquier designación, mediante una regla de conflicto bilateral, del ordenamiento jurídico cuya autoridad intervino» (p. 323).

¹¹⁴ Cfr. Gian Paolo Romano, «La bilatéralité éclipse par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes» (*cit. supra*, nota 108). El autor indica que esto sucede, sobre todo, cuando la situación se constituye a través de la intervención de una autoridad, omitiéndose así la regla de conflicto bilateral clásica. En tales casos, existiendo un vínculo con el Estado del foro, la situación queda en cierto modo bajo su autoridad, lo que se traduce en el reconocimiento

una particular especificidad, sin que se pueda reclamar, de este modo, un contenido universal, sino que se manifiesta más bien como modelada en función del particular contenido que le confiere un ordenamiento jurídico específico. Pero puede asumir una versión más moderada, ensayada por otra parte en algunas legislaciones, que pasa por la existencia de reglas propias que, con respecto a ciertas situaciones y en circunstancias particulares, aseguran el reconocimiento *in foro domestico* de determinadas situaciones, independientemente de la falta de observancia a la respectiva constitución, de la ley designada como competente por las normas de conflicto respectivas¹¹⁵. Se trata así de la existencia de

de una vocación de la *lex fori* para regir las situaciones que presenten un vínculo suficiente con este Estado.

¹¹⁵ Es lo que sucede, concretamente, con el artículo 31, n.º 2, del Código Civil Portugués que, a pesar de la competencia reconocida (en el n.º 1) a la *lex patriae* en materia de estatuto personal, asegura en Portugal el reconocimiento de los «negocios jurídicos celebrados en el país de la residencia habitual del declarante, en conformidad con la ley de ese país, siempre que ésta se considere competente». Sobre esta disposición y su encuadre, cfr. Moura Ramos, «Dos Direitos Adquiridos em Direito Internacional Privado» (*cit. supra*, nota 112). Subráyese que esta específica regla de reconocimiento solamente sirve para negocios jurídicos, al contrario de las situaciones analizadas por el autor mencionado en la nota anterior, que centra su atención en aquellas que suponen la intervención (constitutiva) de una autoridad pública.

La consagración de tales reglas parece traducir la asunción de que «la regla de conflicto constituye un procedimiento inapropiado para el reconocimiento de relaciones de derecho efectivamente creadas», poniendo

verdaderas reglas de reconocimiento, semejantes en el fondo a aquellas a las que recurre el derecho internacional privado para asegurar la eficacia *in foro* de las decisiones y otros actos, públicos¹¹⁶ o privados, extranjeros, normas que pueden ser expresión de un principio general de estabilidad y confianza en el mantenimiento de las situaciones jurídicas legalmente constituidas¹¹⁷, o resultar, también, de imperativos propios cuya consideración no puede dejar de imponerse, como los derivados de los principios del derecho de la Unión Europea, en la medida en que estos sean aplicables *in specie*¹¹⁸. Debe

de relieve una «distinción irreductible y fundamental entre la creación y el reconocimiento de una relación jurídica» (Charalambos Pamboukis, «La reconnaissance – métamorphose de la méthode de la reconnaissance» [*op. cit.* nota 108], pp. 522 e 531).

¹¹⁶ Sobre el punto, cfr. Charalambos Pamboukis, *L'Acte Public Étranger en droit International privé*, Paris, 1993, L.G.D.J., y Pierre Callé, *L'Acte Public en droit International privé*, Paris, 224, Economica, y «L'acte authentique établi à l'étranger. Validité et exécution en France», *Rev. crit. DIP*, 94 (2005), pp. 377-412.

¹¹⁷ Sobre la importancia de este principio, cfr. Baptista Machado, «Contribuição da Escola de Coimbra para a teoria do direito internacional privado», in *Boletim da Faculdade de Direito*, 61 (1985), pp. 159-176.

¹¹⁸ Véanse, como ejemplo de estas manifestaciones, las especies jurisprudenciales mencionadas supra, en las notas 90 y 91. Y, asimismo, en materia de derecho de las sociedades, también del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la jurisprudencia Centros. A este respecto, cfr., por último, Jeremy Heymann, «De la mobilité des sociétés de l'Union. Réflexions sur le droit d'établissement», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales* (*cit. supra*, nota 17), pp. 425-445, y, en la

señalarse que esta línea maestra ha logrado una particular incidencia en el plano de las relaciones familiares¹¹⁹, tanto por las particulares exigencias de estabilidad que marcan estas relaciones (y que se traducen en la preocupación por la permanencia del estatuto personal, categoría a la que tradicionalmente se reconducen tales relaciones)¹²⁰, como por la proliferación reciente de instituciones cuyos contornos difícilmente

doctrina portuguesa, Moura Ramos, «Direito Internacional Privado e Direito Comunitário. Termos de uma Interacção» (*cit. supra*, nota 75), pp. 182-185, y los trabajos de Maria Ângela Bento Soares («A Liberdade de Estabelecimento das Sociedades na União Europeia», 15-16 *Temas de integração* (1º e 2º Semestres de 2003), pp. 283-321, «O Acórdão *Inspire Art LDT*: Novo Incentivo Jurisprudencial à Mobilidade das Sociedades na União Europeia», *ibidem*, 17 (1º Semestre de 2004), pp. 123-159, y «A transferência internacional da sede social no âmbito comunitário», in *Temas Societários*, 2006, Alexandre Mota Pinto, «Apontamentos sobre a Liberdade de Estabelecimento das Sociedades», *Temas de Integração*, 17 (1º Semestre de 2004), pp. 59-120, y 18 (2º Semestre de 2004), pp. 141-156, *The Europeanization of Legal Capital: Searching for new ways of protecting creditors in limited liability companies*, 2006, European University Institute-Department of Law, maxime, pp. 157-298, y António Frada de Sousa, *A company's cross-border transfer of seat in the EU after Cartesio*, 2009, New York University School of Law.

¹¹⁹ Cfr. por ejemplo, Bettina Heiderhoff, «Ist das Anerkennungsprinzip schon geltendes internationales Familienrecht in der EU?», in *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffman* (*cit. supra*, nota 78), pp. 127-138. Cfr. también el Reglamento 606/2013 citado *supra*, en el n.º 3.

¹²⁰ Enfatizando la necesidad social de continuidad y estabilidad del estado de las personas, cfr. Roberto Baratta, «La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales» (*cit. supra*, nota 108), p. 272.

se pueden disociar del contenido que les confiere un ordenamiento jurídico particular¹²¹.

5. Los criterios de solución

Dado que en el punto anterior se ha subrayado la existencia de tendencias que llevan al abandono de la referencia a un ordenamiento jurídico que caracteriza el método clásico del derecho internacional privado, dejando en este caso vía libre al reconocimiento de la situación tal como se construyó frente a la ley que le dio vida y en virtud de la cual produjo sus efectos¹²² (*lex auctoris*), independientemente de esta hipótesis, particularmente en su forma más extrema, será como abordaremos la siguiente cuestión.

¹²¹ Lo que puede resultar, sin duda, de que a su respecto falte «una comunidad mínima de objeto» como escribe, a propósito del matrimonio de personas del mismo sexo, Hugues Fulchiron. Cfr. deste autor, «La reconnaissance au service de la libre circulation des personnes et de leur statut familial dans l'espace européen», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales* (cit. supra, nota 17), pp. 137-154

¹²² Se reconocen en Brasil derechos adquiridos en el extranjero de buena fe, en virtud de acto o juicio allí realizados, de acuerdo con el derecho extranjero vigente, salvo si se trata de un caso de competencia exclusiva del derecho brasileño, y observándose siempre las reservas establecidas en el art. 79 [ofensa de la soberanía nacional, del orden público, de la equidad, de la moral y de las buenas costumbres]» (Cfr., para este documento, Jacob Dolinger/ Carmen Tiburcio, *Vademecum de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, 1994, Renovar, pp. 45-62).

En este contexto, y partiendo de la metodología clásica que daba preferencia a la determinación de la ley aplicable, cabe señalar que la línea de desarrollo que por excelencia se ha venido afirmando es la del abandono de la referencia clásica a la ley nacional (*lex patriae*) que caracterizaba el derecho de familia, como también al derecho de las personas en general¹²³. Este abandono se debe, por una parte, a

¹²³ Sobre esta tendencia, cfr. L. J. De Winter, «Le principe de la nationalité s'effrite-t-il peu à peu ?», 9 *Netherlands International Law Review* (1962), n.º 4 (*cit. supra*, nota 103), pp. 514-528, y, más cercano a nosotros, Friedrich K. Juenger, «The national law principle», in *Mélanges Fritz Sturm*, v. II, 1999, Éditions Juridiques de l'Université de Liège, pp. 1519-1537, Franco Mosconi, «A Few Questions on the Matter of International Uniformity of Solutions and Nationality as a Connecting Factor», in *Private Law in International Arena. From National Conflict Rules Towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, The Hague, 2000, T. M. C. Asser Press, pp. 467-480, y Alegria Borrás/Julio D. Gonzalez Campos, «La loi nationale à l'heure de la réforme du droit international privé espagnol», in *Le droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* (*cit. supra*, nota 8), pp. 137-153. En particular, en la esfera del derecho de familia internacional, véase François Boulanger, «De la Convention de La Haye de 1961 à celle de 1996 sur la loi applicable à la responsabilité parentale et la protection des enfants. Requiem pour la loi nationale ?», in *Mélanges Fritz Sturm* (*cit. supra*, en esta nota), pp. 1399-1408, y Pilar Rodríguez Mateos, «La nacionalidad en el contexto del Derecho internacional privado y del Derecho europeo», in *Nuevas Fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues* [Carlos Esplugues Mota/Guillermo Palao Moreno (eds.)], Valencia, 2012, tirant lo blanch, pp. 677-697.

las dificultades de aplicación de este concepto y, por otra, al sentimiento de que tal derecho ya no sería expresión de la existencia de un estrecho vínculo entre la persona y las situaciones a regular.

La primera de estas dificultades está potenciada por el incremento de las situaciones de plurinacionalidad que se han impuesto de forma creciente en la vida internacional, planteando problemas a la aplicación de las reglas de conflicto que pretendían superar situaciones en las que urgía optar entre leyes personales de diferentes sujetos¹²⁴. Tomar conciencia del carácter diverso de las situaciones en análisis, condujo al legislador a aceptar la destrucción de la unidad del estatuto personal, haciendo prevalecer distintas opciones de conflicto para el matrimonio (tanto para su constitución¹²⁵, distinguiendo aquí entre las condiciones de

Para una visión algo contrastada, cfr. Hélène Gaudemet-Tallon, «Nationalité, statut personnel et droits de l'homme», in *Festschrift für Erik Jayme* (cit. *supra*, nota 11), pp. 205-221, y Thomas Rauscher, «Heimatlos in Europa? – Gedanken gegen eine Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinzips im IPR», *ibidem*, pp. 719-745.

¹²⁴ Ilustrando las dificultades de ahí derivadas, cfr., recientemente, Stefania Bariatti, «Multiple nationalities and EU private international law: Many questions and some tentative answers», 13 *Yearbook of Private International Law* (2011), pp. 1-19.

¹²⁵ Véanse, en 1966, los artículos 49 y 50 del Código Civil Portugués.

fondo y de forma, como para los efectos¹²⁶, y disociando también en este caso los efectos personales de los patrimoniales y, en cierto modo, para la extinción del vínculo¹²⁷), para la filiación (diferenciando entre la filiación biológica¹²⁸ y la adoptiva¹²⁹, considerando también con relación a una y otra, de forma diversa, tanto la constitución como los efectos, y en cuanto a ese primer aspecto, tratando en términos diferentes el establecimiento del vínculo con respecto a una o más personas, con o sin dependencia, en este último caso, de la existencia de una relación matrimonial entre ellas). En estos términos, así se provoca una fragmentación del estatuto personal que, en cierto modo es tolerable, dado que, en definitiva, es consecuencia de una preocupación de especialización de la conexión, buscando establecer de tal forma una relación de mayor adecuación con la ley elegida

¹²⁶ Cfr. también los artículos 52 e 53 e 54 del Código Civil Portugués..

¹²⁷ Véase el Reglamento (UE) n.º 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, que crea una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable en materia de divorcio y separación judicial, a la que nos referimos *supra*, en la nota 81.

¹²⁸ Cfr. también los artículos 56 y 57 del Código Civil Portugués, en su redacción después de la Reforma de 1977. Sobre el punto, Moura Ramos, «A reforma de 1977 e o direito internacional privado da família» (*cit. supra*, nota 24), pp. 734-741.

¹²⁹ Cfr. también el artículo 60 del Código Civil Portugués.

en cada caso¹³⁰. Y se mantiene independiente del elemento de conexión propiamente dicho que resulte elegido, es decir, tanto si conserva la opción clásica por la nacionalidad, como si se prefiere el domicilio frente a ésta o, como más recientemente se ha venido imponiendo de forma mayoritaria, la residencia habitual¹³¹. En tales casos, la especialización (atendiendo a las diferencias entre las diversas situaciones) puede conducir a diferenciarlas de acuerdo con el soporte de la conexión o el momento de su relevancia¹³², pero siempre se puede considerar que el paradigma que presidía el funcionamiento del mecanismo de la conexión no se altera.

No obstante, esta situación puede plantearse de forma diferente, en ciertos casos en los que

¹³⁰ Diríamos que es, de esta forma, expresión del principio de proximidad, teorizado por Paul Lagarde. A este respecto, cfr. su «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain. Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours*, 196 (1986-I), pp. 9-237, y también Tito Ballarino/Gian Paolo Romano, «Le principe de proximité chez Paul Lagarde. Quelques précisions et problèmes récents», in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* (cit. supra, nota 8), pp. 37-54, Marc Fallon, «Le principe de proximité dans le droit de l'Union Européenne», *ibidem*, pp. 241-262, Catherine Kessedjian, «Le principe de proximité vingt ans après», *ibidem*, pp. 507-521.

¹³¹ Cfr. los trabajos citados supra, en la nota 123.

¹³² Para utilizar la terminología de Jean-Pierre Laborde, en su estudio «Retour sur la pluralité du point de rattachement en droit international privé français des personnes et de la famille» (cit. supra, nota 112), p. 209.

la opción se haga a favor de la ley nacional. El motivo es que ésta ha dejado de ser un elemento de conexión caracterizado por la unidad, siendo cada vez más frecuentes en la actualidad las situaciones de plurinacionalidad¹³³. Estas situaciones, en cierto modo, han dejado de ser accidentales para revestirse de naturaleza estructural¹³⁴. Y, frente a esta nueva situación, los remedios tradicionalmente utilizados para solucionarla se han revelado insuficientes, tanto si se traducen en opción (arbitraria, en definitiva) de la nacionalidad del Estado del foro¹³⁵, como si se decantan por una nacionalidad efectiva

¹³³ Sobre su tratamiento, cfr., y para confrontar, Pierre Louis-Lucas, «Les conflits de nationalités», *Recueil des Cours*, 64 (1938-II), pp. 1-70, y Michel Verwilghen, «Conflits de nationalités. Plurinationalité et apatridie», *ibidem*, 277 (1999-II), pp. 9-484.

¹³⁴ Como acertadamente lo subraya Jean-Pierre Laborde (*op. cit.* en la nota 112, p. 206), la plurinacionalidad individual ha dejado de verse como una anomalía que combatir, para considerarse «une situation relativement courante qui appelle un traitement adapté bien davantage que des efforts de prévention ou d'éradication». En esta línea Moura Ramos, «La double nationalité en droit portugais», *Boletim da Faculdade de Direito*, 69 (1983), pp. 181-211.

¹³⁵ También la solución consagrada en el artículo 27 de la Ley de la Nacionalidad Portuguesa. Cfr. Moura Ramos, *Estudos de Direito Português da Nacionalidade*, Coimbra, 2013, Coimbra Editora.

Para los problemas que suscita esta solución, cfr. la agotadora investigación, cfr. de Heiz-Peter Mansel, *Personalstatut, Staatsangehörigkeit und Effektivität. Internationalprivat- und verfahrensrechtliche Untersuchung zu Mehrstaaten, einer Ausweichklausel für die Staatsangehörigkeitsanknüpfung und zum innerdeutschen Kollisionsrecht*, München, 1988, C. H. Beck.

(que en cierto modo prolonga la incertidumbre a la que la elección de la conexión pretendía poner fin) que, por otra parte es susceptible de, al menos en el contexto de la Unión Europea, suscitar problemas de legitimidad¹³⁶. Estas circunstancias han conducido a una creciente sustitución del criterio de la nacionalidad por el de la residencia habitual (relegándose igualmente la opción por el domicilio, dada la ausencia de garantía de vínculo permanente de su titular, considerada esencial en muchas de las materias concernientes al derecho de familia).

Por otro lado, la conexión nacionalidad también se dejó de considerar como una conexión que traducía necesariamente un vínculo estable de la persona (de la cual constituye un soporte) con el sistema jurídico que la incluye en el conjunto de sus nacionales, debido a que el efecto combinado del incremento de la circulación internacional de personas¹³⁷ y de las

¹³⁶ Cfr. la sentencia *Michelletti*, y, entre nosotros, Marques dos Santos, «Nacionalidade e Efectividade», in *Estudos de Direito da Nacionalidade*, Coimbra, 1998, Almedina, pp. 279-310, y Moura Ramos, «Conflitos positivos (concurso) de nacionalidade e direito comunitário (Anotação ao acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1999)», in 134 *Revista de Legislação e de Jurisprudência* (2001-2002), pp. 146-160.

¹³⁷ Sobre la relevancia creciente de los fenómenos migratorios y sus repercusiones en el área que nos interesa, cfr. Hans van Loon, «Vers un nouveau modele de gouvernance multilatérale de la migration internationale», in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon* (cit. *supra*, nota 3),

alteraciones introducidas en los últimos tiempos en el derecho de la nacionalidad¹³⁸; al no ser expresión de este vínculo estrecho que constituye el núcleo del principio de proximidad, la nacionalidad ha perdido de este modo sus virtualidades localizadoras que justificaban el favor del que había gozado inicialmente como elemento de conexión en el ámbito de las relaciones familiares.

La consecuencia de este movimiento en el paisaje que presenta el derecho internacional

pp. 419-434, K. Meziou, «Migrations et relations familiales», *Recueil des Cours*, 345 (2009), pp. 9-386, y Andreas Bucher, «La migration de l'état civil», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (cit. *supra*, nota 8), pp. 101-112. En una perspectiva más general, véase también T. Ansay, «Legal problems of migrant workers», *Recueil des Cours*, 156 (1977-III), pp. 1-77, y *A Europa e os seus Imigrantes no Século XXI* (coordenação de Demetrios G. Papademetriou), Lisboa, 2008, Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento.

Para un reflejo específico de esta problemática en la materia que nos ocupa, cfr. Hans Ulrich Jessurun d'Oliveira, «The Artifact of «Sham Marriages»», 1 *Yearbook of Private International Law* (1999), pp. 49-83, y Sabine Corneloup, «Maitrise de l'immigration» et célébration du mariage», in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* (cit. *supra*, nota 8), pp. 207-226.

¹³⁸ Traducidas en una creciente consagración de la pluri-nacionalidad. Cfr. nuestro trabajo citado *supra*, en la nota 134, y también Moura Ramos, «Nacionalidade, plurinacionalidade e supranacionalidade na União Europeia e na Comunidade dos Países de Língua Portuguesa», in *Cidadania e Nacionalidade. Efeitos e perspectivas nacionais —regionais— globais* [Arno Dal Ri Júnior/Odete Maria de Oliveira (Organizadores)], Ijuí, 2002, Editora Unijuí, pp. 279-298.

privado de familia contemporáneo, además de la ya citada fragmentación de la antigua noción de estatuto personal¹³⁹ es, por una parte, la multiplicación de los soportes (el padre, la madre, el hijo) de la conexión a los que se reconoce esta naturaleza¹⁴⁰, por otro lado, la creciente sustitución de la nacionalidad (así como del domicilio) por la residencia habitual y, finalmente, la cada vez mayor relevancia reconocida en esta disciplina a la autonomía de las partes¹⁴¹. Autonomía que surge así, simul-

¹³⁹ Cfr. el trabajo citado *supra*, en la nota 98.

¹⁴⁰ Cfr. Jean-Pierre Laborde, «Retour sur la pluralité du point de rattachement en droit international privé français des personnes et de la famille» (*loc. cit. supra*, nota 112).

¹⁴¹ Sobre este punto, cfr., con respecto a la materia de estatuto personal, cfr. Jean-Yves Carlier, *Autonomie de la volonté et statut personnel. Étude prospective de droit international privé*, Bruxelles, 1992, Bruylant, Javier Carrascosa Gonzalez, *Matrimonio y elección de Ley. Estudio de Derecho Internacional Privado*, Granada, 2000, Comares, especialmente pp. 181-231, Erik Jayme, «Party autonomy in International Family and Succession Law : New tendencies», 11 *Yearbook of Private International Law* (2009), pp. 1-10, y Béatrice Bourdelois, «Relations familiales internationales et *professio iuris*», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales* (*cit. supra*, nota 17), pp. 137-154, y Dieter Henrich, «Privatautonomie, Parteiautonomie: (Familienrechtliche) Zukunftsperspektiven», *RabelsZ*, 79 (2015), 4, pp. 752-767. Y para su acogida en el ámbito del derecho internacional privado convencional cfr. Mariel Revillard, «L'autonomie de la volonté dans les relations de famille internationales: Regards sur les récents instruments internationaux», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (*cit. supra*, nota 8), pp. 487-502 ; y en el derecho internacional privado de la Unión, cfr. Beatriz

táneamente, como consecuencia del carácter insatisfactorio de las otras conexiones para revelar un estrecho vínculo de la cuestión jurídica a regular con un ordenamiento determinado, pero también como resultado del reconocimiento del poder modelador reconocido a la voluntad individual en estas materias¹⁴², reflejo en definitiva de una «desinstitucionalización» del derecho de familia que se ha acentuado en los últimos tiempos y que se encuentra vinculado a los valores de los que algunas jurisdicciones internacionales se han convertido en garantes¹⁴³.

Es cierto que la relevancia de la autonomía de las partes se presenta aquí en términos particularmente distintos de los que presidieron su

Añoveros Terradas, «La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de derecho internacional privado comunitario de la familia», in *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho Internacional Privado. Liber amicorum Alegria Borràs* (cit. supra, nota 3), pp. 119-131.

¹⁴² Sobre el punto, véase Hélène Gaudemet-Tallon, «Individualisme et mondialisation: Aspects de droit international privé de la famille», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (cit. supra, nota 8), pp. 181-194.

¹⁴³ Sobre estos valores, cfr. Erik Jayme, «Pós-modernismo e direito da família», *Boletim da Faculdade de Direito*, 78 (2002), pp. 209-221. En particular sobre su refracción en el ordenamiento jurídico italiano, cfr. Michele Sesta, «As transformações do direito de família italiano no quadro da evolução dos ordenamentos europeus», *Boletim da Faculdade de Direito*, 78 (2002), pp. 223-284.

consagración, sobre todo en materia contractual (y, posteriormente, extracontractual), surgiendo esencialmente como una posibilidad de elección entre diversas leyes vinculadas a la situación que se regulará mediante conexiones de carácter personal¹⁴⁴, y no consagrando un poder incondicional de designación de la ley competente¹⁴⁵. De todos modos, no es menos cierto

¹⁴⁴ Cfr. Ellen Mostermans, «Party Autonomy: Why and When?», in *Forty Years On: The Evolution of postwar private international law in Europe* (cit. supra, nota 93), pp. 123-141.

¹⁴⁵ Para su fundamentación, cfr. A. Curti-Gialdino, «La volonté des parties en droit international privé», *Recueil des Cours*, 137 (1972-III), pp. 743-914, Alfred von Overbeck, «L'irrésistible extension de l'autonomie en droit international privé», in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, Bruylant, pp. 619-636, Moura Ramos, *Da Lei Aplicável ao Contrato de Trabalho Internacional* (cit. supra, nota 93), pp. 429-453, António Marques dos Santos, «Algumas considerações sobre a autonomia da vontade no direito internacional privado em Portugal e no Brasil», in *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço* (cit. supra, nota 83), pp. 379-429, Dieter Henrich, «Parteiautonomie, Privatautonomie und kulturelle Identität», in *Festschrift für Erik Jayme* (cit. supra, nota 11), pp. 320-329, Stefan Leible, «Parteiautonomie im IPR – Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegensheitslösung?», *ibidem*, pp. 484-503, Jean-Michel Jacquet, «Le principe d'autonomie entre consolidation et évolution», in *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur d'Hélène Gaudemet-Tallon* (cit. supra, nota 3), pp. 727-745, y, más cercano a nosotros, Jurgen Basedow, «Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts», *RabelsZ* 75 (2011), pp. 32-59, Pilar Blanco-Morales Limones, «La autonomía de la voluntad en las relaciones plurilocalizadas. Autonomía de la voluntad. Elección de ley aplicable: Consentimiento y forma de los

que la afirmación de la posibilidad de elección de la ley en el ámbito de las relaciones de familia ha dejado de verse solamente como una forma de superar las disfunciones de la regla de conflicto que utilizaba las conexiones clásicas en la materia que nos ocupa¹⁴⁶ para considerarse, cada vez más, como la forma privilegiada de alcanzar objetivos, entre ellos, la protección de ciertos derechos fundamentales de la persona, que se han venido imponiendo cada vez más, en el derecho sustancial y en materia de conflictos de leyes¹⁴⁷. Lo que, de algún modo,

actos», in *Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado*, t. V – Derecho internacional privado e interregional, 2012, Consejo General del Notariado, pp. 1-166, Alfonso-Luis Calvo Caravaca, «La autonomía de la voluntad como principio informador del derecho internacional privado en la sociedad global», *ibidem*, pp. 167-301, Guillermo Palao Moreno, «La autonomía de la voluntad y la resolución de las controversias privadas internacionales», *ibidem*, pp. 817-956, Christian Kohler, «L'Autonomie de la Volonté en Droit International Privé: Un Principe universel entre libéralisme et étatismes», *Recueil des Cours*, 359 (2013), pp. 285-478, Sergio M. Carbone, «Autonomia privata nel diritto sostanziale e nel diritto internazionale privato: diverse tecniche e un'unica funzione», 49 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (2013), pp. 569-592, y Symeon C. Symeonides, «Party autonomy and the *lex limitativa*», in *Mélanges en l'honneur de Spyridon Vl. Vrellis* (*cit. supra*, nota 8), pp. 909-924.

¹⁴⁶ Sobre la búsqueda de esta regla, cfr., por último, Louis d'Avout, «La *lex personalis* entre nationalité, domicile et résidence habituelle», in *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales* (*cit. supra*, nota 17), pp. 15-41.

¹⁴⁷ Cfr. por ejemplo, Patrick Kinsch, «Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé»,

como ya se ha subrayado, habrá transformado lo que se presentaba como una respuesta a una debilidad del sistema de conflictos en una nueva oportunidad de permitirle corresponder a los valores y principios que presiden la ordenación del sistema de derecho internacional privado¹⁴⁸.

En cualquier caso, debe señalarse que a la fragmentación del universo que tradicionalmente gira alrededor de la noción de estatuto personal y a la aparición de nuevas realidades a las que se ha reconocido una naturaleza parafamiliar, ha correspondido un menor reconocimiento de las conexiones tradicionalmente consideradas como de carácter personal (como el domicilio y, sobre todo, la nacionalidad), la creciente importancia de la residencia habitual, entendida como centro de los intereses de la persona o personas consideradas¹⁴⁹, la diversi-

Recueil des Cours, 318 (2005), pp. 9-332, y Bernard Dutoit, «Le droit international privé de la famille et les droits fondamentaux de l'enfant: le choc qui fait chic?», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* (*cit. supra*, nota 8), pp. 143-156.

En este sentido iba el *leitmotiv* del estudio de Erik Jayme, «Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne. Cours général de droit international privé», *Recueil des Cours*, 251 (1995), pp. 9-267.

¹⁴⁸ En este sentido Jean-Pierre Laborde, «Retour sur la pluralité du point de rattachement en droit international privé français des personnes et de la famille» (*cit. supra*, nota 112), p. 226.

¹⁴⁹ Sobre las dificultades en su determinación en la actualidad, cfr. Ester Di Napoli, «A place called Home: Il principio della territorialità e la localizzazione dei

dad de soportes a los que tales conexiones se refieren y de los momentos caracterizadores de su relevancia, y la afirmación lenta y paulatina de la posibilidad (aunque limitada) de que los individuos se manifiesten a propósito de la determinación de la ley aplicable a las relaciones de carácter familiar que constituyan entre sí.

6. Las estructuras de las que depende su aplicación

El último aspecto ante el que queremos llamar la atención reside en la progresiva importancia que han asumido, en la aplicación práctica del derecho de familia en la actualidad, las estructuras de cooperación entre autoridades (judiciales y otras). Se trata de un punto que no es exclusivo de esta área del derecho, habiéndose afirmado inicialmente, en cierto modo, en la esfera del proceso civil, pero que se ha impuesto en la materia que nos interesa, reflejo, de esta forma, de la importancia que se le atribuye a la aplicación práctica de las soluciones legales y a la circunstancia de que ésta no se encuentre necesariamente asegurada por la actuación de los sistemas de aplicación del derecho a los que los particulares pueden recurrir en la defensa y garantía de sus derechos.

rapporti familiari nel diritto internazionale post-moderno», 49 *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* (2013), pp. 899-922.

En efecto, la ejecución del derecho en las situaciones plurilocalizadas con frecuencia impone el recurso a autoridades (judiciales y también administrativas) a las que corresponde tomar las decisiones que dirimen los litigios entre los particulares, afirmando los derechos cuya definición haya suscitado controversias entre ellos. Simplemente, estos órganos de decisión también ven como, en principio, la eficacia de sus decisiones (y su propia autoridad) se circunscribe al dominio nacional, por lo que su aplicación transfronteriza, en definitiva, requiere recurrir a las estructuras del Estado donde la autoridad de la decisión se pretenda afirmar. Circunstancia que, no pocas veces, termina conduciendo a una renovación de los litigios, que ahora se reproducen a propósito de la ejecución de decisiones de autoridades que no están revestidas de *imperium* fuera del Estado en el seno de cuya organización se emitieron¹⁵⁰.

Siendo esta una característica del presente estado de organización de la sociedad internacional, condiciona en términos particularmente relevantes la aplicación del derecho, dado que, de este modo, la efectividad de los actos de *iurisdictio* no se encuentra asegurada sin más. Asimismo, es cierto que, mientras la estructura de la sociedad internacional sea la que hoy

¹⁵⁰ Cfr. a propósito Reinhold Geimer, «Über die Vollstreckungsgewalt der Staaten in Zivil- und Handelssachen», in *Essays in honour of Konstantinos D. Kerameus*, I, Athens, 2009, Ant. N. Sakkoulas, pp. 379-408.

conocemos¹⁵¹, no se vislumbra que la situación pueda solucionarse sin recurso a instrumentos de cooperación internacional. Los Estados, cada vez más, se han ocupado de organizar y asegurar tal cooperación internacional, instituyendo mecanismos de ejecución de los actos estatales, que pasan por el compromiso de las instancias de los restantes Estados en la aplicación de los actos y decisiones emitidos fuera de sus fronteras. Todo ello, que no es nuevo, ha sido objeto de perfeccionamiento en los últimos tiempos, extendiéndose a la intervención de autoridades judiciales y administrativas del Estado en el que se deba producir la ejecución¹⁵². La novedad está, no obstante, en la introducción de mecanismos de cooperación entre las autoridades, que ya han

¹⁵¹ Ver, a propósito, Muriel Josselin-Gall, «La place de l'État dans les relations internationales et son incidence sur les relations privées internationales», in *Le droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde* (cit. supra, nota 8), pp. 493-505.

Señálese que esta estructura de base en algún modo ha venido siendo objeto de cierta erosión en el contexto de la Unión Europea, siendo paradigmático a este respecto la relevancia dada, desde el Tratado de Ámsterdam, a la idea de reconocimiento mutuo de las decisiones. Cfr., sobre el punto, Rolf Wagner, «Die politischen Leitlinien zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen im Stockholmer Programm», 30 *IPRax* (2010), pp. 97-100, y, en la doctrina portuguesa, Lima Pinheiro, «O reconhecimento mútuo de decisões judiciais e extrajudiciais» (cit. supra, nota 90).

¹⁵² Cfr. Schlosser, «Jurisdiction and International Judicial and Administrative Cooperation», *Recueil des Cours*, 284 (2000-III), pp. 9-328, y Andreas Bucher, «La Dimension sociale du droit international privé. Cours général» (cit. supra, nota 22), pp. 477-523.

superado la fase inicial de la comunicación por vía diplomática, para articularse a través de redes de autoridades centrales que aseguran el contacto entre las instituciones de los diversos Estados¹⁵³ y que, en ciertos casos, llegan a funcionar a través de mecanismos de contacto directo entre las instituciones interesadas¹⁵⁴.

Esta línea de actuación comenzó en el ámbito procesal, caracterizado por la proximidad estructural entre las instancias entre las que se debía establecer la cooperación y por la naturaleza adjetiva e instrumental del área que constituía su objeto. No obstante, se extendió a través de mecanismos de naturaleza convencional, así como, de forma decisiva, de actos unilaterales de la Unión Europea, a materias incluidas en la esfera de las relaciones familiares, de la protección de menores¹⁵⁵ y adultos¹⁵⁶ al ejercicio de los derechos

¹⁵³ Cfr. a propósito Georges A. L. Droz, «Évolution du rôle des autorités administratives dans les conventions de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye», in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, pp. 129-147.

¹⁵⁴ Estamos pensando en la recién establecida Red Judicial Europea. A este propósito, cfr. Georgina Garriga Suau, «La creciente potencialidad de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil en la construcción del espacio judicial europeo», 8 *AEDIPr* (2008), pp. 237-255.

¹⁵⁵ Cfr. los artículos 29 a 39 del Convenio de 19 de octubre de 1996 sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de decisiones y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de protección de menores (*cit. supra*, nota 33).

¹⁵⁶ Cfr. los artículos 28 a 37 del Convenio de 13 de enero de 2000 sobre la protección internacional de los adultos (*cit. supra*, nota 44).

de custodia y visita¹⁵⁷, al raptó internacional de menores¹⁵⁸, a la adopción¹⁵⁹ y a las obligaciones de alimentos¹⁶⁰. Si buscamos un rasgo común a estos diferentes ámbitos, podremos decir que se trata de materias en las que están en juego derechos esenciales de las personas, y donde, por la misma razón, la realización del interés general no es compatible con la no ejecución de las decisiones que a este respecto puedan emitir los órganos estatales competentes para tal efecto¹⁶¹. Por lo tanto, urge instituir los mecanismos de efectiva participación de las autoridades estatales en la eje-

¹⁵⁷ Cfr. los artículos 53 a 58 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, al reconocimiento y a la ejecución de decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental (*cit. supra*, nota 80).

¹⁵⁸ Cfr. los artículos 9 a 21 del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (*cit. supra*, nota 14).

¹⁵⁹ Cfr. los artículos 6 a 22 del Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional (*cit. supra*, nota 34).

¹⁶⁰ Cfr. artículos 4 a 17 del Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre la obtención de alimentos destinados a menores y a otros miembros de la familia (*cit. supra*, nota 36) y 49 a 63 del Reglamento (CE) n.º 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 a la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (*cit. supra*, nota 82).

¹⁶¹ En el sentido de que también en materia de cooperación el valor de la identidad y de la protección de las personas en contacto con diversos ordenamientos jurídicos asume carácter paradigmático, cfr. Andreas Bucher, «La Dimension sociale du droit international privé. Cours général» (*cit. supra*, nota 22), p. 523.

cución de lo decidido por los órganos homólogos extranjeros, lo que implica, además de la definición de criterios comunes sobre las condiciones en las que se reconoce a cada entidad estatal la competencia para actuar, el establecimiento de las reglas que deberán aplicar, así como los términos en los que las decisiones así emitidas serán objeto de reconocimiento extraterritorial, y la concreción de los modos en los que cada entidad estatal revestida de *imperium* puede asegurar la realización efectiva de lo decidido en otros sistemas jurídicos y judiciales diferentes del que se observa en el territorio en cuestión.

Se trata naturalmente de una fase más avanzada de la cooperación internacional, cuya simple existencia e intervención en el ámbito de las relaciones familiares es un testimonio evidente de la importancia asumida por los derechos cuya aplicación se logra en el seno de estas relaciones en la escena internacional y de la progresiva extensión del derecho y de los mecanismos del orden internacional a instituciones que, hasta hace poco tiempo, en gran medida se manifestaban inmunes a éste.

7. Conclusión

El breve retrato que acabamos de hacer del derecho internacional privado de familia en los tiempos que vivimos nos permite destacar algunos de los rasgos que actualmente lo caracterizan.

El primero tal vez sea el de la pérdida de la unidad del instituto, unidad que permitía la inserción clara de las relaciones de familia en la esfera del estatuto personal y la sujeción de las mismas como un todo, a una ley única¹⁶², vinculada a la persona por una relación de carácter permanente o, al menos, particularmente estable, denominada por ello ley personal. En realidad, la situación actual se caracteriza, al contrario, precisamente por la diversidad de leyes aplicables a las distintas cuestiones jurídicas suscitadas por las relaciones de familia en las relaciones plurilocalizadas, cuestiones progresivamente más especializadas y en las que la ponderación se lleva a cabo en términos diversos. Por otro lado, a la pérdida de unidad del instituto también hay que añadir ahora otra forma de pérdida de unidad de la respectiva reglamentación. En efecto, y como ya se ha señalado anteriormente, con la regulación de origen estatal concurre hoy, en esta materia de la que nos ocupamos, además de las normas de fuente internacional, la de otros ordenamientos, como el derecho de la Unión Europea, que progresivamente se va dotando de un cuerpo de reglas de derecho internacional privado que, poco a poco, van sustituyendo capítulos más o menos completos de la reglamentación nacio-

¹⁶² En el sentido de que la propia idea de estatuto personal impone la unicidad del mismo, cfr., en la doctrina portuguesa, Ferrer Correia, «Unidade do estatuto pessoal», *in Estudos Jurídicos – III. Direito Internacional Privado*, Coimbra, 1970, Atlântida Editora, pp. 291-321, a p. 297.

nal. Pero la comprensión de los ordenamientos nacionales no se limita a estas áreas del derecho que, en su aplicación a las relaciones familiares, se sustituyen por las reglas de derecho de la Unión. Ésta abarca las propias reglas de la parte general de los sistemas nacionales de derecho internacional privado, que dejan de tenerse en consideración cuando se aplican normas de derecho internacional privado de la Unión que, a menudo, traen consigo la aplicación de preceptos propios (y posiblemente distintos de los de fuente estatal) en lo que se refiere a las cuestiones de la parte general¹⁶³. Y, asimismo, alcanza a la propia idea de parte general del derecho internacional privado, como conjunto de reglas que presiden la aplicación de las singulares normas de conflicto de un sistema, en la medida en que esa aplicación deja de ser objeto de reglas comunes, dependiendo en cada caso de cuál es la fuente de la norma de conflicto específica (del ordenamiento estatal o del de la Unión Europea) considerada.

Además de esta característica de orden sistémico, digamos, la concreta disciplina de las relaciones familiares plurilocalizadas se ha caracterizado por su acomodación a la diversidad.

¹⁶³ Véase, en referencia a los instrumentos citados *supra*, en las notas 81 y 82, los artículos 11, 12, y 14-16, y 15 (en la medida en que remite a los artículos 12, 13 y 15 la 17 del Protocolo de la Haya de 2007), respectivamente, con respecto al reenvío (que es objeto de exclusión), el orden público y la referencia a ordenamientos plurilegislativos.

Diversidad de institutos, sin duda, en la medida en que nuevas formas de relaciones familiares se han venido añadiendo a las anteriores, al mismo tiempo que en éstas, asistimos a una renovación de algunas de ellas y a la modificación sustancial de otras. Pero también de las miradas que se proyectan en la reglamentación respectiva, marcándose progresivamente la diferencia entre las opciones que a este respecto realizan los legisladores nacionales y, esto, independientemente de los esfuerzos de unificación internacional que se han desarrollado. Y diversidad de ordenamientos de regulación, dado que, al nivel estatal, que se presentaba como el marco esencial de la reglamentación en la materia que nos ocupa, también se ha añadido, y de forma creciente, en el espacio geográfico y cultural que consideramos, el nivel del derecho de la Unión Europea¹⁶⁴, que articula con el anterior relacio-

¹⁶⁴ Sobre el perfil que asume la intervención de este ordenamiento jurídico, cfr. Isabelle Barrière Brousse, «Le droit international privé de la famille à l'heure européenne», in *Le Droit des rapports internationaux économiques et privés. Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Michel Jacquet* (cit. *supra*, nota 78), pp. 347-365. Y, en particular para una referencia a las implicaciones resultantes de la misma con respecto al mecanismo del orden público internacional, cfr. Markus Renfert, *Über die Europaisierung der ordre public Klausel*, Frankfurt am Main, Peter Lang, Kurt Siehr, «Der ordre public im Zeichen der Europäischen Integration. Die Vorbehaltsklausel und die EU-Binnenbeziehung», in *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren. Festschrift für Bernd von Hoffman* (cit. *supra*, nota 78), pp. 424-436, y Michael Sturner, «Europaisierung des (Kollisions-) Rechts und nationaler ordre public», *ibidem*, pp. 463-482.

nes de sustitución y de coordinación. Lo cual, en definitiva, está en la línea de una construcción dogmática que caracterizaba a nuestra disciplina como el derecho de la tolerancia¹⁶⁵ (frente a nuevos institutos, a distintas formas de pensar, a diferentes ordenamientos de regulación).

Finalmente, la alteración de la estructura de orden jurídico así como la modificación operada en sus leyes han venido acreditando, crecientemente, el derecho de familia¹⁶⁶ y, también, en cierto modo, el derecho internacional privado de las relaciones familiares, como el laboratorio de una realidad social en acelerada mutación.

¹⁶⁵ Para retomar la imágen de Werner Goldschmidt. Atiéndase, a este propósito, en el trato que se da a ciertas instituciones de derecho musulmán (ver, a propósito, Alegria Borràs, «The protection of the rights of children and the recognition of *Kafala*», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* [cit. *supra*, nota 8], pp. 77-87), la progresiva erosión de la excepción de orden público internacional [cfr. Simone Marinai, «Matrimonial matters and the harmonization of conflict of laws: A way to reduce the role of public policy as a ground for non-recognition of judgments», 13 *Yearbook of Private International Law* [2011], pp. 255-272), y la desaparición o limitación del mecanismo del *exequatur* (a este respecto, cfr. Andrea Schulz, «The abolition of *exequatur* and State liability for human rights violations through the enforcement of judgments in european family law», in *A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon* [cit. en esta nota], pp. 515-527).

¹⁶⁶ Para una síntesis, cfr. Katharina Boele-Woelki, «European Challenges in contemporary family law: some final observations», in *European Challenges in Contemporary Family Law* (Katharina Boele-Woelki/Tone Sverdrup [eds]), Antwerp, 2008, Intersentia, pp. 413-423.

EL DERECHO DE FAMILIA EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO: ENCAJE INSTITUCIONAL Y REALIZACIONES MATERIALES*

Andrés RODRÍGUEZ BENOT

I. La transformación de la institución familiar en los ordenamientos occidentales: el principio de igualdad, núcleo de organización de los modelos familiares

La transformación sufrida por los ordenamientos occidentales en el ámbito del Derecho de familia desde la Segunda Guerra Mundial resulta una realidad innegable; a ello han contribuido, como ha apuntado I. LAZARO GONZÁLEZ, diversos factores como la industrialización, la participación económica de la mujer —y, con ella, su nueva condición social—, la igualdad entre los sexos, la caída de la nupcialidad y de la fecundidad, el cambio de los calendarios familiares o el incremento de las crisis matrimoniales¹. En tal sentido, si en este

* Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de I+D+i DER2014-58581-R (REDESUC), del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad del Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ *Las uniones de hecho en el Derecho internacional privado español*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 38 y doctrina *ibi cit.*

ámbito se habla ya abiertamente de modelos de familia ello obedece, a su vez, a la previa existencia de una pluralidad de modelos de uniones matrimoniales en las sociedades occidentales en función de la autoridad celebrante (civiles o religiosas), de su formalidad (matrimonio o unión de hecho, en este último caso registrada públicamente o no), del número de personas intervinientes (monogámicas o poligámicas), del sexo de éstas (igual o dispar), etc².

Lo cierto es que el mandato de protección de la familia, vigente en los ordenamientos de los países occidentales, implica en la actual configuración de la sociedad la necesidad de proteger todo tipo de modelo familiar³; y ello por

² Sobre los modelos de familia y de matrimonio en la sociedad actual véanse A. BAINHAM, «Family Law in a Pluralistic Society», en N. LOWE y G. DOUGLAS (eds.), *Families across Frontiers*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1996, pp. 300 y ss.; A. DUFOUR, *Mariage et société moderne. Les ideologies du Droit matrimonial moderne*, Presses Universitaires, Friburgo, 1997; y H. MUIR WATT, «Les modèles familiaux à l'épreuve de la mondialisation (Aspects de Droit international privé)», en A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IGLESIAS ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001, pp. 11 y ss.

³ La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (*Diario Oficial* C 83, de 30 de marzo de 2010), que parte de la garantía de la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social (artículo 33, apartado 1º), consagra el derecho al respeto de la vida familiar de toda persona (artículo 7); a contraer matrimonio y a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio (artículo 9); y a conciliar vida familiar y vida profesional (artículo 33, apartado 2º, lo que conlleva el derecho de toda

cuanto hoy gozan de reconocimiento público ciertas formas familiares que antes se desarrollaban en la clandestinidad o que se toleraban sólo en sectores marginales. Lo que contrasta con la progresiva actitud de indiferencia adoptada por el Estado y el Derecho frente a lo ocurrido, por ejemplo, en la vida privada de la pareja que conforma una familia⁴, excepción hecha respecto de aquellos supuestos que pudieran derivar en responsabilidad penal por violencia de uno de los cónyuges hacia el otro, respecto de los hijos o de éstos hacia los padres.

La perspectiva que ofrecen los ordenamientos de los países occidentales acerca de esta cuestión parte de la base de que en el núcleo de todo modelo de familia concurren diversos rasgos que, como ha explicado J. M.^a ESPINAR VICENTE, pueden reconducirse a dos principios⁵.

persona a ser protegida contra cualquier despido por una causa relacionada con la maternidad, así como el derecho a un permiso pagado por maternidad y a un permiso parental con motivo del nacimiento o de la adopción de un niño). En el plano estatal el artículo 39, apartado 1º, de la Constitución Española de 1978 dispone que «Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia».

⁴ I. LÁZARO GONZÁLEZ, *op. cit.* en nota 1, pp. 39-40.

⁵ *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 23 y ss., esp. p. 25. Con carácter más amplio véanse M. ANTOKOLSKAIA, *Harmonisation of family law in Europe: a historical perspective: a tale of two millennia*, Intersentia, Oxford, 2006; G. GARCÍA CANTERO, «El De-

a) El matrimonio constituye una relación que, en sí misma, sólo afecta directa y primariamente a los cónyuges. Se constituye, desarrolla y disuelve con base en los principios de plena equiparación de las partes, respeto a su dignidad y potenciación del libre desarrollo de sus respectivas personalidades.

b) La familia se articula básicamente en torno al hijo, de tal manera que allí donde exista un hijo habrá una relación jurídica familiar. Los padres que tengan hijos a través de diversas uniones —del tipo que sean— tendrán unas relaciones familiares horizontalmente expandidas y todas ellas iguales entre sí.

Asumiendo con N. COMTE GUILLEMET que en las últimas décadas se ha generado una sociedad distinta a la existente anteriormente⁶ —y, por ende, que han surgido nuevas fórmulas matrimoniales y familiares amparadas por las diferentes Constituciones nacionales—, debe

recho de familia en Europa: panorámica entre dos siglos (1)», *Actualidad Civil*, n.º 22 (2008), pp. 155; J. GOODY, *La familia europea: ensayo histórico-antropológico*, Crítica, Barcelona, 2001; C. HAMILTON y A. PERRY (eds.), *Family Law in Europe*, 2ª ed., Londres, Butterworths, 2002; C. McGLYNN, *Families and the European Union: Law, Politics and Pluralism*, Cambridge University Press, 2006; y S. SANZ CABALLERO, *La familia en perspectiva internacional y europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

⁶ «Las parejas no casadas ante el Derecho internacional privado», en A. L. CALVO CARAVACA y J. L. IRIARTE ÁNGEL (eds.), *Mundialización y familia*, cit., p. 301.

reseñarse que los rasgos esenciales de la concepciones constitucionales de la familia se proyectan asimismo sobre los supuestos de tráfico externo en la materia. Lo que implicará su toma en consideración para las autoridades estatales cuando ejerzan su tarea legisladora, aplicadora o exegética en el Derecho internacional privado de la familia.

La flexibilidad de la moderna concepción de la institución familiar en gran parte de los países europeos, unida a la creciente presencia en su territorio de personas procedentes de países dotados de ordenamientos con inspiración diferenciada de la del sistema jurídico occidental, incrementa los supuestos de tráfico externo en este ámbito; y, por ello, la posibilidad al menos teórica de invocar la defensa, en las relaciones internacionales, del núcleo inderogable que representa el orden público de un Estado⁷. Para definir este último instituto se debe partir de la base de la reivindicación constante del

⁷ Una aproximación al mismo cabe hallarla en una de las manifestaciones técnicas de la salvaguarda del orden público internacional, las normas materiales imperativas las leyes de policía, que son definidas en el artículo 9 del Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento y del Consejo, de 17 de junio de 2008, relativo a la Ley aplicable a las obligaciones contractuales como disposiciones «cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que sea la ley aplicable al contrato».

principio de igualdad, incorporado a todas las Constituciones democráticas de nuestra época⁸. Principio que adquiere un especial calado en el choque de culturas —y, más concretamente, en el trato hacia la mujer— cuando el portador de una de ellas (normalmente de fuerte influencia religiosa) emigra a un país no confesional o laico cuyas estructuras se fundamentan en la absoluta igualdad de todos ante la Ley⁹.

⁸ Del mismo modo que, en la construcción europea, en torno al mandato de los actuales artículos 18 y 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En base a idénticos preceptos del anterior Tratado de la Comunidad Económica Europea, esta materia fue objeto de desarrollo mediante la Directiva 2000/43/CE del Consejo de 29 de junio de 2000 relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (*Diario Oficial* L 180, de 19 de julio de 2000).

⁹ Un tratamiento detallado de la salvaguarda del orden público internacional en Derecho de familia puede verse, entre otros, en M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad», en I. GARCÍA RODRÍGUEZ (ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Universidad de Alcalá, Madrid, 2001, pp. 315-334; p. LAGARDE (relator), «Différences culturelles et ordre public en Droit international privé de la famille», Resolución aprobada por el Instituto de Derecho Internacional en su sesión de Cracovia en agosto de 2005, *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 2005 (http://www.justitiaetpace.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_02_fr.pdf); E. ORTEGA MARTÍN, «La cláusula de orden público ante el fenómeno multicultural», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 19 (2006), pp. 315-344; S. POILLOT PERUZZETTO, «The Exception of Public Policy in Family Law within the European Legal System», en J. MEEUSEN, G. STRAETMANS, M. PERTEGAS y F. SWENNEN (eds.), *Inter-*

Este principio de igualdad, valor fundamental sobre el que se erige la convivencia en una sociedad democrática, se manifiesta en todos y cada uno de los planos que conforman el contenido normativo del Derecho internacional privado, en particular en los sectores relativos al Derecho aplicable y al Derecho procesal civil internacional. La salvaguarda de la igualdad de todos ante la Ley (ejemplo, artículo 14 de la Constitución Española de 1978) dota de contenido al orden público de los países occidentales, cuya defensa adquiere particular relieve en sede matrimonial (en que la igualdad de los cónyuges se suele recalcar expresamente, cual ocurre en el artículo 32, apartado 1º, de la citada Carta Magna). Ello en el bien entendido de que no es una mera reiteración de lo ya consagrado por el artículo 14, «sino un límite constitucional que se proyecta básica, pero no exclusivamente, sobre el contenido de la relación, proscribiendo la asignación al matrimonio de cualquier efecto que, sin vulnerar el principio de igualdad, consagrarse derechos o deberes diferentes para el marido o la mujer»¹⁰.

national Family Law for the European Union, Intersentia, Amberes, 2007, pp. 279-302; y A. RODRÍGUEZ BENOT, «Tráfico externo, Derecho de familia y multiculturalidad en el ordenamiento jurídico español», en A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *La multiculturalidad: especial referencia al Islam*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 29-38, y doctrina allí citada.

¹⁰ J. M. ESPINAR VICENTE, *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, cit., p. 24.

La proyección del principio de igualdad consagrado en los textos internacionales relativos a derechos humanos sobre el sector del Derecho de familia en general, y de la institución matrimonial en particular, pone de manifiesto la presencia de unos valores ineludibles en nuestro sistema jurídico como son, en palabras de M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO: a) el llamado *ius nubendi* o *ius connubii*, esto es, el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia, a partir de cierta edad, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión; b) la exigencia de libre y pleno consentimiento de los contrayentes, como condición para la válida celebración del matrimonio; c) la igualdad de derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio; d) el derecho a la libertad religiosa de cada cónyuge; y e) la protección de los menores¹¹.

La presencia de elementos extranjeros en estas situaciones familiares plurales atribuye un especial y renovado papel al Derecho internacional privado como sistema normativo. Corresponde al legislador redactar normas, y a la jurisprudencia interpretarlas y aplicarlas, salvaguardando valores esenciales en estos ámbitos —en esencia, el principio de no discriminación— y procurando la evitación de situacio-

¹¹ «Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad», *cit.*, p. 317.

nes claudicantes (esto es, válidas para uno de los ordenamientos en presencia pero nulas o inexistentes para el otro u otros). Al análisis del desarrollo de estas tareas en el seno de la Unión Europea, con sus limitaciones y condicionantes, dedicamos las líneas que siguen.

II. El encaje institucional del Derecho de familia en la construcción del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia

1. El complejo marco previo

Un análisis de Derecho comparado pone de manifiesto la diversidad de regulaciones familiares entre los veintiocho Estados de la Unión Europea¹². Éstos pueden dividirse, *grosso modo*, en un bloque de países atentos a las más modernas tendencias familiares (así, los Países Bajos

¹² Es de destacar en este punto la obra de J. M. SCHERPE (ed.), *European Family Law*, Elgar, Cheltenham, en cuatro volúmenes de los que sólo el primero ha sido publicado en 2016: I. The Impact of Institutions and Organisations on European Family Law; II. The Changing Concept of 'Family' and Challenges for Domestic Family Law; III. Family Law in a European Perspective; y IV. The Present and Future of European Family Law. Un panorama de la situación en el proceso de integración regional del Cono Sur americano puede verse en S. L. FELDSTEIN DE CÁRDENAS, «Armonización legislativa en materia de Derecho de familia en el MERCOSUR: ¿una necesidad o una quimera?», en A. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ, (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 381-398.

o los países nórdicos) y otro constituido por Estados más tradicionales en la regulación jurídica de la familia (coincidente con los países mediterráneos, excepción hecha desde escasas fechas de España, y algunos países de Europa del Este como Hungría o Polonia).

Ante este panorama se comprende que la intervención normativa de la Unión Europea en la elaboración de un pretendido Derecho propio de la familia resulte harto compleja. Derecho sobre el que, sin embargo, se viene investigando desde hace décadas en el viejo continente¹³ y sobre algunos de cuyos detalles ya han tenido ocasión de pronunciarse directa o indirectamente en reiteradas ocasiones el Consejo de Europa mediante diversas recomendaciones y el Parlamento Europeo a través de variadas resoluciones.

Así las cosas, la evolución de lo que F. LLODRÁ GRIMALT ha denominado «movimiento espontáneo hacia la armonización del Derecho de familia en la Unión Europea» hasta alcanzar el presente marco normativo ofrecido por el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de ésta ha sido un camino jalonado por los siguientes hitos¹⁴.

¹³ Se suele citar en este punto a P. H. NEUHAUS, y más concretamente su contribución «Europäisches Familienrecht? Gedanken zur Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung» en la obra colectiva *Festschrift für Hans Dölle*, vol. II, J.C.B. Mohr, Tübinga, 1963, pp. 419 y ss.

¹⁴ «Hacia un Derecho de familia europeo», en *Nous repêtes del Dret de família*, Universidad de Gerona, 2005, p. 479.

a) En primer término, la necesidad de planificar el desarrollo de las previsiones sobre la cooperación judicial en materia civil contenidas en el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997¹⁵ generó dos documentos de evidente interés.

¹⁵ Cfr. sobre el particular, entre otros, J. BASEDOW, «Die Harmonisierung des Kollisionsrechts nach dem Vertrag von Amsterdam», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, vol. 8, 1997, pp. 609-617; *id.*, «The Communitarisation of the Conflicts of Laws under the Treaty of Amsterdam», *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, pp. 687-708; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Derecho internacional privado y Tratado de Ámsterdam», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1999, n.º 2, pp. 383-426; M. GARDEÑES SANTIAGO, «El Derecho internacional privado tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61 c) y 65 TCE como base jurídica», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002 (enero/abril), pp. 231-249; J. L. IGLESIAS BUHÍGUES, «La cooperación judicial en materia civil (CJC) antes y después del Tratado de Ámsterdam», *Revista General del Derecho*, n.º 644, 1998 (mayo), pp. 5847-5862; Ch. KOHLER, «Interrogations sur les sources du Droit international privé européen après le Traité d'Amsterdam», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1999, n.º 1, pp. 1-30; S. LEIBLE y A. STAUDINGER, «El art. 65 TCE: ¿carta blanca de la Comunidad Europea para la unificación del Derecho internacional privado y procesal?», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo I (2001), pp. 89-115; P. DE MIGUEL ASENSIO, «El Tratado de Ámsterdam y el Derecho internacional privado», *La Ley*, 1998, n.º 2, pp. 1907-1909; *id.*, «La evolución del Derecho internacional privado comunitario en el Tratado de Ámsterdam», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1998, n.º 1, pp. 373-375; A. ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, «La cooperación intergubernamental y comunitaria respecto a la circulación de personas no comunitarias y a los asuntos judiciales civiles y penales y policiales. La incidencia de las modificaciones del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Roma, constitutivo de la Comunidad Económica Europea, por el

— Por una parte el llamado Plan de acción de Viena de 1998, que vino a definir los ámbitos materiales en los que, como consecuencia de la aprobación de aquél, se debería intervenir en un plazo de cinco años¹⁶: en la Parte II (‘Prioridades y medidas’), letra B (‘Políticas relacionadas con la libre circulación de personas’), apartado II (‘Cooperación judicial en materia civil’) se indicaban en el punto 41 como ámbitos en los que elaborar instrumentos jurídicos la Ley aplicable al divorcio; las soluciones no judiciales de las controversias con especial hincapié en el los conflictos familiares transnacionales y en la posibilidad de la mediación familiar para resolverlos; y la competencia judicial internacional, la Ley aplicable, el reconocimiento

Tratado de Ámsterdam», en *La armonización legislativa de la Unión Europea*, Madrid, Dykinson, 1999, pp. 187-204; S. SÁNCHEZ LORENZO y M. MOYA ESCUDERO, *La cooperación judicial en materia civil y la unificación del Derecho privado*, Madrid, Dykinson, 2003; R. WAGNER, «Zur Vereinheitlichung des Internationalen Privat-und Zivilverfahrensrechts acht Jahre nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, vol. 20, 2007, pp. 626-631; e *id.*, «Vereinheitlichung des Internationalen Privat-und Zivilverfahrensrechts neun Jahre nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags», *Neue Juristische Wochenschrift*, 2008, n.º 31, pp. 2225-2229.

¹⁶ Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, adoptado en Viena el 3 de diciembre de 1998 y publicado en el *Diario Oficial* C 19, de 23 de enero de 1999.

y la ejecución de resoluciones concernientes a los regímenes matrimoniales y a las sucesiones.

— Por otra parte son de destacar las Conclusiones del Consejo extraordinario celebrado en Tampere (Finlandia) en octubre de 1999, cuyo punto n.º 39 establecía que por lo que al Derecho material respectaba, se requería un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles¹⁷.

b) En segundo lugar, la necesidad de trabajar en el ámbito estrictamente comunitario en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones en materia tanto civil y mercantil como penal propició la aprobación de sendos documentos, de los que el primero incluía medidas para la extensión de dicho principio a sectores materiales no cubiertos por los instrumentos comunitarios de reconocimiento mutuo de resoluciones tales como las situaciones familiares surgidas de relaciones distintas del matrimonio, de los regímenes matrimoniales y de las sucesiones¹⁸.

¹⁷ *Boletín de la Unión Europea*, n.º 10/1999 (octubre), p. 12.

¹⁸ Se trata del Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil, *Diario Oficial* C 12, de 15 de enero de 2001; sobre él véase la Nota de C. GONZÁLEZ BEILFUSS, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 2000, n.º 2, pp. 662 y ss.

c) Seguidamente se ha de aludir a un ambicioso documento adoptado en octubre de 2004: el llamado Programa de La Haya para la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, que establecía un plan plurianual que abarcaría de 2005-2010¹⁹. En él sobresalían dos grandes caracteres en lo que atañe a un pretendido Derecho comunitario de la familia: uno temporal (la fecha límite era 2011 para la adopción de los instrumentos oportunos) y otro normativo (la utilización del método conflictual antes que la adopción de normas de Derecho material uniforme, al que sólo se recurriría cuando fuera necesario para posibilitar efectivamente el reconocimiento

¹⁹ *Diario Oficial* C 53, de 3 de marzo de 2005, que se completó con un Plan de Acción del Consejo y la Comisión por el que se aplicaba el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (*Diario Oficial* C 198, de 12 de agosto de 2005); sobre él puede verse, entre nosotros, J. M. ARIAS RODRÍGUEZ, «El Programa de La Haya: un nuevo programa en el área de libertad, seguridad y justicia», *La Ley (Unión Europea)*, n.º 6641 (31 de enero de 2007).

Con posterioridad al mismo deben tenerse presentes tanto la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir», COM(2006) 331 final, de 28 de junio de 2006 (sobre él *vid.* L. GOMIS CATALÁ, «Ejecución del Programa de La Haya: el camino a seguir», *Unión Europea Aranzadi*, 2006, n.º 8, pp. 21-24) como los Informes de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre la ejecución del Programa de La Haya en 2005 (COM[2006] 333 final, de 28 de junio de 2006), en 2006 (COM[2007] 373 final, de 3 de julio de 2007) y en 2007 (COM[2008] 373 final, de 2 de julio de 2008).

mutuo de las resoluciones o para mejorar la cooperación judicial en materia civil).

d) El siguiente paso al que creemos necesario aludir en el análisis del movimiento espontáneo hacia la armonización del Derecho de familia en la Unión Europea lo representó la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo titulada «Programa de La Haya: diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia»²⁰, aprobado en el Consejo de Ministros celebrado el 3 de junio de 2005 y encargado a la Comisión con ocasión de la aprobación del Programa de La Haya de 2004. A título de información indiquemos que en la lista de medidas propuestas para reforzar la eficiencia de la justicia y mejorar el reconocimiento mutuo y el acceso efectivo a la justicia en asuntos civiles se preveía, en lo tocante al Derecho de familia, un Libro verde sobre sucesiones para 2005, un Libro verde sobre conflictos de Leyes y de jurisdicciones en asuntos de divorcio, una propuesta de instrumento normativo sobre obligaciones alimentarias, un Libro verde sobre las consecuencias patrimoniales de las relaciones matrimoniales y la convivencia en pareja para 2006 y un Libro verde sobre estado civil para 2008 (novedad ésta más que reseñable).

²⁰ Documento COM(2005) 184 final, de 10 de mayo de 2005.

Afirmada la carencia hasta entonces de un objetivo comunitario específico para la elaboración de un Derecho sustantivo europeo de familia, es en estos y en otros documentos en los que hallamos la justificación de los posteriores esfuerzos para la armonización de la materia. Esa justificación puede resumirse en los siguientes principios.

- La afectación de la vida de los ciudadanos por las diferencias en las regulaciones materiales de las distintas instituciones familiares: «El Derecho civil, que incluye el Derecho de familia, afecta a los ciudadanos en su vida diaria», afirmaba el punto 3.4.1. del Programa de La Haya de octubre de 2004 (*supra*). De ahí que en la presentación de este documento en el Consejo que lo aprobara afirmara el a la sazón Comisario Europeo de Justicia e Interior, A. VITORINO, que con él se pretendía facilitar la vida de los ciudadanos evitándoles problemas jurídicos.
- El ofrecimiento de una mayor protección de las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales, según se disponía en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo «Área de libertad, seguridad y justicia; valoración del Programa de Tampere y orientaciones futuras», de 2 de junio de 2004²¹.

²¹ Documento COM(2004) 4002 final.

- Como complemento de lo anterior, y según se plasmaba en el mismo documento recién aludido, el fomento de iniciativas legislativas relativas a la ciudadanía de la Unión: más concretamente, se pretendía hacer efectivo el derecho a la libertad de movimiento de los ciudadanos y sus familias.
- El establecimiento de un área judicial en temas civiles y mercantiles para facilitar la cooperación y el acceso a la justicia, conforme se consagraba en la citada Comunicación de la Comisión de 2 de junio de 2004.
- La prosecución con el establecimiento del reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y certificados tanto en materia civil como penal, según rezaba la introducción del Programa de La Haya de octubre de 2004.
- La eliminación de obstáculos legales y judiciales en los litigios en asuntos civiles y familiares con repercusiones transfronterizas (Introducción y punto 3.4.1 del Programa de La Haya de octubre de 2004).

Con posterioridad a esta evolución, una vez firmado el Tratado de Lisboa el 13 de diciembre de 2007, se aprobó el Programa de Estocolmo titulado «Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano», que establecía

las prioridades de la Unión Europea respecto al espacio de libertad, seguridad y justicia para el período 2010-2014²². Partiendo de los logros de sus predecesores, los programas de Tampere y de La Haya (*supra*), este tercer plan plurianual pretendía hacer frente a los desafíos del futuro y reforzar aún más el citado espacio de libertad, seguridad y justicia con medidas centradas en los intereses y las necesidades de los ciudadanos²³. Lo cual nos da paso al análisis del presente marco normativo en que se

²² *Diario Oficial* C 115 de 4 de mayo de 2010. El Programa se ha aplicado mediante un Plan de Acción contenido en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de abril de 2010 (documento COM[2010] 171 final).

²³ Sobre este particular pueden verse entre nosotros, *inter alia*, A. CHICHARRO LÁZARO, «El Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo: Los nuevos retos de la cooperación judicial en materia civil», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 20, 2010; T. FAJARDO DEL CASTILLO, «El programa de Estocolmo: últimos desarrollos de la política europea de libertad, seguridad y justicia», en M. A. ACOSTA SÁNCHEZ, M. REMI NIJKI y J. A. DEL VALLE GÁLVEZ (dirs.), *Inmigración, seguridad y fronteras: problemáticas de España, Marruecos y la Unión Europea en el área del Estrecho*, Dyckinson, Madrid, 2012, pp. 153-174; M. IRUJO AMEZAGA, «Programa de Estocolmo y su impacto en el espacio judicial civil y mercantil», *Unión Europea Aranzadi*, n.º 6 (2010), pp. 13-22; A. ARIAS RODRÍGUEZ, «El Programa de Estocolmo», *Diario La Ley*, n.º 7812 (2012); y E. ZAPATER DUQUE, «El impacto de la dimensión exterior en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: análisis del Programa de Estocolmo a través de su Plan de Acción», en J. MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES (coord.), *La dimensión exterior del espacio*

desenvuelve el Derecho de familia en la Unión Europea.

2. El actual marco normativo

La construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea no ha permanecido ajena a la cambiante realidad social y jurídica que ha venido ofreciendo la institución familiar. En efecto, de una concepción tradicional de la familia, con una mayor o menor impronta religiosa, basada en una estabilidad social amparada en la amplitud de sus miembros —otrora organizados en torno al cabeza de familia y modernamente alrededor de los hijos—, se ha pasado a una concepción por cuya virtud la creación de la familia así como su disolución se hacen depender de un derecho individual de todo ser humano, sea cual sea su sexo²⁴. Se trata de un proceso no pacífico que comenzó en el último tercio del siglo XX en el continente europeo²⁵ y que hoy alcanza de lleno a España donde, desde la entrada en vigor de la Leyes 13/2005, de 1 de julio, y 15/2005, de 8 de julio, se admiten, respectivamente, la

de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, Iustel, Madrid, 2012, pp. 49-86.

²⁴ Sobre este particular véanse, entre otros, J. EEKELAAR y Th. HHLAPO, *The Changing Family. Family Forms and Family Law*, OUP, Oxford, 1998.

²⁵ Cfr. J. GOODY, *La familia europea: ensayo histórico-antropológico*, cit.

celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo y el llamado divorcio *express* (esto es, instado por uno sólo de los cónyuges tras tres meses desde la celebración del matrimonio sin necesidad de alegar causa alguna)²⁶.

²⁶ Sobre la primera de estas Leyes la sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) 198/2012, de 6 de noviembre, resolvió el recurso de inconstitucionalidad 6864-2005 interpuesto por más cincuenta Diputados del Grupo Popular del Congreso declarando la misma ajustada a la Constitución (con votos particulares de R. RODRÍGUEZ ARRIBAS, M. ARAGÓN REYES, A. OLLERO TASSARA y J. J. GONZÁLEZ RIVAS). Un análisis doctrinal del debate puede verse en T. J. ALISTE SANTOS, «Argumentos acerca de la inconstitucionalidad de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», *La Ley*, n.º 6839 (12 de diciembre de 2007); C. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «Argumentos a favor de la posible constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 2005, n.º 3 (julio-septiembre), pp. 351-368; G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «¿Es constitucional, hoy, el matrimonio homosexual (entre personas de idéntico sexo)?», *Revista de Derecho Privado*, 2005, n.º 2 (marzo-abril), 2005, pp. 37-56; S. SÁNCHEZ LORENZO, «La aplicación de la Ley 13/2005 en el caso de contrayentes extranjeros», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2005, pp. 1-10; y J.A. TOMAS ORTIZ DE LA TORRE, «Notas sobre el matrimonio homosexual y su impacto en el orden público internacional español», *Actualidad Civil*, 2005, n.º 20 (noviembre), pp. 2452-2456.

Con fecha 29 de julio de 2005 la Dirección General de los Registros y del Notariado aprobó una Resolución-Circular sobre matrimonios civiles de personas del mismo interpretando dicha norma de tal modo que, en lo que a los aspectos de Derecho internacional privado concierne, de manera no pacífica ha excepcionado el principio de verificación de la capacidad nupcial por el ordenamiento del

Ante este panorama sociopolítico, los legisladores han reaccionado en unos casos homologando *ex post* situaciones *de facto* ampliamente admitidas (por ejemplo, las llamadas parejas de hecho entre personas de distinto sexo) y en otros supuestos pretendiendo transformar el sustrato social al aprobar normativas que, invocando el principio de no discriminación, permitan el acceso a determinadas situaciones

Estado de la nacionalidad de los contrayentes para permitir la celebración ante autoridad española de matrimonios entre personas del mismo sexo aunque su Ley nacional lo prohíba bajo el argumento de que ello es un requisito objetivo del matrimonio en nuestro ordenamiento. Sobre ello véanse A.P. ABARCA JUNCO y M. GOMEZ JENE, «Nota sobre la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles de personas del mismo sexo», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2006, n.º 1, pp. 309-318; S. ALVAREZ GONZALEZ, «Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: una lectura más crítica», *La Ley*, n.º 6629 (15 de enero de 2007); *id.*, «Nota a la Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la DGRN, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, n.º 2, pp. 1007-1012; A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Aspectos internacionales de los matrimonios entre personas del mismo sexo: notas a la Resolución-Circular de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 29 de julio de 2005», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 2007 (2006), pp. 671-717; A. QUIÑONES ESCAMEZ, «Límites a la celebración en España de matrimonios internacionales del mismo sexo», *Revista Jurídica de Cataluña*, 2005, n.º 4, pp. 1171-1190; *id.*, «Nota a la Circular de la DGRN de 29 de julio de 2005 sobre los matrimonios civiles entre personas del mismo sexo», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2005, n.º 4, pp. 855-858.

familiares a ciudadanos que quedaban fuera de las fórmulas convencionales (así, la admisión de los matrimonios entre personas del mismo sexo, con la posibilidad incluso de constitución de adopciones por los dos padres o por las dos madres, sin olvidar la eventual determinación de la filiación sobre la base de los vientres de alquiler o maternidad subrogada).

Así las cosas, una intervención normativa de la Unión Europea en el ámbito del Derecho de familia resulta harto compleja por razones formales, materiales, políticas y aun económicas²⁷. Una valoración global de la intervención normativa de la UE en este campo viene ca-

²⁷ No resulta baladí en este punto poner de relieve el peculiar interés que merece un análisis de la proyección de la estructura normativa comunitaria sobre el espectro sustantivo de la familia. No en vano el ámbito familiar ha sido tradicionalmente considerado como un banco de pruebas ideal para el estudio de la estructura normativa del Derecho internacional privado; en este sentido véanse, entre otros, J. M. ESPINAR VICENTE, *Ensayos sobre teoría general del Derecho internacional privado (Breve introducción al Derecho internacional privado, con especial referencia al tratamiento de las relaciones de familia)*, Civitas, Madrid, 1996; L. GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du Droit international privé. Étude de Droit international privé de la famille*, LGDJ / Montchrestien, París, 2001; *id.*, «Le Droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (L'exemple du Droit de la famille)», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2001, n.º 1, pp. 1-42; y E. JAYME, «Diritto di famiglia: società multiculturale e nuovi sviluppi del Diritto internazionale privato», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1993, n.º 2, pp. 295-304.

racterizada por cuatro datos (B. CAMPUZANO DÍAZ): a) la armonización acometida lo ha sido de manera parcial, esto es, a través de instrumentos sectoriales; b) se permite cierta diversidad entre los Estados miembros; c) se han introducido técnicas normativas novedosas que después la Unión ha extendido a otros sectores; y d) la asunción por ésta de una competencia exclusiva en las relaciones internacionales ha dejado reducido a residual el papel de los Estados miembros²⁸.

De entrada, debe tenerse presente que en todas las fases de la construcción europea la unificación del Derecho de familia ha resultado ajena a la consecución de los fines de la Unión (*supra*), según se aprecia tanto en las normas elaboradas por ésta²⁹ como en el parecer de

²⁸ «La política legislativa de la UE en DIPr de familia. Una valoración de conjunto», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5 (2013), n.º 2, pp. 234-264, esp. 237 ss.

²⁹ Con anterioridad al vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, disponía el Tratado de la Comunidad Europea (versión consolidada) en su artículo 2 que la Comunidad Europea tendría por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4 (entre las que ninguna atañía *stricto sensu* a un pretendido Derecho de familia europeo), un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los

la doctrina, que ha venido recalcando que no cabía establecer reglas atinentes a cuestiones materiales del Derecho de familia³⁰.

No obstante, en la etapa presente de la citada construcción nuevas perspectivas en este ámbito ofrece el marco representado por el actual artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de

resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.

³⁰ Cfr. F. LLODÁ GRIMALT, «Hacia un Derecho de familia europeo», *cit*, p. 477, quien expone con nitidez el obstáculo que, para la creación de un Derecho comunitario de familia, representa la ausencia de una auténtica ausencia de competencia legislativa de la Unión Europea. La autora alude a su vez a la ponencia defendida por S. SÁNCHEZ LORENZO en las Duodécimas Jornadas de Derecho catalán celebradas en Tossa en septiembre de 2002 titulada «Aproximación del Derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la Comunidad Europea», donde el citado autor llega a expresar que «no puede defenderse con una mínima seriedad que el buen funcionamiento del mercado interior exija una armonización del estatuto personal o del Derecho matrimonial. *In extremis* podría concebirse una acción comunitaria en el ámbito del Derecho de familia vinculada con las exigencias derivadas de la libre circulación de personas, en concreto con el fin de facilitar la reagrupación o situación familiar del trabajador o prestador de servicios, garantizar las pensiones alimenticias o establecer conceptos comunes sobre las personas a cargo del trabajador o prestador de servicios, que podría propiciar disposiciones relativas a la custodia de menores, patria potestad, derechos de visita, etc.», lo cual tampoco justificaría, a su entender, un Derecho de familia europeo con pretensiones sistemáticas; véase en esta línea, del mismo autor, *Derecho privado europeo*, Comares, Granada, 2002, pp. 203-205.

la Unión Europea, que conforma el Capítulo 3 («Cooperación judicial en materia civil») del Título V («Espacio de libertad, seguridad y justicia») del mismo, conforme a la redacción aportada por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 suscrito entre los países de la Unión Europea³¹. Del citado artículo se desprende el siguiente análisis.

1º La Unión goza de competencias para regular las situaciones de tráfico jurídico externo mediante normas propias de Derecho internacional privado; a ello se refiere el apartado 1º del artículo 81 al establecer eufemísticamente que «desarrollará una cooperación judicial en

³¹ *Diario Oficial*, C 306, de 17 de diciembre de 2007. En lo que respecta al objeto de este trabajo véase J. J. ÁLVAREZ RUBIO, «El Tratado de Lisboa y la plena comunitarización del espacio de libertad, seguridad y justicia», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 25 (2008); R. BARATTA, «Refléxions sur la coopération judiciaire civile suite au Traité de Lisbonne», en G. VENTURINI y S. BARIATTA (eds.), *Liber Fausto Pocar*, vol. II (*Nuovi strumenti del Diritto internazionale privato*), Giuffrè, Milán, 2009, pp. 3-22; I. BARRIÈRE-BROUSSE, «Le Traité de Lisbonne et le droit international privé», *Journal du Droit International*, 2010, n.º 1, pp. 3-34; H. AGUILAR GRIEDER, «La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1 (2010), pp. 308-338; M. GUZMÁN ZAPATER, «Cooperación judicial civil y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 21 (2010); y F. PAULINO PEREIRA, «La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union Européenne: bilan et perspectives», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2010, n.º 1, pp. 1-36.

asuntos civiles con repercusión transfronteriza». Dicho *corpus* regirá las situaciones de tráfico externo que surjan en el interior de la Unión, así como las que surjan entre los países de la Unión y Estados terceros en aquellas materias que sean competencia exclusiva de la propia Unión *ex* artículo 3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea³².

2º Reconocida la competencia normativa en la materia, para la construcción de este sistema jurídico la Unión ha de basarse en dos pilares.

a) En primer término, el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales (art. 81, apartado 1º, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), fin último del sistema de Derecho internacional privado de la propia Unión; en otros términos, en su tarea normativa ésta debe perseguir que las situaciones válidamente constituidas o las decisiones válidamente adoptadas en el interior de un Estado socio sean igualmente eficaces en los restantes Estados³³.

³² A modo de ejemplo, dado que el Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre los acuerdos de elección de foro afecta a normas de competencia judicial internacional establecidas en Reglamentos de la Unión Europea, es ésta —y no los Estados miembros separadamente— la que tiene la competencia de adherirse a aquél en nombre de ellos y así la ha ejercido mediante la Decisión 2009/397 del Consejo, de 26 de febrero de 2009 (*Diario Oficial*, L 133 de 29 de mayo de 2009).

³³ Sobre ello véase M. GARDEÑES SANTIAGO, «Les exigences du marché intérieur dans la construction

b) En segundo lugar, la acción normativa de las instituciones de la Unión ha de estar condicionada por un criterio funcional: las normas que adopten deben serlo siempre que «resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior»; esto es, la Unión sólo podrá intervenir si mediante sus normas se eliminan obstáculos a la libertad de circulación de los cuatro factores de producción del mercado (personas, servicios, mercancías y capitales) pues fuera de este marco la competencia para legislar en materia de Derecho internacional privado es exclusiva de los Estados miembros (principios de subsidiariedad, atribución y proporcionalidad consagrados en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea).

3º Las iniciativas que adopten las instituciones de la Unión para elaborar su propio Derecho internacional privado podrán incluir «la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros» (artículo 81, apartado 1º). Si bien la técnica normativa que más se corresponde con esta idea es la Directiva —*ex art. 115 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*—, lo cierto es que a raíz de la

d'un code européen de droit international privé, en particulier la place de la confiance et de la reconnaissance mutuelle», en M. FALLON, p. LAGARDE y S. POILLOT-PERUZZETTO (dirs.), *Quelle architecture pour un code européen de Droit international privé?*, Peter Lang, Bruselas, 2011, pp. 89-106.

promulgación del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 la técnica más utilizada de entre las previstas en el artículo 288 de aquel Tratado está siendo el Reglamento, dado que goza de alcance general a la vez que, una vez promulgado, resulta obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro.

4º Los ámbitos materiales del Derecho internacional privado en los que la Unión Europea puede ejercer sus competencias legislativas aparecen reflejados en el apartado 2º de artículo 81 de su Tratado de Funcionamiento y pueden ser sistematizados como sigue.

a) Un primer bloque alude a la misión genérica de alcanzar «la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción». Obsérvese, por una parte, la sutileza del término utilizado («compatibilidad»), en lugar de otros más ambiciosos como armonización o uniformización; y, por otra parte, la vastedad del ámbito en que perseguir tal objetivo, los conflictos de leyes y de jurisdicción, sinónimo de Derecho internacional privado.

b) Un segundo bloque abarcaría aspectos propios del Derecho procesal civil con elemento extranjero: la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles (fomentando si es necesario la compatibilidad

de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros); la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; la cooperación en la obtención de pruebas; y el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución.

c) Un tercero pretende el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios.

d) El cuarto bloque se refiere a una cuestión transversal, la garantía de la tutela judicial efectiva, pues se halla presente en cualquier desarrollo del Derecho procesal civil internacional dentro de la Unión.

e) El último bloque, de carácter funcional, concierne al apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia en el campo del Derecho internacional privado de la Unión.

En todos estos campos han sido adoptadas normas, hoy vigentes, según tendremos ocasión de ir estudiando.

5.º Según establece el artículo 81, apartado 2º del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, las instituciones con competencia para legislar en estos ámbitos son el Parlamento Europeo y el Consejo, que utilizarán a tal fin el procedimiento legislativo ordinario del ar-

título 289 del citado Tratado. Ahora bien, si la materia en que se quisiera legislar fuera el Derecho de familia, las normas se establecerán por el Consejo con arreglo a un procedimiento legislativo especial en el que se pronunciará por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo (apartado 3º del citado artículo); excepción ésta que se explica por la relevancia del factor cultural, religioso, social o histórico en la configuración del Derecho de familia y de sus peculiaridades nacionales³⁴.

En relación con la regla paralela que contenía el frustrado proyecto de Constitución Europea, mediante una interpretación extensiva y no pacífica de la cuestión D. COESTER-WALTJEN ha

³⁴ El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario, debiendo el Consejo pronunciarse por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo. La citada propuesta de decisión se comunicará a los Parlamentos nacionales, de tal modo que en caso de que un Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación, la decisión no será adoptada; en ausencia de oposición, el Consejo podrá adoptar la decisión. Según ha puesto acertadamente de manifiesto B. CAMPUZANO DÍAZ («La política legislativa de la UE en DIPr de familia. Una valoración de conjunto», *cit.*, p. 239), la posibilidad de utilizar esta llamada cláusula pasarela ya se planteó durante la negociación del Reglamento 4/2009 (*infra*) bajo el argumento de que la institución de los alimentos entre parientes tiene su origen en una relación familiar pero se traduce en una obligación de carácter económico, si bien la misma no prosperó (ni lo ha hecho hasta el presente).

estimado que en materia de Derecho de familia el nuevo marco normativo de la Unión se refiere expresamente a la repercusión transfronteriza del mismo («measures concerning family law with cross-border implications» en expresión inglesa), no limitándose al procedimiento civil y a los conflictos de Leyes sino extendiéndose asimismo a las instituciones sustantivas de Derecho de familia³⁵.

6º Para la aplicación de los instrumentos de Derecho internacional privado de la Unión Europea es oportuno tener en consideración que determinados Estados miembros gozan de una situación especial. Por un lado, Irlanda y el Reino Unido tienen el derecho a decidir si participar (*opting in*) o no (*opting out*) en la elaboración y/o aplicación de los citados instrumentos conforme a lo dispuesto en el Protocolo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea sobre la posición de dichos Estados respecto del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia. Por su parte Dinamarca quedó

³⁵ Recensión a la obra de K. BOELE-WOELKI (ed.), *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*, Intersentia, Amberes/Oxford/Nueva York, 2003, publicada en el *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 8.1 (marzo de 2004). Un esfuerzo de concreción del concepto de Derecho de familia a los fines de su armonización en la Unión Europea puede verse en A. FIORINI, *Which Legal Basis for Family Law? The Way Forward*, publicado por el Parlamento Europeo en noviembre de 2012 (http://www.europarl.europa.eu/webnp/webdav/site/myjahiasite/shared/ICMs/2013/LIBE_JURI%20June/Which%20legal%20basis%20for%20family%20law.pdf).

deliberadamente fuera de la construcción del citado espacio, como se refleja en el Protocolo 22 del aludido Tratado; lo que significa que la vinculación de este Reino con los restantes Estados miembros se llevará a cabo mediante convenios específicos que así lo prevean.

7º Finalmente, resulta preciso delimitar la coordinación entre los instrumentos de la Unión respecto de otros instrumentos supraestatales (convenios) y de la normativa adoptada en cada Estado que, de entrada, se instrumenta en torno a la primacía del Derecho de la Unión Europea. Ahora bien, este principio admite matizaciones.

a) En el primer supuesto cabe que un Reglamento de la Unión incorpore una cláusula de desconexión, por cuya virtud se permite la ratificación de un convenio internacional y su aplicación a las relaciones extra-europeas. Es el caso, por ejemplo, del Reglamento (CE) n.º 4/2009, 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 alimentos³⁶, expresamente coordinado con un Convenio y un Protocolo aprobados en 2007 en esta materia por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado³⁷.

³⁶ *Diario Oficial*, L 7 de 10 de enero de 2009.

³⁷ Todos los convenios aprobados en la Conferencia de La Haya, así como su estado de vigencia y una bibliografía

b) Para las relaciones entre el Derecho de la Unión y el de los Estados miembros es menester tomar en consideración el principio de subsidiariedad ya aludido, por cuya virtud en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva la Unión Europea intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión (artículo 5 del Tratado de la Unión Europea).

III. Las realizaciones materiales en el derecho de familia de la Unión Europea

1. Los logros normativos

1.1. El Derecho de familia stricto sensu

Los resultados normativos en la Unión Europea en el ámbito del Derecho de familia, alcanzados en sus distintas fases de evolución y bajo las diferentes bases legislativas, se han concretado en los planos tanto del Derecho procesal civil (determinación de la competencia de autoridades, eficacia extraterritorial de decisiones y cooperación entre autoridades), como

básica sobre los mismos, pueden consultarse en la web de este organismo www.hcch.net.

del conflictual (determinación del ordenamiento aplicable al fondo), todas ellas cuestiones clásicas que aborda el Derecho internacional privado. A los fines de sistematizar el análisis de los resultados normativos, abordaremos el estudio por materias.

1º Separación judicial y divorcio. Esta cuestión se halla cubierta por dos diferentes instrumentos: por un lado el Reglamento (CE) n.º 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) n.º 1347/2000 (vigente desde el 1 de marzo de 2005)³⁸; y por otro lado el Reglamento

³⁸ *Diario Oficial* L 338, de 23 de diciembre de 2003. Como recuerda B. CAMPUZANO DÍAZ («La política legislativa de la UE en DIPr de familia. Una valoración de conjunto», *cit.*, p. 242), es este el primero de los instrumentos de Derecho internacional privado comunitario que estableció una solución alternativa al tradicional procedimiento de exequátur para las resoluciones en materia de derecho de visita y restitución de menores, consistente en el establecimiento de una serie de requisitos cuyo cumplimiento debía certificarse por el juez del Estado de origen (artículo 41 y 42), de tal modo que la expedición de este certificado tiene como efecto que la resolución pueda ser ejecutada en los demás Estados miembros prescindiendo del procedimiento de exequátur; posteriormente, este sistema de eficacia extraterritorial de resoluciones se ha ido extendiendo a otros instrumentos de Derecho de familia como el Reglamento 4/2009 en materia de alimentos (*supra*). Sobre esta cuestión véanse en la doctrina española, entre otros, C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, «La supresión del exequátur en el R.

(UE) n.º 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (vigente desde el 21 de junio de 2012)³⁹. De un estudio de conjunto ambos textos destacamos los siguientes caracteres.

a) En tanto que el primero de ellos define como ámbito para su aplicación material el divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial (artículo 1, apartado 1º), el segundo lo hace en relación únicamente con las dos primeras instituciones, pues excluye la regulación de la nulidad matrimonial (apartado 1º y apartado 2º, letra c] del artículo 1) por lo que si una autoridad española resultara competente para conocer de una nulidad matrimonial conforme a los foros del Reglamento 2201/2003, la determinación del ordenamiento aplicable al fondo del asunto la llevaría a cabo según lo dispuesto en la norma de conflicto del artículo 107, apartado 1º, de nuestro Código Civil y no

2201/2003», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 1 (2011), pp. 63-83; A. FONT SEGURA, «El progresivo avance del derecho comunitario en materia de familia: un viaje inconcluso de Bruselas II a Bruselas II bis», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2004, n.º 1, pp. 295-300; y M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Los avances de la normativa comunitaria en materia de protección de menores», en M. DI FILIPPO y OTROS (coords.), *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Universidad de Sevilla, 2008, pp. 151-172, esp. pp. 167 y ss.

³⁹ *Diario Oficial* L 343, de 29 de diciembre de 2010.

atendiendo a lo establecido en el Reglamento 1259/2010.

b) Coinciden en cambio ambos instrumentos en dos cuestiones. Por una parte, las instituciones materiales que abordan lo son en tanto impliquen un conflicto de Leyes, esto es, si tienen repercusión transfronteriza por hallarse conectadas con dos o más ordenamientos; lo dispone así expresamente el segundo de los Reglamentos (artículo 1, apartado 1º) y, aunque no lo haga el primero de ellos, se sobreentiende por la lógica de las cosas. Por otra parte, en aras de la seguridad jurídica ambos instrumentos desbrozan las instituciones que regulan para declarar proscritas de sus respectivos ámbitos sustantivos de aplicación cuestiones como la capacidad jurídica de las personas físicas implicadas, las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio, el nombre y los apellidos de los cónyuges, las obligaciones de alimentos entre parientes y la existencia, validez o reconocimiento mismos del propio matrimonio (lo que se explica por el ánimo de no imponer a determinados Estados, aun de manera indirecta, la admisión de ciertos matrimonios no admitidos en su ordenamiento interno, cual sería el caso por ejemplo de los contraídos entre personas del mismo sexo)⁴⁰.

⁴⁰ Cfr. S. PÉREZ ÁLVAREZ, «La incidencia de la Ley 13/2005 en el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el ámbito de la Unión

c) El Reglamento 1259/2010, produce eficacia universal o *erga omnes* (artículo 4). Esta última categoría, que sólo se predica de los instrumentos sobre determinación del ordenamiento aplicable a un supuesto de tráfico externo, ofrece la peculiaridad de que la autoridad del Estado que esté conociendo de un asunto aplicará el ordenamiento señalado por las reglas del instrumento en cuestión, aunque se trate del ordenamiento de un Estado no parte en el mismo y sin necesidad de que exista reciprocidad; esta peculiaridad conlleva, como consecuencia indirecta, que las normas de conflicto de fuente interna del sistema de Derecho internacional privado del Estado que aplique el instrumento universal de que se trate son substituidas o desplazadas por las reglas de éste para aquellos supuestos en que coincidan en su ámbito de aplicación material: es el caso, en nuestro sistema, del artículo 107, apartado 2º, del Código Civil, que ha dejado de utilizarse por nuestras autoridades para determinar el ordenamiento aplicable a la separación judicial y al divorcio desde la fecha de vigencia del Reglamento 1259/2010.

d) Por fin se ha de reseñar, en lo que al ámbito territorial atañe, que el Reglamento 2201/2003 es aplicado por las autoridades de

Europea», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, n.º 2, pp. 841-867; y M. SOTO MOYA, «Libre circulación por el territorio de la Unión Europea de los matrimonios del mismo sexo celebrados en España», *Revista de Derecho de la Comunidad Europea*, n.º 43 (septiembre-diciembre de 2012).

los veintiocho Estados miembros de la Unión. En cambio, en ausencia de la unanimidad requerida por el artículo 81, apartado 3º, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea para los actos que afectan al Derecho de familia (*supra*), el Reglamento 1259/2010 fue aprobado por cooperación reforzada de tal manera que en la actualidad es aplicado únicamente por las autoridades de dieciséis Estados de la Unión⁴¹.

2º Responsabilidad parental. El Reglamento 2201/2003, al que nos hemos referido en el punto precedente, aborda asimismo la determinación de la competencia judicial así como el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en lo que atañe a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental (art. 1, apartado 1º). Institución ésta que es definida mediante una calificación autónoma (esto es, propia para el espacio judicial europeo) y flexible entendiendo por ella «los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor» (art. 2, punto 7)⁴². Si bien

⁴¹ A saber, Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, España, Francia, Grecia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Portugal y Rumanía.

⁴² Precisa el artículo 1, apartado 2º, del Reglamento que las materias propias de la responsabilidad parental se refieren en particular a: a) al derecho de custodia y al

no existe instrumento de la Unión Europea para la determinación del ordenamiento aplicable al amplio elenco de cuestiones que se enmarcan en el concepto de responsabilidad parental, sí que disponen los Estados miembros de algunos convenios multilaterales —elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado— que completan la obra comunitaria en este punto y a los que el propio Reglamento 2201/2003 alude en sus artículos 60 a 63 estableciendo normas de coordinación en cuanto a su aplicación⁴³.

3º Alimentos entre parientes. Se regula por el ya aludido Reglamento n.º 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

derecho de visita; b) a la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) a la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; d) al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; y e) a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes.

⁴³ Nos referimos al Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y Ley aplicable en materia de protección de menores y al Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños (que substituye al anterior para los Estados que sean parte en ambos).

alimentos, que resulta de aplicación desde el 1 de agosto de 2014 por cuanto desde esta fecha se aplica en la Unión Europea el Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias elaborado en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado⁴⁴. Como ha señalado A. YBARRA BORES, la finalidad perseguida por la Unión con este conjunto normativo consiste en que el acreedor de alimentos pueda obtener con facilidad en un Estado miembro una resolución que tenga automáticamente fuerza ejecutiva en otro⁴⁵.

El Reglamento no contiene una definición concreta de qué deba entenderse por obligación

⁴⁴ Así lo dispone el párrafo 3º artículo 76 del Reglamento. Éste se aplica por las autoridades de los veintisiete países que participan en la construcción del espacio judicial europeo (incluyendo las de Irlanda y las del Reino Unido); conforme al Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*Diario Oficial*, L 149, de 12 de junio de 2009), el Reglamento 4/2009 también es aplicado por las autoridades danesas con excepción de las disposiciones de sus capítulos III (Ley aplicable) y VII (cooperación administrativa entre autoridades centrales), teniendo asimismo presente que las disposiciones del artículo 2 y del capítulo IX (disposiciones generales y finales) del referido instrumento serán aplicables sólo en la medida en que se refieran a la competencia judicial, al reconocimiento, a la eficacia jurídica y la ejecución de sentencias, así como al acceso a la justicia.

⁴⁵ «La protección de los menores», en A. RODRÍGUEZ BENOT (dir.), *Manual de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 2015, pp. 196-197.

de alimentos, concepto que entiende su considerando 11 que ha de ser objeto de una interpretación autónoma, esto es, propia o específica para el ámbito europeo (y, por consiguiente, eventualmente dispar respecto de la calificación nacional en cada Estado). A fin de concretar la definición autónoma a la que nos referimos disponemos de dos elementos de valor: por una parte los términos del considerando citado que disponen que el Reglamento «debería extenderse a todas las obligaciones de alimentos derivadas de las relaciones familiares, de parentesco, matrimonio o afinidad, a fin de garantizar la igualdad de trato a todos los acreedores de alimentos»; por otra parte contamos con la exégesis flexible que el Tribunal de Luxemburgo ha realizado de la noción de «alimentos» contenida en el artículo 5, punto 2, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁴⁶.

⁴⁶ Hoy reemplazado por el Reglamento n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*Diario Oficial* L 351 de 20 de diciembre de 2012). Nos referimos a las sentencias en los asuntos 120/79, *De Cavel*, de 6 de marzo de 1980 (*Recopilación de la Jurisprudencia* 1980, pp. 00731 y ss.); C-220/95, *Antonius van den Boogaard*, de 27 de febrero de 1997 (*Recopilación de la Jurisprudencia* 1997, pp. I-01147 y ss.); y C-295/95, *Jackie Farrell*, de 20 de marzo de 1997 (*Recopilación de la Jurisprudencia* 1997, pp. I-01683).

En lo que concierne a la determinación del ordenamiento aplicable a las obligaciones alimenticias, según se ha indicado el Reglamento 4/2009 viene a incorporar, por referencia, la globalidad de la regulación contenida en el Protocolo sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007. En relación a esta cuestión ha de indicarse asimismo que el 1 de agosto de 2014 ha entrado en vigor para los Estados miembros de la UE (excepción hecha de nuevo de Dinamarca), el Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia; a tenor de lo dispuesto en el artículo 69, apartado 2º, del Reglamento 4/2009, éste prevalecerá, entre los Estados miembros, sobre los convenios y acuerdos que se refieran a materias reguladas por el Reglamento y de los que sean parte los Estados miembros, por lo que prevalecerá sobre el Convenio de La Haya de 2007.

4º Efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho registradas. El 16 de marzo de 2011 publicó la Comisión las propuestas de Reglamentos del Consejo relativos a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales por una parte y en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas por otra parte⁴⁷.

⁴⁷ COM(2011) 126 final y COM(2011) 127 final, respectivamente. Ambos textos se acompañan de sendas

Cuatro años después, y tras un intenso proceso de negociación de las dos propuestas entre los Estados miembros, en la sesión del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior celebrada el 3 de diciembre de 2015 los citados textos no pudieron ser aprobados por cuanto no se logró la unanimidad exigida por el artículo 81, apartado 3º, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea al no ser apoyados por las delegaciones de Hungría y Polonia. Se ha abierto de este modo la vía a la cooperación reforzada que, en el momento de elaboración de estas líneas, tiene como fecha en el horizonte junio de 2016 en la que podrían ser definitivamente aprobadas tales Reglamentos en una nueva sesión del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior para los países que se incorporen a esta iniciativa⁴⁸.

Comunicaciones de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: la titulada «Disipación de las incertidumbres en torno a los derechos patrimoniales de las parejas internacionales», COM(2011) 125 final y la rubricada «Bringing legal clarity to property rights for international couples», COM(2011) 327 final en la que se contiene el Informe de impacto para los dos futuros Reglamentos. Sobre todo ello véase A. RODRÍGUEZ BENOT, «La armonización del régimen económico matrimonial en la Unión Europea: la propuesta de Reglamento de marzo de 2011», en C. ESPLUGUES MOTA y G. PALAO MORENO (eds.), *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhígues*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 555-571.

⁴⁸ A la fecha han demostrado su interés en ello Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, Chequia, Chipre, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal y Suecia.

A fin de delimitar su ámbito de aplicación sustantivo, la propuesta de Reglamento sobre régimen económico del matrimonio opera mediante una doble técnica⁴⁹.

a) Por una parte, desde una perspectiva positiva señala como objeto regulado los regímenes matrimoniales (artículo 1, apartado 1º), expresión por la que se debe entender el «conjunto de normas relativas a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con respecto a terceros» (letra a] del artículo 2)⁵⁰. La calificación am-

⁴⁹ Omitiremos el análisis del Reglamento en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas dado que la figura es reconocida por apenas la mitad de los veintiocho Estados de la Unión mediante normas que adolecen de una ausencia de homogeneidad esencial o básica de la figura, y ello por no aludir a si su verdadera calificación es antes contractual o patrimonial que puramente matrimonial; de ahí el éxito de H. GAUDEMET-TALLON en afirmar que con la expresión «unión de hecho» aludimos a una ambigua y extensa realidad con la que se quiere abarcar un fenómeno multiforme («La désunion du couple en Droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, tomo 226 [1991], pp. 155 ss.). A lo anterior se ha de añadir la peculiar situación de España en la que, en ausencia de normas estatales, las autoridades de las Comunidades Autónomas abordan no sólo los supuestos internos sino también internacionales, provocándose profundas disfunciones en el funcionamiento y los efectos del sistema; sobre esta situación véase, por todos, E. ROCA TRIAS (dir.), *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

⁵⁰ Este último precepto incluye, tras dicha definición, otras tantas de no menos utilidad para la exégesis y aplicación del futuro instrumento, cuales son las de «contrato de matrimonio», «documento público con fuerza ejecuti-

plia que la Comisión efectúa de la institución abordada se justifica por la necesidad de una aprehensión global o de conjunto que evite conflictos en una institución cuya heterogeneidad y complejidad en Derecho comparado han sido ya puestas de relieve. Y para evitar que las dispares concepciones nacionales arruinen el éxito del futuro instrumento, esta calificación amplia de régimen matrimonial exige asimismo una exégesis autónoma de la misma, esto es, propia o específica en el plano comunitario y, por tanto, eventualmente diferente a las citadas concepciones nacionales; en dicha calificación tendrían cabida tanto los aspectos de gestión cotidiana de los bienes de los cónyuges, como los relativos a su liquidación como consecuencia de la disolución del matrimonio.

b) Por otra parte, desde una perspectiva negativa la propuesta de Reglamento detalla una serie de cuestiones a las que su articulado no resultaría de aplicación. De un lado lo hace en relación con aspectos propios del objeto regulado que tradicionalmente son excluidos de forma automática (los fiscales, aduaneros y administrativos) en el apartado 1º del artículo 1. De otro relata en el apartado 3º de éste seis

va», «resolución», «Estado miembro de origen», «Estado miembro requerido», «órgano jurisdiccional» y «transacción judicial». En cambio no se contiene una definición de «matrimonio» por cuanto, como se indica en el considerando 10 de la propuesta de Reglamento, dicho concepto debe ser definido por el Derecho nacional de los Estados miembros.

cuestiones eventualmente relacionadas con el régimen económico matrimonial que de igual modo proscribe *ex professo* de su ámbito sustantivo de aplicación: en unos casos se trata de instituciones propias del Derecho de persona y familia⁵¹, en otros relacionadas con el Derecho patrimonial⁵².

1.2. *Los sectores vinculados al Derecho de familia*

Junto a los ámbitos *stricto sensu* del Derecho de familia en que las instituciones de la Unión han legislado o están legislando, es menester abordar el análisis de otros dos que se hallan funcional o materialmente conectados con aquél, hasta el punto de que su disciplina normativa requiere de una coordinación que,

⁵¹ La capacidad de los cónyuges, las obligaciones de alimentos (que se someten al Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008) y los actos de liberalidad entre los cónyuges (cubiertos por el Reglamento 593/2008, de 17 de junio de 2008, sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales).

⁵² Los derechos sucesorios del cónyuge supérstite, las sociedades entre cónyuges y la naturaleza de los derechos reales sobre un bien así como la publicidad de los mismos; en concreto, el Reglamento se aplicaría a la adquisición de los derechos sobre un bien como consecuencia de la disolución del régimen matrimonial, pero no al contenido de dicho derecho por cuanto sus reglas no deben afectar a la naturaleza de los derechos reales de los Estados miembros, a la cualificación de los bienes y derechos ni a la determinación de las prerrogativas del titular de tales derechos.

en ocasiones, no se ha producido⁵³. Nos referimos al Derecho de sucesiones por un lado y al estatuto personal (en concreto al nombre y apellidos) por otro.

1º El Derecho de sucesiones. En orden al desarrollo pleno del espacio de libertad, seguridad y justicia implantado en la UE tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam de 1997, se ha considerado especialmente relevante la armonización del Derecho de sucesiones en su seno. A este fin ha promulgado el Reglamento 650/2012, de 7 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, de aplicación desde el 17 de agosto de 2015⁵⁴. Un texto normativo que aborda por primera vez y de una manera global todos los aspectos de Derecho internacional privado del fenómeno sucesorio en la Unión⁵⁵.

⁵³ A modo de ejemplo véase P. QUINZA REDONDO y J. GRAY, «La (des) coordinación entre la propuesta de Reglamento de régimen económico matrimonial y los Reglamentos en materia de divorcio y sucesiones», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2013, pp. 513-542.

⁵⁴ *Diario Oficial*, L 201, de 7 de julio de 2012.

⁵⁵ Como complemento de ello se ha puesto en marcha una útil herramienta (www.successions-europe.eu) en la que consultar, en todas las lenguas oficiales de la UE, el Derecho sucesorio —interno e internacional— de veintidós de los veintiocho Estados miembros, incluida España.

Desde la fecha indicada, las autoridades españolas deberán utilizar el citado Reglamento como único instrumento para determinar el ordenamiento aplicable al fondo de una sucesión *mortis causa* en supuestos de tráfico jurídico externo; y ello por cuanto este texto desplaza, por una parte, al Tratado entre España y Grecia de 6 de marzo de 1919 (único existente en esta materia hasta la fecha) y, por otra parte, al artículo 9, apartado 8º, de nuestro Código Civil (que únicamente se utilizará en lo sucesivo para los conflictos interregionales en el seno de nuestro Reino). Las principales características generales de este extenso y denso instrumento europeo son las siguientes.

a) El Reglamento sólo establece disposiciones de Derecho internacional privado con el ánimo de remover los obstáculos que puedan afectar a las libertades de la Unión en los supuestos de sucesión *mortis causa* con repercusión transfronteriza. Por consiguiente, los Estados miembros conservan sus competencias propias para la regulación material de la institución sucesoria⁵⁶.

⁵⁶ A modo de ejemplo, a fin de facilitar la transmisión de la propiedad en la Unión Europea el Reglamento procura que un inmueble, ubicado en Portugal y propiedad de un causante alemán que residiera habitualmente en España, sea adjudicado a unos herederos asimismo alemanes. Ahora bien, no puede ni debe disponer materialmente cómo se concretan éstos, en qué orden son llamados, si heredan en concepto de legitimarios y en qué cuantía, etc., pues ello atañe regularlo al ordenamiento propio de cada Estado.

b) Este instrumento es aplicado por las autoridades de todos los países de la UE salvo las de Dinamarca, Irlanda y Reino Unido (considerandos 82 y 83). Esto no impide que una de aquéllas (por ejemplo un juez español) utilice el Reglamento para determinar el ordenamiento estatal aplicable a la sucesión intestada de un británico fallecido con residencia habitual en España; ello dado que la autoridad de un Estado que aplique el Reglamento lo hará ante toda sucesión de que conozca con independencia de la nacionalidad del causante por cuanto el criterio que se impone es el del país de la residencia habitual del difunto en aras de la integración europea.

c) El Reglamento tiene una vocación de generalidad en la regulación del fenómeno sucesorio, esto es, en la disciplina de la globalidad de aspectos de una institución cuyo *iter* comienza con el óbito del causante y concluye cuando los herederos o legatarios adquieren la propiedad de los bienes hereditarios (incluyendo la adjudicación, la administración y la liquidación de la herencia). Y para evitar que las dispares concepciones nacionales del fenómeno sucesorio arruinen su éxito, esta idea amplia de sucesión exige asimismo una exégesis autónoma de la misma, esto es, propia o específica del plano europeo (y, por tanto, eventualmente diferente a las citadas concepciones nacionales).

d) El ámbito material de aplicación del Reglamento lo configura «cualquier forma de

transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato» (artículo 3, apartado 1º, letra a). Si bien el artículo 1 detalla una serie de cuestiones relacionadas con la sucesión a las que no se aplica, tanto de Derecho público tradicionalmente proscritos de forma automática (fiscales, aduaneras y administrativas), como, por razones técnicas, de orden sustantivo (se trata de instituciones del Derecho de persona, de familia, de sociedades, de bienes o de carácter registral).

e) Para determinar el ordenamiento estatal aplicable el Reglamento consagra los principios de universalidad en el supuesto de hecho y de unidad en la consecuencia jurídica en las normas para la determinación tanto de la autoridad competente como del ordenamiento aplicable (considerando 37)⁵⁷.

⁵⁷ No obstante este último admite excepciones. La más relevante de ella se refiere a la obligatoriedad de aplicar, además de la *lex successoria* o *lex successionis* (esto es, el ordenamiento aplicable al fondo de la sucesión), el Derecho de un Estado en que se ubiquen ciertos bienes inmuebles, empresas y otras categorías especiales de bienes que, por razones de índole económica, familiar o social, impongan imperativamente restricciones a la sucesión de dichos bienes (art. 30). Piénsese en normas nacionales para mantener la unidad de ciertas sociedades o de algunas explotaciones agrarias como es el caso de nuestra Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de explotaciones agrarias cuyo artículo 24.2 impone a la voluntad del testador la imposibilidad de dividir o segregar una finca rústica si da lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo.

f) Finalmente, una de las principales aportaciones de este instrumento para facilitar la administración de una herencia transfronteriza es la creación de un certificado sucesorio europeo (arts. 62 a 73), cuyo estudio excede del objeto de esta colaboración⁵⁸. Baste indicar que se trata de un instrumento voluntario y compatible con otras fórmulas nacionales, consignado en modelo uniforme y expedido por autoridades nacionales (en España los jueces o los notarios, según ha dispuesto la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil), para facilitar la rápida tramitación de una herencia internacional acreditando la cualidad de heredero y los poderes del administrador o del albacea, con reconocimiento de pleno derecho en todos los países de parte en el Reglamento.

2º El estatuto personal. Especial mención requiere el análisis de una eventual reglamenta-

⁵⁸ Véanse sobre ello I. CALVO VIDAL, *El certificado sucesorio europeo*, La Ley, Madrid, 2015; J. L. GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, «El certificado sucesorio europeo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 741 (2014), pp. 113-151; M. MEDINA ORTEGA, «El certificado sucesorio europeo», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2011, pp. 907-918; F. PADOVINI, «Il certificato successorio europeo», *Europa e Diritto Privato*, 2013, n.º 3, pp. 729-746; y A. RODRÍGUEZ BENOT, «La acreditación de la cualidad de administrador de una herencia internacional: el certificado europeo de heredero», en R. VIÑAS y G. GARRIGA (coords.), *Perspectivas del Derecho sucesorio europeo*, Bosch, Barcelona, 2009, pp. 175-217.

ción de la Unión Europea en materia de estado civil que, por integrar el estatuto personal en cualquier concepción que de su contenido se tenga (por mínima que ésta sea), resulta estrechamente vinculada al Derecho de familia⁵⁹. Los trabajos en el plano europeo en este sector entroncan directamente con uno de los objetivos del Programa de Estocolmo (*supra*): en la nota de prensa de la Comisión sobre dicho documento, fechada el 20 de abril de 2010, se aludía a las diez acciones que se pretendían implementar en el horizonte de 2014, siendo la quinta de ellas la eliminación de las trabas administrativas a los ciudadanos⁶⁰. Para fundamentar material y jurídicamente esta propuesta, se dispuso de un completo documento de trabajo en el que se contenía un estudio comparado de las legislaciones de los Estados miembros en materia de estado civil, una relación de las dificultades halladas por los ciudadanos en este

⁵⁹ Sobre ello véase R. BARATTA, «Problematic elements of an implicit rule providing for mutual recognition of personal and family status in the EC», *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, 2007, n.º 1, pp. 4-10.

⁶⁰ Se explicaba en tal nota que los europeos que desearan casarse, adoptar un niño o cambiar su estado civil no deberían afrontar trabas administrativas complementarias de hallarse fuera de su país. Por ejemplo, una finlandesa que se enamorase de un británico tendría que obtener un certificado de capacidad nupcial (esto es, de no concurrencia de impedimentos) para poder casarse, siendo así que el Reino Unido no expide documentos de esta naturaleza. Para evitar este tipo de situaciones la Comisión apuntaba una norma sobre reconocimiento mutuo de ciertos documentos relativos al estado civil, cuya propuesta presentaría en 2013.

campo para el ejercicio de sus derechos en el marco del espacio judicial europeo en materia civil, así como las posibles opciones para resolverlos en orden a facilitar la vida a los citados ciudadanos⁶¹. Así las cosas, la Comisión aprobó el Libro verde titulado «Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil»⁶² que, dictaminado por el Comité Económico y Social Europeo⁶³, dio origen a un interesante debate que culminaría con propuesta elaborada por la Comisión para adoptar un Reglamento del Parlamento Euro-

⁶¹ Se trataba del Informe final elaborado por Von Freyhold, Vial & Partner Consultants, fechado en Bremen en octubre de 2008, que puede consultarse en http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/study_ms_legislation_country_reports_en.pdf. En él se contiene una primera parte con los Informes de las normativas estatales de todos los actuales Estados miembros de la Unión más Suiza y Turquía, así como una segunda parte con el Informe de síntesis; el Informe ejecutivo, al que puede accederse en http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/study_ms_legislation_executive_summary_en.pdf, incluía seis recomendaciones de las que la primera era la adopción de medidas legislativas en la Unión para garantizar que los documentos sobre estado civil (y posiblemente todos los documentos públicos) de un Estado miembro fueran generalmente aceptados en los restantes Estados miembros sin la exigencia de formalidades adicionales, así como la abolición de cualquier tipo de legalización o certificación (incluida la apostilla) que pudiera exigirse respecto de tales documentos.

⁶² Documento COM(2010) 747 final, de 14 de diciembre de 2010.

⁶³ *Diario Oficial* C 248, de 25 de agosto de 2011.

peo y del Consejo por el que se facilitaría la libertad de circulación de los ciudadanos y de las empresas, simplificando la aceptación de determinados documentos públicos en la Unión Europea⁶⁴. Desde 2014 se han llevado a cabo tareas legislativas coordinadas entre el Parlamento y el Consejo con vistas a la adopción del futuro Reglamento, habiéndose constatado el acuerdo en la posición entre las dos instituciones en la sesión del Consejo sobre Justicia y Asuntos de Interior celebrada en diciembre de 2015; en la sesión del citado órgano de 10 de marzo de 2016 el Consejo aprobó el texto final del Reglamento en primera lectura, por lo que se aguarda a la votación del Parlamento Europeo en segunda lectura de tal manera que, de no incluir modificaciones al citado texto, el

⁶⁴ Documento COM(2013) 228 final, de 24 de abril de 2013; la propuesta se refiere a los documentos relativos al estado civil, así como a otros documentos públicos determinantes para el desarrollo de actividades económicas (relativos, por ejemplo, a sociedades, propiedad y derechos de la propiedad intelectual). Sobre ella pueden verse, entre otros, P. CALLÉ, «Promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents within and outside the European Union (proposal for a regulation, COM(2013) 208)», en *Cross border activities in the EU. Making life easier for citizens*, cit, pp. 54-66; M. P. CLANCY, «Promoting the free movement of citizens and businesses by simplifying the acceptance of certain public documents in the EU and beyond», en la misma obra, pp. 67-85; y M. GUZMÁN ZAPATER, «La propuesta de Reglamento 2013/0119 relativa a libre circulación de determinados documentos públicos en la Unión Europea», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 31 (2013).

mismo devendrá definitivo y será publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea.

2. La labor complementaria de la jurisprudencia y de la doctrina

Este bloque de cuestiones no puede ser cerrado sin una referencia, siquiera mínima, a la labor que tanto la jurisprudencia del Tribunal del Luxemburgo como la doctrina internacionalprivatista vienen realizando para delimitar los perfiles del Derecho de familia en la Unión Europea.

2.1. *La tarea exegética del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

Desde la primera perspectiva, el desarrollo del Derecho de la Unión en cualquier ámbito normativo no puede ser plenamente entendido sin tener en consideración la tarea hermenéutica desarrollada por el Tribunal de Luxemburgo. En lo que atañe al Derecho de familia entendido *lato sensu*, ha sido el sector del estatuto personal, y en particular el de los apellidos, el más profusamente abordado por el Tribunal de Justicia en el marco de la salvaguarda de las libertades comunitarias, pronunciándose en diversas ocasiones para impedir que las normativas nacionales en materia de nombre y apellidos supongan un obstáculo a un ciuda-

dano de la Unión para el libre ejercicio de su derecho a establecerse, a trabajar o a circular libremente por el territorio del espacio europeo. La doctrina que se extrae de esta jurisprudencia viene a establecer un derecho del ciudadano en cuestión a decidir qué ordenamiento estatal se aplicaría *in casu* en función del principio de no discriminación y del derecho a la libre circulación⁶⁵; todo ello sobre la base del respeto de los apellidos válidamente atribuidos en un Estado de la Unión Europea⁶⁶. Como muestra

⁶⁵ Cfr. J. MEEUSEN, «System shopping in European private international law in family matters», en J. MEEUSEN, M. PERTEGÁS, G. STRAETSMANS y F. SWENNEN (eds.), *International family law for the European Union*, Intersentia, Amberes / Oxford, 2007, pp. 239-278. En este sentido véase la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 23 de mayo de 2007 sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español, *Boletín Oficial del Estado* n.º 159, de 4 de julio de 2007. Sobre ello véase C. CALLEJO RODRÍGUEZ, «Los apellidos de los nacionalizados y la Instrucción de la DGRN de 23 de mayo de 2007», en F. J. GÓMEZ GÁLLIGO (coord.), *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 369-382.

⁶⁶ Una referencia más amplia sobre el particular puede verse entre nosotros en C. CALLEJO RODRÍGUEZ, «Los apellidos de los españoles plurinacionales: especial consideración del caso de los ciudadanos comunitarios», *Actualidad Civil*, 2014, n.º 10; J. M. DÍAZ FRAILE, «Hacia un Derecho europeo de los apellidos. Las contribuciones de la Unión Europea y de la Comisión Internacional del Estado Civil», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 265 (2007), pp. 75-88; *id.*, «Régimen de los apellidos en el Derecho español y comunitario a la luz del nuevo Convenio de la Comisión Internacional sobre el Estado Civil», *Boletín de Informa-*

de lo afirmado aludiremos a algunas de las más relevantes resoluciones dictadas en este ámbito.

1ª La primera de ellas la representa la sentencia en el asunto C-168/91, *Christos Konstantidinis c. Stadt Altensteig y otros*, de 30 de marzo de 1993, relativo a la inscripción de un nombre en una grafía de un Estado miembro (Grecia) en el Registro civil de otro (Alemania) en el que se utiliza una distinta⁶⁷. En ella se es-

ción del Ministerio de Justicia, n.º 1989 (15 de mayo de 2005), pp. 2105-2126; J. L. GIL IBÁÑEZ, «Los apellidos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *El Notario del Siglo XXI*, n.º 47 (enero-febrero de 2013); G. M. TERUEL LOZANO, «La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE sobre el reconocimiento del nombre en el espacio europeo: Notas sobre la construcción de un estatuto personal común como ciudadanos europeos y su impacto en el Derecho internacional privado de los estados», *Anales de Derecho*, n.º 29 (2011), pp. 177-223; y F. LLODRÁ GRIMALT, *op. cit.*, pp. 483 ss., donde se contiene asimismo una interesante relación de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación de los artículos 8 (protección de la vida familiar), 12 (derecho al matrimonio y a fundar una familia) y 14 (prohibición de la discriminación) del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

⁶⁷ *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, 1993, pp. I-01191 ss. Sobre ella véanse entre nosotros M. P. DIAGO DIAGO, «Derecho al nombre y ejercicio de las libertades comunitarias (Comentario a la sentencia del TJCE de 30 de marzo de 1993)» *Noticias de la Unión*, n.º 124 (mayo de 1995), pp. 51-60 y A. LARA AGUADO, «Incidencia del Derecho comunitario sobre el régimen jurídico del nombre en el Derecho internacional privado (La sentencia del TJCE de 30 de marzo de 1993, caso *Kons-*

tableció que el entonces artículo 52 del Tratado de la Comunidad Europea debía interpretarse en el sentido de que se oponía a que un nacional helénico se viera obligado, por la legislación nacional aplicable (a la sazón la alemana), a utilizar, en el ejercicio de su profesión, una grafía de su nombre tal que la pronunciación se encontrase desnaturalizada y que la deformación que de ella se derivase le expusiese al riesgo de una confusión de personas entre su clientela potencial.

2ª La segunda sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea digna de mención en esta línea es la dictada en el asunto C-148/02, *Carlos García Avelló c. Bélgica*, de 2 de octubre de 2003, con ocasión de un supuesto suscitado por el cambio de apellido para hijos menores que residían en Bélgica y que ostentaban las nacionalidades de ese país y española⁶⁸. En ella los Magistrados del citado

tantidinis, asunto C-168/91)», *Revista de Derecho Privado*, 1995, n.º 7-8 (julio-agosto), pp. 671-694.

⁶⁸ *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, 2003, pp. 11613 ss. Sobre esta sentencia véanse, en la doctrina española, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Régimen de los apellidos, doble nacionalidad, internacionalidad intrínseca del problema y Derecho comunitario», *Diario La Ley*, n.º 5876 (22 de octubre de 2003); M. GARDEÑES SANTIAGO, «Ciudadanía europea, doble nacionalidad y aplicación de la Ley nacional de las personas», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, n.º 230 (2004), pp. 19-26.; A. LARA AGUADO, «Libertades comunitarias, doble nacionalidad y régimen de los apellidos», *Diario La Ley*, n.º 6107 (15 de octubre de 2004); A. QUIÑONES

órgano dispusieron que los artículos 12 y 17 del Tratado de la Comunidad Europea debían interpretarse en el sentido de que se oponen a que la autoridad administrativa de un Estado miembro (en este caso Bélgica) denegase una solicitud de cambio de apellido para hijos menores que residiesen en dicho Estado y que tuviesen las nacionalidades de dicho Estado y de otro Estado miembro (España), cuando dicha solicitud tuviera por objeto que los hijos pudieran llevar el apellido de que serían titulares en virtud del Derecho y de la tradición del segundo Estado miembro.

3ª El tercer asunto abordado por el Tribunal de Luxemburgo en la línea que venimos analizando se refiere a las sentencias dictadas en los casos C-96/04, *Standesamt Stadt Niebüll*, de 27 de abril de 2006 y C-353/06 *Stefan Grunkin y Dorohtee Regina Paul*, de 14 de octubre

ESCÁMEZ, «Ciudadanía europea, doble nacionalidad y cambio de los apellidos de los hijos: autonomía de la voluntad y conflicto positivo entre las nacionalidades de dos Estados miembros (STJCE, As. C-148/02 *García Avelló*, de 2 de octubre de 2003)», *Revista Jurídica de Cataluña*, 2004, n.º 3, pp. 851-874; *id.*, «Derecho comunitario, derechos fundamentales y denegación del cambio de sexo y apellidos: ¿un orden público europeo? (a propósito de las SSTJCE, asuntos *K. B.* y *García Avelló*)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 18 (mayo-agosto de 2004), pp. 507-529; y M. REQUEJO ISIDRO, «Estrategias para la ‘comunitarización’: descubriendo el potencial de la ciudadanía europea», *La Ley (Unión Europea)*, n.º 5903 (28 de noviembre de 2003).

de 2008⁶⁹. En ella entraban en conflicto, para la atribución de los apellidos a un menor, los ordenamientos de Dinamarca (país de su nacimiento) y de Alemania (Estado de su nacionalidad); el Tribunal resolvió que el artículo 18 del Tratado de la Comunidad Europea se oponía a que las autoridades de un Estado miembro (Alemania), aplicando su Derecho nacional, denegasen el reconocimiento del apellido de un niño tal como había sido determinado e inscrito en otro Estado miembro (Dinamarca) en el que ese niño nació y residía desde entonces y quien, al igual que sus padres, sólo poseía la nacionalidad del primer Estado miembro.

A raíz de esta sentencia la Dirección General de los Registros y del Notariado promulgó la Instrucción de 24 de febrero de 2010 sobre reconocimiento de los apellidos inscritos en los Registros Civiles de otros países miembros

⁶⁹ *Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, 2006, pp. 013561 y ss. y 2008, pp. I-07639 y ss., respectivamente. Sobre ellas véanse A. LARA AGUADO, «El caso *Niebuß* o el derecho al reconocimiento de las certificaciones registrales extranjeras», *La Ley*, n.º 6560 (29 de septiembre de 2006); *id.* «El impulso de la ciudadanía de la Unión Europea al reconocimiento intracomunitario de actos de estado civil (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2008: *Grunkin-Paul* y *Standesamt Stadt Niebuß*)», *La Ley*, n.º 7104 (30 de enero de 2009); y M. D. ORTIZ VIDAL, «El caso *Grunkin-Paul*: notas a la STJUE de 14 de octubre de 2008», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 1 (2009), pp. 143-151.

de la Unión Europea⁷⁰. En la misma línea se ha incluido un precepto *ad hoc* en el párrafo 2.º del artículo 56 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil por cuya virtud en el caso de españoles que posean igualmente la nacionalidad de otro Estado miembro de la Unión Europea, los cambios de apellidos voluntarios realizados de conformidad con las reglas relativas a la determinación de apellidos aplicables en este último Estado serán reconocidos en España, salvo cuando dicho cambio sea contrario al orden público español o bien cuando, habiendo sido dicho cambio resultado de una resolución judicial, ésta no haya sido reconocida en España.

4ª Un cuarto asunto de interés lo ofrece el abordado por la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, de 22 de diciembre de 2010⁷¹. En ella

⁷⁰ Boletín Oficial del Estado n.º 60, de 10 de marzo de 2010.

⁷¹ Recopilación de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, 2010, pp. I-13693. Véanse entre otros sobre la misma, en la doctrina española, R. CARO GÁNDARA, «Libertades UE, reconocimiento mutuo y orden público de los Estados miembros (Reflexiones tras la sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein*, y tras el Libro Verde para promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de las certificaciones de estado civil, de 14 de diciembre de 2010), *La Ley Unión Europea*, n.º 3, 2013; M. D. ORTIZ VIDAL, «Ilonka Fürstin von Sayn-Wittgenstein: una princesa en el Derecho internacio-

se abordó un supuesto que afectaba a los apellidos de una nacional austríaca que fue adoptada, una vez alcanzada la mayoría de edad y sin alterar su nacionalidad, por un ciudadano de Alemania (país en el que aquélla residía), adquiriendo de este modo, conforme al Derecho austríaco, los apellidos del adoptante alemán (incluida una partícula nobiliaria que formaba parte de éstos); así las cosas, la inscripción de este hecho en el Registro Civil de Austria, que en principio respetó tal mención nobiliaria, fue con posterioridad rectificada de oficio por cuanto una Ley austríaca de alcance constitucional impedía el uso de títulos de nobleza en tal país. Conforme al fallo del Tribunal, el artículo 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea debe interpretarse en el sentido de que

nal privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, n.º 2, 2011, pp. 304-316; D. ROJAS, «La identidad constitucional examinada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el caso de la sentencia del TJUE, sala segunda, de 22 de diciembre de 2010, as. Sayn-Wittgenstein, C-208-09)», en Javier Díez-Hochleitner Rodríguez, C. Martínez Capdevila, I. Blázquez Navarro y J. Frutos Miranda (coords.), *Últimas tendencias en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2008-2011) / Recent trends in the case law of the Court of Justice of the European Union (2008-2011)*, La Ley, Madrid, 2012, pp. 257-278; y D. Sarmiento, «La construcción judicial de la identidad nacional. Comentario a las sentencias Sayn-Wittgenstein y Runevic-Vardyn del Tribunal de Justicia de la UE», en E. García de Enterría Martínez-Carande y R. Alonso García (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial: Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, vol. 2, Civitas, Madrid, 2012, pp. 3599-3622.

no se opone a que las autoridades de un Estado miembro (a la sazón Austria) puedan negarse a reconocer en todos sus elementos el apellido de un nacional de dicho Estado, tal como ha sido determinado en un segundo Estado miembro (Alemania), en el que reside el citado nacional, en el momento de su adopción en edad adulta por un nacional de ese segundo Estado miembro, porque dicho apellido incluye un título de nobiliario no permitido en el primer Estado miembro con arreglo a su Derecho constitucional, siempre que las medidas adoptadas por dichas autoridades en este contexto estén justificadas por motivos de orden público, es decir, que sean necesarias para la protección de los intereses que pretenden garantizar y proporcionadas al objetivo legítimamente perseguido⁷².

⁷² En el momento de elaboración de estas líneas se habían hecho públicas las Conclusiones del Abogado General M. WATHELET, presentadas el 14 de enero de 2016, en el asunto C-438/14, *Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff*, que concierne a un supuesto en el que Nabiel Peter Bogendorff von Wolffersdorff, nacional alemán y británico, solicitó a las autoridades alemanas la modificación de su nombre de pila y de su apellido en su partida de nacimiento, incluyendo una mención de un título nobiliario que formaba parte de un apellido que obtuvo en el Reino Unido, así como su inscripción en el registro de nacimientos. Las autoridades alemanas denegaron tales modificación e inscripción. El Abogado General propone al Tribunal que conteste la cuestión que se le planteó en el siguiente sentido: «Los artículos 18 TFUE, 20 TFUE y 21 TFUE deben interpretarse en el sentido de que las autoridades de un Estado miembro (en este caso Alemania) están obligadas a reconocer el cambio de apellido de un nacional de dicho Estado miembro cuando dicho nacional tenga al mismo tiempo la nacionalidad de

La copiosa jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo en el ámbito de los apellidos, que forman parte integrante del estatuto personal en cualquier concepción del contenido de éste, ha suscitado el interrogante de si la Unión Europea debería de intervenir normativamente en una materia cercana o perteneciente al Derecho de familia *lato sensu* entendido. En un documento publicado por el Parlamento Europeo que incluye las intervenciones efectuadas en un encuentro celebrado en Bruselas en tal institución en coordinación con los Parlamentos nacionales en febrero de 2015, p. LAGARDE ha abordado esta cuestión⁷³. Para ello parte de una doble realidad: por un lado, que los Estados miembros suelen someter la disciplina de los apellidos de los individuos al ordenamiento de su nacionalidad⁷⁴; y por otro lado, que los

otro Estado miembro (Reino Unido) y haya adquirido en este último Estado miembro un apellido que haya escogido libremente y que contenga títulos nobiliarios, en la medida en que, a pesar de haber abolido los títulos nobiliarios, el Derecho nacional del primer Estado miembro permita su utilización como parte del apellido».

⁷³ «Name Law - Is there a need to legislate?», en *Cross border activities in the EU. Making life easier for citizens*, cit., pp. 208-230, esp. 225 y ss.

⁷⁴ Es el caso del sistema español de Derecho internacional privado, en el que tanto su fuente supraestatal (el Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 1980 sobre la Ley aplicable a los nombres y apellidos, vigente entre nosotros desde 1990 y que despliega eficacia universal o *erga omnes*), como su fuente en defecto de instrumento supraestatal (el artículo 9, apartado 1º, del Código Civil), señalan como aplicable al contenido de esta materia el orde-

problemas surgen cuando éstos gozan de dos o más nacionalidades⁷⁵. Del análisis del citado autor se desprenden tres posibles opciones teó-

namiento del país de la nacionalidad del individuo. Ambos cuerpos normativos difieren en cambio en el caso de que éste careciere de nacionalidad o la tuviere indeterminada: en tanto que el Convenio dispone la aplicación con carácter subsidiario de la *lex fori* (esto es, del ordenamiento del Estado de la autoridad que estuviera conociendo del asunto, por lo que si fuera competente *in casu* una autoridad patria se aplicaría el Derecho español), el artículo 9, apartado 10º, del Código Civil señala como aplicable el ordenamiento del Estado de la residencia habitual de tal persona.

⁷⁵ En el sistema español de Derecho internacional privado, para los conflictos positivos de plurinacionalidad habría que acudir en primer término a lo dispuesto en los Convenios sobre doble nacionalidad que nos vinculan con once Repúblicas iberoamericanas (Argentina, Bolivia, Colombia, Chile, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Perú y República Dominicana); un estudio global de estos tratados pone de manifiesto la existencia de las dos siguientes soluciones genéricas a los fines de concretar cuál de las nacionalidades que ostente simultáneamente un individuo es la determinante a efectos del Derecho internacional privado: en unos casos se hace primar la última nacionalidad adquirida, en tanto que en otros la del Estado del domicilio de la persona de que se trate. En defecto de Convenio o en el caso de que éstos nada resuelvan habrá que estar a las reglas técnicas contenidas en el apartado 9º del artículo 9 del Código Civil, por cuya virtud cabe distinguir dos situaciones: a) si una de las nacionalidades que ostentara la persona en cuestión fuera la española, la autoridad patria lo consideraría bien nacional del Estado de su última residencia habitual si la otra nacionalidad fuese una de las previstas en las leyes españolas (países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal), bien nacional español si la otra nacionalidad fuera de un tercer Estado; y b) si ninguna de las nacionalidades fuera la española se tomaría en consideración la nacionalidad del Estado de su última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida.

ricas como solución a los problemas surgidos de las divergencias normativas nacionales para el ejercicio de las libertades comunitarias por partes de los ciudadanos, puestas de manifiesto en las sentencias precedentes.

a) La primera opción consistiría en la unificación de las normas substantivas nacionales en la materia, que el referido profesor descarta por tratarse de una materia en la que el aludido principio de subsidiariedad que informa la elaboración del Derecho internacional privado de la Unión Europea impediría a ésta legislar, habida cuenta de que en la reglamentación de esta cuestión imperan condicionantes históricos, culturales y aun religiosos de cada Estado.

b) La segunda opción se concretaría en la unificación de las normas de conflicto de Leyes en materia de nombre y apellidos entre los Estados miembros. Una solución que ha sido acogida de manera dispar por la doctrina. P. LAGARDE la estima innecesaria e insuficiente para alcanzar el pretendido objetivo consistente en garantizar a una persona tanto el mantenimiento de los mismos apellidos en todos los Estados de la Unión como la evitación de obstáculos para su libertad ambulatoria en el espacio europeo⁷⁶. Un grupo de profesores en su mayoría alemanes, en cambio, considera que esta opción debería ser implementada conjuntamente con la

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 229.

siguiente que exponremos con el fin de hallar la más eficaz reglamentación de la materia, al entender que esta última tampoco bastaría para solucionar las dificultades que genera la disparidad de regulaciones estatales en el sector de los apellidos⁷⁷; a tal fin efectúan una propuesta de Reglamento de la Unión, cuyos dos primeros capítulos artículos versarían como sigue.

Chapter I: Scope

Art. 1: Scope.

This Regulation shall apply to the names of persons.

Art. 2: Competence of the Member States for the registration of names.

This Regulation shall not affect the competence of the authorities of the Member States for the registration of persons.

⁷⁷ Nos referimos a A. DUTTA, R. FRANK, R. FREITAG, T. HELMS, K. KRÖMER y W. PINTENS, autores del estudio rubricado «Ein Name in ganz Europa: Entwurf einer Europäischen Verordnung über das Internationale Namensrecht», publicado en *Das Standesamt (Zeitschrift für Standesamtswesen, Familienrecht, Staatsangehörigkeitsrecht, Personenstandsrecht, internationales Privatrecht des In-und Auslands)*, 2014, n.º 2, pp. 33-44; se incluye en tal revista asimismo un resumen en inglés y en francés.

Art. 3: Universal application

Any law specified by this Regulation shall apply even if it is not the law of a Member State.

Chapter II: Applicable law

Art. 4: Applicable law in the absence of choice

(1) The name of a person shall be governed by the law of the State in which this person has his habitual residence.

(2) The change of the habitual residence as such shall not alter the name.

Art. 5: Choice of law

(1) A person may choose that his name is governed by the law of the State whose nationality he possesses. A person possessing multiple nationalities may choose the law of any of the States whose nationality he possesses.

(2) A person may alter the choice of law if his civil status, habitual residence or nationality changes. The person may stipulate in this case that his name is governed by the law of the State whose nationality he possesses or in which he has his habitual residence. The second sentence of paragraph 1 shall apply accordingly.

(3) Spouses and registered partners may agree that their names are governed by the law of the State

- a) whose nationality one of them possesses; the second sentence of paragraph 1 shall apply accordingly, or
- b) in which one of them has his habitual residence.

For an alteration of this choice of law paragraph 2 shall apply accordingly.

(4) The choice of law must be made before the competent authority and shall be made expressly or shall be clearly demonstrated by the declarations or the circumstances of the case.

(5) The existence and substantive validity of the act whereby the choice of law was made shall be governed by the chosen law.

(6) The competent authority shall inform the parties of the possibility of a choice of law.

Art. 6: Dependent treatment of preliminary questions

Preliminary questions on which the name of a person depends are governed by the conflict rules of the State whose law is applicable to the name.

Art. 7: Exclusion of renvoi

The application of the law of any State specified by this Regulation shall mean the application of the rules of law in force in that State other than its rules of private international law.

Art. 8: Public policy

The application of a provision of the law of any State specified by this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy (*ordre public*) of the law of the forum.

Art. 9: States with more than one legal system - territorial conflicts of laws

Where a State comprises several territorial units each of which has its own system of law or a set of rules concerning the names of persons:

(a) any reference to the law of such State shall be construed, for the purposes of determining the law applicable under this Regulation, as referring to the law in force in the relevant territorial unit;

(b) any reference to habitual residence in that State shall be construed as referring to habitual residence in a territorial unit;

(c) any reference to nationality shall refer to the territorial unit designated by the law of that State, or, in the absence of relevant rules, to the territorial unit chosen by the person.

Art. 10: States with more than one legal system - inter-personal conflicts of laws

In relation to a State which has two or more systems of law or sets of rules applicable to different categories of persons in respect of the name of a person, any reference to the law of that State shall be construed as referring to the system of law or set of rules determined by the rules in force in that State. In the absence of such rules, the system of law or the set of rules with which the person has the closest connection shall apply.

Art. 11: Non-application of this Regulation to internal conflicts of laws

A Member State which comprises several territorial units each of which has its own rules of law in respect of the name of a person shall not be required to apply this Regulation to conflicts of laws arising between such units only.

c) La tercera opción para hallar una reglamentación adecuada del Derecho al nombre en la Unión Europea consistiría en la adopción de normas sobre reconocimiento, siendo la solu-

ción más eficaz y fácil de adoptar. La citada propuesta de Reglamento de los profesores antes aludidos incluiría estos otros dos capítulos:

Chapter III: Recognition

Art. 12: Recognition

(1) A name which has been registered by a competent authority of a Member State shall be recognized in all other Member States.

(2) Paragraph 1 does not apply if the registered name is incompatible with a name which has been previously registered in another Member State.

(3) A Member State may refuse the recognition of a name based on this Article only if such recognition is manifestly incompatible with the public policy (ordre public) of this Member State.

Chapter IV: Change of name by the competent authority

Art. 13: Official change of name by the competent authority

(1) If the competent authority of a Member State changes the name of a person, the authority is not bound by the provisions in Chapter II.

(2) The recognition of a decision of a competent authority of a Member State, whose nationality the person possesses or in which the person has his habitual residence based on paragraph 1, is subject to Art. 12⁷⁸.

⁷⁸ En una línea parecida, p. LAGARDE en la p. 230 de su citada obra propone la siguiente redacción para una futura reglamentación por la Unión Europea del reconocimiento de los nombres y apellidos:

Article 1.

A surname attributed at birth or acquired by declaration, entered in the registers of civil status of a Member State, shall be recognized in other Member States.

Article 2.

A change of surname resulting from a change of civil status of a person, entered in the registers of civil status of a Member State, shall be recognized in other Member States.

Article 3.

The recognition of a surname by virtue of this regulation shall not by any means imply the recognition of the family relationships at the origin of this surname.

Article 4.

A change of surname resulting from a decision by the public authority of a Member State shall be recognized in other Member States if issued by the interested party's national Member State or Member State of habitual residence.

Article 5.

For surnames attributed to or obtained by a person in a third State, if they were recognized in a Member State in application of its national law and entered in the registers of civil status of that State, they shall be recognized in other Member States.

Article 6.

Recognition may only be refused if it is manifestly contrary to the law and order of the Member State in which it is requested.

Article 7.

Surnames recognized in application of this regulation shall be allowed by the authorities of the Member State in

Esta última opción entronca directamente con la propuesta de Reglamento de la Comisión de 24 de abril de 2013, a la que nos hemos referido en líneas anteriores (*supra*).

2.2. *La aportación de la doctrina*

Desde la óptica doctrinal se viene asimismo acometiendo desde hace unos años una relevante tarea en orden al estudio y desarrollo del Derecho de familia en la Unión Europea, como se ha puesto de manifiesto en páginas anteriores. Una posición toral ocupan, en este ámbito, los trabajos acometidos por la *Comission on European Family Law*, constituida el 1 de septiembre de 2001 y cuya Secretaría está ubicada en Utrecht⁷⁹.

Esta institución —que pretende superar el carácter subsidiario que posee la unificación del Derecho de familia en la Unión Europea en relación, por ejemplo, con el Derecho patrimonial— tiene por principal objetivo impulsar un ejercicio de reflexión teórica y práctica sobre la unificación del Derecho de familia en Europa

which it is requested and entered, where required, in the relevant official registers of that State, without any special procedure being required.

Article 8.

Articles 1 to 7 shall apply by analogy to forenames.

⁷⁹ <http://ceflonline.net/>; en dicha página puede consultarse una exhaustiva bibliografía sobre Derecho de familia en Europa en la que se contienen registros desde 1963 hasta nuestros días.

para lo que, en concreto, se propone: estudiar el estado actual de la investigación comparada en lo referente a la armonización del Derecho de familia en los países europeos (intercambiando experiencias coordinando futuras actividades de investigación en este campo); buscar el núcleo común para solucionar diversos problemas jurídicos sobre la base de la comparación entre las diferentes soluciones adoptadas en los Derechos de familia de los distintos ordenamientos jurídicos europeos; y estudiar el papel de los futuros (potenciales) Estados miembros de la Unión Europea en el proceso de armonización del Derecho de familia. El principal resultado logrado es la formulación de un conjunto de *Principios del Derecho Europeo de Familia* que faciliten la armonización del Derecho de este sector en la Unión Europea.

El desarrollo de esta tarea es abordado por esta institución con una doble característica: por una parte incidiendo en una armonización sustantiva, antes que conflictual, de la materia (lo que contrasta con la técnica seguida por los instrumentos antes señalados) y por otra parte acometiendo esta labor de forma sectorial. El resultado que, a fecha de hoy, ofrece la obra de este organismo es el siguiente.

1º En el ámbito del divorcio y de la pensión alimenticia entre *ex* cónyuges, K. BOELE-WOELKI, B. BRAAT e I. SUMNER han editado dos volúmenes bajo la rúbrica común

*European Family Law in Action*⁸⁰, en los que se recopilan veintidós respuestas nacionales a sendos cuestionarios previos sobre las respectivas materias⁸¹ y que han servido de base a su vez para la publicación de un posterior texto titulado *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between Spouses*⁸², en el que, además del oportuno estudio científico de la cuestión, se incluye el texto de los «Principios de Derecho europeo de familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados»⁸³.

2º En el sector de la responsabilidad parental, los antes citados autores han editado un nuevo volumen de la serie *European Family Law in Action*⁸⁴ en el que, siguiendo la metodología señalada, se contienen veintidós respuestas nacionales a otro cuestionario preestablecido sobre la materia⁸⁵ lo cual ha permitido a su vez la publicación de un posterior trabajo rubricado *Principles of Eu-*

⁸⁰ *Volume I: Grounds for Divorce y Volume II: Maintenance Between Former Spouses*, Intersentia, Amberes, 2003.

⁸¹ El contenido de dichos cuestionarios puede consultarse en <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Questionnaire-Divorce-and-Maintenance-Between-Former-Spouses.pdf>.

⁸² Intersentia, Amberes, 2004.

⁸³ Redactados en inglés, francés, alemán, neerlandés y español puede accederse a ellos en la actualidad en <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-Spanish.pdf>.

⁸⁴ *Volume III: Parental Responsibilities*, Intersentia, Amberes, 2005.

⁸⁵ Puede consultarse en <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Questionnaire-Parental-Responsibilities.pdf>.

*ropean Family Law Regarding Parental Responsibilities*⁸⁶, donde, además del correspondiente análisis doctrinal de la cuestión, se incorpora el texto de los «Principios de Derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental»⁸⁷.

3º En la parcela propia de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges de nuevo los tres autores aludidos han editado otro volumen de la serie *European Family Law in Action*⁸⁸ continuando con idéntica metodología y conteniendo las respuestas nacionales al cuestionario predispuesto sobre la materia⁸⁹, lo cual ha dado pie en esta ocasión a la publicación de un trabajo titulado *Principles of European Family Law Regarding Property Relations Between Spouses*⁹⁰, donde, junto al pertinente estudio doctrinal de la institución, se contiene el texto de los «Principios de Derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre cónyuges»⁹¹.

⁸⁶ Intersentia, Amberes, 2007.

⁸⁷ Como en el caso anterior, están asimismo redactados en inglés, francés, alemán, neerlandés y español, más sueco, pudiendo examinarse en la actualidad en <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-Spanish.pdf>.

⁸⁸ *Volume IV: Property Relations between Spouses*, Intersentia, Amberes, 2009.

⁸⁹ Puede consultarse en <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Questionnaire-Property-Relations-between-Spouses.pdf>.

⁹⁰ Intersentia, Amberes, 2013.

⁹¹ De igual modo son accesibles en inglés, francés, alemán, neerlandés, sueco y español, en este caso en <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PRS-Spanish.pdf>.

4º En el campo de las uniones de hecho, la postrera entrega de la serie *European Family Law in Action*, editada por K. BOELE-WOELKI, C. MOL y E. VAN GELDER⁹², aborda esta cuestión con vistas a la publicación futura de un nuevo volumen que tendrá por nombre *Principles of European Family Law on Informal Relationships*.

Careciendo de carácter vinculante, y pese a no tener siquiera la consideración de Ley modelo *stricto sensu*⁹³, la utilidad de estos Principios de Derecho europeo de familia se pone de relieve mediante su eventual virtualidad como marco de referencia para los legisladores y los órganos judiciales estatales, europeos e internacionales, lo cual se facilita tanto por la técnica comparatista manejada para concretar dichos Principios como por la consagración de criterios de solución que pueden ser generalmente considerados como apropiados para cualquier legislador⁹⁴.

⁹² *Volume V: Informal Relationships*, Intersentia, Amberes, 2015.

⁹³ Cfr. E. ARROYO AMAYUELAS, «El futuro Derecho europeo de la familia», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, n.º 2, p. 1185.

⁹⁴ A modo de ejemplos, el Fiscal General de los Países Bajos ha invocado los Principios de Derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental en la sentencia del *Hoge Raad* (Corte de Casación) de 25 de abril de 2008 (cfr. la página Web <http://rechtennieuws.nl/ljn/BC5901>); de igual modo, en la reforma del divorcio en el ordenamiento portugués (en vigor desde el 1 de diciembre de 2008), el legislador luso ha tenido presente los Principios de Derecho europeo de familia relativos al divorcio y a los alimentos

No obstante el interés que la labor de este organismo ofrece en orden a una hipotética armonización del Derecho material de familia en la Unión Europea⁹⁵, la realidad normativa en el momento presente se asienta sobre bases más estrechas; y es que, como ha escrito C. GONZÁLEZ BEILFUSS, la competencia de la Unión en este campo es mediata (pues el legislador comunitario no goza de una libertad análoga a la que tienen los legisladores nacionales para elaborar normas de Derecho internacional privado, sino que se halla condicionada a la lógica finalista de la integración) y limitada (por cuanto sólo puede ser ejercida para la adopción de medidas que, por una parte, tengan repercusión transfronteriza y, por otra parte, resulten necesarias para la correcto funcionamiento del mercado interior)⁹⁶. A nuestro entender, todo ello converge en y justifica la

entre esposos divorciados, según se informa en la página Web de la *Commission on European Family Law*.

⁹⁵ A favor de dicha armonización invoca D. MARTINY («Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable?», en A. S. HARTKAMP y OTROS, *Towards an European Civil Code*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff, 2004, pp. 307-333, esp. 312-315) tanto la evitación de la discriminación prevista en el artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, como en el desarrollo del artículo 293, apartado 1º, del citado Tratado en materia de política social, que prevé la «protección de las personas, así como el disfrute y la tutela de los derechos, en las condiciones establecidas por cada Estado a sus propios nacionales».

⁹⁶ «Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción del Espacio Judicial Común»,

hoja de ruta que viene marcando la iniciativa normativa de la Comisión en aquellos sectores del Derecho de familia en los que las disparidades —conflictuales, materiales, procesales o administrativas— en las regulaciones nacionales puedan provocar obstáculos a las libertades del mercado interior en la Unión Europea⁹⁷.

Anuario de Derecho Internacional Privado, tomo IV (2004), pp. 118-119 y 132.

⁹⁷ Véase A. RODRÍGUEZ BENOT, «Los avances de la normativa comunitaria en el reconocimiento de resoluciones judiciales en otros sectores del Derecho de familia: régimen económico matrimonial, parejas de hecho, alimentos y sucesiones», en B CAMPUZANO DÍAZ y OTROS (eds.), *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Universidad de Sevilla, 2005, pp. 159-184.

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

LIBROS PUBLICADOS

1. R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*.
2. L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*.
3. A. Ruiz Miguel, R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*.
4. P. Costa, B. Aláez Corral, *Nacionalidad y ciudadanía*.
5. V. Ferreres, J. A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*.
6. M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*.
7. R. Romboli, M. Carrillo, *Los consejos de garantía estatutaria*.
8. P. Salazar Ugarte, J. Aguiló Regla, M. A. Presno Linera, *Garantismo espurio*.
9. E. Bulygin, M. Atienza, J. C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*.
10. P. Lucas Murillo de la Cueva, J. L. Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa*.
11. F. J. Laporta, J. Ruiz Manero, M. A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*.
12. I. Shapiro, P. de Lora Deltoro, C. Tomás-Valiente Lanuza, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*.
13. J. F. Malem Seña, F. J. Ezquiaga Ganuzas, P. Andrés Ibáñez, *El error judicial. La formación de los jueces*.

14. M. C. Redondo, J. M^a Sauca, P. Andrés Ibáñez, Estado de Derecho y decisiones judiciales.
15. S. Huster, A. Pau, M^a J. Roca, *Estado y cultura*.
16. P. Comanducci, M^a A. Ahumada, D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*.
17. E. Barros Bourie, M^a P. García Rubio, A. M. Morales Moreno, *Derecho de daños*.
18. A. Aarnio, M. Atienza, F. J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*.
19. A. Squella, N. López Calera, *Derechos humanos, ¿invento o descubrimiento?*.
20. S. Huster, F. Molina, E. Garzón Valdés, *Terrorismo y Derechos Fundamentales*.
21. M. T. Soler Roch, J. M. Tejerizo López, F. Serrano Antón, *Los defensores del contribuyente*.
22. R. Vázquez, A. Ruiz Miguel, J. M^a Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución*.
23. C. Venturini, M. Fuenteseca Degeneffe, *El Juez en Roma: Funciones y responsabilidad*.
24. E. Roca Trías, V. Guilarte Gutiérrez, *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*.
25. J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís, J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*.
26. J. Delgado Echeverría, J. Rams Albesa, *Retos de la dogmática civil española*.
27. A. Pace, P. Andrés Ibáñez, *Inmunidad del poder en Italia*.
28. C. Peña, H. Omar Seleme, F. Vallespín, *Estudios sobre Rawls*.
29. M. Baurmann, J. L. Martí, P. de Lora, *Los desafíos de la democracia*.
30. A. F. Franco, C. Álvarez Alonso, *La cuestión cubana en las Cortes de Cádiz*.
31. J. A. Xiol Ríos, F. J. Bastida Freijedo, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*.
32. A. Ollero, J. A. García Amado, C. Hermida del Llano, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada*.

33. E. Garzón Valdés, P. Sala Sánchez, Fco. Rubio Llorente, M. Lorente Sariñena, Fco. Laporta, Elías Díaz, V. Ferreres Comella, *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente*.
34. C. Rogel Vide, E. Serrano Gómez, *Tensiones y conflictos sobre derecho de autor en el siglo XXI. Materiales para una reforma de la Ley de Propiedad Intelectual*.
35. M. Carrillo, R. Romboli, *La reforma del recurso de amparo*.
36. P. Schiera, B. Clavero, *Del poder legal a los poderes globales. Legitimidad y medida en política*.
37. J. Esteve Pardo, J. Tejada Palacios, *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes*.
38. J.M. Naredo, Carlos Taibo, *De la burbuja inmobiliaria al decrecimiento: causas, efectos y perspectivas de la crisis*.
39. M. Stolleis, A. Paulus, I. Gutiérrez, *El Derecho constitucional de la globalización*.
40. J. Varela Suanzes-Carpegna, S. Muñoz Machado, *La organización territorial del Estado en España. Del fracaso de la I República a la crisis del Estado autonómico (1873-2013)*.
41. Ph. Frumer, I. Villaverde Menéndez *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas*.
42. A.-E. Pérez Luño, F. de Carreras, T. Limberger, R. González-Tablas Sastre, *Construcción Europea y Teledemocracia*.
43. P. Grossi, Á.M. López y López, *Propiedad: otras perspectivas*.
44. C. Pinelli, M. Presno, *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*.
45. B. Aláez Corral, J.J. Ruiz Ruiz *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos*.
46. G. Cohen, E. Farnos Amorós *Derecho y tecnologías reproductivas*.
47. P. Ruiz-Tagle, J.L. Martí, *La concepción republicana de la propiedad*.
48. Fco. Rubio Llorente, P. Navarro, J. Tornos Mas, J.J. Solozabal Echavarría, F. de Carreras Serra, Fco. Caamaño Domínguez *Una propuesta de federalización*.

49. T. F. Torres García, M^a. Paz García Rubio, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*.

50. R. Pirozzi, M. Yzquierdo Tolsada, *Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, en los sistemas español e italiano*.

51. R. M. Moura Ramos, A. Rodríguez Benot, *Evolución reciente del Derecho internacional privado de familia en los Estados miembros de la Unión Europea*.

