

Nous reptes del Dret de família



Materials de les Tretzenes
Jornades de Dret Català
a Tossa

23 i 24 de setembre de 2004

Nous reptes del Dret de família

(Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa)

Nous reptes del Dret de família

Materials de les *Tretzenes Jornades
de Dret Català a Tossa*

Coord:
ÀREA DE DRET CIVIL,
UNIVERSITAT DE GIRONA

Girona 2005

BIBLIOTECA DE CATALUNYA. DADES CIP

Jornades de Dret Català (13es : 2005 : Tossa de Mar) Nous reptes del dret de família : materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa / coord: Àrea Dret Civil, Universitat de Girona. -- Girona : Documenta Universitaria, 2005. -- p.; cm. -- (Documenta Universitaria)

Text en català, castellà i anglès

ISBN 84-934685-2-5

I. Universitat de Girona. Àrea de Dret Civil

1. Dret de família – Congressos 2. Dret de família – Aspectes econòmics – Congressos 3. Patrimoni – Congressos 4. Unions estables de parella – Congressos

CIP 347.61/.64(063) JOR

Reservats tots els drets. El contingut d'aquesta obra està protegit per la Llei, que estableix penes de presó i/o multes, a més de les corresponents indemnitzacions per danys i perjudicis per a aquells que reproduïssin, plaguessin, distribuïssin o comunicuessin públicament, en la seva totalitat o en part, una obra literària, artística o científica, o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol mena de suport o comunicada a través de qualsevol mitjà, sense la preceptiva autorització.

© els autors

©DOCUMENTA UNIVERSITARIA ®

www.documentauniversitaria.com

info@documentauniversitaria.com

Edicions a Petició, SL

CIF B17741240

Pl Ferrater Mora, 1 Pl. Europa, 3, 2on-2a

17071 GIRONA 17005 GIRONA

tf. +34 972418992 tf. +34 630608231

fax +34 972418978 fax +34 972200049

www.edicionsapeticio.com

info@edicionsapeticio.com

Primera edició

ISBN: 84-934685-2-5

ISBN 13: 978-84-934685-2-1

D.L.: B-XXXX-2005

Imprès a PUBLIDISA

Girona, novembre de 2005

Aquestes *Tretzenes Jornades* han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya i el suport de l'Ajuntament de Tossa de Mar i de:

Universitat de Girona

Generalitat de Catalunya. Departament d'Universitats,

Recerca i Societat de la Informació

Facultat de Dret UAB (Deganat)

Facultat de Dret UB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Facultat de Dret UPF (Deganat)

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col·legi d'Advocats de Figueres

Col·legi d'Advocats de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

Col·legi de Notaris de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Diputació de Girona

ÍNDIX

PONÈNCIES

PRIMERA PONÈNCIA

L'“EUROPEÏTZACIÓ” DEL DRET DE FAMÍLIA

<i>Family Law - A Challenge for Europe?</i>	21
---	----

Walter Pintens

I. Two Cases as an Introduction	21
1. The Garcia Avello Case.....	21
2. The Pla and Puncernau Case.....	24
II. The Increasing Influence of European Law on Family Law	27
1. Case Law	27
2. Legislation	31
III. Harmonisation: A Challenge for Europe !	36

<i>La Comisión de Derecho de Familia Europeo: La redacción de los Principios en el ámbito del divorcio y los alimentos entre cónyuges</i>	39
---	----

Katharina Boele-Woelki

I. El reto actual para el derecho privado	39
II. La dimensión europea del derecho de familia	40
III. Unificación del Dpr sobre las relaciones de familia	41
IV. Divorcio entre nacionales (súbditos) suecos con residencia habitual en Irlanda	42
V. A vista de pájaro: el derecho de divorcio en Europa	43
VI. La armonización del Derecho de Familia en Europa en perspectiva histórica y cultural.....	45
VII. La Comisión de Derecho de Familia Europeo	46
VIII. Objetivos de la CEFL	46
IX. Metodología	47
X. Resultados obtenidos	49
XI. Campos de acción e idioma	50
XII. El primer juego de Principios: el divorcio y los alimentos entre esposos divorciados.....	50
XIII. La interrelación entre los Principios, los informes comparados y los comentarios.....	51
XIV. ¿“Núcleo común” y/o “mejor derecho”?	52
XV. Mirada retrospectiva y mirada al futuro	55
Anexo. Principios de derecho europeo de familia relativos al divorcio y a los alimentos entre esposos divorciados	56

SEGONA PONÈNCIA

LES RELACIONS ECONÒMIQUES EN LA CRISI FAMILIAR

<i>The American Law Institute Principles and the Economics of Family Dissolution</i>	63
--	----

Marygold S. Melli

I. Property Division	67
----------------------------	----

II. Compensatory Spousal Payments.....	70
1. Compensation for the loss of the marital standard of living.....	71
2. Compensation for residual loss in earning capacity.....	72
III. Child Support.....	73
IV. The Impact of the Principles of Family Dissolution on American Law.....	75
1. Property Division.....	75
2. Compensatory Payments.....	75
3. Child Support.....	76
4. Conclusion.....	76
<i>Separació de béns i compensacions en la crisi familiar.....</i>	<i>77</i>
<i>Josep Ferrer i Riba</i>	
I. Introducció: les conseqüències patrimonials de la separació o el divorci.....	77
II. La compensació per raó de treball: retribució de tasques domèstiques, participació en guanys o compensació de perjudicis?.....	80
1. Els requisits de la compensació per raó de treball i la seva intel·ligència en la doctrina catalana.....	80
2. La jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.....	83
III. Sistemes de compensació en els règims legals de separació de béns: les aportacions del dret comparat.....	86
1. <i>Financial relief</i> en el dret anglès: l'estàndard d'igualtat en el repartiment patrimonial.....	86
2. <i>Equitable distribution</i> en les jurisdiccions nord-americanes amb règim de separació de béns i la proposta de divisió patrimonial dels <i>ALI Principles</i>	88
IV. Ensenyaments del dret comparat i opcions de regulació per al dret català.....	89
Bibliografia.....	93
<i>Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el Derecho de familia.....</i>	<i>95</i>
<i>María Paz García Rubio</i>	
I. Introducción al tema.....	95
II. Aspectos funcionales de los acuerdos prematrimoniales.....	100
III. Aspectos estructurales. El problema de su validez.....	101
IV. La fase de formación del acuerdo.....	102
V. El contenido de los acuerdos. Algunos ejemplos.....	105
1. Acuerdos para el caso de muerte de uno de los cónyuges.....	105
2. Acuerdos para el caso de separación o divorcio.....	106
3. Acuerdos en relación con los hijos.....	115
VI. Sanción en caso de violación de los límites a la autonomía de la voluntad.....	116
VII. La exigibilidad de los pactos.....	116
VIII. Reflexión final.....	120
<i>Derecho y Empresa Familiar: el Protocolo familiar y sus instrumentos de desarrollo.....</i>	<i>123</i>
<i>Carlos Gortázar Lorente</i>	
I. La Empresa Familiar y su problemática.....	123
II. Aproximación del Derecho a la Empresa Familiar: dificultad de definición jurídica.....	126
1. Inexistencia de un concepto jurídico de Empresa Familiar.....	126
2. La Empresa Familiar en el ordenamiento jurídico.....	129

III. El Protocolo Familiar y sus instrumentos jurídicos de desarrollo.....	132
1. El Protocolo Familiar.....	132
2. Instrumentos jurídicos de desarrollo.....	136
IV. Conclusión.....	146
<i>Pensió compensatòria i aliments entre cònjuges: propostes i criteris d'estandardització.....</i>	<i>149</i>
<i>Avel·lina Rucosa Escudé</i>	
I. Introducció. Problemàtica que planteja avui la pensió compensatòria.....	149
II. Catalunya i Espanya.....	151
1. La pensió compensatòria.....	151
2. Aliments entre cònjuges.....	159
3. La compensació patrimonial de l'article 41 del Codi de família.....	161
4. Anàlisi de jurisprudència recent.....	164
5. Experiència personal (com a advocada que exerceix en família).....	170
III. Fora d'Espanya.....	172
1. Dret comparat entre les diferents legislacions europees en matèria de pensió compensatòria.....	172
2. Estudi del dret alemany i la seva <i>Düsseldorfer Tabelle, Berliner Tabelle, i les Richtlinien o Leitlinien</i>	176
IV. Situació social i actual en el nostre país. Propostes respecte a la legislació catalana i espanyola.....	182
V. Resum.....	183
VI. Epíleg.....	186
VII. Bibliografia i legislació.....	187
VIII. Annex. Estadístiques.....	189
1. Pensió compensatòria.....	189
2. Compensació econòmica.....	207

TERCERA PONÈNCIA

RELACIONS PERSONALS I PATRIMONIALS EN LA RECOMPOSICIÓ FAMILIAR

<i>La regulació de les famílies recompostes o reconstituïdes.....</i>	<i>213</i>
<i>Encarna Roca</i>	
I. Introducció. Plantejament i antecedents.....	213
II. Què és una família recomposta?.....	218
III. Situacions que donen lloc més freqüentment a les famílies recompostes.....	222
IV. S'ocupa el dret d'aquestes famílies?.....	224
V. Propostes per a una solució dels problemes.....	232
VI. A manera de conclusions.....	236
VII. Bibliografia.....	238
<i>Las familias reconstituidas y las cuestiones de protección patrimonial.....</i>	<i>241</i>
<i>Antoni Bosch i Carrera</i>	
I. Las familias reconstituidas.....	241
1. Las reformas en el Derecho de familia.....	241
2. Efectos sociales de las reformas en el Derecho de Familia.....	243
3. Constitucionalidad y algunos problemas que plantea la existencia de segundas familias.....	244

II. Aplicación de los principios generales del derecho de familia a las familias reconstituidas	248
1. El principio de actuación en interés de la familia	248
2. El principio rector del Derecho de Familia de protección del interés del hijo menor o incapaz	250
III. Los gastos familiares y su contribución	251
1. Los obligados a la contribución de los gastos familiares.....	251
2. Los convivientes y su contribución de los gastos familiares.....	252
IV. El patrimonio del hijo en las familias reconstituidas	260
1. Composición del patrimonio	261
2. Clases de administración del patrimonio	262
3. Naturaleza del patrimonio del menor o incapaz sujeto a potestad.....	263
4. Constitución de un patrimonio autónomo en beneficio de personas sujetas a potestad.....	264
V. La administración del patrimonio de los hijos sometidos a potestad.....	265
1. La administración ordinaria de los progenitores en caso de separación	265
2. La administración judicial del patrimonio de hijos sujetos a potestad. El administrador especial.....	268
3. La administración especial del patrimonio de los menores y los incapaces: los bienes adquiridos a título gratuito cuando el disponente así lo ha dispuesto (art. 149, a), 169, 209, 2 CF y 65, 66 CS).....	269
<i>Las relaciones personales entre abuelos y nietos en las familias reconstituidas</i>	275
<i>Francisco Rivero Hernández</i>	
I. Introducción	275
1. Actualidad social y jurídica de las relaciones personales de los abuelos con sus nietos	275
2. De institución pretoriana a una amplia atención legislativa.....	276
3. Derecho español: de un modesto origen jurisprudencial a la Ley 42/2003	280
4. Derecho catalán. Régimen legal propio. No aplicación de la Ley 42/2003 en el orden sustantivo	282
II. <i>Fattispecie</i> . Datos prejurídicos	283
1. Las relaciones de los abuelos con sus nietos en las familias reconstituidas.....	283
2. Papel de los abuelos en la familia y en relación con sus nietos	284
3. Formas de presentación jurídica y procesal de las relaciones abuelos-nietos	285
III. Diferencia del derecho de visita de los abuelos respecto del de los padres. Fundamento y finalidad de aquél.....	286
1. Visión del problema por los tribunales y la doctrina.....	286
2. (Diferente) fundamento del derecho de visita de los abuelos con sus nietos	288
3. Finalidad de esas relaciones	289
IV. Naturaleza del derecho de visita de los abuelos	290
1. El derecho de visita, verdadero derecho subjetivo	290
2. Si derecho, ¿de qué clase?.....	292
3. ¿Basta la calificación de derecho subjetivo, aun específico, para explicar los problemas del derecho de visita y justificar su régimen jurídico?.....	294
V. Sujetos de la relación jurídica de visita.....	296
1. Los abuelos.....	296
2. Nietos	296
4. Personas gravadas. Su posición jurídica	305
5. Legitimación para el ejercicio del derecho de visita abuelos-nietos.....	307
VI. Contenido del derecho de visita abuelos-nietos	310

1. En general, y especificidad en este caso y derecho.....	310
2. Responsabilidad civil por hecho ilícito del nieto en régimen de visita.....	312
3. Ejercicio y cumplimiento del régimen de relaciones personales.....	314
4. Duración institucional de estas relaciones.....	314
VII. Determinación del regimen de relaciones personales abuelos-nietos	315
1. Determinación convencional, o por pacto	315
2. Determinación judicial.....	318
3. Modificación y extinción de las relaciones personales abuelos/nietos	322
VIII. Protección del derecho de visita de los abuelos	325
1. Necesidad de una protección eficaz.....	325
2. Mecanismos y medios de protección.....	327
IX. Aspectos procesales	329
1. Reclamación de las relaciones personales en procedimiento ordinario.....	329
2. Determinación de las relaciones personales abuelos/nietos en proceso matrimonial	330
3. Medidas cautelares	331
4. Determinación de oficio de las relaciones personales.....	331
5. Otras cuestiones procesales de interés.....	331

QUARTA PONÈNCIA

PARELLES DE FET: BALANÇ I PERSPECTIVES

<i>La regulació de la parella de fet: lleis i models</i>	335
--	------------

Miquel Martí Casals

I. Introducció.....	335
II. la regulació catalana actual i els possibles models	340
1. El problema de les parelles heterosexuales excloses	342
2. Les dues modalitats de constitució: constitució formal i constitució factual	348
3. Labast i els límits d'una regulació factual de la parella de fet	351
Bibliografia citada	357

<i>La Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella: balanç de la seva aplicació judicial</i>	359
---	------------

Joan Egea Fernández

I. Introducció	359
II. Una qüestió prèvia: l'absència d'una regulació processal homogènia i coherent	367
III. Requisits constitutius (arts. 1, 19 i 20 LUEP)	371
IV. Acreditació (arts. 2 i 21 LUEP).....	376
V. Autonomia de la voluntat. Límits (arts. 3, 15 i 22 LUEP).....	377
VI. Despeses comunes (art. 4 i 23 LUEP).....	380
VII. Adopció i tutela (art. 6, 7 i 25 LUEP).....	382
VIII. Aliments (arts. 8 i 26 LUEP).....	383
IX. Extinció de la unió. Revocació de poders (arts. 12 i 30).....	384
X. Compensació econòmica per raó del treball per a la llar o per a l'altre convivent (art. 13 i 31.1)	389
XI. Pensió alimentària periòdica (art. 14 i art. 31.2).....	391
XII. Habitatge familiar (arts. 11 i 28).....	394
XIII. Efectes de l'extinció per mort.....	396

1. Drets de predetracció i dret a ocupar l'habitatge familiar durant l'any següent a la mort del company convivent (art. 18 i 33)	396
2. Els drets de naturalesa successòria (art. 34 i 35)	397
3. El pacte de supervivència (arts. 44 a 47 CF)	399
XIV. Bibliografia	402
<i>Aspectos laborales y de Seguridad Social de la regulación jurídica de las parejas de hecho</i>	405
<i>Eduardo Rojo Torrecilla</i>	
I. Introducción	405
II. Textos y normativa internacional y comunitaria	409
III. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre las parejas de hecho y su impacto sobre la regulación jurídica laboral y de Seguridad Social	416
IV. Marco legal estatal. El cumplimiento de la transposición de las Directivas comunitarias	418
V. Normativa autonómica de parejas de hecho. Su impacto e incidencia sobre los derechos laborales y de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena y de los funcionarios	420
VI. Modificaciones legislativas y propuestas de modificación con impacto en la regulación de los derechos laborales y de la Seguridad Social en las parejas de hecho	422
VII. Negociación colectiva y diálogo social	427
VIII. Doctrina judicial. Interpretación de los preceptos legales y convencionales por los jueces y tribunales laborales	432
IX. Recapitulación final	434
<i>Las uniones de hecho ante el Derecho Tributario</i>	437
<i>Luisa Esteve Pardo</i>	
I. Introducción	437
III. Tratamiento del matrimonio y de la familia en Derecho Tributario	439
1. El tradicional planteamiento antielusivo de las normas tributarias	439
2. Normas tributarias protectoras de la familia	442
3. Características de los impuestos relevantes en la tributación del matrimonio y de la pareja de hecho: impuestos cedidos a las Comunidades Autónomas	449
IV. Especificidades del Derecho Tributario respecto del tratamiento de las parejas de hecho	449
1. Los principios rectores en materia tributaria	449
2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la tributación conjunta de la unidad familiar	452
V. La legislación tributaria estatal	457
VI. La equiparación de las parejas de hecho al matrimonio a efectos tributarios por algunas Comunidades Autónomas	457
1. Los diferentes sistemas de financiación autonómica: el sistema general y los sistemas forales	459
2. La equiparación realizada por las Comunidades Autónomas de régimen general	464
3. La equiparación realizada en las Haciendas Forales	466
VII. Conclusiones	466

COMUNICACIONS**COMUNICACIONS A LA PRIMERA PONÈNCIA**

<i>La armonización del Derecho de familia en Europa. En especial, la armonización de los regímenes económicos matrimoniales.....</i>	<i>473</i>
<i>Francisca Llodrà Grimalt</i>	
I. Preliminar	473
II. Actual marco del proceso de europeización del Derecho de familia	474
1. La proyección del Derecho comunitario en el Derecho de familia	474
2. La llamada “armonización espontánea” del Derecho de familia	479
III. La armonización y unificación del Derecho de familia en Europa como pretensión doctrinal.....	486
1. Propuestas de armonización en general. Técnicas o métodos.....	487
2. Obstáculos	491
3. La Comisión de Derecho de Familia Europeo	494
IV. Hacia la armonización de los regímenes económicos matrimoniales en Europa.....	497
1. Punto de partida “normativo”	497
2. Necesidad de armonización, métodos y obstáculos	498
3. Notas sobre algunos regímenes económicos matrimoniales en Europa. Los dos grandes bloques.....	500

<i>La protecció de la vida familiar i la protecció jurídica de l’infant en l’àmbit del Consell d’Europa.....</i>	<i>511</i>
<i>Isaac Ravetllat Ballesté</i>	

I. El Consell d’Europa. Introducció.....	511
II. La protecció de la vida familiar en el Conveni europeu per a la protecció dels drets humans i les llibertats fonamentals, de 4 de novembre de 1950.....	513
III. La protecció de la vida familiar en la jurisprudència emanada del Tribunal Europeu de Drets Humans.....	515
IV. La protecció de la vida familiar en el cas dels estrangers	517

COMUNICACIONS A LA SEGONA PONÈNCIA

<i>Estructura tradicional per a continguts moderns: els capítols avui.....</i>	<i>523</i>
<i>Immaculada Barral Viñals</i>	
I. Les capitulacions: de “règim” a contracte	523
II. Les noves famílies i l’organització autònoma de la convivència.....	525
1. El contingut necessàriament capitular: els capítols tradicionals.....	526
2. El contingut possible: la llibertat dels contraents en l’organització familiar	527
III. L’organització autònoma de la ruptura de la convivència.....	528
1. La “contemplació de la ruptura del matrimoni”	529
2. Capítols, autonomia de la voluntat i final de la convivència afectiva	530
3. Els pactes en previsió de la ruptura: límits a l’autonomia de la voluntat.....	532
IV. Els capítols com a negoci: la llibertat contractual	533
V. Conclusió	536
<i>La mediació en l’empresa familiar, una eina per a la seva pervivència</i>	<i>537</i>
<i>Isabel Viola Demestre</i>	
I. Introducció.....	537

II. Els conflictes a l'empresa familiar	538
III. Instruments i òrgans reglamentadors dels conflictes a l'empresa familiar	541
1. El protocol familiar.....	541
2. L'assemblea familiar i el consell de família.....	542
IV. La mediació com a eina idònia per a l'obtenció del protocol familiar i en l'assemblea i el consell de família	543
3. Avantatges en l'empresa familiar dels principis de la mediació.....	544
4. Els caràcters de la mediació en l'empresa familiar.....	545
5. La mediació en l'elaboració del protocol familiar i en les reunions de l'assemblea familiar i el consell de família.....	546
6. El mediador, membre d'un equip multidisciplinari.....	551
V. Conclusió	552

COMUNICACIONS A LA QUARTA PONÈNCIA

<i>Parelles de fet i designació tutelar</i>	555
<i>Miriam Anderson</i>	
I. Introducció.....	555
II. Les classes de tutela en funció de l'origen de la designació.....	557
1. Al Codi de família de Catalunya.....	558
2. Al Codi civil espanyol.....	560
III. Les relacions entre els diferents tipus de designació: autonomia privada i criteri judicial	562
IV. Les parelles de fet en la designació de tutor	565
V. Parelles de fet, designació tutelar i reforma del Codi civil espanyol en matèria de dret a contraure matrimoni.....	568
<i>Parelles de fet i declaració d'insolvència</i>	571
<i>Lidia Arnau i Raventós</i>	
I. Les parelles de fet a la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal. Delimitació de qüestions.....	571
II. La parella com a "persona especialment relacionada amb el concursat".....	572
1. El crèdit de la parella com a "crèdit subordinat"	578
2. El caràcter presumptament perjudicial dels actes dispositius onerosos: la seva rescindibilitat	586
III. Referència a les adquisicions amb pacte de supervivència: el seu règim concursal i les parelles de fet	590
<i>La cuestión de la constitución de la unión estable de pareja: Reflexiones sobre la reforma de la Ley 10/1998, de 15 de julio</i>	595
<i>Pascual Ortuño Muñoz</i>	
I. Las nuevas perspectivas legislativas en la actual legislatura.....	595
II. Reflexiones sobre el problema de la constitución de la pareja estable: dificultades que presenta la regulación de la materia	596
1. Debate ideológico subyacente.....	596
2. Matrimonio como sinónimo de familia	597
3. Prejuicios que distorsionan el análisis netamente jurídico	597
4. Test de matrimonialidad de las relaciones de pareja objeto de regulación	598
5. Definición y heterogeneidad de supuestos de facto.....	599
6. Conclusión	600

LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA. EN ESPECIAL, LA ARMONIZACIÓN DE LOS REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

FRANCISCA LLODRÀ GRIMALT

PROFESORA TITULAR DE DERECHO CIVIL, UNIVERSITAT DE LES ILLES BALEARS

SUMARIO

I. Preliminar.....	473
II. Actual marco del proceso de europeización del Derecho de familia.....	474
III. La armonización y unificación del Derecho de familia en Europa como pretensión doctrinal.....	486
IV. Hacia la armonización de los regímenes económicos matrimoniales en Europa.....	497

I. PRELIMINAR¹

El *Informe del Consejo sobre la necesidad de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia civil* de 16 de noviembre de 2001 señalaba que las “instituciones comunitarias se han visto en numerosas ocasiones obligadas a examinar cuestiones relacionadas con el Derecho de familia para la realización de determinadas políticas, especialmente en el ámbito de la seguridad y de la integración social, de la acogida de los trabajadores inmigrantes, de la inmigración, de los visados, de la lucha contra la pobreza o de la libertad de establecimiento”. De ello se observaba cómo la eliminación de los obstáculos a la libre circulación de las personas dentro del mercado interior europeo y la garantía de la misma crean inevitablemente interacciones entre el Derecho de familia y las demás disciplinas comunitarias, por lo que el Consejo invita a la Comisión a que emprenda un estudio que permita determinar las divergencias entre los derechos nacionales que en materia de derecho de familia pueden menoscabar el principio de libre circulación de personas.

Desde este punto de partida, vamos a observar en este trabajo si la existencia de diferentes regímenes económicos matrimoniales en los distintos Estados

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco del disfrute de una beca de investigación durante el mes de agosto de 2003 y los meses de julio y agosto de 2004 en el *Centrum für europäisches Privatrecht*, dirigido por el Prof. Dr. Reiner Schulze (Westfälische Wilhelms-Universität de Münster). Dicha beca se enmarca en el Research Network “Uniform Terminology for European Private Law” (HPRN-CT-2002-00229), financiado por la Comisión Europea.

miembros es una de las cuestiones de Derecho de familia que pueden menoscabar el principio de libre circulación de personas. Pero previamente veremos cómo se plantea el proceso que llamamos de “europeización del Derecho de familia”.

II. ACTUAL MARCO DEL PROCESO DE EUROPEIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

1. La proyección del Derecho comunitario en el Derecho de familia

1.1. *El Derecho comunitario originario*

A partir del Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 adquieren relevancia, en la UE, las cuestiones de índole material del Derecho de familia.² La inserción por dicho Tratado de un nuevo título IV en el Tratado de la Comunidad Europea, dedicado a visados, asilos e inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas, insertado, a su vez, en la creación de un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia, ha tenido la virtualidad de incidir, aunque sea de forma indirecta, en cuestiones de Derecho de familia.³

Por otra parte, el *Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa* (DOUE, nº C 310, de 16 de diciembre de 2004) introduce importantes novedades en esta materia.

La Constitución europea, en la parte I, título III: “*De las competencias de la Unión*”, art. I-14: “*Ámbitos de competencia compartida*”, en su punto 2 dice:

“Las competencias compartidas entre la Unión y los Estados miembros se aplicarán a los siguientes ámbitos principales: [...] j) el espacio de libertad, seguridad y justicia [...]”

Y el art. I-42 del cap. II, título V, parte I (“*Del ejercicio de las competencias de la Unión*”) dice:

Disposiciones particulares relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia: “(1) La Unión constituirá un espacio de libertad, seguridad y justicia: a) mediante la adopción de leyes y leyes marco europeas destinadas, en caso necesario, a aproximar las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos contemplados en la Parte III; b) fomentando la confianza mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros, basada en particular en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales [...]”

² Según Werwigk-Hertneck, C. y Mauch, F.: “Auf dem Weg zu einem Europäischen Familiengesetzbuch”, *FamRZ*, 8, 2004, p. 575.

³ Artículos 61.c, 65 y 67 TCE.

En dicha parte III (“*De las políticas y el funcionamiento de la Unión*”), título III (“*Políticas y acciones internas*”), capítulo IV (“*Espacio de libertad, seguridad y justicia*”), sección 3, dice el art. III-269:

“(1) La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legislativas y reglamentarias de los Estados miembros. (2) [...] la ley o ley marco europea establecerá, en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, medidas para garantizar, entre otras cosas: a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución [...] c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción [...]. (3) No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán mediante una ley o ley marco europea del Consejo, que se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo. El Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, una decisión europea que determine los aspectos del Derecho de familia, con repercusión transfronteriza, que puedan ser objeto de actos adoptados por el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo”.

Con todo ello, queda abierto el interrogante sobre qué aspectos del Derecho de familia tienen repercusión transfronteriza y, por tanto, posible prioridad en ser armonizados. Podremos observar, en este trabajo, cómo para algunos autores la regulación del régimen económico matrimonial es una cuestión con repercusión transfronteriza, y, por tanto, consideran aconsejable el trabajo hacia una posible armonización.

1.2. *El Derecho comunitario derivado*

Los instrumentos de derecho comunitario derivado dictados en el marco del ejercicio de diversas competencias también han influido o influirán en cuestiones de Derecho de familia. La intersección entre materias de competencia comunitaria y Derecho de familia se ha producido de forma espontánea y gradual.⁴

⁴ Podemos remontarnos al Reglamento 1612/68, del Consejo, de 15 de octubre, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, que en el título III trataba de la familia de los trabajadores inmigrantes europeos y señalaba que está formada por el cónyuge y sus descendientes menores de 21 años y otras personas que dependan de él (ascendientes, especialmente). Asimismo, el Convenio de Dublín de 15 de junio de 1990, relativo a la determinación del Estado responsable del examen de las solicitudes de asilo presentadas en los Estados miembros de las comunidades europeas, define como miembros de la familia

Ahora bien, el hito más importante en la manifestación de la preocupación comunitaria por cuestiones relacionadas con el Derecho de familia fue la adopción por parte del Consejo del Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil,⁵ el cual se consideró una clara indicación de la importancia que revisten las cuestiones relativas al matrimonio y al divorcio para el ciudadano europeo.

El Reglamento 44/2001 se aplica a: 1) los procedimientos civiles relativos al divorcio, a la separación judicial y a la nulidad del matrimonio de los cónyuges, y 2) a los procedimientos civiles relativos a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes de cónyuges con ocasión de las acciones en materia matrimonial.

Asimismo, una muestra de la importancia de las cuestiones de Derecho de familia⁶ es el Reglamento CE nº. 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental,⁷ que deroga el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes,⁸ y supone la modificación del Reglamento 44/2001, en lo que se

del asilado al cónyuge y sus hijos no casados menores de 18 años. También el Reglamento 343/2003, de 18 de febrero de 2003, del Consejo, que establece los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país (Dublín II) considera (art. 2.i) al cónyuge del solicitante de asilo y a la pareja de hecho con la que mantenga una relación estable, si la legislación o los usos del Estado miembro de que se trate otorgan a las parejas no casadas un trato comparable al de las casadas, con arreglo a su propia normativa de extranjería.

⁵ DOCE L 12, de 16.01.2001 (corrección de errores: DOCE L 307, de 24.11.2001). Este reglamento supone la asunción del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y su protocolo anejo, hecho en Bruselas el día 27 de septiembre de 1968, que sigue vigente para las relaciones con Dinamarca (DOCE núm. C 27, de 26 de enero de 1968).

⁶ También se destaca, desde el punto de vista de materia civil, la importancia del Reglamento 1348/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (DOCE L 160, de 30.06.2000), y del Reglamento 1206/2001, del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (DOCE L 174, de 27.06.2001).

⁷ DOUE L 338, de 23.12.2003.

⁸ DOCE L 160, de 30.06.2000. Véase también el *Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del TUE, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*, aprobado por el Consejo el 28 de mayo de 1998 (véase un informe al respecto en: DOCE C 221, de 16.07.1998).

refiere a alimentos. Por tanto, del Reglamento 44/2001 no se modifican las normas relativas a la nulidad, divorcio y separación, pero sí las relativas a la protección de los hijos, de tal forma que no queda limitada a la protección de estos con motivo de la crisis matrimonial, ni tampoco a la protección de los hijos matrimoniales.⁹

1.3. *Notas sobre la competencia de la UE para legislar en Derecho de familia*

Para concluir con el tema del marco actual del proceso de europeización del Derecho de familia, desde el punto de vista del papel que juega el Derecho comunitario, hay que señalar que en el seno de la UE no existe competencia para legislar en derecho de familia.¹⁰

En primer lugar, podemos observar que ciertamente existe competencia para legislar en ámbitos conexos, como pueden ser política social (art. 293.1 TCE), lucha contra la discriminación (art. 13 TCE) y cooperación judicial, pero por ello, siguiendo a SÁNCHEZ LORENZO, “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 un “Derecho de familia europeo” con pretensiones sistemáticas.¹¹

En segundo lugar, en relación con la posibilidad de que la proyección del Derecho comunitario en el Derecho de familia se derive de los artículos 61.c), 65 y 6 TCE, hay que matizar que estos artículos se refieren a la adopción de medidas relativas a la cooperación judicial civil, lo cual no significa que

⁹ Borrás, Alegría: “Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia matrimonial: el Reglamento 1347/2000, de 29 de mayo (Bruselas II)”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 2, 2003, p. 366.

¹⁰ Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 3, *FamRZ*, 8, p. 502.

¹¹ Sánchez Lorenzo: “Aproximación del Derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la Comunidad Europea”, *Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, septiembre de 2002, pp. 60-62. Asimismo, Henrich señala (“Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 22, 2002, p. 1521) que una codificación material del Derecho de familia no está por ahora a la vista.

permitan adoptar normas relativas a cuestiones materiales de Derecho de familia.¹² Por tanto, tampoco otorgan competencia en este ámbito.¹³

En tercer lugar, también se descarta que puedan dictarse normas materiales comunitarias de Derecho de familia basándose en el art. 18 TCE, que regula la creación de un estatuto de ciudadano europeo; ni en el art. 308 TCE, que prevé la “cláusula de imprevisión”, en virtud de la cual el Consejo de Ministros, por unanimidad, puede atribuir una nueva competencia a la CE, cuando esta sea necesaria para la consecución del mercado interior, y no se entiende que lo sean las normas de Derecho de familia.¹⁴

Finalmente, cabe plantear si basándose en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE adoptada el 7 de diciembre de 2000 sería posible que la UE legislara en materia de Derecho de familia, por cuanto esta reconoce una serie de derechos con incidencia en esta materia, así: el derecho a la intimidad personal y familiar, el derecho a casarse y formar una familia, los derechos de los niños y los derechos de las personas mayores. Por ahora, hay que descartar tal posibilidad por dos motivos: en primer lugar, porque dicha Carta carece de fuerza jurídica vinculante, como mínimo hasta que entre en vigor el Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (arts. 7, 9, 24 y 25); en segundo lugar, porque el reconocimiento de los derechos mencionados en el ámbito comunitario no presupone la atribución de competencia en la materia a la que se refieren estos derechos.¹⁵

Sin embargo, si en un futuro se produce la entrada en vigor del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa habrá un nuevo marco jurídico de actuación en esta materia que obligará a volver a reflexionar sobre estas afirmaciones.

¹² Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 3, *FamRZ*, 8, p. 502; Basedow, Jürgen: “Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodez. Systemsuche zwischen nationaler Kodifikation und Rechtsangleichung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 200, 2000, p. 477.

¹³ Véase Henrich: “Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 22, 2002, p. 1521.

¹⁴ Véase: Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 3, *FamRZ*, 8, p. 503. En contra parece que se manifiesta Basedow, Jürgen: “Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodez. Systemsuche zwischen nationaler Kodifikation und Rechtsangleichung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 200, 2000, p. 478.

¹⁵ Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 3, *FamRZ*, 8, p. 503; McGlynn: “Families and the European Union Charter of Fundamental Rights: progressive change or entrenching the status quo?”, *European Law Review*, 2001, p. 586.

2. La llamada “armonización espontánea” del Derecho de familia

2.1. *El soft law*¹⁶ de las organizaciones internacionales de ámbito europeo

A) *La Unión Europea*

Desde el marco de la UE, el Parlamento Europeo (PE) y el Consejo se han pronunciado en ámbitos relacionados con la unidad familiar, los hijos o el cónyuge y, por lo tanto, con el estatuto personal de los ciudadanos comunitarios. Además, el interés que muestra el Derecho comunitario por la materia del Derecho de familia hemos observado que es creciente.

Desde este punto de vista, tienen un papel importante las recomendaciones que el PE ha adoptado sobre la orientación sexual, por ejemplo: las Resoluciones del Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989, sobre la discriminación que padecen los transexuales (DOCE C 256, de 9.10.1989), y de 8 de febrero de 1994, sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea (DOCE C 61, de 28 de febrero de 1994); y el *Informe del Parlamento Europeo de 15 de enero de 2003, relativo a la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea* (A5-0451/2002), que recomienda a los Estados miembros que reconozcan la igualdad de trato para el matrimonio y las parejas de hecho, tanto heterosexuales como homosexuales, e insta a la UE a que incluya en la agenda política el reconocimiento mutuo de las relaciones no matrimoniales, así como de las matrimoniales, entre personas del mismo sexo, y a que desarrolle propuestas al respecto.

El PE también se ha pronunciado sobre otras cuestiones relacionadas con el Derecho de familia. Sobre la adopción, en la Resolución sobre la mejora del derecho y de la cooperación entre los Estados miembros en materia de adopción de menores (DOCE C 20, de 20 de enero de 1997, p. 176). Sobre protección de hijos menores, sustracción de menores y derechos del niño: Resolución del Parlamento Europeo de 12 de diciembre de 1996, sobre medidas de protección de menores en la Unión Europea (DOCE C 20, de 10 de enero de 1997, p. 170); Resolución del Parlamento Europeo de 18 de julio de 1996, sobre el secuestro de niños de matrimonios de distinta nacionalidad en los Estados miembros (DOCE C 261, de 9 de septiembre de 1996); Resolución B3-1436/90, referente a la Convención sobre los Derechos del Niño (DOCE C 231, de 17 de septiembre de 1990, p. 170); Resolución de 8 de julio de 1992, sobre una carta europea de derechos del niño (DOCE C 241, de 21 de septiembre de 1992, p. 67).

¹⁶ En su significado relacionado con “instrumentos heterogéneos en los que suelen concurrir dos elementos, el carácter no jurídicamente vinculante y una cierta relevancia jurídica”. Véase Mazuelos Bellido, Ángeles: “*Soft law*: ¿mucho ruido y pocas nueces?”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 8, 2004, p. 2.

Sobre el estatuto personal y la unidad familiar, en la Resolución PE de 9 de junio de 1983, sobre la política familiar en la Comunidad (DOCE de 11 de julio de 1983, C 184/116), y en la Resolución de 14 de diciembre de 1994, sobre la protección de las familias y unidades familiares (DOCE 23 de enero de 1995, C 18, p. 96).

Asimismo, también destaca la Resolución de 4 de diciembre de 1997, sobre medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos (DOCE C 382, de 16 de diciembre de 1997), en la que se define el *matrimonio fraudulento* y se señala que los Estados miembros “*se esforzarán por adaptar sus legislaciones nacionales a la presente resolución antes del 1 de enero de 1999*”,¹⁷ y la Resolución del Consejo de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países terceros (DOCE n.º C 221, de 19 de julio de 1997).

En este movimiento espontáneo hacia la armonización del Derecho de familia, hay que destacar también, en el seno del trabajo de la UE, los siguientes documentos:

— El *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*, de Viena, de 3 de diciembre de 1998,¹⁸ que en la parte II (“*Prioridades y medidas*”), punto B (“*Políticas relacionadas con la libre circulación de personas. II. Cooperación judicial en materia civil*”), n.º 41, señala que en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado se adoptarán las siguientes medidas:

“a. Estudio de las posibilidades de elaboración de un instrumento jurídico sobre la ley aplicable al divorcio. b. Estudio de la posibilidad de elaborar soluciones no judiciales de las controversias, haciendo especial referencia a los conflictos familiares transnacionales. En este contexto, debería estudiarse la posibilidad de mediación¹⁹ para resolución de conflictos familiares. c. Estudio de la posibilidad de elaborar un instrumento jurídico sobre la jurisdicción internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución

¹⁷ Véase sobre esta cuestión la Sentencia del TJCE, C-351/95, de 17 de abril de 1997, Rec. I-2133, sobre el deber de convivencia de los cónyuges, y las conclusiones del abogado general del TJCE, L. A. Geelhoed, presentadas el 27 de febrero de 2003, en el asunto C-109/01, *Secretary of State for the Home Department v. Hacene Akrich*. <http://www.curia.eu.int>

¹⁸ DOCE C 19, de 23 de enero de 1999.

¹⁹ La Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior de la Comisión Europea presentó una propuesta de directiva sobre determinados aspectos relativos a la mediación en temas civiles y mercantiles, Com (2004) 718 final de 22 de octubre de 2004. Asimismo, el 6 de abril de 2004 la Comisión presentó una propuesta de Código europeo de conducta para mediadores. Recientemente, se ha celebrado una conferencia sobre la regulación de la mediación, y se ha presentado el Código europeo de conducta para mediadores, en Bruselas, a 2 de julio de 2004.

de las sentencias relativas a los regímenes matrimoniales y a las sucesiones. Para la elaboración de estos instrumentos debería tenerse en cuenta la relación entre el régimen matrimonial y las normas sucesorias”.

- Las conclusiones del Consejo Europeo Extraordinario celebrado los días 15 y 16 de octubre de 1999 en Tampere (Finlandia), que en la conclusión 39 dicen:

“Por lo que respecta al derecho material, se requiere 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 civiles.”²⁰

- El Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE C de 15 de enero de 2001), que señala que:

“El principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones civiles y mercantiles no es nuevo entre los estados miembros, sin embargo su aplicación ha sido hasta la fecha limitada, y ello por dos razones esenciales: la primera es que muchos ámbitos de Derecho privado no están recogidos en los instrumentos vigentes.²¹ Es el caso, por ejemplo, de las situaciones familiares surgidas de relaciones distintas del matrimonio, de los regímenes matrimoniales y de las sucesiones”.

En este proyecto se hace mención de la necesidad de incluir ciertos aspectos del Derecho de familia en los instrumentos de reconocimiento mutuo de resoluciones, y se propone elaborar instrumentos jurídicos en dos ámbitos:

1. Competencia internacional, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de disolución de los regímenes matrimoniales, consecuencias patrimoniales de la separación de parejas no casadas y sucesiones. Desde este aspecto, se dice que los efectos económicos de las resoluciones dictadas con ocasión del relajamiento o la disolución del vínculo matrimonial, en vida de los cónyuges o por muerte de uno de los dos, presentan interés para la consecución del espacio jurídico europeo. En este marco, *es posible que haya que establecer una distinción para la elaboración de los instrumentos entre los regímenes matrimoniales y las sucesiones.* Por este motivo, se estudiará la conexión existente en el derecho de los estados miembros entre los regímenes matrimoniales y las sucesiones.

²⁰ Bol. UE 10/1999, p. 12.

²¹ Desde los ámbitos ya incluidos en los instrumentos vigentes se pretende mejorar su funcionamiento, reduciendo o suprimiendo las trabas a la libre circulación de resoluciones judiciales en campos como el derecho de visita y las pensiones alimenticias para garantizar su cobro efectivo y rápido.

2. Competencia internacional, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de responsabilidad parental y de los demás aspectos no patrimoniales de la separación de parejas. En este apartado se incluyen: a) situaciones familiares surgidas de relaciones distintas del matrimonio, para completar y ampliar el ámbito del Reglamento Bruselas II; b) resoluciones sobre la responsabilidad parental distintas de las resoluciones adoptadas con motivo de divorcio o separación, ya que las disposiciones del Reglamento Bruselas II sólo afectan a las resoluciones adoptadas con ocasión de una acción matrimonial.

— El *Informe del Consejo sobre la necesidad de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia civil*, de 16 de noviembre de 2001 (nº. 13017/01),²² que hemos mencionado al inicio de este trabajo.

— Las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001 (DOC SN 300/01), que en la apartado IV, relativo al Refuerzo del espacio de libertad, seguridad y justicia, en el subapartado titulado “Armonización de las legislaciones, reconocimiento mutuo de las resoluciones y orden de detención europea”, en la conclusión nº. 45, señala que:

“Es preciso proseguir los esfuerzos encaminados a salvar las dificultades relacionadas con la diferencia de los sistemas jurídicos, favoreciendo en particular el reconocimiento de las resoluciones judiciales tanto en el ámbito civil como penal. Así, la armonización del derecho de familia ha supuesto un progreso decisivo con la suspensión de los procedimientos intermedios para el reconocimiento de determinadas resoluciones judiciales y, muy particularmente, los derechos de visita transfronteriza de los hijos”.

— 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 (COM (2004) 4002 final), de 2 de junio de 2004, elaborada siguiendo lo señalado en el Consejo Europeo Extraordinario de 1999 de Tampere, que además pone fin al plazo de 5 años fijado para adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo el espacio de libertad, seguridad y justicia.²³

²² Consúltese la *Nota de la Presidencia del Consejo al Comité de Derecho civil*. Bruselas, 18 de octubre de 2001 (Doc 12735/01). En: <http://register.consilium.eu.int/pdf/es/01/st12/12735es1.pdf>

²³ Cada seis meses la Comisión ha elaborado una Comunicación para informar sobre la implantación del área de libertad, seguridad y justicia y valorar el cumplimiento de los objetivos fijados en Tampere. Resulta también de interés la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Biannual update of the scoreboard to review progress on the creation of an area of “Freedom, security and justice” in the European Union*, Bruselas, 30 de mayo de 2002. COM (2002) 261 final.

En dicha comunicación se señalan cuáles son las prioridades para el futuro del área de libertad, seguridad y justicia, de las cuales destacamos, en el ámbito de este trabajo: (1) la mayor protección de las personas en el ejercicio de sus derechos fundamentales; (2) el fomento de iniciativas relativas a la ciudadanía de la Unión (como son las relativas a hacer efectivo el derecho a la libertad de movimientos de los ciudadanos y sus familias), y (7) establecer un área judicial en temas civiles y mercantiles para facilitar la cooperación y el acceso a la justicia. Dentro de esta prioridad, la Comunicación señala expresamente que una de las primeras prioridades será continuar e incrementar el programa de reconocimiento mutuo de resoluciones. En este campo, los esfuerzos deben concentrarse en temas en los que no existen reglas de reconocimiento mutuo de resoluciones, como son el reconocimiento de las consecuencias de la separación de un matrimonio o pareja en materia de propiedad, sucesiones y herencias. Además, será útil facilitar el reconocimiento mutuo en ámbitos nuevos, como el estado civil de las personas, la filiación y otras relaciones y condiciones civiles.

B) El Consejo de Europa

Como punto de partida en cuanto a trabajos de organizaciones internacionales europeas en esta materia destaca el trabajo del Consejo de Europa con la elaboración del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, y el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, de 25 de enero de 1996.

De forma más específica, es interesante ver la actividad del Consejo de Europa apelando a los gobiernos de los Estados miembros a incorporar o consolidar determinadas políticas en el país respectivo, plasmada en diversas recomendaciones: Recomendación del Comité de Ministros R (98) 1, sobre mediación familiar, de 21 de enero de 1998;²⁴ Recomendación 1474 (2000) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, “Situación de gays y lesbianas en los países miembros del Consejo de Europa”, adoptada el 26 de septiembre de 2000; Recomendación del Comité de Ministros, de 18 de septiembre de 2002, Rec (2002) 10, sobre Mediación en temas civiles; y Recomendación de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 1639 (2003), sobre mediación familiar e igualdad de sexos, de 21 de junio de 2004.

2.2. La jurisprudencia europea

A) El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE)

Por su parte, el TJCE ha examinado cuestiones que, desde una perspectiva europea, acostumbran²⁵ a relacionarse con problemáticas de Derecho de familia,

²⁴ <https://wcm.coe.int/ViewDoc.jsp?id=461347&Lang=en>

²⁵ Cfr. de Groot, Gerard-René: “Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 9, 2001, p. 620 y ss.

aunque en puridad se trata de “Derecho de la persona”, como reconocimiento de derechos civiles y la garantía de los mismos.

En muchas de estas resoluciones se ponen de relieve las repercusiones que la libre circulación de personas tiene en las normas materiales de derecho civil referentes a la persona. Desde esta óptica, podemos destacar, entre muchas otras:

1. Resoluciones sobre cuestiones del estado civil y derechos de la persona en general: SSTJCE de 17 de abril de 1986 (*Reed*, 59/85, Rec. 1986, p. 1283), de 30 de marzo de 1993 (*Konstantinidis / Stadt Altensteig*, C-168/91, Rec. I-1191),²⁶ de 2 de diciembre de 1997 (*Eftalia Dafeki c. Landesversicherungsanstalt Württemberg*, C-336/94, Rec. p. I-6761), de 19 de enero de 1999 (*Calfa*, C-348/96) y de 2 de octubre de 2003 (*García Avelló*, C-148/02).
2. Resoluciones sobre discriminación por razón de sexo, derechos de los homosexuales y transexualidad: SSTJCE de 30 de abril de 1996 (*P./S. y Cornwall Country Council*, I-2143), de 17 de febrero de 1998 (*Grant / South-West Trains Ltd.*, C-249/96, Rec. p. I-621), de 17 de junio de 1998 (*Hill*, C-243/95, Rec. p. 3739), de 31 de mayo de 2001 (*D. y el Reino de Suecia*, C-122/99P y C-125/99P)²⁷ y de 7 de enero de 2004 (*K.B. y National Health Service Pensions Agency, Secretary of State for Health*, C-117/01).
3. Resoluciones sobre derecho de alimentos: sentencias del Tribunal de Primera Instancia de la CE de 18 de diciembre de 1992 (*José Miguel Díaz García c. Parlamento Europeo*, T-43/90, Rec. II-2637, y *Lilian R. Khouri c. Comisión de las Comunidades Europeas*, T-85/91, Rec. p.II-2619), SSTJCE de 15 de marzo de 2001 (*Offermanns*, C-85/99) y de 5 de febrero de 2002 (*Humer*, C-255/99).
4. Resoluciones sobre derecho de reagrupación familiar: SSTJCE de 13 de febrero de 1985 (*Diatta*, C-267/83, Rec. 1985, p. 567), de 7 de julio de 1992 (*Singh*, C-370/90, Rec. p. I-4265), de 17 de abril de 1997 (*Selma Kadiman c. Freistaat Bayern*, C-351/95, Rec. I-2133), de 11 de julio de 2002 (*Carpenter*, C-60/00) y de 17 de septiembre de 2002 (*Baumbast*, C-413/99).

Del estudio conjunto de las resoluciones anteriormente mencionadas no se pueden obtener unos principios claros aplicables en todos los casos y países, sino

²⁶ Véase de Groot, Gerard-René: “Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 9, 2001, p. 621 y ss., y Bäsedow, Jürgen: “Konstantinidis v. Bangemann oder die Familie im Europäischen Gemeinschaftsrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2, 1994, pp. 197-199.

²⁷ Véase Caracciolo di Torella, E. y Reid, E.: “The changing shape of the «European family» and fundamental rights”, *European Law Review*, vol. 27, 2001, pp. 80-90.

que el TJCE juega con un importante margen de apreciación, pero la virtualidad principal de muchas de estas resoluciones ha sido la de crear un estado de opinión y promover un debate al respecto en el seno del Estado de la Unión afectado.²⁸

B) *El Tribunal europeo de Derechos humanos (TEDH)*

En el seno del Consejo de Europa, también se está produciendo una armonización espontánea²⁹ del Derecho de familia a través de la interpretación que el TEDH ha ido realizando sobre algunos artículos del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, desarrollando así el concepto de *derechos de la familia*. Tiene especial relevancia la jurisprudencia referente a la interpretación del artículo 8 (“Protección de la vida familiar”), el artículo 12 (“Derecho al matrimonio y a fundar una familia”) y el artículo 14 (“Prohibición de la discriminación”) de dicho Convenio.

Así, entre otras, destacan las resoluciones: *Marckx v. Bélgica* (TEDH de 13 de junio de 1979, serie A, n.º. 13), en materia de no discriminación en los derechos sucesorios por razón de filiación; *Keegan v. Irlanda* (TEDH de 26 de mayo de 1994, serie A, n.º. 290), sobre el reconocimiento del derecho del padre biológico, aunque la filiación no haya sido determinada, a ser informado sobre la entrega en adopción del niño por parte de la madre; *Olsson v. Suecia -Nr. 1* (TEDH de 24 de marzo de 1998, serie A, n.º. 130, par. 81), sobre el derecho del niño a la reagrupación familiar; *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal* (TEDH de 21 de diciembre de 1999, Rec. 1999-IX, 309), sobre la posible lesión del interés de un menor educado en el seno de una pareja homosexual; *Elsholz v. Alemania* (TEDH de 13 de julio de 2000, n.º. 25733/94), sobre derecho de visita del padre; *K.T. v. Finlandia* (TEDH de 12 de julio de 2001, n.º. 25702/94), sobre protección de menores desamparados; *Sommerfeld v. Alemania* (TEDH de 11 de octubre de 2001, n.º. 31871/96), sobre derecho del padre a comunicarse con el hijo; *Kutzner v. Alemania* (TEDH de 26 de febrero de 2002, n.º. 46544/99), sobre privación de tutela de los hijos; *Fretté v. Francia* (TEDH de 26 de junio de 2002, *FamRZ*, 2003, 149), sobre el derecho de los homosexuales a adoptar; *I. v. Reino Unido* (TEDH de 11 de julio de 2002, n.º. 25680/94), sobre transexualidad y modificación del Registro Civil; *Goodwin v. Reino Unido* (TEDH de 11 de julio de 2002, n.º. 28957/95), sobre transexualidad y derecho a contraer matrimonio; *Odievre v. Francia* (TEDH de 13 de febrero de 2003, n.º. 42326/98), sobre adopción; *Palau-Martínez v. Francia* (TEDH de 16 de diciembre de 2003, n.º. 64927/01), sobre derecho de visita del padre, y *Pla i Puncernau v. Andorra* (TEDH n.º. 69498/01, de

²⁸ Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 3, *FamRZ*, 8, 2003, p. 501.

²⁹ Véase Antokolskaia, Masha: “The harmonisation of family law: old and new dilemmas”, *European Review of Private Law*, vol. 11, n.º. 1, 2003, p. 34.

13 de julio de 2004), sobre no discriminación en los derechos hereditarios por razón de la filiación.

III. LA ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA COMO PRETENSIÓN DOCTRINAL

En 1995, Dieter MARTINY publicó el artículo “Europäischen Familienrecht - Utopie oder Notwendigkeit?” (*RabelsZ*, 59, 1995, pp. 419-453), donde señalaba que el Derecho de familia podía verse implicado en el proceso de armonización del derecho en Europa. A partir de ese momento, se fueron sucediendo diversos artículos a favor y en contra de la posibilidad de dicha armonización, y la cuestión tomó relevancia.³⁰ No obstante, si bien hemos señalado los trabajos del profesor

³⁰ Sobre publicaciones relativas al tema, puede consultarse la lista que ofrece la Comisión Europea de Derecho de Familia en su página web (<http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>). Desde nuestro criterio, destacamos algunos estudios que ofrecen datos interesantes para conocer el trabajo de la doctrina: Boele-Woelki: “Restatements of European family and succession law”, Editorial del *European Journal of Comparative Law*, vol. 4.3, noviembre de 2000; “The road towards a European family law”, *European Journal of Comparative Law*, vol. 1.1, noviembre de 1997; Bradley, David: “Convergence in family law: mirrors, transplants and political economy”, 2, 1999, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, pp. 127-150; de Groot, Gerard-René: “Auf dem wege zu einem europäischen (internationales) Familienrechts”, 3, 2001, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, pp. 617-627; Martiny, Dieter: “Die Möglichkeit der Vereinheitlichung des Familienrechts innerhalb der Europäischen Union”, en Martiny: *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch*, Berlin – Heidelberg - New York, 1999; Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 1, 2 y 3, *FamRZ*, 6 (329), 7 y 8, 2003; Werwigk-Hertneck, C. y Mauch, F.: “Auf dem Weg zu einem Europäischen Familiengesetzbuch”, *FamRZ*, 8, 2004, p. 574; Antokolskaia: “Would the harmonisation of family law in Europe enlarge the gap between the law in the books and the law in action? A discussion of four historical examples of radical family law reform”, *FamPra.ch (Die Praxis des Familienrechts)*, 2002, p. 272; Bäsedow, Jürgen: “Konstantinidis v. Bangemann oder die Familie im Europäischen Gemeinschaftsrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZEuP)*, 2, 1994, pp. 197-199; Boele-Woelki: “Divorce in Europe: Unification of private international law and harmonisation of substantive law”, en Lemaire, H. y Vlas, P.: *Liber Amicorum Joppe*, Deventer, 2002, p. 21; Faure, Smits y Schneider (coords.): *Towards a European ius commune in legal education and research*, Antwerpen, 2002; Foblets, Marie-Claire: “Migrant women caught between Islamic family law and women’s rights. The search for the appropriate «connecting factor» in international family law”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 7, nº. 1, 2000, pp. 11-34; Henrich: “Vermögensregelung bei Trennung und Scheidung im europäischen Vergleich”, *FamRZ*, 2000, 6; Henrich: “Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 22, 2002, p. 1521; Henrich y Schwab (eds.): *Beiträge zum europäischen Familienrecht*, Grieseking, varios vol.; Martiny: *Is unification of family law feasible or even desirable?*, en Hartkamp, Hesselink y Hondius: *Towards an european civil code*, Nijhoff, 2ª. ed., 1998, p. 170; Pintens: “Rechtvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 1998, p. 670; Rieg: “L’harmonisation européenne du droit de famille: mythe ou

MARTINY como el punto de partida actual del planteamiento de esta temática, existen trabajos doctrinales anteriores que ya se referían a dicha cuestión.³¹

1. Propuestas de armonización en general. Técnicas o métodos

Para armonizar y llegar a una unificación se barajan diversas propuestas,³² que podemos enumerar de la siguiente forma:

1. A través de convenios internacionales como el medio más utilizado para armonizar o unificar las normas de conflicto.

Con la base del art. 65 TCE (a partir del Tratado de Ámsterdam) se puede emprender una regulación conjunta de más ámbitos de las normas de conflicto de los Estados miembros, aunque siempre se trata de normas de gran complejidad por el hecho de intentar llegar a una solución de compromiso, con lo cual muchas veces son ambiguas o vagas.³³ Por ello, desde esta opción, se ha propuesto que para llegar a mejores soluciones, la autonomía de la voluntad sea el punto de partida en las normas de conflicto, aunque ello requiere concretar muchas cuestiones, como quién elige la norma que hay que aplicar y en qué momento se elige el derecho aplicable.³⁴

También se ha apuntado la vía del convenio internacional como sistema para unificar normas materiales regulándose un contrato matrimonial internacional, al que las partes puedan adherirse voluntariamente, cuando sus respectivos países sean parte del tratado que lo contemple³⁵

réalité? Conflits et harmonisation”, en Stoffel, Walter y Volken, Paul (coords.): *Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son 65ème anniversaire*, Fribourg, 1999, p. 47; Verbeke, Alain: “Perspectives for an International Marital Contract”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2001, vol. 8, nº. 2, pp. 189-200; Wagner, R.: “Überlegungen zur Vereinheitlichung des Internationalen Privatrechts in Ehesachen in der Europäischen Union”, *FamRZ*, 12, 2003, p. 803.

³¹ Se citan como trabajos pioneros: Neuhaus, P. H.: “Europäische Vereinheitlichung des Eherechts”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, nº. 34, 1970, pp. 253-263; “Europäisches Familienrecht? Gedanken zur Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung”, *Festschrift Dölle II*, 1963, pp. 419-435, y Müller-Freienfels, W.: “The unification of family law”, *American Journal of Comparative Law*, 16, 1968-1969, pp. 175-218.

³² Expuestas en Martiny: “Europäischen Familienrecht — Utopie oder Notwendigkeit?”, *RabelsZ*, 59, 1995, pp. 449-453.

³³ De Groot, Gerard-René: “Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZeuP)*, 9, 2001, p. 623.

³⁴ Problemática y preguntas desarrolladas en De Groot, Gerard-René: “Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZeuP)*, 9, 2001, p. 624.

³⁵ Verbeke, Alain: “Perspectives for an international marital contract”, *Maastricht Journal*, 8, 2, 2001, pp. 192-193.

2. A través de directivas, aunque en materia de derecho de familia la UE tienen, por el momento, poco papel. Se dice que la viabilidad de este sistema sólo podría fundamentarse en el tenor más restrictivo del artículo 94 TCE, toda vez que el artículo 95.2 TCE excluye de este precepto las disposiciones relativas a la libre circulación de personas.³⁶

3. A través de leyes modelo, como instrumentos normativos no obligatorios pero que pueden tener una gran influencia en los legisladores nacionales para aproximar su derecho. Respecto de éstas, se ofrecen como modelo las elaboradas en los EE.UU.,³⁷ a pesar de que ofrecen un grado diferente de uniformización según el tema de que se trate.

No obstante, por ahora se ha descartado la posibilidad de elaborar unas leyes modelo, debido a que sólo sería posible en los campos del derecho de familia en los que se admite la autonomía de la voluntad.³⁸

4. A través de recomendaciones como el instrumento de uniformización más flexible. No son obligatorias, pero ofrecen un contenido determinado y por ahora han tenido bastante importancia en el campo de la Comisión Internacional de Estado Civil (CIEC),³⁹ y sobre todo en el marco del Consejo de Europa, pero siempre en cuestiones muy concretas.

5. A través de una armonización espontánea por comparación de soluciones en distintos sistemas y países, para ver el éxito y la aplicación de dichas soluciones, y también mejorar, por parte de los legisladores nacionales, sus ordenamientos jurídicos.⁴⁰ Las transformaciones prácticas que se realizan en un país también sirven para elaborar un inventario para la armonización jurídica y proponer así reformas.

Desde la óptica de la armonización espontánea, los estudios de derecho comparado se convierten en un elemento imprescindible.

³⁶ Sánchez Lorenzo: "Aproximación del Derecho civil en Europa: marco comunitario y competencias de la Comunidad Europea", *Dotzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, septiembre de 2002, pp. 60-62.

³⁷ Müller-Freienfels: "The unification of family law", *Am. J. Comp. L.*, 16, 1968-1969, pp. 184-192. Por ejemplo: *Uniform Interstate Family Support Act 1992*; *Uniform Child Custody Jurisdiction Act 1968*.

³⁸ Véase Boele-Woelki: "Restatements of European family and succession law", *Editorial del European Journal of Comparative Law*, vol. 4.3, noviembre de 2000.

³⁹ Formada por Bélgica, Alemania, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Austria, Portugal, Suiza y Turquía. Protocolo de 25 de septiembre de 1950 y protocolo anejo de 25 de septiembre de 1952.

⁴⁰ En Henrich: "Ist eine Neuordnung des Güterrechts angezeigt?", *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2001*, C. H. Beck, München, 2001, p. 58.

En el campo concreto del Derecho de familia, la opción de realizar estudios de derecho comparado está presente, aunque por ahora éstos hayan sido poco frecuentes.⁴¹ Desde hace unos años, a raíz de la jurisprudencia del TEDH y la interpretación dinámica de la Convención Europea de Derechos Humanos, para garantizar el derecho a la vida familiar, eliminar la discriminación y desarrollar los derechos de los niños, se ha incentivado este tipo de estudios.⁴² Esta jurisprudencia ha tenido gran influencia en muchos países europeos y ofrece la oportunidad de una comparación jurídica.

La jurisprudencia del TJCE también ha hecho plantear si la UE debe desempeñar un papel en la comparación de derechos, puesto que de las resoluciones destacadas anteriormente se observa que el trabajo de la UE en el marco del Derecho de familia no es resultado de una competencia legislativa, sino de la comparación o armonización espontánea que realizan dichas resoluciones del Tribunal y el llamado *soft law*⁴³ de las organizaciones internacionales. Ambos elementos han fomentado el recurso a la técnica del derecho comparado para llegar a una armonización. Incluso los que son escépticos ante la uniformización del Derecho de familia de manera formal apuestan por la adaptación,⁴⁴ puesto que la comparación de derechos para obtener un modelo a seguir en el desarrollo del derecho nacional permite una aproximación de contenidos, sin perder el contexto nacional.

Ahora bien, la realidad es que, en muchas ocasiones, los estudios de derecho comparado se presentan aislados, y aunque no pueden subestimarse, su éxito depende de que ofrezcan una comprensión comparada general de una institución o de un sistema. El proceso de adaptación nacional descoordinado no es una forma de uniformización jurídica.⁴⁵

Además, el recurso al derecho comparado sólo puede tener éxito si sirve para que los puntos en común de los sistemas propios de Derecho de familia sean

⁴¹ Pintens: "Rechtvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?", *ZeuP*, 1998, p. 670.

⁴² Pintens: "Rechtvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?", *ZeuP*, 1998, p. 670.

⁴³ Pintens: "Rechtvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?", *ZeuP*, 1998, p. 675.

⁴⁴ Lo señala Martiny: "Europäischen Familienrecht — Utopie oder Notwendigkeit?", *RabelsZ*, 59, 1995, p. 451; Neuhaus, P. H.: "Europäische Vereinheitlichung des Eherechts", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 34, 1970, pp. 254-255; Luther, Gerhard: "Einheitsrecht durch Evolution im Eherecht und im Recht der eheähnlichen Gemeinschaft", *RabelsZ*, 45, 1981, p. 2.

⁴⁵ Martiny: "Europäischen Familienrecht — Utopie oder Notwendigkeit?", *RabelsZ*, 59, 1995, p. 452.

resaltados y las diferencias relativizadas, sin querer negarlas, y para construir una conciencia europea.⁴⁶

Desde esta propuesta, llegamos a la idea de que la unificación del Derecho de familia no viene en forma de unificación normativa, sino que antes debe haber comparación. No cabe una unificación global, sino que es necesario armonizar gradualmente, empezando por áreas geográficas concretas, combinando este proceso con la eliminación de las diferencias entre regiones, consiguiendo así una similitud del derecho sustantivo que estimulará la uniformidad en áreas más amplias. Así, por un lado, hay que armonizar el derecho sustantivo y, por otro, las normas de conflicto.⁴⁷

Asimismo, no puede hablarse de unificación del Derecho de familia como tal, sino que previamente es preciso armonizar sectores o áreas específicas: discriminación por sexo, relaciones patrimoniales entre cónyuges, relaciones patrimoniales entre progenitores e hijos, problemas específicos de divorcio y separación, papel del Estado en el ejercicio de la patria potestad, etc. Con respecto a la elección de las materias que hay que armonizar en primer lugar, es más fácil encontrar acuerdos en cuestiones de naturaleza social, como la igualdad de sexos, la protección de los niños y jóvenes y la igualdad en la filiación, que no en instituciones jurídicas o bloques normativos complejos, como el matrimonio o el régimen económico matrimonial.

Por tanto, el éxito de la unificación está directamente relacionado con la naturaleza y similitud de los problemas que han de solucionarse en la práctica. La necesidad de unificación varía según el sector jurídico. El objetivo debe ser la unificación de áreas específicas que plantean problemas prácticos concretos, siendo además éstos los que espontáneamente van armonizándose, ya que se busca dar respuesta a problemas prácticos reales.⁴⁸

6. A través de la elaboración de un derecho europeo de familia “de aplicación óptima”. Así, se propone una solución intermedia entre la unificación del derecho y la unificación de las normas de conflicto.⁴⁹

Se trataría de unas reglas de derecho de familia europeo que sólo serían aplicables si así lo señalaran los interesados de forma expresa en el marco del derecho aplicable. Los interesados podrían optar, si estuviera permitido, por un único derecho aplicable en los casos con presencia de elementos extranjeros, pero también en los casos estrictamente nacionales.

⁴⁶ Pintens: “Rechtvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?”, *ZeUP*, 1998, p. 673.

⁴⁷ Müller-Freienfels: “The unification of family law”, *Am. J. Comp. L.*, 16, 1968-1969, p. 195.

⁴⁸ Müller-Freienfels: “The unification of family law”, *Am. J. Comp. L.*, 16, 1968-1969, p. 195.

⁴⁹ De Groot, Gerard-René: “Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZeUP)*, 9, 2001, p. 624.

Este derecho de familia europeo elegible, por ejemplo en forma de código de derecho de familia europeo, podría ser elaborado por los legisladores de los Estados miembros, si ellos quisieran reformar parte del derecho de familia. No obstante, esta propuesta de preparación y actualización de un código de familia europeo presupone un intensivo trabajo conjunto de los especialistas de distintas áreas del derecho de familia de diferentes Estados miembros. Dicho trabajo conjunto es importante no sólo por motivos prácticos, sino también por motivos científicos.⁵⁰

2. Obstáculos

En primer lugar, como primer obstáculo, ya hemos señalado la cuestión de la falta de competencia en materia de Derecho de familia para llegar a una normativa unificada en el seno de la UE. La competencia pertenece a los Estados o, en ocasiones, a entes regionales.⁵¹

En segundo lugar, otro obstáculo es el hecho de que el derecho privado, y especialmente el derecho de familia, hunde su raíz en la cultura y refleja un modo de vida, por cuyas razones se intenta proteger siempre la especialidad o particularidad.⁵² Desde esta óptica, se señala que las diferencias que existen entre las regulaciones nacionales de los diferentes Estados son reflejo de las diferencias culturales entre estos,⁵³ lo cual dificulta la posibilidad de llegar a una armonización.

⁵⁰ En de Groot, Gerard-René, “Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZeuP)*, 9, 2001, p. 624.

⁵¹ Entre muchos otros argumentos que desaconsejan el intento de unificación, uno puede ser que por lo menos dos Estados miembros de la UE, Gran Bretaña y España, no tienen un único ordenamiento jurídico familiar. Véase de Groot, Gerard-René: “Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZeuP)*, 9, 2001, p. 623.

⁵² Pintens: “Rechtvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?”, *ZeuP*, 1998, p. 672.

⁵³ Todo ello se enmarca en un debate más amplio acerca de la finalidad y la metodología de los estudios de derecho comparado. Véase al respecto AA.VV.: *Toward comparative law in the 21st century*, Japón, 1998; Berger, Klaus Peter: “Auf dem Weg zu einem europäischen Gemeinrecht der Methode”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 1, 2001, pp. 4-29; Gordley, James: “Comparative legal research: its function in the development of harmonized law”, *American Journal Comparative Law*, 43, 1995, pp. 555-567; Grundmann, Stefan: “Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts — insbesondere: der Kanon der nationalen Auslegungsmethoden als Grenze?”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1996, p. 399; Halpérin, Jean-Louis: “L’approche historique et la problématique du jus commune”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4, 2000, pp. 717-731; Jayme, Erik: “Die Kulturelle Dimension des Rechts — ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und die Rechtsvergleichung”, *RabelZ*, 67, 2003; Schulte-Nölke, Hans y Schulze, Reiner: *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden, 1999; Schulze, Reiner (ed.): *Auslegung europäischen und angeglichenen Rechts*, Baden-Baden, 1999; Schulze, Reiner: “European legal history. A new

A ello también se hace referencia en el *Informe del Consejo sobre la necesidad de aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia civil*, de 16 de noviembre de 2001 (nº. 13017/01), que en el punto nº. 3 de la introducción dice que las materias de Derecho de familia y sucesiones están impregnadas de la cultura y las tradiciones de los ordenamientos jurídicos nacionales, o incluso regionales, lo cual dificultará la toma de medidas armonizadoras.

Frente a esta opinión, se señala que, en realidad, el derecho de familia y sucesiones tiene menos relación con la cultura que lo que a primera vista puede observarse, y ello porque distintas reformas en los años setenta y ochenta aproximaron ya los ordenamientos⁵⁴ europeos y se rompió la distinción entre Estados progresistas del norte de Europa y los conservadores del sur de Europa.

A la vez, el obstáculo de las diferencias culturales es cuestionado con un planteamiento basado en la búsqueda del origen de dicha diversidad y el estudio de si dicha diversidad responde, en realidad, a diferencias culturales.⁵⁵

Desde esta óptica, algunos autores recuerdan⁵⁶ que en Europa existía una única regulación del Derecho de familia, un *ius commune*⁵⁷ basado en los cánones de la

field of research in Germany”, *Journal of Legal History*, 1992-1993, pp. 270-295; “Le Droit privé commun européen”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1995, pp. 7-32; “Vergleichende Gesetzauslegung und Rechtsangleichung”, *Zeitschrift für Rechtsvergleichung*, 1997, 38, pp. 183-197; Zimmermann, Reinhard: “Civil code and civil law: the «europeanization» of private law within the European Community and the reemergence of an European legal science”, *Columbia Journal European Law*, 1994, pp. 63-105; “Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit”, *Juristenzeitung*, 1992, pp. 8-20; *Amerikanische Rechtskultur und Europäisches Privatrecht*, Tübingen, Mohr, 1995; *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, Müller, 1999; *Roman law, contemporary law, European law. The civilian tradition today*, Oxford, 2001.

⁵⁴ Pintens: “Rechtvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?”, *Zeup*, 1998, p. 672. Véase también Agell, Ander: “Legal Policy, technique and research in family law, some comparative aspects”, *Brigham Young University Journal of Public Law*, 1993, p. 145.

⁵⁵ Sobre la viabilidad o no, en general, véase Martiny: “Europäischen Familienrecht — Utopie oder Notwendigkeit?”, *RabelsZ*, 59, 1995, pp. 419-453. El autor detalla (pp. 420-421) opiniones de diversos autores.

⁵⁶ Seguimos a Antokolskaia, Masha: “The harmonisation of family law: old and new dilemmas”, *European Review of Private Law*, vol. 11, nº. 1, 2003, pp. 38-41.

⁵⁷ Aunque, en contra, hay que señalar que el *ius commune* al que se apela actualmente tiene poco que ver con el *ius commune* aplicado antes de las correspondientes codificaciones nacionales. En la actualidad, la complejidad de las relaciones jurídicas y el incremento de cuestiones técnicas en los ordenamientos jurídicos dificultan cualquier comparación anterior a un siglo. Véase Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 1, *FamRZ*, 6, p. 329, y Halpérin, Jean-Louis: “L’approche historique et la problématique du jus commune”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4, 2000, p. 717.

Iglesia, en el Derecho canónico. Estos cánones eclesiásticos eran, principalmente, el matrimonio como sacramento, su indisolubilidad, la monogamia estricta y la exclusión de los hijos ilegítimos. La ruptura de este *ius commune* empezó a producirse con la Reforma de Lutero, que conllevó distintas regulaciones de las iglesias protestantes y leyes seculares. Aunque en realidad los conceptos eclesiásticos continuaron influenciando y formando parte del *status quo* hasta finales del siglo XIX y principios del XX, cuando se empezaron a superar con la entrada de las ideas de libertad personal, autonomía e igualdad.⁵⁸ Por tanto, en algunos países se produjo una revolución rápida del Derecho de familia, a principios del s. XX, como en la URSS y en los países escandinavos. En algunos otros, no se produjo hasta finales del siglo XX, y en otros todavía no ha culminado dicha modernización (Malta, Irlanda).

Por todo ello se afirma⁵⁹ que las diferencias entre los derechos de familia de los Estados europeos se deben al tiempo que cada uno ha necesitado en este proceso de modernización o de emancipación respecto de los conceptos eclesiásticos medievales —los Estados del sur de Europa e Irlanda han necesitado más tiempo. Por tanto, es una cuestión de tiempo, y no de conceptos. Yendo más allá, se señala que la diferencia radica, únicamente, en si la población predominante de un Estado, y por tanto aquella cuyo pensamiento se refleja en las leyes, es de talante más conservador o más progresista.

En contra del argumento de la diversidad cultural entre los países como obstáculo a la armonización se añaden varias ideas más:

- 1) El hecho de que el Derecho de familia se desarrolla en toda Europa en la misma dirección, principalmente hacia la permisividad y las reglas orientadas hacia la persona.⁶⁰ Todos los sistemas de derecho de familia europeos tienden progresivamente a la protección de los derechos de la persona, en contraposición a la función de salvaguarda del orden público atribuida a las normas del Derecho de familia.⁶¹

⁵⁸ Exposición del proceso de secularización del Derecho de familia en Müller-Freienfels: "The unification of family law", *Am. J. Comp. L.*, 16, 1968-1969, p. 185-195; Neuhaus, P. H.: "Europäische Vereinheitlichung des Eherechts", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 34, 1970, p. 257; Luther, Gerhard: "Einheitsrecht durch Evolution im Eherecht und im Recht der eheähnlichen Gemeinschaft", *RabelsZ*, 45, 1981, pp. 254-258.

⁵⁹ Antokolskaia: "The harmonisation of family law: old and new dilemmas", op. cit., p. 41.

⁶⁰ En España, una muestra de esta tendencia es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente, y la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad. Y la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

⁶¹ Pintens, W.: "Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts", Teil 1, *FamRZ*, 6, p. 332; Luther, Gerhard: "Einheitsrecht durch Evolution im Eherecht und im Recht der eheähnlichen Gemeinschaft", *RabelsZ*, 45, 1981, p. 267.

- 2) El hecho de que en un mismo país no exista una ideología cultural unificada.⁶² Por ello, algunos autores⁶³ niegan que la armonización del Derecho de familia suponga una amenaza para la cultura y la tradición propias, señalando países que han introducido cambios en sus reglas familiares, como Suiza en el año 1976, lo cual no les ha supuesto ninguna pérdida de cultura. Además, las diferencias culturales entre los países nórdicos, tildados de “progresistas”, y los del sur, llamados “conservadores”, van disminuyendo progresivamente. Así, por ejemplo, Italia, durante el gobierno de la Democracia Cristiana, fue, después de Suecia y Alemania, el tercer país europeo que tuvo una ley de transexualidad. Asimismo, Italia evolucionó su sistema de divorcio, basado en la culpa, hacia el elemento objetivo de la ruptura del vínculo. En el Estado español, son muchos los derechos civiles propios que reconocen el registro de parejas de hecho heterosexuales y homosexuales. Además, España ha sido el tercer país europeo ha reconocido el derecho a contraer matrimonio en plena igualdad a parejas heterosexuales u homosexuales.⁶⁴
- 3) Argumentos de carácter más abstracto, como la idea de que el derecho ha de regular relaciones entre personas, por lo cual no puede protegerse como un bien cultural y cerrarse a las ventajas que aportan las soluciones de derecho comparado.⁶⁵

3. La Comisión de Derecho de Familia Europeo

El carácter secundario atribuido a la unificación del Derecho de familia, con respecto al derecho contractual, empezó a superarse cuando el 1 de septiembre de

⁶² Antokolskaia: “The harmonisation of family law: old and new dilemmas”, *op. cit.*, pp. 42-44.

⁶³ Sobre este tema véase Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 1, *FamRZ*, 6, pp. 331-332; Collins: “European private law and the cultural identity of states”, *European Review of Public Law*, 1995, p. 353; Schlesinger: “The past and the future of comparative law”, *American Journal of Comparative Law*, 1995, p. 477; Martiny: “Die Möglichkeit der Vereinheitlichung des Familienrechts innerhalb der Europäischen Union”, en Martiny, Dieter y Witzleb, Norman: *Auf dem Wege zu einem Europäischen Zivilgestzbuch*, Berlin - Heidelberg - New York, 1999, p. 179; Antokolskaia: “Would the harmonisation of family law in Europe enlarge the gap between the law in the books and the law in action? A discussion of four historical examples of radical family law reform”, *FamPra.ch (Die Praxis des Familienrechts)*, 2002, p. 268.

⁶⁴ Ley por la que se modifica el Código civil en materia de contraer matrimonio (Ley 13/2005, de 1 de julio).

⁶⁵ Pintens: “Rechtvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?”, *ZeUP*, 1998, p. 673.

2001 se creó la Comisión Permanente de Derecho de Familia Europeo (*Commission on European Family Law*, CEFL),⁶⁶ sobre la que nos ha ilustrado en el marco de estas jornadas su presidenta, la profesora Boele-Woelki, de la Universidad de Utrecht.

El principal objetivo de la CEFL⁶⁷ es impulsar un ejercicio de reflexión teórica y práctica relativo a la armonización del Derecho de familia en Europa.⁶⁸ El resultado que se espera obtener mediante la creación de esta Comisión es fundamentalmente la formulación de un conjunto de principios del derecho europeo de familia que se considera que han de facilitar la armonización del Derecho de familia en Europa.⁶⁹

3.1. *Trabajo actual de la CEFL*

La CEFL inició sus actividades en el campo de la institución del divorcio: causas y algunos de los efectos jurídicos del divorcio, como la pensión de alimentos y cuestiones relativas a la patria potestad. La opción de empezar el trabajo en estos campos puede que sea, además, la más acertada, ya que es en éstos donde ya hay normativa europea, como 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.

El método de trabajo y los primeros resultados de las actividades de la CEFL fueron presentados en el Congreso Internacional Perspectivas de Armonización y Unificación del Derecho de Familia en Europa, celebrado los días 11 y 14 de diciembre de 2002 en Utrecht. Los días 9 a 11 de diciembre de 2004 se celebró, en Utrecht, la segunda conferencia (*Principles of European Family Law. Divorce*,

⁶⁶ Si bien hay que destacar que a nivel internacional, en el campo del estudio del Derecho de familia, existe la Asociación Internacional de Derecho de Familia, que es una asociación internacional sin ánimo de lucro formada por profesores y profesionales interesados en cuestiones de Derecho de familia y de política familiar. Dicha asociación fue impulsada por la Universidad de Birmingham, Reino Unido, en abril de 1973, a iniciativa del profesor Zeev Falk.

⁶⁷ Véase Antokolskaia, Masha: "The harmonisation of family law: old and new dilemmas", *European Review of Private Law*, vol. 11, n.º 1, 2003, pp. 28-49; y Wurmnest, Wolfgang: "Common Core, Grundregeln, Kodifikationsentwürfe, Acquis-Grundsätze - Ansätze internationaler Wissenschaftlergruppen zur Privatrechtsvereinheitlichung in Europa", *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 11, 2003, pp. 718-721.

⁶⁸ Aunque esta pretensión no es nueva, puesto que en los años veinte los países escandinavos ya intentaron armonizar parte de su Derecho de familia. Véase Pintens, W.: "Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts", Teil 3, *FamRZ*, 8, p. 504; y "Rechtsvereinheitlichung und Rechtsangleichung im Familienrecht. Eine Rolle für die Europäische Union?", *ZeUP*, 1998, p. 673.

⁶⁹ Véase Boele-Woelki: "Restatements of European family and succession law", Editorial del *European Journal of Comparative Law*, vol. 4.3, noviembre de 2000.

Maintenance between Former Spouses and Parental Responsibilities) en la cual la CEFL hizo público el borrador de “Principios del derecho de familia europeo relativos al divorcio” (sobre los cuales también nos ha ilustrado la profa. Boele-Woelki en estas jornadas).

Estos principios van acompañados de referencias de derecho comparado y de comentarios para facilitar su comprensión. Se advierte que no deben ser considerados como una “ley modelo”, sino que deben ser usados como un marco de referencia para el legislador nacional, internacional y europeo.

Finalmente, cabe señalar que bajo el amparo de la CEFL se está publicando la *European Family Law Series*, que es una colección de libros, estudios y monografías sobre el devenir de la armonización y la comparación del Derecho de familia y del Derecho de sucesiones en Europa.⁷⁰

3.2. La CEFL y la armonización de regímenes económicos matrimoniales

La CEFL es consciente de que, en algunas materias, la diferencia de regulación en los Estados es tal que es imposible encontrar unos principios generales comunes a todos los sistemas jurídicos, con lo cual, en algunos campos, no se pretende hallar un *common core*, sino sólo la mejor solución aplicable.⁷¹

Por tanto, la CEFL consideró que, a pesar de que los aspectos que más necesitaban ser armonizados eran los relativos a las cuestiones patrimoniales y al régimen económico matrimonial, la complejidad técnica de dicha materia que involucraba el derecho de obligaciones y los derechos reales aconsejaba empezar la labor por otros campos.⁷²

Por lo visto,⁷³ la observación de los sistemas económicos matrimoniales

⁷⁰ Ian Sumner y Hans Warendorf: *Family law legislation of the Netherlands*; Boele-Woelki, K. (ed.): *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*; Boele-Woelki, Braat y Sumner: *European family law in action*, vol. II: *Maintenance between former spouses*; Boele-Woelki, Braat y Sumner: *European family law in action*, vol. I: *Grounds for Divorce*; Boele-Woelki y Fuchs: *Legal recognition of same-sex couples in Europe*.

⁷¹ Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 3, *FamRZ*, 8, p. 505; Martiny, en Hartkamp, Hesselink y Hondius: *Towards an European civil code*, Nijhoff, 2ª. ed., 1998, *Is unification of family law feasible or even desirable?*, p. 170; Antokolskaia: “Would the harmonisation of family law in Europe enlarge the gap between the law in the books and the law in action? A discussion of four historical examples of radical family law reform”, *FamPra.ch (Die Praxis des Familienrechts)*, 2002, p. 272.

⁷² Martiny, en Hartkamp, Hesselink, Hondius: *Towards an European civil code*, Nijhoff, 2ª. ed., 1998, *Is unification of family law feasible or even desirable?*, p. 165; Boele-Woelki: “Divorce in Europe: unification of private international law and harmonisation of substantive law”, en *Liber Amicorum Joppe*, Deventer, 2002, p. 21.

⁷³ Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 3, *FamRZ*, 8, p. 505.

evidencia que no es posible, por ahora, trabajar en la construcción de un régimen matrimonial legal europeo. Como máximo, se pueden ofrecer modelos de diferentes sistemas económicos matrimoniales, entre los cuales cada legislador nacional pueda elegir uno como régimen legal. Pero al ser la meta de la Comisión no sólo encontrar el sustrato común, sino también poder formular unos principios que sirvan para el desarrollo del derecho nacional,⁷⁴ se descartó empezar el trabajo por esta materia.

IV. HACIA LA ARMONIZACIÓN DE LOS REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES EN EUROPA

1. Punto de partida “normativo”

En este movimiento espontáneo hacia la armonización del Derecho de familia, hay que destacar, en el seno del trabajo de la UE, documentos a los que ya hemos hecho referencia: el 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, de Viena, de 3 de diciembre de 1998⁷⁵ que indica entre las prioridades y medidas en el tema de políticas relacionadas con la libre circulación de personas que, en materia de cooperación judicial en materia civil, en el plazo de cinco años desde la entrada en vigor del Tratado, se estudiará la posibilidad de elaborar un instrumento jurídico sobre la jurisdicción internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las sentencias relativas a los regímenes matrimoniales y a las sucesiones.

En relación con lo anterior, en el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 15 de enero de 2001, se indica que el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones civiles ha tenido una aplicación limitada, porque muchos ámbitos de derecho privado no están recogidos en los instrumentos vigentes, como es el caso de los regímenes matrimoniales y de las sucesiones.

En este proyecto se propone elaborar instrumentos jurídicos en el ámbito, por ejemplo, de la “*competencia internacional, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de disolución de los regímenes matrimoniales, consecuencias patrimoniales de la separación de parejas no casadas y sucesiones*”, puesto que los efectos económicos de las resoluciones dictadas con ocasión del relajamiento o la

⁷⁴ Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 3, *FamRZ*, 8, p. 505.

⁷⁵ DOCE C 19, de 23 de enero de 1999.

disolución del vínculo matrimonial, en vida de los cónyuges o por muerte de uno de los dos, presentan interés para la consecución del espacio jurídico europeo.

Finalmente, 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 2004, menciona como una de las prioridades para el futuro del área de libertad, seguridad y justicia la necesidad de continuar e incrementar el programa de reconocimiento mutuo de resoluciones en que no hay reglas de reconocimiento mutuo de resoluciones, como son el reconocimiento de las consecuencias de la separación de un matrimonio o pareja, en materia de propiedad, sucesiones y herencias.

2. Necesidad de armonización, métodos y obstáculos

La cuestión de la comparación entre regímenes económicos matrimoniales ha sido expuesta en algunas ocasiones, pero sin realizar propuestas concretas o sin llegar a un acuerdo sobre su utilidad,⁷⁶ y hasta el momento hay pocas expectativas de que en la Unión Europea se lleve a cabo una armonización.⁷⁷

En la medida en que los países europeos se aproximan y la libertad de establecimiento se desarrolla, tener una multitud de regímenes matrimoniales vigentes puede resultar una complicación.⁷⁸ HENRICH⁷⁹ señala que la regulación de las consecuencias patrimoniales por la separación o divorcio (disolución del régimen económico matrimonial) es muy distinta en los distintos países europeos y no ofrece soluciones similares. Además, llegar a unas reglas armonizadas facilitaría la labor judicial,⁸⁰ sobre todo porque la finalidad de dichas normativas actuales es la misma: clarificar la situación y las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Y los instrumentos que usan para llevar a cabo esta clarificación también son los mismos: las reglas relativas a la utilización de la vivienda, la contribución a las cargas, las reglas sobre el ajuar doméstico, etc.

⁷⁶ Así lo considera Martiny: "Europäischen Familienrecht — Utopie oder Notwendigkeit?", *RabelsZ*, 59, 1995, p. 443. Se refiere a estudios como Zaijtay: "Rechtsvergleichung im ehelichen Güterrecht", *Annalis Universitatis Saraviensis*, 4, 1995, p. 154; Remien: "Möglichkeiten und Grenzen eines europäischen Privatrechts", *Jb. Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 1991, pp. 11-42, y Neuhaus: "Europäische Vereinheitlichung des Eherechts", *RabelsZ*, 34, 1970, p. 261.

⁷⁷ Especialmente, si el sistema que hay que seguir es la comunidad de bienes, según Martiny: "Europäischen Familienrecht — Utopie oder Notwendigkeit?", *RabelsZ*, 59, 1995, p. 443. Véase también Müller-Freienfels: "The unification of family law", *Am. J. Comp. L.*, 16, 1968-1969, p. 119.

⁷⁸ Un ejemplo práctico puede consultarse en Verbeke, Alain: "Perspectives for an international marital contract", *Maastricht Journal*, 8, 2, 2001, pp. 189-200.

⁷⁹ Henrich: "Vermögensregelung bei Trennung und Scheidung im europäischen Vergleich", *FamRZ*, 1, 2000, p. 7.

⁸⁰ Henrich: "Zur Zukunft des Güterrechts in Europa", *FamRZ*, 22, 2002, p. 1522.

En la doctrina, los que están a favor de la posibilidad de unificar las reglas relativas al régimen económico matrimonial consideran que cuanto más se desarrollan los regímenes económicos matrimoniales, más se aproximan los dos grandes bloques, los de origen romano y los germánicos.⁸¹

Como muestra del interés que tendría efectuar una comparación de los regímenes para observar el sustrato común y formar unas reglas comunes a todos los países, en octubre de 1998, en el Cuarto Simposio de Derecho de Familia Europeo de Regensburg se expuso el régimen económico matrimonial legal vigente en distintos países europeos,⁸² para poner en común las principales cuestiones que hay que plantear y clarificar el debate que debe haber al respecto.

Según el *Regensburger Kolloquium über Ehegüterrecht im europäischen Vergleich* de 1998,⁸³ las diferencias entre los regímenes económicos matrimoniales europeos no son tan grandes, y se aboga por la búsqueda de la mejor solución aplicable. No obstante, en dicho *Kolloquium* se señaló también que las confrontaciones entre ambos sistemas no son fáciles de aproximar.

Como obstáculo hay que señalar que en los Estados europeos existen unos treinta sistemas económicos matrimoniales diferentes, cuya comparación jurídica no resulta fácil. Si bien es cierto, como señala la doctrina alemana, que treinta no son muchos, comparados con los doscientos sistemas distintos que había en Alemania antes del BGB,⁸⁴ los cuales se redujeron a cinco.⁸⁵ Por ello, se utiliza como ejemplo de que es posible comparar los sistemas económicos matrimoniales europeos el caso del codificador alemán que redujo la multiplicidad de sistemas anteriores al BGB a unos pocos tipos generales, los mismos que se diseñaron en toda Europa.

⁸¹ Müller-Freienfels: "The unification of family law", *Am. J. Comp. L.*, 16, 1968-1969, p. 199, nota 115. Opinión de Zitelmann: *Die Möglichkeit eines Weltrechts*, 1888; Raoul de la Grasserie: *De l'unification des législations des différents peuples*, 1985. En contra, Wieland, Carl: "Zur Vereinheitlichung des ehelichen Güterrechtes", *ZschweizR*, 1899.

⁸² Ponencias recogidas en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999.

⁸³ Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999.

⁸⁴ Henrich: "Ist eine Neuordnung des Güterrechtes angezeigt?", *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2001*, C. H. Beck, München, 2001, pp. 57-58; "Zur Zukunft des Güterrechtes in Europa", *FamRZ*, 22, 2002, p. 1521. Siempre se señala como ejemplo de la viabilidad de una unificación el caso alemán, pero también hay que tener en cuenta que la selección de los sistemas que deben subsistir o predominar tiene que ser racional y fundada. Así, véase Rabel, Ernst: *Aufgaben und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, 1925.

⁸⁵ En Henrich: "Zur Zukunft des Güterrechtes in Europa", *FamRZ*, 22, 2002, p. 1522.

Sea como sea, la meta ya está fijada: también en el ámbito del régimen económico matrimonial se pretende una aproximación jurídica.⁸⁶ Y el legislador alemán del BGB ya ha fijado el camino: se debe intentar reducir la multitud de regímenes a tipos básicos o fundamentales, y estos tipos básicos han de ser uniformes en Europa. Cada legislador nacional podría reservar uno de esos tipos básicos como régimen legal y los otros como optativos.⁸⁷

3. Notas sobre algunos regímenes económicos matrimoniales en Europa. Los dos grandes bloques

En este apartado haremos referencia a los principales rasgos de los sistemas económicos matrimoniales de algunos países europeos, sin mencionar el caso español. Debemos partir del hecho de que en todos estos países existe un régimen legal principal, supletorio de la voluntad de los cónyuges, y otros posibles regímenes a elección de los cónyuges.

Los autores que han efectuado estudios comparados⁸⁸ clasifican los regímenes económicos matrimoniales básicamente en dos tipos o grupos,⁸⁹ en función de que el matrimonio cambie o no la posición de los cónyuges en relación con su propio patrimonio, de forma que si cada uno, después del matrimonio, sigue gestionando y administrando libremente sus bienes, se habla de “separación de bienes”, y si, por el contrario, por el matrimonio se forma una masa patrimonial común sometida a una administración y responsabilidad conjuntas, se habla de sistemas de “comunidad de bienes”. Desde esta óptica, clasificaremos como sistemas de *separación de bienes* los de algunos países en los que, a la disolución del matrimonio, se produce una participación en los bienes del otro cónyuge o ciertas compensaciones económicas de tal entidad que si bien no manifiestan una comunidad de bienes, sí manifiestan una comunidad de ingresos. Dentro de los sistemas de *separación de bienes* también habrá los calificados como *de separación absoluta*, puesto que no hay necesariamente compensación económica entre cónyuges a la disolución del régimen, pero puede haberla.⁹⁰

⁸⁶ Seguimos a Henrich: “Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 22, 2002, p. 1522.

⁸⁷ Seguimos a Henrich: “Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 22, 2002, p. 1522.

⁸⁸ Henrich: “Vermögensregelung bei Trennung und Scheidung im europäischen Vergleich”, *FamRZ*, 2000, 1, p. 7, y “Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 22, 2002, p. 1522.

⁸⁹ También en Pintens, W.: “Grundgedanken und Perspektiven einer Europäisierung des Familien — und Erbrechts”, Teil 1, *FamRZ*, 6, p. 333.

⁹⁰ Véase la tipología en Henrich: “Ist eine Neuordnung des Güterrechts angezeigt?”, *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2001*, C. H. Beck, München, 2001, p. 58.

3.1. Países con un régimen económico matrimonial legal de separación de bienes

Por un lado, podemos ver, en primer lugar, la comunidad de bienes “aplazada” de los países escandinavos.

Así, en Dinamarca,⁹¹ por la *Marriage Act* 256.1969 y la *Marriage Act* 56.1925, durante el matrimonio los patrimonios están fácticamente separados en cuanto a disposición y administración de los bienes, obtenidos antes o durante el matrimonio, pero a la disolución del matrimonio, por divorcio, separación o fallecimiento, cada cónyuge recibe la mitad del patrimonio neto actual del otro. La compensación suele hacerse de forma que cada cónyuge pide la propiedad de sus bienes y en la diferencia compensa al otro. Pero si el matrimonio ha durado menos de cinco años, puede ser injusta la división del patrimonio neto de un cónyuge por mitad, cuando éste ha llevado al matrimonio muchos bienes, y por tanto, el juez o la autoridad competente puede acordar dividirlo de otra forma.

En este sistema, la comunidad comprende no sólo lo adquirido durante el matrimonio, sino también con anterioridad a éste, así como lo adquirido por vía sucesoria o por donación. Además, la comunidad aplazada está presente de forma indirecta durante toda la vigencia del régimen, puesto que no puede disponerse del propio patrimonio en detrimento del otro cónyuge. Asimismo, hay reglas relativas a la exigencia de consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda familiar, del ajuar y de los útiles de trabajo que utilice el otro cónyuge.

El sistema descrito es el aplicable para todos los matrimonios, a menos que se haya pactado otra cosa, como puede ser una separación de bienes total o parcial y dicho acuerdo se haya inscrito en un registro público.

Por otro lado, la *Zugewinngemeinschaft*⁹² (parágrafo 1363 BGB), que es el régimen legal en Alemania desde 1958, en defecto de contrato matrimonial (parágrafos 1408-1413 BGB), supone una separación de bienes durante el matrimonio, de forma que cada cónyuge administra y disfruta su propio patrimonio; pero, en realidad, se trata de una “comunidad de creación de riqueza” o “comunidad de intereses”,⁹³ puesto que al terminar el matrimonio se liquida y se reparte por mitades la diferencia entre los incrementos de valor (*Zugewinn*) de los patrimonios de ambos cónyuges. El ingreso o beneficio es la cantidad que resulta de comparar

⁹¹ Véase Nielsen, Linda: “Danish family law: matrimonial property and cohabitant’s property”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 35 y ss.

⁹² *Das eheliche Vermögensrecht. Das eheliche Güterrecht. Eheverträge*, par. 1408 BGB, libro 4, *abschnitt* 1, *titel* 6, par. 1363-1563. Véase Schwab, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, pp. 10-15.

⁹³ Müller-Freienfels: “The unification of family law”, *Am. J. Comp. L.*, 16, 1968-1969, p. 200.

el valor del patrimonio de cada cónyuge al empezar el matrimonio y el valor en el momento de la terminación, si éste último es superior al inicial.

A pesar de que se da una separación de bienes durante todo el matrimonio, existen limitaciones como las previstas en los parágrafos 1365 y 1369 BGB, relativas a la disposición de todo el patrimonio en bloque y a los bienes del hogar.

En Grecia⁹⁴ rige como régimen legal supletorio (art. 1400 y ss. Código civil griego) un régimen de compensación de ganancias o ingresos muy parecido a la *Zugewinnngemeinschaft* alemana.

Por su parte, en Suiza el sistema legal es la *Errungenschaftsbeteiligung* o participación en las ganancias,⁹⁵ a falta también de contrato matrimonial (art. 199 ZGB).

En este sistema se distinguen, desde el principio, cuatro masas de bienes: los propios del marido, los propios de la mujer, las adquisiciones del marido y las de la mujer. En la disolución del régimen, la ganancia en la que el otro participa es sólo la producida por las adquisiciones nuevas, pero no por el aumento de valor del patrimonio propio, ni de los bienes que no tengan ninguna relación con la comunidad matrimonial (art. 198 ZGB). El sistema de liquidación y compensación se considera de bastante complejidad técnica (art. 200 ZGB). Aunque sea un sistema de separación, existen reglas limitativas de la autonomía de la voluntad, como por ejemplo para disponer de la vivienda familiar (art. 201 ZGB).

Por otro lado, dentro de los regímenes de separación, pero con peculiaridades distintas a las vistas, está el sistema austriaco. En Austria⁹⁶ el sistema de separación de bienes que rige en defecto de pacto es el de los llamados “de separación absoluta”, puesto que la compensación de patrimonios sólo se produce como consecuencia del divorcio a causa de una situación de desequilibrio económico entre las partes (parágrafos 97-98 ABGB).

En Inglaterra⁹⁷ la separación es también “absoluta”, puesto que se dice que no se conoce en principio ningún régimen económico. No existe relación entre

⁹⁴ Vlassopoulou, Irene: “Rechtsprechung zum Zugewinnausgleich nach griechischem Recht”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 115 y ss.

⁹⁵ Véase Hausheer, Heinz: “Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 223 y ss.

⁹⁶ Ferrari, Susanne: “Die vermögensrechtliche Situation von Ehegatten und Lebensgefährten in Österreich”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 179 y ss.

⁹⁷ Lowe, N. V.: “The English approach to the division of assets upon family breakdown”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 47 y ss.

el patrimonio de los cónyuges, de forma que las relaciones patrimoniales entre ellos se han venido solucionando por las reglas generales. Por supuesto, cabe también que se pacte una copropiedad o cualquier regulación en un contrato matrimonial.

A pesar de la separación “absoluta”, en la práctica no pueden evitarse las relaciones entre los patrimonios de los cónyuges y por ello, disuelto el matrimonio, el juez puede repartir el patrimonio teniendo en cuenta las necesidades alimenticias de los cónyuges y sus hijos, y también la contribución de cada uno al sustento de la familia, al cuidado de la casa y de los niños, durante el matrimonio.

Esta solución surgió como reacción a una jurisprudencia controvertida que evidenció la injusticia material que puede suponer para un cónyuge la separación “absoluta” (*Pettitt v. Pettitt*, 1970, *Gissing v. Gissing*, 1971). La *Matrimonial Proceedings and Property Act*⁹⁸ reguló la posibilidad de que en un divorcio el juez pudiera hacer participar a un cónyuge del patrimonio del otro. Para ello el juez tiene en cuenta los intereses de los niños, los ingresos presentes y potenciales de cada cónyuge y su contribución a las cargas familiares. Estas ideas han de interpretarse de forma que puedan proporcionar unos *reasonable requirements* al cónyuge demandante (una compensación que permita al cónyuge sin patrimonio mantener el mismo nivel de vida), que en la práctica se convierte en un tercio de la *family assets*. En jurisprudencia posterior (*White v. White*) se ha variado la pauta de *reasonable requirements* por la de *equality*, con lo cual el patrimonio se reparte en ocasiones a partes iguales.

3.2. Países con un régimen económico matrimonial legal de comunidad

La mayoría de países de tradición romanística e influenciados por el *Code de Napoléon* tienen un régimen de “sociedad de gananciales” como régimen legal supletorio.

En Bélgica,⁹⁹ a falta de contrato matrimonial (arts. 1457-1465 Code), rige un régimen de comunidad de bienes como régimen legal, modificado en 1976 para introducir una distinción entre *régime primaire* y *régime secondaire*. Por ejemplo, destaca del régimen primario el art. 215 *Code civil* que protege la vivienda familiar y el ajuar doméstico, exigiendo para disponer de ellos el consentimiento de ambos cónyuges.

⁹⁸ Posteriormente, se cambió dicha ley por la *Matrimonial Causes Act* 1973, la *Matrimonial and Family Proceedings Act* 1984 y la *Family Law Act* 1996.

⁹⁹ Todo en Pintens: “Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich: Das belgische Recht”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 19 y ss.

El régimen es el de comunidad de bienes limitada a los bienes gananciales, de forma que se distinguen tres patrimonios: los propios de cada cónyuge y el común (arts. 1398-1450 *Code*). La calificación de los bienes como personales o comunes será lo que determinará a qué patrimonio pertenecen (arts. 1406-1408 *Code*). Para la administración del patrimonio común rige el principio de administración conjunta (art. 1416 *Code*), pero entendido como la posibilidad de que cada cónyuge efectúe libremente actos de disposición, puesto que sólo así se comprende que sólo para determinados actos se exija expresamente la concurrencia y el consentimiento de ambos (arts. 1418-1419 *Code*).

En el caso de que se establezca un contrato matrimonial, hay que respetar, entre otros límites (orden público, igualdad entre cónyuges, etc.), las reglas del régimen primario (art. 1388 *Code*).

En Francia¹⁰⁰ rige como régimen legal supletorio, a falta de contrato o de la elección de otros regímenes optativos —la comunidad universal de bienes (art. 1497 Cciv.), la separación de bienes (arts. 1536-1442 Cciv.) y la participación en las ganancias o ingresos (arts. 1569-1581 C.civ)—, la *communauté réduite aux acquets*, que es una comunidad de gananciales. Con independencia del régimen legal que se elija o pacte, hay normas aplicables a todos (arts. 214-226 Cc), como la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para disponer de la vivienda familiar y la obligación de contribuir al levantamiento de las cargas del matrimonio.

En Holanda¹⁰¹ rige como régimen económico matrimonial legal la comunidad de bienes (*algehele gemeenschap van goederen*, art. 93, libro 1, BW), en la que se hacen comunes todos los bienes y deudas de los cónyuges adquiridos después del matrimonio. El Código civil holandés contempla también otros regímenes económicos matrimoniales optativos, como la “comunidad de frutos e ingresos” y la “comunidad de ganancias y pérdidas”. Desde 1957, en Holanda también cabe la posibilidad de concluir un contrato matrimonial antes o durante el matrimonio (lo suscriben una cuarta parte de matrimonios), en el que suele modificarse el régimen legal —por ejemplo, estableciendo un sistema diferente de liquidación de la comunidad o eligiendo otro de los regímenes previstos (en 1996, un 13% de matrimonios que suscribieron contrato lo hicieron para pactar separación de bienes).

¹⁰⁰ Ferrand, Frédéric: “Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im französischen Recht”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 73 y ss.

¹⁰¹ Véase Breemhaar, Willen: “Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im niederländischen Recht”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 35 y ss.

En Italia,¹⁰² en 1975 se reformó el Código civil en materia de régimen económico matrimonial y se reguló, a falta de pacto, un régimen legal supletorio de comunidad (*comunione dei beni*).

Se considera un régimen de comunidad moderno porque para solucionar la confrontación de intereses entre cónyuges distingue entre *beni personali* y *beni comuni* (art. 144 Cc). Así, pertenecen al cónyuge los bienes que él ha aportado al patrimonio, y son comunes los bienes que se obtienen después del matrimonio. En esto coincide con el régimen de Bélgica y Francia, pero en el derecho italiano se conoce también la *comunione de residuo*, en la que entran todos los rendimientos de los bienes propios y los ingresos de una actividad que sólo efectúa uno de los cónyuges, si en el momento de la liquidación de la comunidad están todavía disponibles. Esto significa que cada cónyuge puede disponer, durante el matrimonio, del rendimiento de su trabajo personal para consumirlo o invertirlo.

En Portugal,¹⁰³ desde 1966, el régimen legal supletorio es también el de comunidad de ganancias (*Comunhao de adquiridos*, arts. 1721-1731 Código civil portugués), pero también puede optarse por la comunidad de bienes general, que era el régimen legal supletorio anterior, y por la separación de bienes. Todo ello a falta de contrato matrimonial (art. 1698 Cc) y respetando ciertas limitaciones, como por ejemplo el art. 1720 Cc que señala que en los matrimonios en los que uno de los cónyuges sea mayor de 60 años es obligatoria la separación de bienes.

Finalmente, hay que señalar que el régimen económico matrimonial de comunidad está fuertemente extendido en los Países del Este: Países bálticos, Polonia, Chequia y Eslovaquia, Hungría, Repúblicas yugoslavas, Rumanía, Bulgaria y Rusia.

En Eslovaquia¹⁰⁴ en 1991 se modificó el Código civil para introducir flexibilidad en su sistema de comunidad de bienes (ahora en el art. 51.2 de la Ley de matrimonio y relaciones familiares), dando mayor presencia a la autonomía de la voluntad, de forma que cabe limitar o extender los contornos del régimen legal (art. 143.a).

¹⁰² Patti, Salvatore: "Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen in Italien", en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 125.

¹⁰³ Véase Siebeneichler de Andrade, Fábio: "Portugiesisches und brasilianisches Güterrecht im Vergleich", en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 199 y ss.

¹⁰⁴ Gec-Korosec, Miroslava y Kraljić, Suzana: "Vermögensrechtliche Verhältnisse in der Ehe und der nichtehelichen Lebensgemeinschaft nach slowenischem Recht", en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 259 y ss.

En Hungría¹⁰⁵ rige también un sistema de sociedad de gananciales (parágrafo 27 Código de familia, modificado por la Ley IV, de 1952). A partir de 1986 se permiten los contratos matrimoniales, aunque en la práctica se realizan muy pocos. Asimismo, su utilidad es modificar el funcionamiento del régimen legal, puesto que no se han regulado otros regímenes económico-matrimoniales optativos.

3.3. *El régimen económico matrimonial de separación de bienes como modelo*

Los autores que plantean la viabilidad de una armonización de sistemas económicos matrimoniales lo hacen sobre la base de un sistema de “separación de bienes” con compensaciones económicas a la disolución (es decir, un régimen de participación).¹⁰⁶

Las recomendaciones por el sistema de separación de bienes con posterior compensación se basan en que en él cada uno de los cónyuges tiene autonomía durante el régimen para administrar y disponer, lo cual facilita la libertad de tráfico económico, a la vez que este sistema permite la solidaridad entre cónyuges a través de la participación. La idea de la participación en la ganancia ofrece un cierto grado de protección a la familia como unidad social y de garantía de la igualdad de derechos y, en particular, puede ser una salvaguarda para la mujer que no aporta rendimientos del trabajo pero se encarga de la labor doméstica y del cuidado de los hijos.¹⁰⁷

HENRICH propone tomar como ejemplo o modelo la “comunidad de ingresos” del Derecho alemán por lo atractiva que, según él, resulta a otros países, pero corrigiendo las carencias que tiene dicho sistema.¹⁰⁸ Así, señala que si se reforma el régimen de compensación fijado en el BGB, puede ser un modelo interesante para países que tienen la comunidad de ganancias como régimen legal y quieren conservarla, a la vez que quieren ofrecer a los cónyuges la posibilidad de optar por un régimen de separación como sistema más facilitador del tráfico económico.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Weiss, Emilia: “Eheliche Gemeinschaft und Vermögen im ungarischen Recht”, en Henrich y Schwab (eds.): *Eheliche Gemeinschaft, Partnerschaft und Vermögen im europäischen Vergleich*, 1999, p. 338 y ss.

¹⁰⁶ Según Henrich: “Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 2002, 22, p. 1522.

¹⁰⁷ Según Müller-Freienfels: “The unification of family law”, *Am. J. Comp. L.*, 16, 1968-1969, p. 201.

¹⁰⁸ Henrich: “Ist eine Neuordnung des Güterrechts angezeigt?”, *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2001*, C. H. Beck, München, 2001, p. 58. Véase también Schwab: “Der Zugewinnausgleich in der Krise”, *FS Söllner*, 2000, p. 1079.

¹⁰⁹ Según Henrich: “Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 22, 2002, p. 1524.

Para la reforma propuesta, el autor compara el régimen legal alemán con el griego, con el suizo y con el régimen optativo francés de *participation aux acquêts*.

En la comparación puede verse que ni en Grecia ni en Francia la disposición del patrimonio en conjunto depende de la autorización del otro (parágrafo 1365 BGB). Pero en cambio, en estos países, se requiere el consentimiento del otro cónyuge para negocios que afectan a la vivienda familiar. Y estos preceptos rigen con independencia de qué sistema económico matrimonial se aplique.

El autor considera que, como en todas estas reglas está presente una finalidad protectora de la futura compensación de ganancias, podría perfectamente introducirse en el sistema alemán la protección de la vivienda familiar.¹¹⁰

Por otro lado, el autor observa que el sistema de compensación alemán supone una solidaridad extrema, pues hay derecho a participar en los incrementos de valor del patrimonio inicial de un cónyuge, en el cual hay bienes propios que no tienen relación alguna con el otro cónyuge, ni con el matrimonio.

En cambio, en el derecho griego sólo se compensa el aumento de patrimonio que un cónyuge ha tenido durante el matrimonio a causa de la contribución del otro; por tanto, en el cálculo de la ganancia no se incluyen valores patrimoniales en cuyo aumento el otro cónyuge no ha contribuido de forma directa o indirecta.

En Francia, en el régimen optativo *participation aux acquêts* (art. 1571 I Code), los aumentos de valor de los bienes iniciales, producidos durante el matrimonio, no se tienen en cuenta para fijar la ganancia en la que participa el otro. Igual ocurre en Suiza, donde se diferencia entre bienes propios y adquisiciones nuevas. Sobre dichos bienes propios (los que un cónyuge posee antes del matrimonio o recibe como regalo o herencia), el otro cónyuge no tiene ninguna expectativa. Así, los aumentos de valor de los bienes propios sólo aprovechan al cónyuge propietario, al igual que las pérdidas. Por tanto, la compensación se produce sólo en la diferencia de valor entre las adquisiciones nuevas de cada cónyuge (art. 209 Cc suizo).

Finalmente, otro inconveniente que se destaca¹¹¹ del régimen legal alemán se refiere al mecanismo para operar la compensación; por ejemplo, en relación con las reglas sobre el cómputo del pasivo inicial, existe una regla que señala que cuando el patrimonio inicial es negativo se computa cero, lo cual puede llevar a una situación injusta, puesto que quien salda una deuda inicial está obteniendo

¹¹⁰ Henrich: "Zur Zukunft des Güterrechts in Europa", *FamRZ*, 22, 2002, p. 1523.

¹¹¹ Henrich: "Zur Zukunft des Güterrechts in Europa", *FamRZ*, 22, 2002, p. 1523, y "Ist eine Neuordnung des Güterrechts angezeigt?", *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2001*, C. H. Beck, München, 2001, p. 60.

una ganancia que sólo podrá apreciarse si se computa el pasivo inicial negativo como tal (parágrafo 1374 BGB).

Ante esta crítica, se aboga por la solución que da el régimen optativo francés *participation aux acquêts* (art. 1571 II Cc), que establece que para el cálculo del patrimonio final deben computarse de forma ficticia las deudas prematrimoniales que un cónyuge haya saldado.¹¹²

3.4. *El régimen económico matrimonial de comunidad de bienes como modelo*

Este régimen, al regir en tantos países, tendría tal vez mayor posibilidad de llegar a una uniformización, pero presenta algunos inconvenientes que lo hacen poco aconsejable.¹¹³

En primer lugar, se señala que en un régimen de comunidad hay mayor dificultad de administración del patrimonio, por el hecho de necesitar el acuerdo del otro cónyuge en la gestión.

Por ejemplo, en Bélgica (art. 1416 Cc), Francia (art. 1421 Cc) e Italia (art. 180 Cc) se admite la gestión solidaria del patrimonio común (gestión concurrente) cuando se trata de la administración de bienes de uso ordinario y liberalidades de uso. Cuando son disposiciones y regalos que no pueden considerarse actos de administración ordinaria, se exige la concurrencia de ambos cónyuges.

Para introducir flexibilidad en este punto, se propone un sistema de autorización a cada cónyuge para realizar negocios que beneficien los bienes comunes.

En segundo lugar, se plantean cuestiones prácticas sobre cómo imputar el rendimiento de un bien propio. En la mayoría de estos sistemas, los incrementos del patrimonio propio y los rendimientos del trabajo se imputan a la masa común, a menos que se compensen de otra forma. Así, se enfrentan dos intereses, el del cónyuge que quiere libremente ejercer su profesión y tomar decisiones económicas al respecto, y el del otro cónyuge, que quiere participar en el rendimiento y, por tanto, quiere asegurarse de que se lleva a cabo una buena gestión.

Para solucionar la confrontación entre ambos intereses puede ser útil el sistema de la *comunione dei beni* italiana, que distingue entre *beni personali*, *beni comuni* y *comunione de residuo*, en la que entran, por ejemplo, los ingresos obtenidos por una actividad que sólo realiza uno de los cónyuges, sólo si en la liquidación del régimen todavía están disponibles. Por tanto, cada cónyuge puede disponer del rendimiento de su trabajo personal para consumirlo o invertirlo.

¹¹² Henrich: "Zur Zukunft des Güterrechts in Europa", *FamRZ*, 22, 2002, p. 1523.

¹¹³ Seguimos en todo a Henrich: "Zur Zukunft des Güterrechts in Europa", *FamRZ*, 22, 2002, p. 1524.

Finalmente, se ven como un inconveniente de los sistemas de comunidad las reglas que fijan la responsabilidad del patrimonio común por deudas anteriores de uno de los cónyuges, como por ejemplo, en el sistema optativo alemán (*Errugenschaftsgemeinschaft*), la regla del parágrafo 1459 BGB.

Por ello, para modernizar el sistema de comunidad es importante que se fije una limitación razonable de la responsabilidad conjunta. En Bélgica, por ejemplo, se fija una responsabilidad subsidiaria del patrimonio común limitada a la mitad del activo neto (art. 1412 Cc).

3.5. *Apunte final*

La comparación entre ambos tipos de sistemas, principalmente hecha, por parte de la doctrina¹¹⁴ que hemos seguido, entre los regímenes legales supletorios alemán y francés, no aporta soluciones, puesto que se trata de dos sistemas que, dentro de los de su bloque, presentan soluciones más radicales, con lo cual es difícil que puedan tomarse como modelos sobre los que trabajar.

Por ejemplo, el sistema alemán es, de los sistemas de separación y posterior compensación, el que supone mayor solidaridad, por la participación en los aumentos de valor de los bienes propios de un cónyuge, por parte del que no ha contribuido a dicho aumento. Y, por otro lado, en la *communauté réduite aux acquêts* francesa, todos los ingresos, también los producidos por los bienes propios, pertenecen a la masa común.

En otro orden de cosas, cabe terminar apuntado como propuesta¹¹⁵ diferente de uniformización la basada en la suscripción expresa y voluntaria de un “contrato matrimonial internacional”.

Este sistema de “contrato matrimonial internacional” se inspira en un sistema de separación de bienes elaborado a partir de las bases del régimen económico matrimonial legal alemán (*Zugewinnngemeinschaft*), de la “comunidad aplazada” de los países escandinavos y del régimen optativo del Derecho francés (*participation aux acquêts*).¹¹⁶

El resultado sería un sistema de “separación de bienes” corregido en atención a la idea de solidaridad entre cónyuges implícita en todo matrimonio, con lo cual ambos deberán contribuir equitativamente a las cargas, a menos que se den circunstancias excepcionales que lo impidan; el trabajo en la casa y el cuidado de los hijos se valorarán como ingresos o aportaciones al mismo nivel

¹¹⁴ Henrich: “Zur Zukunft des Güterrechts in Europa”, *FamRZ*, 2002, 22, p. 1523, y “Ist eine Neuordnung des Güterrechts angezeigt?”, *Bitburger Gespräche Jahrbuch 2001*, C. H. Beck, München, 2001, p. 60.

¹¹⁵ Verbeke, Alain: “Perspectives for an international marital contract”, *Maastricht Journal*, 8, 2, 2001, pp. 195-198.

que los rendimientos del trabajo, y se establecerán algunos límites al poder de administración de cada cónyuge sobre su patrimonio, como el relativo a la disposición de la vivienda familiar o del ajuar doméstico, que requerirá del consentimiento de ambos cónyuges.

Más allá de estas reglas, para corregir el sistema de separación de bienes, podrá utilizarse la vía contractual, ya que, de otra forma, no podrán modificarse los títulos de adquisición de los bienes ni habrá ninguna otra forma de “participación” en el patrimonio del otro cónyuge.

¹¹⁶ Verbeke, Alain: “Perspectives for an international marital contract”, *Maastricht Journal*, 8, 2, 2001, p. 198.

