

Armonización, convergencia y divergencia del Derecho de Familia en Europa

Harmonization, convergence and divergence of Family Law in Europe

por

FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ MUÑOZ

Doctor en Derecho

Profesor Titular de Derecho civil

Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

RESUMEN: La armonización del Derecho de Familia en Europa es algo que tal vez no se ha planteado frecuentemente, pero cuya necesidad existe, como veremos en el presente trabajo. Si bien se niega por muchos la posibilidad de una armonización, y siquiera una aproximación, de los Derechos de Familia europeos, las objeciones planteadas en contra no son verdaderamente consistentes y de hecho tanto históricamente existía una base común constituida por el Derecho romano, canónico y común, como en la actualidad se producen fenómenos de convergencia derivados de la existencia de unos valores comunes. Por ello, ya estamos asistiendo a la convergencia espontánea de los distintos Derechos de Familia de los países europeos en ciertas materias, aunque pueden citarse precedentes. La Unión Europea, si bien adolece de una falta de competencias directas y específicas en esta materia, también se ha manifestado por la necesidad de una armonización del Derecho de Familia, tanto en declaraciones y resoluciones como en un importante paquete de Reglamentos, sin embargo de alcance bastante limitado, restringido al Derecho Internacional Privado y

quedando pendiente una armonización del Derecho sustantivo —salvo algunas tímidas excepciones—, por lo que no se resuelve la totalidad de los problemas que se plantean en este ámbito. En ese sentido, son de destacar los intentos académicos por lograr esa aproximación.

ABSTRACT: The harmonization of Family Law in Europe is a perhaps not frequently raised issue, but whose need exists, as we will see in this paper. While the possibility of a harmonization, and even an approximation, of European Family Laws is denied by many authors, the objections raised against are not truly consistent and in fact both historically there was a common base constituted by Roman, Canon and Common Law, as at present there are convergence phenomena derived from the existence of common values. Therefore, we are already witnessing the spontaneous convergence of the different Family Laws of European countries in certain areas, although precedents can be cited. The European Union, although suffering from a lack of direct and specific competences in this matter, has also pronounced in favour of the need of a harmonization of Family Law, both in declarations and resolutions and in an important package of Regulations, however, with a limited scope, restricted to International Private Law, and still pending a harmonization of substantive law —except for some timid exceptions—, so that the totality of the problems that arise in this area is not resolved. For this reason, we can foreground the academic attempts to achieve this approach.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Familia. Derecho europeo. Europa. Unión Europea. Armonización. Divergencia.

KEY WORDS: *Family Law. European Law. Europe. European Union. Harmonization. Divergence.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA PARA UN DEBATE SOBRE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA.—III. PRIMEROS FENÓMENOS DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA.—IV. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA: 1. SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD. 2. RELACIONES PATERNO-FILIALES. 3. PERSPECTIVAS DE FUTURO.—V. LOS TRABAJOS DOCTRINALES EN FAVOR DE LA ARMONIZACIÓN: 1. LA COMISIÓN SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA EUROPEO. 2. EL GRUPO *COMMON CORE OF EUROPEAN FAMILY LAW*.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En el marco de los diversos movimientos y grupos de estudio internacionales en favor de la armonización y homogeneización del Derecho Privado en Europa, frecuentemente se ha pasado por alto la armonización del Derecho de Familia. Más aún, en muchas ocasiones la posibilidad de dicha armonización ha sido directamente negada.

Así, el Derecho de Familia es, sin duda, quizás junto con el Derecho de Sucesiones (materias que, recordemos, no solo están íntimamente vinculadas sino que en muchos aspectos se tratan conjuntamente, y en algunos ámbitos el Derecho de Sucesiones incluso se considera como una parte más del Derecho de Familia)¹, una de las ramas del Derecho Privado que menos atención ha recibido dentro del debate sobre la unificación jurídica de la Unión Europea, hasta el punto de que si está bastante extendida la idea de la tendencia hacia la unificación del Derecho Civil en Europa, y hasta de la necesidad de un Código Civil europeo², en relación con el Derecho de Familia se ha considerado que sería como una de las principales materias refractarias a la unificación y hasta a un fructífero trabajo comparativo (GARCÍA CANTERO, 2003, 1175; BOELE-WOELKI, 2005, 162; y PINTENS, 2003, 6)³, o simplemente se han manifestado posiciones directamente contrarias a tal convergencia⁴.

Sin embargo, como pondremos de manifiesto en el presente trabajo, el proceso de la armonización del Derecho de Familia en Europa no solo resulta posible sino que es una realidad, si se quiere *silenciosa*, y la necesidad de esta armonización es cada vez más patente pese a la existencia de esas voces contrarias.

II. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA PARA UN DEBATE SOBRE LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA

Hay dos ideas que se repiten constantemente para justificar este «abandono» del Derecho de Familia por parte de las declaraciones institucionales sobre la armonización del Derecho Privado en Europa: la escasa incidencia del Derecho de Familia en la consolidación del mercado interior y su infranqueable apego a longevas tradiciones jurídicas y a factores culturales y sociales de sesgo local.

Desglosemos, a continuación, los argumentos contrarios a la armonización europea del Derecho de Familia basados en las dos ideas que acabamos de exponer, en su mayoría comunes con los opuestos frente a la armonización del Derecho de Sucesiones⁵:

1. EL ARGUMENTO COMPETENCIAL Y LAS NECESIDADES DEL MERCADO INTERIOR

Es cierto que la Unión Europea carece de competencias directas y específicas en relación con el Derecho de Familia, y en ese sentido se ha discutido

la existencia de la necesidad de un Derecho de Familia armonizado para el correcto funcionamiento del mercado interior, argumento que autorizaría para una acción europea en este sentido. Sin embargo, frente a esas voces que niegan la desconexión del Derecho de Familia con los fines de la UE, existen varios factores que hacen pensar lo contrario: las relaciones y situaciones familiares tienen una gran trascendencia económica en la transmisión de bienes, tanto a nivel nacional como internacional; e igualmente el Derecho de Familia está estrechamente vinculado con el Derecho económico, y así por ejemplo determina diferentes formas de propiedad de los cónyuges en función del régimen económico-matrimonial adoptado.

Asimismo, la falta de certeza sobre cuál es el Derecho de Familia aplicable en los casos de familias con desplazamiento transfronterizo puede constituir un obstáculo para una adecuada previsión del patrimonio propio de una persona y de su transmisibilidad en vida de la misma y una situación contraria al principio de seguridad jurídica.

Además, la fragmentación nacional en este sector puede suponer un importante obstáculo para la libre circulación de las personas por todo el espacio europeo, libertad fundamental en el ordenamiento jurídico europeo que no tiene un aspecto únicamente económico o comercial, y por tanto, aun tangencialmente, si entraría en las competencias de la Unión Europea. Como ponen de manifiesto algunos autores (BOELE-WOELKI, 2005, 161; y asimismo MARTINY, 2004, 307), la ausencia de un Derecho de Familia armonizado implica igualmente un obstáculo a esa libre circulación y a la creación de una verdadera identidad europea y un espacio jurídico europeo integrado: el Derecho de Familia se relaciona íntimamente con la vida diaria de las personas como ningún otro campo del Derecho lo hace, y la existencia de grandes diferencias entre los ordenamientos jurídicos nacionales en una Europa sin fronteras constituye un serio obstáculo para alcanzar una identidad europea común en forma de una auténtica ciudadanía europea, y actualmente en las situaciones transfronterizas la gente no puede confiar en la continuidad de sus relaciones familiares al cambiar de residencia. Las diferencias legales no deberían evitar o dificultar que un ciudadano europeo dejara su país de origen para ejercitar una actividad económica en otro Estado miembro y residir allí⁶, y en ese sentido las normas de Derecho de Familia pueden constituir restricciones⁷, que muy pocas veces pueden justificarse por el interés público (DETHLOFF, 2003, 56-58).

En concreto, la determinación de cuál es el Derecho de Familia nacional que rige en situaciones transfronterizas resulta en ocasiones un reto para abogados, notarios y tribunales que han de asesorar o resolver sobre estas cuestiones, y para los órganos administrativos que han de aplicarlo a las mismas (DETHLOFF, 2003, 39-50). Así, la determinación de la jurisdicción internacional cuando concurre en tribunales u órganos administrativos de distintos países, lo que se complica si consideramos que el Derecho aplicable suele decidirse por las

normas de conflicto del foro relevante, y ahí existe una gran disparidad: en algunos materias existen convenios de La Haya pero no tienen el mismo grado de aplicabilidad en todos los países, en función de que los hayan ratificado, firmado o ni siquiera eso, y en otras materias existe una gran variedad de normas de conflicto autónomas que deciden cuál será el Derecho aplicable; por ejemplo, a veces la norma de conflicto remite a la ley del país del órgano competente, lo que complica enormemente la resolución del conflicto en los casos de jurisdicción internacional concurrente, pues se perturba la deseable uniformidad internacional de las soluciones y surge un sustancial peligro de *forum shopping*, lo que proporciona una ventaja a la parte económicamente más fuerte, que tendrá más facilidad para obtener un asesoramiento legal especializado sobre las normas de conflicto y del Derecho sustantivo de los distintos foros y asumir los costes adicionales de litigar en otro país.

Por otra parte, distintas normas de conflicto atienden a puntos diferentes de conexión (así, podemos cuestionarnos si la distribución de la propiedad tras el divorcio ha de regirse por la ley del divorcio o la del régimen económico-matrimonial), y se plantea también la cuestión de si el Derecho aplicable a la materia principal del problema ha de resolverlo en su totalidad o bien las cuestiones preliminares (por ejemplo, la validez de un matrimonio en relación con sus efectos) han de decidirse independientemente. Además, una vez determinado el Derecho aplicable ha de concretarse su contenido, lo cual en ocasiones no es tan evidente cuando se trata de un Derecho extranjero, lo que implica una sustancial incerteza e impredecibilidad y acarrea considerables costes.

En otro sentido, esta diferencia entre los regímenes legales puede ocasionar que el incurrir en una situación transfronteriza implique la pérdida de las posiciones legales o cambios en los derechos u obligaciones atribuidos por la propia legislación, pues puede llevar a resultados divergentes (por ejemplo, según se atienda al criterio de la residencia o de la nacionalidad) que determinen que a una persona o relación se le atribuya en el país competente una posición más restrictiva de la que venía disfrutando en otro país (DETHLOFF, 2003, 43-50). Así, un cambio de residencia de una pareja o familia puede llevar a un cambio del Derecho aplicable. De este modo, las parejas registradas o las de mero hecho pueden perder sus derechos al trasladar su residencia a otro país; los padres de hijos extramatrimoniales, si estos trasladan su residencia, pueden pasar de una custodia compartida a perder toda patria potestad; los efectos del régimen económico-matrimonial inicialmente acordado pueden sufrir variaciones, etc. Esto es especialmente importante en el caso de que un ordenamiento jurídico otorgue un estado legal desconocido por otro o atribuya un concreto estado civil en función de requisitos desconocidos por el otro, o contemple un distinto contenido de derechos y obligaciones en un cierto estado civil, lo que provoca la aparición de relaciones jurídico-familiares claudicantes o «cojas», es decir, relaciones que existen bajo un Derecho pero no son reconocidas por

otro⁸. Estas relaciones se evitan cuando existe un sistema de reconocimiento de resoluciones extranjeras (así, con el régimen de los distintos Reglamentos Bruselas) o una unificación de las normas de conflicto (como se ha producido en parte con el Reglamento Roma III), pero se mantienen cuanto no existe ese reconocimiento o la ley provoca un cambio de posición legal, y la existencia o no de esas relaciones puede tener gran relevancia dado que si una situación legal no es reconocida no puede tener efectos ni pueden derivarse derechos de la misma, lo que tiene importantes consecuencias a efectos de residencia, nacionalidad, leyes sociales y tributarias, nombre o derechos sucesorios, por ejemplo.

No obstante, una unificación de las reglas de conflicto tampoco resuelve satisfactoriamente la situación, pues aun cuando fueran las mismas podrían producirse pérdidas de la posición legal de la pareja o familia por su cambio de residencia, y de ahí que pueda implicar un incentivo a reclamar judicialmente los propios derechos antes de cambiar de residencia, lo que es indeseable a fin de reducir la conflictividad judicial. Esto solo puede resolverse a través de una unificación o al menos armonización del Derecho de Familia sustantivo (DETHLOFF, 2003, 52-54).

Por último, la íntima interrelación del Derecho de Familia con el Derecho de propiedad, de obligaciones y el Derecho económico en general, así como con el Derecho de sucesiones, implica que una armonización en el ámbito del Derecho Privado —por no hablar del hipotético Código Civil europeo— haya de tener en cuenta también ese ámbito.

En tal sentido, finalmente el Tratado de la Comunidad Europea (hoy Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), con su modificación por el Tratado de Ámsterdam, vino a recoger una primera vía de actuación al establecer una competencia comunitaria para la unificación de materias de Derecho Internacional Privado, especialmente en lo referente al establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia y la cooperación judicial y el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales⁹, quedando aún pendiente la existencia de una competencia similar en relación con el Derecho sustantivo (PINTENS, 2003, 22-25; y JÄNTERÄ-JAREBORG, 2003, 194-195), si bien no falta quien sí ve una posible vía de actuación de la Unión en cuanto que el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹⁰ habla de «cooperación judicial en asuntos civiles *con repercusión transfronteriza*» y, dado que cada relación interna puede, al menos hipotéticamente, convertirse en una relación transfronteriza, para garantizar la libre circulación de personas en Europa, la Comisión europea debería tomar medidas —incluyendo la armonización o unificación del Derecho de Familia sustantivo en Europa— a fin de evitar la pérdida de posición legal que por ejemplo podría provocar un cambio de residencia si el factor de conexión no es fijo sino que se basa en la residencia habitual (en tal posición, BOELE-WOELKI, 2005, 162; y DETHLOFF, 2003, 37-64, y 2004, 544-568).

Asimismo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, que en cierta medida copia el Convenio Europeo de Derechos Humanos, contempla el derecho a contraer matrimonio y a fundar una familia (art. 9), que puede recibir incluso una protección más extensa que la prevista en el propio Convenio de Roma (art. 52.3), lo cual puede servir de base para ulteriores intervenciones en estas materias, y de este modo, a raíz del Informe del Consejo sobre la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil de 16 de noviembre de 2001¹¹ y las conclusiones de la presidencia del Consejo Europeo de Laeken de 14 y 15 de diciembre de 2001¹², la Comisión europea comenzó a trabajar sobre el Derecho de Familia sustantivo.

2. EL ARGUMENTO DE LAS TRADICIONES LOCALES MARCADAS POR PARTICULARES RASGOS SOCIOCULTURALES

Constantemente se ha repetido la idea de que el Derecho de Familia tiene una configuración típicamente nacional, por su vinculación a aspectos sociales, religiosos y culturales propios de cada país, y tan dispares entre ordenamientos que no permiten diseñar normas unificadas.

El denominado *cultural constraints argument* alega que las diferencias entre los Derechos de Familia nacionales están tan íntimamente vinculadas con las tradiciones culturales de cada país, que esta diversidad cultural e histórica es insoslayable y por tanto los Derechos de Familia no convergen espontáneamente ni pueden ser armonizados intencionadamente, y este argumento, nacido en el ámbito de los estudiosos del Derecho de Familia, tiene ya tan largo recorrido —siendo utilizado ya en 1968 por W. MÜLLER-FREIENFELS (1968, 175-176)¹³— que durante largo tiempo se ha convertido para muchos —incluidos quienes se hallan empeñados en la armonización de otras áreas del Derecho Privado, que sostenían la inadecuación del Derecho de Familia para incorporarse a la posible armonización del Derecho Privado¹⁴, y hasta las instituciones europeas¹⁵— en casi evidente por sí mismo sin que se considerara que requería mucho cuestionamiento, aceptándose acríticamente (ANTOKOLSKAIA, 2007, 4; y 2008, 25)¹⁶: si los particularismos culturales hacían que el Derecho de Familia no fuera susceptible de convergencia espontánea, también impediría una armonización intencionada (ANTOKOLSKAIA, 2007, 4), de modo que la unificación del Derecho de Familia sería una «búsqueda sin esperanza» (expresión de KAHN-FREUND, 1978, 141). Solo desde finales de los años 90 es cuando la actitud hacia la armonización del Derecho de Familia se ha vuelto gradualmente más positiva, y muestra de ello es la constitución en 2001 de la *Comisión sobre el Derecho de Familia Europeo* y posteriormente del *Common Core of European Family Law*, grupos sobre los que volveremos más adelante.

Sin embargo, si uno analiza ese argumento, ve que realmente es inconsistente. Como indica ANTOKOLSKAIA (2008, 27-29 y 34), desde la Ilustración las tendencias ideológicas han sido paneuropeas y han generado sus propios valores en relación con la familia y el Derecho de Familia, y la diversidad en cada país europeo se ha manifestado más bien como reflejo de la dicotomía entre una ideología familiar *progresista* (que busca modernizar el Derecho de Familia bajo la influencia de las ideas «ilustradoras») y otra *conservadora* (que se opone a esa modernización en defensa de los valores familiares «tradicionales»), que no es propia de un país europeo sino que se reproduce en cada uno de ellos. Cada país europeo tiene una ideología predominante referente a la familia, correspondiente normalmente a las ideas de la mayoría de la población o de las élites dirigentes, pero en ocasiones se produce un enfrentamiento entre las culturas conservadora y progresista, que suele concluir normalmente en una legislación de compromiso (raramente se produce la imposición de una postura sobre la otra) y precisamente el principal determinante de la evolución del Derecho de Familia nacional es el equilibrio de poder entre los seguidores de una y otra, equilibrio que obviamente no es único ni inmutable, pues pocas cosas hay tan variables como las vicisitudes políticas de un país y el resultado de las elecciones democráticas.

Otro de los argumentos en defensa del particularismo cultural en materia de Derecho de Familia se hace basar en la irreconciliable discordancia entre las mentalidades del *civil law* y el *common law* (LEGRAND, 1996, 62). Sin embargo, varios autores (como ANTOKOLSKAIA, 2008, 31-32; MERRYMAN, 1978, 195-233; o ZIMMERMANN, 2004, 33-41) han indicado en contra que la convergencia entre ambos sistemas jurídicos, aunque gradual e irregular, se ha producido tanto a nivel funcional (similares soluciones para problemas parecidos) como formal (convergencia en las fuentes, pues incluso en los países de *common law* el Derecho de Familia es una materia principalmente codificada; y creciente aproximación de los puntos de vista judicial), así como que realmente no hay mucha diferencia entre las normas de uno y otro sistema legal en el Derecho de Familia, dado que ambos recogen los valores fundamentales de la cultura occidental.

Por otra parte, como veremos, existe una importante tradición común procedente del Derecho romano, canónico y común, que se ha plasmado en la existencia de elementos comunes a todos los ordenamientos jurídicos nacionales —salvo la excepción de los regímenes económico-matrimoniales, sobre la que volveremos— ya desde los primeros Códigos, como expresión de valores básicos comunes que permiten hablar de una identidad cultural europea, e igualmente ha de tenerse en cuenta la evolución y aproximación entre las sociedades actuales (en gran medida consecuencia de la denominada *globalización*), que está provocando una aproximación de valores y soluciones jurídicas, reforzada por el mejor conocimiento de los ordenamientos extranjeros, lo que

también provoca la convergencia de los Derechos de Familia nacionales. De este modo podría hablarse realmente de una cultura familiar común *europaea*, si bien teniendo presente que existen diferencias entre las culturas e ideologías familiares nacionales en Europa, diferencias que previsiblemente seguirán existiendo en el futuro.

Además, las tradiciones locales tampoco tienen necesariamente que mostrarse impermeables al cambio y a la recepción del Derecho extranjero: la vinculación cultural no implica que estemos tan unidos a una cultura que abandonemos nuestra identidad cuando se producen los cambios culturales, ni que la tradición sea «sagrada» y deba conservarse a todo trance, pues las normas familiares no son un fin en sí mismas sino más bien un medio para regular las relaciones humanas (ANTOKOLSKAIA, 2008, 26). Estas tradiciones cambian desde el interior, no evitan los cambios (DE OLIVEIRA, 2000, 273), y así en la mayoría de los países europeos se han venido adoptando reformas de países vecinos, perdiéndose mucho de ese individualismo y cultura nacionales¹⁷.

3. EL ARGUMENTO DEL LOCALISMO DEL DERECHO DE FAMILIA

Este argumento encuentra fácil crítica en la aparición y aumento significativo de las relaciones familiares transfronterizas que ponen de relieve una progresiva internacionalización del Derecho de Familia. El incremento de la movilidad de las personas, por otros motivos laborales u otros, provoca que aumenten las conexiones familiares (y los problemas de Derecho de Familia) con elemento extranjero.

En el mundo de hoy, en que las personas se mueven cada vez más de un país a otro, el número de familias hechas de ciudadanos de distintos países europeos o de nacionales europeos y ciudadanos de terceros países, está aumentando, hasta el punto de que actualmente hay alrededor de 16 millones de parejas internacionales en la Unión Europea, que lógicamente conllevan una diversidad de implicaciones y efectos jurídicos, y cuando tales familias se rompen, sus miembros, incluyendo los hijos, a menudo terminan viviendo en distintos países, lo que provoca enormes dificultades cuando el Derecho aplicable a estos aspectos difiere de un país a otro, importante cuestión a tener en cuenta.

III. PRIMEROS FENÓMENOS DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA

Realmente, la regulación del Derecho de Familia en los distintos países europeos es y era mucho más próxima ya desde el período codificador. Así, la común tradición romano-canónica-germánica se veía en la existencia en ese

momento de instituciones comunes a toda Europa (GARCÍA CANTERO, 2003, 1175), algunas de las cuales están claramente superadas en la actualidad:

- a) Ubicación de la mujer en una posición jurídica de clara inferioridad y subordinación al varón, de modo que frecuentemente la mujer solo salía de la subordinación al padre para pasar a la del marido¹⁸.
- b) Generalización de un modelo de matrimonio caracterizado por ser la única unión sexual legalizada y basarse en el consensualismo, la heterosexualidad, la unigamia y la solemnidad: debe concurrir un libre consentimiento prestado por un hombre y una mujer sin previo vínculo matrimonial activo, que ha de prestarse en la forma prevista en la ley e inscribirse en un Registro público para producir efectos *erga omnes*. En tal caracterización, el matrimonio canónico sirvió notoriamente como modelo del matrimonio civil, especialmente donde este también era indisoluble, como Italia y España.

Sin embargo, se mantenían también importantes diferencias en el Derecho de Familia de los distintos países europeos en algunas materias (GARCÍA CANTERO, 2003, 1177), y así en la configuración del matrimonio como indisoluble, en el reconocimiento de efectos civiles para el matrimonio en forma religiosa, en la configuración del divorcio —donde se admitía— como causal (basado en la culpa y por hechos graves, o en causas objetivas) o bien por mutuo consenso, con lo que el matrimonio civil disoluble por divorcio va alejándose cada vez más del modelo del matrimonio canónico hasta llegar al divorcio acausal y por voluntad unilateral (ANTOKOLSKAIA, 2007a, 18); la configuración del consentimiento de la familia como requisito del matrimonio de los menores de edad, cuya falta permitiría su anulación; la edad de la mayoría de edad y la edad núbil, la organización económica del matrimonio con sistemas de atribución generalizada al marido de las facultades de gestión de los bienes, la posibilidad de investigación de la paternidad y la maternidad y la utilización de pruebas biológicas, los efectos de la filiación no legítima, la regulación de la adopción; el ámbito familiar de aplicación de los alimentos, tomando como referencia únicamente la familia consanguínea o ampliándola a los parientes por afinidad; o la configuración de la organización de la tutela, como tutela de familia o tutela de autoridad (administrativa o normalmente judicial).

Esta situación y su enfrentamiento con los progresivos cambios sociales puso de manifiesto, ya a principios del siglo XX, una creciente divergencia entre el Derecho de Familia y las concepciones de la sociedad, hasta el punto de llegar a hablarse a mediados de ese siglo de una «crisis del Derecho de Familia». En este punto, son muy ilustrativas las palabras de W. G. FRIEDMANN (1959, 207-208)¹⁹: «*The contemporary crisis of family law results from a variety of factors: changes in social philosophy, which emphasize the freedom*

of the individual, as against the mainly religiously determined indissolubility of the marriage status; the profound transformation in the economic status of the family in the modern urbanised society, and, in particular, in the position of married women; modern scientific and medical developments which make birth control and artificial insemination possible; finally, the growing claims of the modern Welfare State, which makes new demands of, but also assumes far greater responsibilities towards, the family».

Pero, por otra parte, se ha venido observando una rápida unificación de ciertos aspectos del Derecho de Familia. Los cambios en las concepciones sociales se pusieron de manifiesto en que, ya desde principios del siglo XX, se empiecen a observar cambios en el Derecho de Familia de diversos países. Así, en los países nórdicos (tanto los tres países escandinavos como Finlandia e Islandia) se inicia un profundo movimiento armonizador²⁰, a menudo citado como paradigmático de que es factible la convergencia del Derecho de Familia de diversos países. En este momento, se instaure en esos países una igualdad de los cónyuges y los hijos: por una parte, se establece la igualdad entre los sexos en el matrimonio; por otra, se regula la filiación extramatrimonial dando un especial protagonismo a la madre²¹. Igualmente, los textos constitucionales de la nueva URSS establecen como principios fundamentales la igualdad jurídica de los sexos y la no discriminación de los hijos por razón de su origen.

No obstante, no será hasta fundamentalmente los años 50, en muchos casos como efecto de la aplicación de los principios de igualdad y no discriminación derivados de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y de las campañas de las Naciones Unidas²², y de las posiciones al respecto del Consejo de Europa²³ y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos —en especial en relación con el artículo 8 del Convenio de Roma—²⁴, y posteriormente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁵, cuando se observe el inicio de una creciente tendencia hacia la unificación, dando origen a profundas reformas de los antiguos códigos civiles, en los referidos aspectos: igualdad entre hombre y mujer, tanto dentro como fuera del matrimonio²⁶, no discriminación de los hijos por razón de su origen matrimonial o extramatrimonial y consagración del principio del interés superior del menor. Este sistema de Derecho de Familia ha servido como modelo a las reformas realizadas en los denominados «países del este» tras la caída del Muro de Berlín.

Igualmente, se ha producido una flexibilización en el ámbito de las uniones a las que se reconoce efectos legales y a la posibilidad de adopción por parte de ellas (PINTENS, 2003, 12-16).

Así, si bien el fenómeno de las parejas de hecho no es en absoluto nuevo²⁷, asistimos en los últimos tiempos a una revivificación del mismo. Desde que tras el Concilio de Trento (Decreto *Tametsi*)²⁸ se estableciera que el matrimonio debía contraerse en presencia del párroco o sacerdote delegado²⁹, se configura un único modelo de relación de pareja en Europa, el del matrimonio legal, salvo

quizás con la excepción del *common law marriage*, en realidad un matrimonio consensual no solemne sin excesiva aplicación práctica y derogado expresamente en algunos países (GARCÍA CANTERO, 2003, 1180). Por tanto, a las uniones de hecho que se apartaban de tal modelo se les niega todo reconocimiento, en especial desde que el *Code* francés recoja la opinión de Napoleón en el sentido de que *Si les concubins se passent de la loi, la loi se désintéresse d'eux*³⁰, de modo que en la generalidad de los Códigos Civiles europeos las uniones de hecho van a carecer de toda relevancia jurídica o contemplarse negativamente y habrá de ser la jurisprudencia quien resuelva los conflictos referentes a las mismas.

Sin embargo, el notable incremento de las uniones de hecho extramatrimoniales en Europa, fundamentalmente una vez transcurridos los tres primeros cuartos del siglo XX, hace que se comience a legislar sobre esta realidad, inicialmente respecto de las parejas heterosexuales y después incluyendo las homosexuales (que en este momento no podían contraer matrimonio entre sí)³¹, acercando su régimen al matrimonial³². En el primer caso nos encontramos con una verdadera *contradictio in terminis*³³, pues una pareja cuyos miembros que deciden no casarse cuando podrían hacerlo (se afirma un «derecho a no casarse») recibe el mismo tratamiento, o muy próximo, al matrimonio sobre la base de un derecho a la no discriminación con las parejas casadas (es decir, con el argumento de la no discriminación, se *matrimonializa* una pareja que precisamente no quería *matrimonializarse*, si se admite el juego de palabras).

De este modo, van proliferando en Europa las normas, a partir de las leyes escandinavas sobre las *partnerships* registradas³⁴, que regulan las parejas de hecho tomando como modelo el matrimonio y son aplicables tanto a uniones heterosexuales como homosexuales. En esta línea, destacan en Francia la Ley 99-944, de 15 de noviembre de 1999, que instauró el denominado *pacte civil de solidarité* (PACS) con inscripción en un registro judicial y que se regula por los acuerdos de los propios intervinientes³⁵, junto con la incorporación al *Code*³⁶ de la figura jurisprudencial del *concubinage*, produciéndose así una trilogía de formas legales de unión intersexual (matrimonio, PACS y concubinato); y la *Lebenspartnerschaftsgesetz* alemana de 2001, que reconoce a las parejas registradas, hetero y homosexuales, muchos de los efectos del matrimonio. En España, en defecto de una ley nacional que regule la materia, esta corriente ha dado lugar a una pluralidad de leyes autonómicas, incluso en comunidades autónomas no forales (de hecho, se ha regulado en todas salvo Castilla y León, Castilla-La Mancha, La Rioja y las ciudades autónomas, comunidades que aun no teniendo leyes reguladoras de las uniones sí han creado registros de parejas de hecho, al igual que multitud de municipios) o excediendo a veces la competencia legislativa civil autonómica, incurriéndose por ello en ocasiones en su inconstitucionalidad³⁷.

No obstante, sigue manteniéndose una importante diversidad en los efectos legales atribuidos a las uniones de hecho, pues varían desde la atribución de

solo algunos derechos limitados en el campo del Derecho público y privado hasta una completa equivalencia funcional al matrimonio, como es el caso del *partnership* registrado nórdico, y asimismo existe diversidad respecto a si debe imponerse una regulación legal a las parejas heterosexuales que han elegido no institucionalizar su relación (ANTOKOLSKAIA, 2007a, 18-19).

Por otra parte, esta corriente flexibilizadora de las uniones da un paso más allá con la eliminación en los Países Bajos en el año 2000 (con vigencia desde el 1 de abril de 2001) del requisito de la heterosexualidad y por tanto la admisión del matrimonio homosexual, aunque manteniendo las uniones registradas, lo que ha sido seguido por otros países europeos: Bélgica en 2003, España en 2005 (Ley 13/2005, de 1 de julio), Noruega en 2008 (con entrada en vigor el 1 de enero de 2009), Suecia en 2009, Portugal e Islandia en 2010, Dinamarca en 2012, Francia en 2013; parte del Reino Unido (Escocia e Inglaterra y Gales y varios territorios de ultramar) y Man, Jersey y Guernsey, y Luxemburgo en 2014 (entrando en vigor en Luxemburgo el 1 de enero de 2015), Irlanda en 2015, y Finlandia, Alemania y Malta en 2017 (año también en que el Tribunal Constitucional austriaco ha eliminado el requisito de heterosexualidad, con efectos desde el 1 de enero de 2019), llegándose a 25 países a escala mundial.

De esta manera, en los últimos 250 años hemos pasado de un concepto unánime y evidente en toda Europa de matrimonio como única unión y de naturaleza heterosexual a una gran variedad de relaciones legalmente reconocidas y con un matrimonio abierto a homosexuales y transexuales, de modo que se ha pasado de un único concepto legal uniforme de matrimonio y una única forma legal de relación de pareja a una variedad de conceptos y formas legales (ANTOKOLSKAIA, 2007a, 17).

La flexibilización del concepto de unión legal ha provocado la aparición de la cuestión de la adopción por parte de las parejas o matrimonios homosexuales, en la que a nivel mundial la mayoría de los ordenamientos aún se muestran contrarios a admitirla, generalmente sobre la base del principio del interés superior del menor, si bien ha venido extendiéndose rápidamente su admisibilidad, sobre todo en el ámbito europeo. Así, Dinamarca permitió diez años después de la introducción de las uniones registradas la adopción por los convivientes homosexuales, pero solo si el niño es el hijo natural o adoptivo de su compañero, salvo que provenga de un país extranjero, y en 2010 ha eliminado esas restricciones; Holanda permitió en 2001 la adopción aunque el niño no sea descendiente de uno de los convivientes, pero únicamente respecto de adopciones nacionales; y Suecia tiene desde 2002 una regulación similar a la holandesa pero sin la restricción a los niños extranjeros. En España, si bien desde 2000 se admitió en varias comunidades autónomas³⁸ la adopción conjunta a las parejas de hecho homosexuales, fue con la Ley 13/2005 cuando se eliminó el requisito de la heterosexualidad en los cónyuges adoptantes, al suprimirse en el matrimonio (LASARTE, 2017, 325), lo que posteriormente se extendió a

las parejas de hecho con la reforma del artículo 175.4 del Código Civil por la Ley 26/2015, que permite tanto la adopción conjunta como la de un cónyuge o miembro de la pareja de hecho respecto de los hijos del otro.

Con posterioridad, también han admitido la adopción conjunta por parejas homosexuales Bélgica e Islandia (2006), Noruega (2009), Francia (2013), Andorra y Malta (2014), Luxemburgo (2015); Austria, Irlanda y Portugal (2016), Alemania y Finlandia (2017) y Reino Unido (en un proceso iniciado en 2005 con Inglaterra y Gales y que aún no ha alcanzado a todos los territorios y dependencias británicos), y restringida al hijo biológico o adoptivo del otro conviviente Eslovenia (2011), Croacia (2014), Estonia e Italia (2016) y Suiza (2018).

De modo paralelo, los avances en las investigaciones biológicas y médicas han permitido el establecimiento de un principio de libre investigación de la paternidad³⁹ y de predominancia de la verdad biológica frente a la regla de la parcial o reducida investigación recogida por los Códigos. Asimismo, el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida a partir de finales de los años 70 ha provocado un importante impacto sobre los Códigos Civiles (GARCÍA CANTERO, 2003, 1179), sustituyéndose de nuevo el principio de la verdad biológica por una paternidad basada exclusivamente en la voluntad del padre legal, atribuyéndose en otros casos la paternidad sobre la base de presunciones *iuris et de iure*, o se permite la atribución de una concepción *post mortem*, y en este último aspecto siguen manteniéndose importantes diferencias que hacen difícil la unificación: desde los países que limitan el recurso a la reproducción asistida a las técnicas homólogas (como Italia) hasta las que las admiten tanto en su modalidad homóloga como heteróloga (como es el caso de España), e incluso las que admiten la denominada *gestación subrogada*, tanto en cualquier caso (por ejemplo, Grecia o Rusia) como limitada a la inexistencia de retribución a la gestante (así, Dinamarca, el Reino Unido, o recientemente Portugal).

En todo caso, como señala GARCÍA CANTERO (2003, 1176-1177), la posible armonización no puede realizarse precipitada o irreflexivamente, ni descartando principios ya arraigados en la historia nacional o europea⁴⁰.

En esa armonización destaca el recurso a convenios internacionales sobre diversas cuestiones, como la Convención Europea de 1975 sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio o las Actas de La Haya de 1993 sobre adopción internacional (aunque subsisten importantes divergencias en materia de adopción), o el acercamiento unificador realizado por la Comisión europea en materia de Registro Civil, pero quedan aún un amplio campo para la armonización en materias de gran relevancia, como la filiación, la referidas cuestiones pendientes en la adopción, el derecho de alimentos o la tutela.

Así, como vemos, si bien a lo largo de la historia se han sucedido momentos concretos de convergencia con otros de divergencia y diferencias de un país a otro, el desarrollo global del Derecho de Familia en Europa en los últimos siglos se ha caracterizado por una evolución progresiva cuya dirección se ha mante-

nido constante desde un Derecho patriarcal, restrictivo y suprapersonal a uno moderno, permisivo y personal: la sustancia, tendencias y fuerzas conductoras de la reforma del Derecho de Familia han sido esencialmente las mismas en todas partes, las únicas diferencias están en el *timing* de este proceso⁴¹. Asimismo, si podemos decir que existe una tendencia general hacia la modernización del Derecho de Familia en Europa, que ha estado convergiendo en el pasado (ANTOKOLSKAIA, 2007a, 12-21), también podemos decir que el concepto de familia está convergiendo en el presente, con una aproximación de los Derechos de Familia de los países europeos, en la que destaca la cooperación nórdica que mencionamos anteriormente (ANTOKOLSKAIA, 2007a, 15 y 21-24).

No obstante, quedan aún importantes ámbitos del Derecho de Familia en que la gran diversidad entre los distintos países europeos (y aun entre zonas de un mismo país) es evidente, como es el caso de los regímenes económico-matrimoniales, materia en la que, a diferencia de las otras antes mencionadas, los países europeos no comparten un pasado jurídico común.

Sin embargo, mientras que en el siglo XVIII los distintos regímenes no eran más que formas diferentes de que el marido usara y administrara el patrimonio de la esposa en beneficio de la familia y se salvaguardaran los bienes heredables de esta en beneficio de la descendencia, lo que provocaba un considerable nivel de similitud a un nivel funcional, caracterizado por la incapacidad legal de las mujeres casadas, desde finales del siglo XIX y hasta aproximadamente los años 80 los regímenes económico-matrimoniales⁴² han experimentado una importante transición al actual modelo de igualdad de los cónyuges, en que los distintos regímenes vuelven a tener una importante similitud funcional en la medida en que sus objetivos son los mismos en todos los países: asegurar dicha igualdad (punto en el que la similitud entre los distintos países es casi total) y conseguir un equilibrio adecuado entre los principios de solidaridad y autonomía. Por tanto, se ha conseguido una importante similitud funcional, si bien las diferencias entre los dos principales regímenes económico-matrimoniales (comunidad limitada de patrimonios y separación de patrimonios —si acaso con una comunidad diferida—) siguen siendo importantes y es bastante probable que así siga siendo (ANTOKOLSKAIA, 2007a, 19-20), y que estos regímenes sigan persistiendo (PINTENS, 2003, 9-12; y asimismo MARTINY, 2004, 321), aun cuando han sido importantes los pasos hacia la aproximación de los distintos sistemas también en este punto, tanto por la vía del Derecho Internacional Privado (como los Reglamentos europeos que luego mencionaremos) como del Derecho sustantivo (así, el Acuerdo franco-alemán de 4 de febrero de 2010 estableciendo un régimen matrimonial opcional de participación en las ganancias, que dio lugar a las correspondientes leyes francesa y alemana), hasta el punto de haber autores que entrevén la posibilidad de hablar del establecimiento de un Derecho común europeo económico-matrimonial⁴³.

Por tanto, si bien hay materias en las que parece haberse llegado al «punto final» de la modernización, como es el caso de la igualdad de los esposos y de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, ello no puede predicarse del conjunto del desarrollo del Derecho de Familia, pues quedan otras muchas cuestiones en la que existe gran diversidad (matrimonio homosexual, divorcio acausal, parejas de hecho) y en las que la evolución de los distintos países se produce a diferente velocidad, además de existir determinadas materias relacionadas con los avances técnicos (reproducción asistida, gestación subrogada y preferencia por una madre sobre la otra, e incluso clonación) en que es previsible la continuidad de regulaciones legales por afrontar problemas que no pueden ser descritos en simples términos de modernización o protección de los derechos humanos (ANTOKOLSKAIA, 2007a, 22-24)⁴⁴.

IV. LA ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EUROPA POR PARTE DE LA UNIÓN EUROPEA

Frente a las situaciones y necesidades indicadas, la Unión Europea ha respondido con el objetivo de ofrecer a los ciudadanos europeos una seguridad jurídica en las situaciones familiares transfronterizas, fundamentalmente en lo referente a los aspectos de Derecho Internacional Privado. Así, fundamentalmente por medio de Reglamentos, ha venido definiendo aspectos claves de materias sustantivas y procesales, como son la jurisdicción y competencia judiciales, el Derecho aplicable y el reconocimiento y ejecución de sentencias de divorcio, pensiones compensatorias y controversias sobre los hijos, incluyendo el secuestro internacional de niños, y ha proporcionado nuevos marcos de referencia para la cooperación transnacional. En todo caso, no puede considerarse esta unificación, básicamente de las normas de conflicto, como sustituto de la unificación de los Derechos sustantivos: como señala MARTINY (2004, 310), la armonización del Derecho Internacional Privado europeo no sería más que un paso intermedio en el camino hacia una mayor integración.

Los principales instrumentos de la Unión Europea en esta materia han versado sobre las crisis matrimoniales y sus efectos y la responsabilidad parental.

1. SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

La regulación de la ejecución de resoluciones en materia matrimonial (separación, divorcio y nulidad) se recoge en 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* (más conocido como Reglamento Bruselas II bis

o IIa), en vigor desde el 1 de marzo de 2005 en todos los Estados de la Unión excepto Dinamarca.

El Reglamento Bruselas II bis planteaba el problema de su insuficiencia al centrarse únicamente en esos aspectos procesales, sin determinar el Derecho nacional sustantivo que los tribunales debían aplicar en relación con el divorcio, separación o nulidad, por lo que a finales de 2010 la Unión Europea fue un paso más allá con el *Reglamento (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial* (conocido como Reglamento Roma III), que permite a los cónyuges adoptar acuerdos sobre el Derecho nacional sustantivo que se aplicará a su divorcio, y en caso de no existir tal acuerdo establece una serie de reglas que permiten que el tribunal determine cuál será tal Derecho nacional. Dado que se trata de un Reglamento aplicable en el marco de una «cooperación reforzada», se aplicará a los Estados miembros que participan en ella⁴⁵, mientras que a los demás les seguirán siendo de aplicación sus propias normas nacionales.

Además de los propios efectos personales entre los cónyuges o excónyuges, la separación, divorcio o nulidad también conllevará una reorganización de las relaciones entre ellos y con los hijos comunes que pueda haber, e igualmente desembocará en la división de los posibles bienes comunes que puedan tener y, en su caso, en el pago de una pensión alimenticia de un cónyuge al otro o a los hijos.

La Unión Europea también ha adoptado recientemente diversas normas en relación con estas situaciones para clarificar los aspectos patrimoniales de los matrimonios o parejas de hecho registradas de ámbito internacional, que permiten a los matrimonios internacionales elegir qué Derecho nacional regirá su patrimonio en caso de muerte o separación, divorcio o nulidad, e incluso a las parejas de hecho internacionales, respecto de las que se remite la regulación del patrimonio común al Derecho nacional del país donde se registró la pareja, dándoles así una seguridad jurídica. En este sentido, destacan el *Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales*, respecto de los matrimonios; y el *Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas*, respecto de las parejas de hecho. Ambos serán aplicables a partir del 29 de junio de 2019 en 17 Estados miembro participantes en la cooperación reforzada⁴⁶.

En cuanto a las pensiones alimenticias, el *Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos* establece desde el 18 de junio de 2011

los tribunales competentes y el Derecho nacional aplicable en lo referente a las pensiones compensatorias y alimenticias y el reconocimiento y ejecución de las decisiones sobre estas materias, de modo complementario al Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia y el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

2. RELACIONES PATERNO-FILIALES

El Reglamento Bruselas II bis, al que antes nos referimos, también determina la competencia y el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materias de responsabilidad parental, incluyendo derechos de custodia y visitas, guarda y acogimiento del hijo, al margen de que los progenitores estén casados entre sí o no y de que sean o no sus progenitores biológicos. Asimismo, no se restringe a sentencias judiciales, sino que también es de aplicación a los acuerdos entre los progenitores que sean ejecutables en el país en que se realizaron (normalmente, previa homologación judicial).

3. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Los citados Reglamentos europeos se han ido convertido así progresivamente en las principales normativas aplicables en estas materias en relación con las familias internacionales, pero se han limitado a los aspectos de Derecho Internacional Privado (competencia y reconocimiento de resoluciones y normas de conflicto), quedando pendiente la armonización del Derecho sustantivo.

La ventaja de esta armonización de las reglas de conflicto es que proporcionan seguridad jurídica para todos los ciudadanos europeos a través de un conjunto coherente de normas para identificar cuál es el tribunal nacional competente y cuál será el Derecho nacional aplicable en determinadas cuestiones familiares.

No obstante, el fenómeno del *Brexit*, con la retirada del Reino Unido de la Unión Europea, va a implicar un importante cambio en esta situación de creciente unificación del Derecho internacional de Familia europeo, estando por verse si y cómo dicho país finalmente trasladará estas normas europeas a su legislación nacional.

V. LOS TRABAJOS DOCTRINALES EN FAVOR DE LA ARMONIZACIÓN

No podíamos terminar este trabajo sin hacer una breve referencia a los diversos movimientos académicos en favor de la armonización del Derecho

de Familia europeo: la Comisión sobre el Derecho de Familia europeo y el *Common Core of European Family Law*, dentro del proyecto *Common Core of European Private Law*.

1. LA COMISIÓN SOBRE EL DERECHO DE FAMILIA EUROPEO

La denominada Comisión sobre el Derecho de Familia europeo (*Commission on European Family Law*, CEFL)⁴⁷ se trata de un grupo, constituido el 1 de septiembre de 2001, que es una iniciativa puramente académica totalmente independiente de cualquier organización o institución. Está integrado por aproximadamente 26 expertos de Derecho de Familia y Derecho comparado provenientes de todos los Estados miembro de la Unión Europea y de algunos otros países europeos.

El principal objetivo de la CEFL es lanzar un ejercicio teórico y práctico pionero en relación con la armonización del Derecho de Familia en Europa, mediante la siguiente metodología:

- Se examina el estado actual de la investigación comparada sobre la armonización del Derecho de Familia en los países europeos, intercambiando experiencias y coordinando otras actividades de investigación en este campo.
- Se busca el núcleo común (*common core*) para la solución de varios problemas legales sobre la base de comparar las diferentes soluciones provistas por los Derechos de Familia de los distintos países europeos.
- Se examina el papel de los (potenciales) futuros Estados miembros de la Unión Europea en el proceso de armonización del Derecho de Familia.

La CEFL está integrada por dos órganos: el Comité Organizador y el Grupo de Expertos. La tarea general del Comité Organizador es constituir el Grupo de Expertos (en función de las áreas de trabajo) y preparar y coordinar el trabajo tanto del Grupo de Expertos como de la Comisión en su conjunto.

Los principales resultados de los trabajos de la Comisión se concretan en la elaboración, a modo de unos modelos legales que se consideran adecuados para la armonización del Derecho de Familia en Europa (parecidos a los PECL o PETL), de los *Principios de Derecho de Familia Europeo* sobre diversas materias, de los cuales hasta el momento se han publicado —en varios idiomas— los referentes al divorcio y alimentos entre excónyuges (2004), responsabilidades parentales (2007) y regímenes económico-matrimoniales (2013), y se halla en preparación otro sobre uniones de hecho.

La actuación y resultados iniciales de las actividades de la CEFL se han presentado ampliamente en congresos internacionales en toda Europa y más allá,

y en especial en las Conferencias de la CEFL de las que se han organizado hasta la fecha cinco, sobre *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe* (2002) y *Principles of European Family Law. Divorce, Maintenance between Former Spouses and Parental Responsibilities* (2004), en la Universidad de Utrecht; *European Challenges in Contemporary Family Law* (2007), en la Universidad de Oslo; *The Future of Family Property in Europe* (2010), en la Universidad de Cambridge; y *Family Law in Europe: New Developments, Challenges and Opportunities* (2013), en la Universidad de Bonn. Ya está convocada la Sexta Conferencia de la CEFL, a celebrar en noviembre de 2018 en la Facultad de Derecho Bucerius en Hamburgo, sobre *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*.

En paralelo, desarrolla una intensa labor de difusión investigadora, a través de la publicación de numerosos estudios de sus miembros.

2. EL GRUPO *COMMON CORE OF EUROPEAN FAMILY LAW*

El proyecto denominado *Common Core of European Private Law*⁴⁸ se inició en 1993 en la Universidad de Trento (de ahí que a veces se le denomine también como *Grupo de Trento*) bajo la dirección del Profesor Rudolf B. SCHLESINGER, siendo pronto sustituido al frente del proyecto por Ugo MATTEI y Mauro BUSSANI como *Editores Generales*. Se trata de una iniciativa académica justificada sobre el argumento de que para el jurista transnacional la actual situación europea es similar a la de un viajero obligado a cruzar la Europa legal utilizando una serie de mapas locales diferentes, y a tal efecto el proyecto busca ayudarle en el viaje más allá de su propia localidad. A fin de descubrir lo que ya es común a los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la Unión Europea, se emplean cuestionarios basados en estudios de casos ampliamente circulados y discutidos entre juristas de diferentes tradiciones (corresponsales nacionales) para dibujar al menos las líneas principales de un mapa legal fiable de Europa, organizándose en diversos grupos temáticos referidos a áreas diversas del Derecho Privado⁴⁹, que trabajan por separado si bien anualmente se reúnen y exponen sus avances conjuntamente en reuniones generales del Proyecto, la primera de las cuales fue en Trento en 1995 (al cierre de la redacción de estas líneas ya está anunciada la celebración de la XXIV reunión, de 2018). El trabajo de los diversos grupos ha ido dando lugar a una serie de volúmenes, alguno de los cuales ya han sido publicados.

Dentro de este proyecto, destaca el grupo denominado *Common Core of European Family Law*, que ha abordado inicialmente la elaboración del volumen titulado *Duties Of Care And Duties Of Cash In Family*, que actualmente se halla ya muy próximo a su conclusión. El grupo se halla coordinado por Antonello MIRANDA, Odile ROY y Christian DADOMO (especialmente el primero) e

integrado por un numeroso grupo de estudiosos del Derecho de Familia provenientes de varios países europeos. El grupo de los corresponsales españoles se halla dirigido por el Prof. Carlos LASARTE y está compuesto además por Araceli DONADO y el autor de estas líneas, habiéndose incorporado recientemente Alfredo FERRANTE.

VI. CONCLUSIONES

I. Como hemos visto, si bien se niega por muchos la posibilidad de una armonización, y ni siquiera una aproximación, de los Derechos de Familia europeos, sobre todo sobre la base de las peculiaridades nacionales de esta área del Derecho, las objeciones planteadas en contra no son verdaderamente consistentes y de hecho tanto históricamente existía una base común constituida por el Derecho romano, canónico y común, como en la actualidad se producen fenómenos de convergencia derivados de la existencia de unos valores comunes.

II. De hecho, la disparidad de regulaciones en materia de Derecho de Familia crea importantes inconvenientes en una sociedad, como la europea, en que es creciente el número de familias con conexiones transfronterizas, pues conllevan inseguridad jurídica e imprevisibilidad de las propias situaciones, pérdida de posiciones legales, creación de relaciones «cojas» o riesgo de que alguna de las partes acuda al *forum shopping*.

III. Por ello, ya estamos asistiendo a la convergencia espontánea de los distintos Derechos de Familia de los países europeos en ciertas materias, en especial como consecuencia de los efectos de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y otras actuaciones de las Naciones Unidas, y de las posiciones al respecto del Consejo de Europa y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque pueden citarse precedentes como la armonización producida desde principios del siglo XX en los países nórdicos.

IV. La Unión Europea, si bien adolece de una falta de competencias directas y específicas en esta materia, también se ha manifestado por la necesidad de una armonización del Derecho de Familia, tanto en declaraciones y resoluciones como en un importante paquete de Reglamentos (Bruselas II bis, Roma III, 2016/1103 y 2016/1104, y 4/2009). Sin embargo, estos Reglamentos han sido de alcance bastante limitado, restringido al Derecho Internacional Privado y quedando pendiente una armonización del Derecho sustantivo —salvo algunas tímidas aproximaciones como el Acuerdo franco-alemán de 2010 estableciendo un régimen matrimonial opcional de participación en las ganancias—, por lo que no se resuelve la totalidad de los problemas que se plantean en este ámbito.

V. En tal sentido, son de destacar los intentos académicos por lograr esa aproximación, y en especial los trabajos de la Comisión sobre el Dere-

cho de Familia europeo y sus *Principios de Derecho de Familia europeo*, que se busca sirvan como modelo para la adaptación de las legislaciones nacionales.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

1. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- STEDH de 13 de junio de 1979, as. 6833/74, *Marckx c. Bélgica*.
- STEDH de 18 de diciembre de 1986, as. 9697/82, *Johnston y otros c. Irlanda*.
- STEDH de 24 de marzo de 1988, as. 10465/83, *Olsson c. Suecia (Olsson I)*.
- STEDH de 26 de mayo de 1994, as. 16969/90, *Keegan c. Irlanda*.
- STEDH de 21 de diciembre de 1999, as. 33290/96, *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*.
- STEDH de 26 de febrero de 2002, as. 36515/97, *Fretté c. Francia*.
- STEDH de 14 de diciembre de 2017, as. 26431/12, *Orlandi y otros c. Italia*.

2. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA⁵⁰

- STJCE de 3 de marzo de 1993, as. C-168/91, *Konstantinidis*.
- STJCE de 15 de diciembre de 1995, as. C-415/93, *Bosman*.
- STJCE de 4 de abril de 1996, as. C-13/94, *P*.
- STJCE de 2 de noviembre de 1997, as. C-336/94, *Dafeki*.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2003). La unificación del Derecho Privado en la Unión Europea: perspectiva. En: S. Cámara Lapuente (coord.). *Derecho Privado Europeo*. Madrid: Colex, 107-128.
- ALPA, G. (2000). European Community Resolutions and the Codification of Private Law. *European Review of Private Law*, Vol. 8, núm. 2, 321-334.
- ANTOKOLSKAIA, M. (2007). Introduction. En: M. Antokolskaia (ed.). *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*. Amberes-Oxford: Intersentia, 1-8.
- (2007a). Harmonisation of Family Law in Europe: A Historical Perspective. En: M. Antokolskaia (ed.). *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*. Amberes-Oxford: Intersentia, 11-24.
- (2008). Family law and national culture. Arguing against the cultural constraints argument. *Utrecht Law Review*, Vol. 4, núm. 2, 25-34.

- BASEDOW, J. (2001). Codification of Private Law in the European Union: the making of a Hybrid. *European Review of Private Law*, Vol. 9, núm. 1, 35-49.
- BOELE-WOELKI, K. (2005). The principles of European family law: its aims and prospects. *Utrecht Law Review*, Vol. 1, núm. 2, 160-168.
- BOELE-WOELKI, K.; DETHLOFF, N. y GEPHART, W. (eds.) (2014). *Family Law and Culture in Europe. Developments, Challenges and Opportunities*. Cambridge: Intersentia.
- BRADLEY, D. (2003): A Family Law for Europe? Sovereignty, Political Economy and Legitimation. En: K. Boele-Woelki (ed.). *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*. Amberes-Oxford-Nueva York: Intersentia, 65-104)
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2003). Un derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace. En: S. Cámara Lapuente (coord.). *Derecho Privado Europeo*. Madrid: Colex, 47-106.
- (2003a). ¿Derecho Europeo de Sucesiones? Un apunte. En: S. Cámara Lapuente (coord.). *Derecho Privado Europeo*. Madrid: Colex, 1185-1234.
- DE OLIVEIRA, G. (2000). Een Europees familienrecht?, *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2000, 272-277.
- DETHLOFF, N. (2003). Arguments for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe. En: K. Boele-Woelki (ed.). *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*. Amberes-Oxford-Nueva York: Intersentia, 37-64.
- (2004): Europäische Vereinheitlichung des Familienrechts, *Archiv für die civilistische Praxis*, 2004, 544-568.
- DORENBURG, K. (1968). *Hinkende Rechtsverhältnisse im internationalen Familienrecht*. Berlín: Duncker & Humblot.
- DROBNIG, U. (1997). Scope and General Rules of a European Civil Code. *European Review of Private Law*, Vol. 5, núm. 4, 489-496.
- FOSAR BENLLOCH, E. (1972). La derogación del antiguo artículo 321 del Código Civil por Ley 31/72 de 22 de julio, y la necesaria reforma del Derecho de familia español. *Anuario de Derecho Civil*, T. XXV-IV, 1159-1204.
- FOYER, J. (1978). The Reform of Family Law in France. En: A. Chloros (ed.). *The Reform of Family Law in Europe*. Deventer: Kluwer, 75-109.
- FRIEDMANN, W. (1959). *Law in a Changing Society*, California: University of California Press of Berkeley and Los Angeles.
- GARCÍA CANTERO, G. (2003). ¿Derecho de familia europeo? En: S. Cámara Lapuente (coord.). *Derecho Privado Europeo*. Madrid: Colex, 1175-1184.
- HONDIUS, E. (2003). Towards a European *Ius Commune*; The Current Situation in Other Fields of Private Law. En: K. Boele-Woelki (ed.). *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*. Amberes-Oxford-Nueva York: Intersentia, 118-139.
- JÄNTERÄ-JAREBORG, M. (2003). Unification of International Family Law in Europe - A Critical Perspective. En: K. Boele-Woelki (ed.). *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*. Amberes-Oxford-Nueva York: Intersentia, 194-216.
- JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J. (2010). El camino hacia un Derecho civil europeo armonizado, una tarea... ¿llegando a su final?, *Actualidad Civil*, núm. 11/2010, 1223-1271.

- KAHN-FREUND, O. (1978). Common Law and Civil Law - Imaginary and Real Obstacles to Assimilation. En: M. Cappelletti (ed.). *New Perspectives for a Common Law in Europe*, Leiden: Sijthoff, 137-168.
- KERAMEUS, K. (1997). Problems of Drafting a European Civil Code. *European Review of Private Law*, Vol. 5, núm. 4, 475-482.
- KOOPMANS, J. (1992). Towards a New 'Ius Commune'. En: B. De Witte y U. Forder (eds.). *The Common Law of Europe and the Future of Legal Education*, Deventer: Kluwer, 43-53.
- LANDO, O. (2006). Can Europe Build Unity of Civil Law Whilst Respecting Diversity?, *Europa e diritto privato*, núm. 1/2006, 1-18.
- LASARTE, C. (2017). *Derecho de Familia*. T. VI de *Principios de Derecho Civil*. 16.^a ed. Madrid: Marcial Pons.
- LEGRAND, P. (1996). European Legal Systems Are Not Converging. *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 45, núm. 1, 52-81.
- (1996a). Sens et non sens d'un code civil européen, *Revue Internationale de Droit Comparé*, T. 48-4, 779-812.
- (1999). *Fragments on Law-as-Culture*. Deventer: Tjeenk Willink.
- LHOEST, B. (2016). The Harmonization of European Family Law: Work in Progress. *Peace Palace Library*. La Haya.
- LUND-ANDERSEN, I. (2007). Approximation of Nordic Family Law within the Framework of Nordic Cooperation. En: M. Antokolskaia (ed.). *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*. Ambers-Oxford: Intersentia, 51-61.
- MARTINY, D. (1995). Europäisches Familienrecht - Utopie oder Notwendigkeit? *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, núm. 59, 419-453.
- (2004). Is Unification of Family Law Feasible or even Desirable? En: A. Hartkamp et al. (eds.). *Towards a European Civil Code*, 3.^a ed. Nimega: Kluwer Law International, 307-333.
- MERRYMAN, J. (1978). On the Convergence (and Divergence) of Civil Law and Common Law. En: M. Cappelletti (ed.). *New Perspectives for a Common Law in Europe*. Leiden: Sijthoff, 195-233.
- MEULDERS-KLEIN, M.-T. (2007). Towards a Uniform European Family Law? A Political Approach. En M. Antokolskaia (ed.). *Convergence and Divergence of Family Law in Europe*. Ambers-Oxford: Intersentia, 271-281.
- MÜLLER-FREIENFELS, W. (1968). The Unification of Family Law. *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 16, núm. 1/2, 175-218.
- ÖRÜCÜ, E. (2009). Family Law. En: M. Bussani y F. Werro (eds.). *European Private Law: A Handbook*. Vol. I. Berna: Stämpfli, Bruylant, Carolina Academic Press, Sakkoulas, 515-554).
- PINTENS, W. (2003). Europeanisation of Family Law. En: K. Boele-Woelki (ed.). *Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe*. Ambers-Oxford-Nueva York: Intersentia, 3-33.
- SCHULZE, R. (2015). Perspectiva comparada de la codificación en Europa. En: E. Roca Trías (dir.) y M. C. Cazorla González-Serrano (coord.). *Codificaciones del Derecho Privado en el s. XXI*. Madrid: Civitas, 163-187.
- (2017). *Ciencia jurídica y unificación del Derecho Privado Europeo*. Santiago de Chile: Olejnik.

VERSCHRAEGEN, B. (1994): *Gleichgeschlechtliche «Ehen»*. Viena: Medien und Recht.
ZIMMERMANN, R. (2004): Roman Law and European Legal Unity. En: A. Hartkamp
et al. (eds.). *Towards a European Civil Code*, 3.^a ed. Nimega: Kluwer Law Inter-
national, 21-42.

NOTAS

¹ Respecto de la posible unificación del Derecho de Sucesiones en Europa, *vid.* el exhaustivo trabajo de CÁMARA LAPUENTE (2003a).

² Sobre el proceso de armonización europeo en materia de Derecho de obligaciones y contratos *vid.*, entre otros ALFARO ÁGUILA-REAL (2003), CÁMARA LAPUENTE (2003), HONDIUS (2003), JIMÉNEZ MUÑOZ (2010) y SCHULZE (2015 y 2017).

³ El debate sobre la convergencia del Derecho de Familia en Europa es también destacado por ANTOKOLSKAIA (2007, 1).

⁴ En esa línea contraria, en una posición un tanto radical, P. LEGRAND (1996, 61-62) afirmaba que «legal systems (...) have not been converging, are not converging and will not be converging», hasta el punto de considerar la unificación del Derecho Civil como una forma de *imperialismo cultural* (1996a, 811). También de modo contrario, aunque en posiciones menos extremas (por ejemplo, a favor de la armonización del Derecho Privado pero excluyendo de ella el Derecho de Familia), se han pronunciado otros autores, como ALPA (2000, 326), BASEDOW (2001, 35-37), DROBNIG (1997, 493), KERAMEUS (1997, 479), KOOPMANS (1992, 50), MARTINY (2004, 315 y 318; que entiende que bastaría con las normas de conflicto de leyes) o VERSCHRAEGEN (1994, 25).

En cambio, ya en 1978 J. FOYER (1978, 75) ponía de manifiesto que el «clásico aforismo» del Derecho comparado sobre la idiosincrasia nacional del Derecho de Familia frente a la tendencia del Derecho de propiedad y obligaciones hacia la homogeneidad estaba perdiendo validez en la medida en que los Derechos de la mayoría de los países occidentales tendían a converger hacia un modelo uniforme. Es más, autores con una posición inicialmente contraria a esta armonización, como MARTINY (1995, 419-453), actualmente siguen una posición favorable —aunque matizada— a la misma (como en 2004, 307).

Para ANTOKOLSKAIA (2007, 2-3), realmente esta diferencia de opiniones es fácil de explicar: la historia del Derecho de Familia en Europa incluye períodos de clara tendencia hacia la divergencia junto a períodos en que la divergencia es dominante, y por tanto la mera elección del periodo de investigación puede ser decisiva para las propias conclusiones, aunque a veces los mismos ejemplos históricos son utilizados por ambas posiciones en apoyo de sus conclusiones opuestas, lo que pondría de manifiesto que el resultado dependería de lo que se estuviera buscando, de modo similar al argumento de si un vaso está medio lleno o medio vacío.

⁵ En relación con el Derecho de Sucesiones, volvemos a referirnos a CÁMARA LAPUENTE (2003a, 1186-1191).

⁶ *Vid.* STJUE *Bosman*, de 15 de diciembre de 1995, as. C-415/93.

⁷ Así, ya en la STJUE *Konstantinidis*, de 3 de marzo de 1993, as. C-168/91, se puso de manifiesto que las normas sobre el estado civil pueden incidir en el ámbito de las libertades básicas, como la libertad de establecimiento, y provocar discriminaciones.

⁸ La expresión *limping family-law relations* es empleada por DETHLOFF (2003, 44), que a su vez la toma de DORENBERG (1968, 15 sigs.).

⁹ Artículos 61.c), 65 y 67. Actualmente, artículos 67.4 y 81 TFUE.

¹⁰ Antiguo artículo 65 TCE.

¹¹ Doc. 13017/01 JUSTCIV 129. Este documento, que sirvió como uno de los puntos de partida del proceso de armonización en el Derecho europeo de obligaciones, también menciona expresamente al Derecho de Familia [apdos. 3, 19, 20 y 21.f)]: tras constatar que se trata de

áreas del Derecho Privado en las que no pueden aplicarse consideraciones económicas pero en que el principio de la libre circulación de las personas y el deseo de crear una genuina área de libertad, seguridad y justicia proporcionan una justificación alternativa para la introducción de medidas en ellas, y que su armonización se enfrenta con dificultades dado que estas áreas están fuertemente influenciadas por la cultura y tradiciones de los ordenamientos nacionales (e incluso regionales), y que la eliminación de obstáculos a la libre circulación de las personas dentro del mercado interior inevitablemente crea una interacción entre el Derecho de Familia y otras normas comunitarias, debiendo ser identificadas las necesidades en materia del Derecho de Familia, «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, puedan menoscabar el principio de libre circulación de personas».

¹² Que, tras indicar que «es preciso proseguir los esfuerzos encaminados a salvar las dificultades relacionadas con la diferencia de los sistemas jurídicos», mencionan específicamente la armonización del Derecho de Familia (apdo. 45).

¹³ La posición más radical en esta línea sería la de LEGRAND (1999).

¹⁴ Vid. los autores *cits. supra* en la nota 4. Son especialmente expresivas las palabras del padre de uno de los primeros intentos de armonización del Derecho Privado, O. LANDO (2006, 8): «*I thought that there could never be any rapprochement of family laws and notably not in the laws of divorce. The more the laws are linked to persons and passions, I thought, the more they would differ and remain different*».

¹⁵ Vid. *supra* la nota 11.

¹⁶ También destaca que se han exagerado los factores particularistas MARTINY (2004, 317).

¹⁷ Así, PINTENS (2003, 8) indica que no se produjo un shock cultural en Bélgica en 1987 cuando se abandonó el principio del reconocimiento por el de *mater semper certa est* en relación con los hijos extramatrimoniales; o cuando en 1976 Suiza, hasta ese momento un país bastante conservador, cambió su sistema de filiación por uno de los más progresistas de Europa. Cfr. igualmente BRADLEY (2003, 70).

¹⁸ Así, recordemos que el artículo 321 del Código Civil establecía, en la línea del artículo 277 del Proyecto de 1851 y 287 del de 1882 y hasta su reforma por la Ley 31/1972, de 22 de julio, que «a pesar de lo dispuesto en el artículo anterior (referente a los efectos de la mayoría de edad), las hijas de familia mayores de edad, pero menores de veinticinco años, no podrán dejar la casa paterna sin licencia del padre o de la madre en cuya compañía vivan, como no sea para tomar estado, o cuando el padre o la madre hayan contraído ulteriores bodas».

¹⁹ Lo mismo indicaba respecto de España E. FOSAR BENLLOCH (1972, 1160): «El Derecho familiar español está en crisis. La vestidura jurídica que la familia española se endosó en la penúltima década del Siglo XIX, pese a algunos zurcidos y reparaciones de detalles, estalla por todas sus costuras y no pueda seguir regulando con justicia las relaciones familiares de una sociedad en agudo proceso de cambio».

²⁰ Sobre esta armonización de los Derechos de Familia nórdicos, vid. LUND-ANDERSEN (2007, 51-61): sus inicios pueden remontarse a 1872, aunque comienza efectivamente en 1909, y abarca tanto un aspecto académico como otro político, en el que ha desempeñado un importante papel la creación de instituciones comunes como el Consejo Nórdico y el Consejo Nórdico de Ministros.

²¹ La madre está obligada al reconocimiento del hijo, en base al principio *mater semper certa est*, pero además puede denunciar la identidad del padre que se ha desentendido del hijo, incluso en vía administrativa, y una vez identificado este, deberá cumplir las obligaciones paternales legales sin poder ejercer en cambio los derechos derivadas de la patria potestad, que se otorga en exclusiva a la madre.

²² Posteriormente, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, contiene varias regulaciones de Derecho de Familia sustantivo, estableciendo como principio rector el del interés superior del niño, que habrá de tener consideración primordial en todas las acciones concernientes a los niños (art. 3.1). De esta

Convención pueden derivarse principios como el de no discriminación de los hijos o la responsabilidad parental conjunta, influyendo de este modo en el desarrollo de un Derecho sustantivo uniforme. Cfr. MARTINY (2004, 311).

²³ En este ámbito destacan tanto el propio Convenio de Roma para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (cuyo art. 8 impone el respeto a la vida privada y familiar, el artículo 12 reconoce el derecho a contraer matrimonio o el 14 prohíbe la discriminación de los hijos extramatrimoniales) como otros, como el Convenio Europeo sobre adopción de niños, hecho en Estrasburgo el 24 de abril de 1967 (del que España no es parte); el Convenio Europeo sobre el estatuto legal de los hijos nacidos fuera del matrimonio, hecho en Estrasburgo el 15 de octubre de 1975 (del que España tampoco es parte); el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980; el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 (de momento, ratificado únicamente por Alemania y Grecia); el Convenio Europeo relativo a los contactos con los hijos, hecho en Estrasburgo el 15 de mayo de 2003 (del que España no es parte); o el Convenio Europeo en materia de adopción de menores (revisado), hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008. Asimismo, son importantes algunas recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria y resoluciones del Comité de Ministros.

²⁴ *Vid.*, por ejemplo, entre otras, las sentencias de los casos *Marckx c. Bélgica*, de 13 de junio de 1979, as. 6833/74 (el Derecho belga discriminaba a los hijos extramatrimoniales en su filiación y derechos hereditarios); *Johnston y otros c. Irlanda*, de 18 de diciembre de 1986, as. 9697/82 (el Derecho irlandés no garantizaba el respeto a la vida familiar de los niños nacidos fuera del matrimonio); *Olsson c. Suecia (Olsson I)*, de 24 de marzo de 1988, as. 10465/83 (el acogimiento familiar ha de ser coherente con el fin último de la posibilidad de reunión familiar, y debe concluir tan pronto lo permitan las circunstancias); *Olsson c. Suecia (Olsson II)*, de 27 de noviembre de 1992, as. 13441/87 (las restricciones de acceso de los padres a los hijos han de poder ser recurribles judicialmente); *Keegan c. Irlanda*, de 26 de mayo de 1994, as. 16969/90 (que rechaza la adopción de un niño iniciada por la madre sin conocimiento ni consentimiento del padre biológico), o el reciente *Orlandi y otros c. Italia*, de 14 de diciembre de 2017, as. 26431/12 (respecto del matrimonio homosexual). No obstante, sobre algunas materias el Tribunal ha mantenido una jurisprudencia vacilante, y así, mientras que consideró que era inadmisibile el rechazo a conceder la custodia a un hombre homosexual que vivía con otro hombre sobre la base del interés del niño a crecer en un medio familiar tradicional (caso *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal*, de 21 de diciembre de 1999, as. 33290/96), ha mantenido lo contrario respecto del rechazo a una adopción sobre la base de la homosexualidad del adoptante (caso *Fretté c. Francia*, de 26 de febrero de 2002, as. 36515/97). Sobre la influencia de la jurisprudencia del TEDH, *vid.* MEULDERS-KLEIN, 2007, 275-277; y PINTENS, 2003, 17-20.

²⁵ Que ha vinculado determinados aspectos del Derecho de Familia con la libertad de circulación. *Vid.* por ejemplo, entre otras, las sentencias de los casos *Konstantinidis*, de 3 de marzo de 1993, as. C-168/91 (obligación del uso profesional de una determinada forma del nombre); *Dafeki*, de 2 de noviembre de 1997, as. C-336/94 (deber de los Estados miembros de reconocer las certificaciones de estado civil expedidas por otros Estados miembros a menos que en el caso concreto haya dudas de su corrección); y *P.*, de 4 de abril de 1996, as. C-13/94 (que, respecto del despido de un transexual tras su reasignación de sexo, considera que la prohibición de discriminación sexual de los trabajadores no se refiere únicamente a hombres y mujeres sino que incluye toda discriminación por razón de sexo). Respecto del papel del TJUE en el impulso de la armonización del Derecho de Familia, *vid.* PINTENS, 2003, 20-22.

²⁶ *Vid.* el artículo 39 CE.

²⁷ Así, en el Derecho romano ya existía la figura del *concubinatus* como unión estable entre personas libres sin la *maritalis affectio*, figura ampliamente utilizada en época imperial por senadores y soldados, como consecuencia de las leyes matrimoniales de Augusto (*Lex*

Julia et Papia Poppaea y *Lex Julia de Adulteriis*), que prohibían el matrimonio con personas de rango social inferior y el de los soldados mientras estuvieran cumpliendo el servicio militar. Los emperadores cristianos intentaron mitigar su influencia, por ejemplo potenciando su conversión en un matrimonio legítimo, si bien terminaron por configurarlo como una especie de matrimonio de segunda categoría (D. 25,7,3, pr.: Marcian. 12 inst.). No será hasta cuando se note el influjo del Derecho canónico cuando se elimine el reconocimiento del concubinato, en Oriente por León VI el Filósofo (837) y en Occidente hacia el siglo XI, aunque durante buena parte de la Edad Media se mantuvieron vigentes figuras similares, como pone de manifiesto la regulación de la *barraganía* en las Partidas (Tít. 14, Partícúlo 4), si bien desde el Concilio de Valladolid de 1228 se intentaron suprimir las barraganías, especialmente del clero, aunque aparentemente sin mucho éxito dadas las reiteradas providencias a tal fin en varios ordenamientos de Cortes de los siglos XIII a XV.

²⁸ Capítulo *Tametsi* de la Sesión XXIV del Concilio de Trento, al que Felipe II otorgó el carácter de Ley del Estado por Real Cédula de 12 de julio de 1564, imponiendo el matrimonio religioso como único válido.

²⁹ Pero sin indicar cómo debía ser esa presencia, lo que motivó que en base a diversas interpretaciones (al tratarse de una norma inhabilitante, debía interpretarse restrictivamente: *odiosa sunt restringenda*) se consagrara el denominado «matrimonio por sorpresa», en que se *sorprendía* al párroco como testigo cualificado con la declaración de los contrayentes ante otros dos testigos que llevan consigo (así, *vid.* el argumento de la famosa novela de MANZONI *I promessi sposi*).

³⁰ No obstante, se contemplaban algunos efectos reflejos del concubinato, y así el artículo 340 del *Code* establecía hasta su reforma por la Ley de 8 de enero de 1993 que la paternidad extramatrimonial podía ser constatada judicialmente, entre otros casos, «*dans le cas où le père prétendu et la mère ont vécu pendant la période légale de la conception en état de concubinage, impliquant à défaut de communauté de vie, des relations stables et continues*».

³¹ La Resolución del Parlamento Europeo sobre la igualdad de derechos de los homosexuales y de las lesbianas en la Comunidad Europea, de 8 de febrero de 1994 (A3-0028/94; DOCE C61, 28-2-1994) ha jugado un importante papel en esta aproximación, pues considera abusivo que algunos ordenamientos jurídicos ni permitan a las parejas homosexuales casarse ni les provean de una institución similar.

³² Incluso la propia calificación de *more uxorio* que doctrinalmente se adjudica a este tipo de convivencia es reveladora de la *contemplatio matrimonii* que preside el tratamiento legal de las parejas de hecho.

³³ Como pone de manifiesto GARCÍA CANTERO, 2003, 1181.

³⁴ Así las leyes danesa de 1989 (en Groenlandia desde 1996), noruega de 1993, sueca de 1995 e islandesa de 1996. En cambio, Finlandia no regulará esta materia hasta 2002.

³⁵ Artículos 515-1 a 515-7-1 del *Code Civil*.

³⁶ Artículo 515-8.

³⁷ Así, podemos recordar las declaraciones parciales de inconstitucionalidad realizadas por las SSTC 81/2013, de 11 de abril, sobre la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Uniones de Hecho de la Comunidad de Madrid; 93/2013, de 23 de abril, sobre la Ley Foral (navarra) 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables; y 110/2016, de 9 de junio, sobre la Ley 5/2012, de 15 de octubre, de uniones de hecho formalizadas de la Comunitat Valenciana.

³⁸ *Vid.* las leyes de parejas de hecho de Aragón, Cantabria, Cataluña, Navarra y País Vasco.

³⁹ Destaca aquí la *Gleichberechtigungsgesetz* de la República Federal de Alemania, de 1954.

⁴⁰ Así, también ANTOKOLSKAIA, 2007a, 12-15.

⁴¹ Así, por ejemplo, GARCÍA CANTERO (2003, 1183) critica la pluralidad de formas legales de relación sexual o el actual enfoque de las técnicas de reproducción asistida, cuyo efecto es «echar por la borda principios fundamentales del Derecho de filiación, trabajosamente adquiridos y que solo ahora estaban empezando a dar sus frutos», como el principio de veracidad biológica, propugnando la utilización de la técnica de la adopción previa a la concepción.

⁴² Para una visión general de los principales regímenes económico-matrimoniales en Europa y en España, *vid.* LASARTE, 2017, 147-148.

⁴³ *Vid.* BOELE-WOELKI, 2012, 33-47.

⁴⁴ Para un estudio comparativo sobre determinadas materias del Derecho de Familia en Europa, *cfr.* MARTINY, 2004, 320-325; y ÖRÜCÜ, 2009, 525-550.

⁴⁵ Actualmente 16 Estados miembros: Austria, Bélgica, Bulgaria, Francia, Alemania, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Portugal, Rumanía, Eslovenia y España; y a partir de febrero de 2018 también Estonia.

⁴⁶ Austria, Bélgica, Bulgaria, Croacia, República Checa, Finlandia, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, Eslovenia, España y Suecia.

⁴⁷ Sobre la CEFL, *vid.* ANTOKOLSKAIA, 2007, 4-5, y MARTINY, 2004, 317; y sobre todo BOELE-WOELKI, 2005, 160-168, y PINTENS, 2003, 29-33. Asimismo, su página web <http://ceflonline.net/>.

⁴⁸ Sobre el *Common Core of European Private Law*, *vid.* JIMÉNEZ MUÑOZ, 2010, en especial 1236-1237.

⁴⁹ Los grupos son los relacionados con los volúmenes *Duties Of Care And Duties Of Cash In Family, Personal Injury Compensation, Set-Off, Time-Limited Interests In Land, Unexpected Circumstances, Boundaries to Information Property, Causation In European Tort Law, Condominium, Immoral Contracts In Europe, Interpretation of Contracts in European Private Law, Moral Damages in European Contract Law, Product Liability, Protection of Immovables, Remedies in Contract Law, Security Rights in Immovable Property* y *Transfer of immoveable Property*, si bien los grupos y sus denominaciones relativas han ido evolucionando y variando con el tiempo.

⁵⁰ Como es sabido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea adoptó esta denominación con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, siendo su denominación anterior la de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Por ello, dadas sus fechas, la abreviatura empleada para esas sentencias es la de STJCE.

*(Trabajo recibido el 19-3-2018 y aceptado
para su publicación el 18-5-2018)*