

LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EUROPEO: ¿QUIMERA O REALIDAD?¹

María Goñi Rodríguez de Almeida

SUMARIO: 1. LAS PECULIARIDADES DEL DERECHO DE FAMILIA COMO DIFICULTAD HACIA EL EUROPEAN FAMILY LAW. 2. EL DERECHO DE FAMILIA EUROPEO: ORIGEN Y AVANCES. 2.1. *Origen*. 2.1.1. Origen doctrinal de la armonización derecho de familia. 2.1.2. Origen legal. 2.1.3. Origen jurisprudencial. 2.2. *Avances en el Derecho de familia europeo*. 3. HACIA LA ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA FORMAL Y MATERIAL EN DERECHO DE FAMILIA: ESTADO DE LA CUESTIÓN. 3.1. *Disolución matrimonial: Divorcio, separación y nulidad*. 3.1.1. Avances en la armonización de los aspectos procedimentales en materia de divorcio. 3.1.2. Avances en la armonización de los aspectos sustantivos en materia de divorcio. 3.2. *Obligación de alimentos*. 3.2.1. Avances en la armonización de los aspectos procedimentales en materia de alimentos. 3.2.2. Avances en la armonización de los aspectos sustantivos en materia de alimentos. 3.3. *Responsabilidad parental*. 3.3.1. Avances en la armonización de los aspectos procedimentales en materia de responsabilidad parental. 3.3.2. Avances en la armonización de los aspectos sustantivos en materia de responsabilidad parental. 3.4. *Efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho*. 3.4.1. Avances en la armonización de los aspectos procedimentales en materia de los efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión de hecho. 3.4.2. Avances en la armonización de los aspectos sustantivos en materia de los efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión de hecho. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

¹ Trabajo elaborado dentro del Proyecto de Investigación «La nueva familia ante el Derecho público y privado», (DER2010-17847), del Ministerio de Ciencia e Innovación (proyecto interdisciplinar con profesores de distintas universidades nacionales e internacionales), investigador principal: Matilde Cuenca Casas.

1. LAS PECULIARIDADES DEL DERECHO DE FAMILIA COMO DIFICULTAD HACIA EL EUROPEAN FAMILY LAW

El Derecho de familia es una de las tradicionales e importantes divisiones del Derecho civil, que podemos definir como el conjunto de normas de esta rama del derecho que trata de regular las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la familia.

Por lo tanto, la familia se convierte en el núcleo y, a la vez, origen de esta especialidad jurídica. La familia es una institución básica en la sociedad humana, anclada y existente desde los orígenes de la misma que, sin embargo, ha variado en el tiempo –sobre todo recientemente–, pero que también varía según el país, la sociedad o cultura en la que se inserta.

De este modo, si el núcleo de este derecho es cambiante, cuánto más lo será el ordenamiento jurídico positivo derivado del mismo.

Las relaciones jurídicas surgidas en el seno de la familia: obligaciones paterno-filiales, matrimonio, filiación, adopción, representación, y obligaciones patrimoniales entre los distintos miembros de la familia, son de una riqueza extraordinaria y completamente diferentes en los distintos países.

Ello es así, además, porque el Derecho de familia tiene unas notas especiales que hacen que esté intrínsecamente unido e impregnado del acervo cultural, idiosincrasia, religión, sociedad y nivel de desarrollo de cada uno de los países en los que se inserta. Esto se debe a que no se trata solo de normas de carácter positivo, objetivas o formales, si no que lindan con el aspecto más personal del ser humano, que se convierte en su esencia. De este modo, según el momento, sociedad y entorno en el que se encuentre la persona, su familia y sus relaciones familiares derivadas de ella, variarán.

No puede extraerse o separarse el Derecho de familia de la propia familia, y esta no puede entenderse sino en su propio medio. Por lo tanto, la variación de ese medio, ocasionará distintos y diferentes visiones de la familia y de las relaciones jurídicas que surjan de la misma; en definitiva, distintos derechos de familia, que darán respuestas muy distintas a una misma situación planteada.

Todo ello entroncado y unido siempre a los valores constitucionales y sociales que defiende cada estado.

En conclusión, no se puede hablar de un mismo Derecho de familia, hay tantos casi como países, y aunque estos pertenezcan, en teoría, a un mismo acervo cultural y social, como puede ser la Unión Europea, sus regulaciones sobre la familia son diversas, porque sus conceptos de familia, y de las relaciones que la sustentan son bien distintos.

Si, además, y como ya hemos indicado, a esto se une la –últimamente rápida– evolución en el tiempo de las principales instituciones de esta rama del Derecho, se llega fácilmente a la conclusión de la multitud de matices

y especificaciones que el Derecho de familia adquiere en cada ordenamiento. A nadie se le escapa que, en los últimos años, esta rama del Derecho ha sufrido importantes variaciones: el nuevo o nuevos modelos de familia, las uniones de hecho, los matrimonios entre personas del mismo sexo, la adopción realizada por estos, los nuevos modos de maternidad y paternidad subrogada, los cambios y avances en la responsabilidad parental hacia la coparentalidad, los nuevos modelos de custodia tras la separación conyugal, nuevos procesos y causas de divorcio matrimonial... en definitiva, un sinnúmero de cambios profundos que han alterado significativamente las bases tradicionales del Derecho de familia. Estos cambios no han sido aceptados o introducidos a la vez por todos los países de la Unión Europea, lo que incrementa la distancia o diferenciación del Derecho de familia en cada estado miembro.

De ahí la dificultad de avanzar hacia un único Derecho de familia europeo: el European Family Law no es una quimera, pero, por las propias características del mismo, es más arduo de lograr.

Por otra parte, y cada día más, debido al proceso de internacionalización y globalización en el que nos encontramos, es más frecuente la existencia de matrimonios o parejas de hecho formadas por personas de distinta nacionalidad, con domicilio en el mismo o distinto país del de alguna de ellas, que viene a complicar notablemente la aplicación de uno u otro ordenamiento, con sus distintas consecuencias y entramado de derechos y deberes.

Todo ello nos lleva a considerar como necesario –y cada vez más– avanzar en la unificación o al menos armonización de un Derecho de familia único en la Unión Europea que facilite al menos una serie de principios de común aplicación².

El Derecho de familia europeo es más que una utopía, como afirmaba ya en 1997 Boele-Woelki³, recogiendo las ideas de Dieter Martiny⁴: se han dado muchos e importantes pasos hacia su armonización desde sus inicios. Y esa convergencia es la que vamos a tratar de exponer en las siguientes líneas.

² Sobre las dificultades en la armonización del Derecho Europeo de Familia, pero, asimismo, sobre las ventajas y esfuerzos que se están haciendo en el mismo, véase LUDEÑA BENITEZ, O.D., «El derecho de familia de la unión europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los estados miembros», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 32, enero 2014, pp. 1- 44.

³ BOELE-WOELKI, K., «The road towards a European Family law», en *EJCL*, vol. 1.1 Noviembre 1997, p. 4, disponible en <http://www.law.kub.nl/ejcl/11-1.html> (última visita, 24 julio 2014).

⁴ MARTINY, D., «Europaisches Familienrecht – Utopie oder Notwendigkeit?», en *Rebels Zeitschrift fur auslandisches und internationales Privatrecht*, vol. 59, nºs. 3-4, 1995, pp. 419-453.

2. EL DERECHO DE FAMILIA EUROPEO: ORIGEN Y AVANCES

2.1. Origen

La necesidad o al menos conveniencia de la armonización de un Derecho de familia europeo ha sido puesta de relieve por la doctrina privatista en diversas ocasiones, como facilitador de soluciones más o menos homogéneas a conflictos semejantes en distintos países europeos.

Sin embargo, en este campo del Derecho privado europeo no se ha avanzado tanto como en otros (vgr. obligaciones y contratos), ya que, amén de la dificultad material señalada antes de la existencia de muy distintos y cambiantes ordenamientos jurídicos europeos en la materia, existe en una dificultad de tipo formal, pues esta regulación común, por su materia, escapa a los principales fines de la Unión Europea en sus orígenes.

Inicialmente, el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) de Roma de 1957 –en el proceso de construcción europea–, establecía los fines de la misma en su artículo 2, desarrollado en los arts. 3 y 4. Entre estos fines, no puede deducirse en ningún caso la necesidad de armonizar o constituir un Derecho de familia común, pues establecían que la Comunidad Europea tenía como misión promover, el establecimiento de un mercado común; posteriormente y en su versión consolidada (2002), se añadía entre sus fines la unión económica y monetaria y mediante las políticas o acciones comunes contempladas en los arts. 3 y 4 (entre las que no se encuentra el Derecho de familia) un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad. La unificación del Derecho de familia era, por tanto, ajena a los propios fines de la Unión.

Las únicas alusiones existentes en el TCE sobre el Derecho de familia se encontraban en los arts. 61 c), 65 y 67 relativos a las medidas de cooperación judicial en materia civil, sin que de ellas pudiera deducirse la posibilidad de establecer normas sobre cuestiones materiales del Derecho de familia, limitándose a los temas formales de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia Derecho civil. El Derecho de familia material ni se atisba⁵.

Posteriormente, con la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea (TFUE), de Lisboa de 2007, de 13 de diciembre, se da una nueva redacción al art. 65 TFUE, del que, ahora sí, se puede deducir la posibilidad de establecer medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza; pero no solo respecto a normas procedimentales civi-

⁵ En este sentido, recoge RODRIGUEZ BENOT las palabras de FRANCISA LLODRÁ, «Hacia un derecho de familia europeo», en *Neus reptes del Dret en família*, Universidad de Gerona, 2005, p. 477, que expone que la verdadera dificultad para la creación de un derecho de familia europeo es la falta de competencia legislativa de la Unión Europea en esta materia.

les de reconocimiento, ejecución y conflictos de leyes, sino que su dicción también permite interpretar que se puede avanzar en medidas sustantivas de Derecho de familia. Posteriormente, el artículo 65 se recoge en los mismos términos en el art. 81 de la versión consolidada del TFUE de 2010.

De esta forma, uno de los obstáculos principales para la armonización de esta rama del Derecho —el quedar fuera de los fines de la Unión Europea—, se ve superado por el propio derecho originario europeo, dando «vía libre» al avance o impulso del Derecho de familia europeo, no solo en aspectos de procedimiento, sino también sustantivos o materiales.

¿Cómo se inició esa armonización o unificación? En primer lugar, queremos señalar que consideramos que es más preciso hablar de armonización del Derecho de familia europeo que de unificación, pues establecer las mismas normas para todos los estados miembros en esta materia no es viable, sin embargo, sí debe perseguirse la búsqueda de esos principios que inspiren o guíen los distintos ordenamientos, tratando por tanto de buscar sus puntos comunes.

De este modo, y tal y como afirma Guido Alpa, para lograr una armonización es necesario, primero buscar el núcleo común y después, a partir del mismo, los principios derivados.

Coincidimos con Guido Alpa⁶, cuando afirma que el núcleo o la esencia del Derecho de familia europeo, común a todos los Estados miembros, debe buscarse partiendo de los principios constitucionales de los países, de los derechos fundamentales en su dimensión más personal o privada, dejando a un lado el derecho de las distintas religiones (canónico, judío, protestante...) que tanto influyen en el Derecho de Familia, para, a partir de allí, descender al nivel de las relaciones personales. Localizando ese núcleo, puede empezar a armonizarse, en una primera fase, a un nivel básico o mínimo y a partir de allí, avanzar a un segundo o nivel medio en la armonización, en el que creo que nos encontramos ahora.

Así, se inició este proceso de armonización, y podemos decir que se produjo a tres niveles distintos: a) el doctrinal o académico, b) el legal y c) el jurisprudencial.

2.1.1. Origen doctrinal de la armonización Derecho de familia

Boele Woelki⁷ recoge los inicios del interés de la doctrina en la investigación en la convergencia del Derecho Europeo de Familia. Se justifica el interés de la investigación en este campo en la necesidad de obtener al menos tendencias o principios comunes entre los distintos países. En un primer

⁶ ALPA, G., «Future of Family contracts, comparative Law and European Law», en *European Business Law Review*, vol. 21, 2010, p. 6.

⁷ BOELE-WOELKI, K., «The road towards a european family law», *ob. cit.*, pp. 1-15.

momento, y en Alemania, surgen las primera voces en cuanto a la posibilidad de esta convergencia, si bien, inicialmente son reacias a la misma, pues la ven complicada por la pluralidad de normas distintas existentes, entroncadas con las diferentes culturas y sociedades, amén de que este campo escapa a los objetivos comunitarios primordiales, y por el hecho de no estar recogido en los principales tratados. Se destaca en esta primera fase el escepticismo de Hondius⁸, aunque se muestra favorable a intentar esa armonización. Sin embargo, De Groot⁹ se manifiesta claramente favor de la necesidad de intentar busca unos principios comunes europeos en esta materia.

Después, en el resto de países, surgen nuevas voces a favor de intentar esa armonización, y destaca el estudio de Alfred Rieg¹⁰, en el que ya recoge una comparación entre los ordenamientos francés y alemán en Derecho de familia, y demuestra que existen muchas soluciones parecidas entre ambos ordenamientos, y que estas van en aumento. A él debemos el dejar de considerar la armonización del Derecho de familia europeo como un mito, puesto que entiende que es posible sino encontrar concordancias absolutas entre los distintos países, sí al menos tendencias comunes que hay que perseguir.

Tras Rieg, conviene destacar a Dieter Martiny¹¹ que realizó un estudio recogiendo las similitudes y diferencias de la legislación en materia de familia de los distintos estados miembros de la Unión, y poniendo de manifiesto cómo en este campo es muy necesaria la convergencia, ya que las distintas legislaciones no están en sintonía.

A partir de aquí, y para conseguir avanzar en la armonización, se hicieron una gran cantidad de estudios o informes comparando las distintas legislaciones en diferentes aspectos del Derecho de familia: por ejemplo, la serie titulada *Beitrag zum Europaischen Familienrecht*, de la Universidad de Regensburg, que recoge los resultados de varios simposios organizados por la Universidad desde 1993, sobre temas como sucesiones, la protección de la vivienda familiar, la solidaridad familiar. Con posterioridad, en 1995, se publica otro referente en el Derecho de familia europeo, publicado por Hamilton, Standley y Hodson¹², titulado *Family Law in Europe*, que recoge varios informes sobre materias importantes del Derecho de familia, resaltando y

⁸ HONDIUS, E.H., «Naar een Europees personen en familierecht», en H. Franken and J. De ruiter, *Drie treden: Over politiek, beleid en recht*, Zwolle, 1995, pp. 173-181.

⁹ GROOT, G.R., «Op weg naar een Europees personen – en familierecht?», en *Ars Aequi*, 1995, vol. 44, n.º 1, pp. 29-33.

¹⁰ RIEG, A., *L'Harmonisation européenne du droit de famille: mythe ou réalité? Conflits et harmonisation*, Liber Amicorum A.E. von Overbeck, Fribourg, 1990, pp. 473-499.

¹¹ MARTINY, D., «Europaisches Familienrecht- Utopie oder Notwendigkeit?», en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1995, vol. 59, n.º 3-4, pp. 419-453.

¹² HAMILTON, C., STANDLEY, K. y HODSON, D., *Family Law in Europe*, London/Dublin/Edinburgh, 1995.

comparando las diferencias y similitudes entre los distintos estados miembros, pero, además, añade una novedad al investigar también sobre el propio Derecho de familia europeo derivado de los tratados y normas europeas. Se da un paso más en la investigación y «creación» del Derecho de familia europeo.

A partir de ahí, se abre un periodo fructífero en la investigación sobre Derecho de familia europeo, que ha ido acompañado del avance legislativo del Derecho comunitario en esta materia, lo que ha hecho impulsar los estudios y el propio derecho material.

Prueba de ello, y como luego veremos, y ya en la actualidad más reciente, la CEFL (*Commission of European Family Law*, creada en 2001) ha impulsado importantes publicaciones sobre el Derecho de familia europeo, recogiendo, además, aspectos materiales del mismo, buscando una armonización sustantiva, no solo comparaciones o aspectos formales o conflictuales o procedimentales, en materias concretas de Derecho de familia. La Comisión de Derecho de Familia Europeo pretende la armonización de este derecho, buscando, como antes indicábamos, el núcleo común existente en los diferentes ordenamientos, tras un exhaustivo análisis comparativo entre los mismos, y una vez obtenido ese núcleo, busca obtener unos principios europeos comunes en Derecho de familia¹³.

Entre esos trabajos o publicaciones, destacamos *European Family Law in Action* (2003 y 2004), de Boele-Woelki, Braat y Summer, donde se recogen los cuestionarios y las respuestas dadas por los distintos países, sobre cuestiones materiales de Derecho de familia (divorcio, pensión alimenticia y responsabilidad parental) que han servido de base para la publicación de *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between Spouses*, y posteriormente, un segundo volumen dedicado a la responsabilidad parental, titulado *Principles of European Family Law regarding Parental Responsibilities*. En ambos se recogen principios materiales de Derecho europeo en esas respectivas materias, que luego analizaremos.

Los avances y esfuerzos doctrinales por la armonización de un nexo o núcleo común en Derecho de familia europeo son importantes y sus frutos empiezan a verse, pudiendo afirmar que, hoy en día, al menos las bases comunes de esta rama del Derecho están más o menos claras.

2.1.2. Origen legal

Si hablamos del origen legal en el Derecho comunitario, del Derecho de familia europeo común, debemos distinguir ese origen en el derecho originario o primario, donde se encuentran sus bases, y su posterior desarrollo en el derecho derivado.

¹³ <http://ceffonline.net/wp-content/uploads/Principles-Spanish.pdf> (última visita, 24 julio 2014).

Con respecto al derecho originario europeo, ya hemos dicho que los tratados constitutivos de la Unión Europea no señalaban entre sus fines la necesidad de abordar un espacio común personal o familiar, ni mucho menos un Derecho de familia europeo (EFL).

Si repasamos brevemente el camino de construcción europea, no va a ser hasta bien avanzado cuando encontremos el inicio o germen de la posibilidad de bases comunes para desarrollar un Derecho de familia común en la Unión.

De este modo, surge la idea de la unidad europea, cuando Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos y Francia firman en París en 18 de abril de 1951 el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). La idea era crear un mercado común donde reinara la libre circulación y libre competencia en esos específicos mercados. Nos encontramos a años luz del Derecho de familia común. Los objetivos son, en cualquier caso, económicos y de mercado.

El segundo paso, tras el fracaso de la Comunidad Europea de Defensa y de la Comunidad Política Europea, fue dado con la firma de dos nuevos tratados en Roma el 25 de marzo de 1957: el que creaba la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEE, Euratom), y el que instituía la Comunidad Económica Europea (CEE, Mercado Común de libre circulación y libre competencia). La unidad europea y su ordenamiento jurídico permanecían anclados en torno a las tres citadas Comunidades Europeas y a sus Tratados Constitutivos, que iban sufriendo adaptaciones según se iban produciendo las posteriores adhesiones, así, en 1972, Dinamarca, Irlanda y Reino Unido; en 1982, Grecia; y en 1985, España y Portugal, con efectos a partir del 1 de enero de 1986, sin que exista tampoco precedente o rastro de la necesidad de abordar el estudio de un derecho común de familia.

La configuración definitiva de la Comunidad Europea, se dio con la 12ª revisión de los tratados, que dio lugar al Acta Única Europea, de 27 de enero de 1986 y que entró en vigor el 1 de julio de 1987. Entre las principales novedades introducidas, cabe destacar la inserción del Consejo Europeo en los tratados, la realización de nuevas transferencias a favor de las Comunidades, la creación del mercado interior y único y la regulación de la cooperación en materia de política exterior.

El siguiente paso se dio con el Tratado de la Unión Europea (TUE) o Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. Nace así la Unión Europea, que se asienta sobre tres pilares; el pilar Comunitario (Comunidad Europea, CECA y CEEA), el pilar de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), y el pilar de la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior (CAJI). Es en este tercer pilar de la Unión Europea donde se va a forjar el origen del Derecho de familia europeo, al ser necesaria también esa cooperación judicial en asuntos civiles, –y en concreto de familia–, transfronterizos, lo que conlleva la necesidad de homo-

geneizar el reconocimiento y ejecución de sentencias en esa materia¹⁴. Desarrollo que vendrá después con el Tratado de Amsterdam de 1997, de 2 de octubre, en el que se revisa el procedimiento de codecisión, se introduce el mecanismo de cooperación reforzada, así como las disposiciones relativas a la Política Exterior y Seguridad Común relativas a un «espacio de libertad, seguridad y justicia» (artículos 14, 16, 20 TUE). Justamente, es en la necesidad de ese espacio común de libertad y seguridad jurídica y la necesidad de cooperación judicial, donde surge el inicio de un derecho común en materia de reconocimiento de resoluciones judiciales en materia de familia.

A partir de ahí, y establecida la necesidad de reforzar y desarrollar esa cooperación judicial en asuntos civiles, siguiendo en este punto a Rodríguez-Benot¹⁵, se produjeron dos documentos: Plan de acción del Consejo y de la Comisión, de Viena, de 3 diciembre 1998, sobre la manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam, relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, consecuencia del cual, y en segundo lugar, se produjeron después las conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Tampere en 1999.

En el primero de ellos, se establecieron los ámbitos materiales en los que se debía intervenir en un plazo de 5 años, entre los que se encuentran: la ley aplicable al divorcio, las soluciones no judiciales en los conflictos familiares transnacionales y mediación familiar, y la competencia judicial internacional, ley aplicables y reconocimiento y ejecución de sentencias en los regímenes matrimoniales y sucesiones¹⁶, y establecieron las prioridades de actuación, recogiendo expresamente lo siguiente: «La cooperación judicial en materia civil es fundamental para el «espacio de justicia». Desde este punto de vista, hay que adaptar las normas en materia de problemas derivados de la coexistencia de diferentes leyes y jurisdicciones, sobre todo en lo tocante a las obligaciones contractuales y extracontractuales, divorcio, régimen matrimonial y sucesiones, y también desarrollar la mediación, especialmente para los conflictos familiares. Se estudiará la posibilidad de crear una red judicial civil para intensificar las relaciones de los profesionales en el ámbito europeo».

En cuanto a las conclusiones del Consejo de Tampere, de 15 y 16 octubre 1999, es importante señalar, como afirma Rodríguez –Benot¹⁷, que se conclu-

¹⁴ Hay que señalar que en este tratado se recoge e instrumentaliza este pilar de la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior, si bien, dicha cooperación judicial, ya existía en el propio Convenio de Bruselas, que luego pasará a ser el Reglamento 4401.

¹⁵ RODRIGUEZ-BENOT, A., «El derecho comunitario europeo de familia: marco institucional y perspectivas de futuro», en FERNÁNDEZ-ARROYO GIMÉNEZ, D.P y GONZÁLEZ MARTÍN, N. (ed.), *Tendencias y relaciones del Derecho internacional privado americano actual*, Porrúa/UNAM/ASADIP, Ciudad de México, pp. 537-552.

¹⁶ Parte II «Prioridades y medidas», letra B «Políticas relacionadas con la libre circulación de personas», apartado II «Cooperación judicial en materia civil», punto 41 del Plan de Acción de Viena 1998.

¹⁷ RODRIGUEZ –BENOT, A., *ob. cit.*, pág. 545.

yó en la idoneidad de realizar en cuanto al derecho material civil «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»¹⁸.

Consecuencia de este Plan de acción y de las conclusiones de Tampere se publica la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo –Marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de «libertad, seguridad y justicia» en la Unión Europea– (COM (2000) 167 final), donde se va a establecer el cronograma y pasos a seguir para conseguir ese espacio de libertad y justicia a través de la cooperación judicial civil. De este modo, se establece como fin someter «a constante revisión los avances realizados en la ejecución de las medidas necesarias y el cumplimiento de los plazos establecidos en la construcción de ese espacio común».

En concreto, en materia de Derecho civil, se señala que «para facilitar la cooperación judicial y mejorar el acceso al Derecho, hay que lograr una mayor compatibilidad y convergencia entre los ordenamientos jurídicos»¹⁹.

¹⁸ Véase el punto VII. De las Conclusiones:

«VII. Mayor convergencia en Derecho civil

38. El Consejo Europeo invita al Consejo y la Comisión a que elaboren nueva legislación en materia procesal para casos transfronterizos, en particular en lo que se refiere a los elementos que son decisivos para allanar el camino a la cooperación judicial y para mejorar el acceso a la justicia, como, por ejemplo, las medidas provisionales, la obtención de pruebas, las órdenes de pago y los plazos.

39. 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. El Consejo debería informar antes de finales de 2001».

¹⁹ Transcribimos el punto 3 de la Comunicación, relativa al Espacio europeo de justicia:

«3. Un auténtico espacio europeo de justicia

El objetivo es dar a los ciudadanos una percepción común de la justicia en toda la Unión. La justicia debe considerarse como un modo de facilitar la vida cotidiana de la gente y hacer frente a los que amenazan la libertad y seguridad de los individuos y de la sociedad. Esto incluye tanto el acceso mejorado a la justicia como la plena cooperación judicial entre Estados miembros.

3.1. Mejor acceso a la justicia en Europa

Hay que garantizar un auténtico espacio de justicia para que particulares y empresas puedan acercarse a los tribunales y autoridades de cualquier Estado miembro tan fácilmente como en el suyo y no se vean privados o disuadidos de ejercer sus derechos por la complejidad de los sistemas legales y administrativos en los Estados miembros.

3.2. Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales

Un auténtico espacio de justicia debe ofrecer seguridad jurídica a los particulares y a los operadores económicos. Con este fin, las resoluciones y decisiones judiciales deben ser respetadas y ejecutadas en toda la Unión.

Un mayor grado de reconocimiento mutuo de decisiones y resoluciones judiciales y el necesario acercamiento de las legislaciones facilitarían la cooperación entre entidades

Los objetivos, finalidades y prioridades de la Unión Europea, de cara a una armonización del Derecho civil, en aras de conseguir ese espacio de seguridad jurídica, ya se han establecido.

Con posterioridad, se aprobaron nuevos Tratados, como el de Niza 2001, después se produjo la gran ampliación a veinticinco Estados miembros, mediante el Tratado de Adhesión de 16 de abril de 2003, que entró en vigor el 1 de mayo de 2004, el fracaso del Tratado Constitucional de 2005.

En estos tratados sucesivos, se sigue insistiendo en la necesidad de cooperación judicial en asuntos civiles, para conseguir un espacio de libertad y seguridad jurídica, y se va avanzando en instrumentos jurídicos de carácter formal que abundan en el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia de Derecho de familia.

Paralelamente, se elaboran otros dos documentos que favorecen el desarrollo formal del derecho común en materia de familia, como son el Programa de la Haya del Consejo Europeo de 14 y 15 de marzo de 2004 para la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, en el que se propone un límite temporal para conseguir la adopción de instrumentos jurídicos oportunos en la construcción de un derecho comunitario de familia (2011), y además se establece que dicho derecho común ha de conseguirse en primer lugar a través de normas conflictuales, procedimentales, para solo después abordar la unidad material o sustantiva.

Un año después se aprueba por el Consejo de Ministros (3 junio 2005) la comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeo, que recoge el Programa de la Haya y lo desarrolla: «Programa de la Haya: diez prioridades para los próximos 5 años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» (COM (2005) 184 final). En esta comunicación se establecen de nuevo las prioridades de actuación y, en la novena, se determina una vez más, la necesidad de garantizar un espacio europeo de justicia, y se señala que «En materia de justicia civil, la Comisión hace hincapié en la terminación del programa de reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y mercantil. A tal efecto, ha realizado consultas sobre las decisiones referentes al patrimonio familiar, las sucesiones o los testamentos con el fin de preparar nuevas propuestas legislativas»²⁰.

y la protección judicial de los derechos individuales, con el fin de asegurar que el principio del reconocimiento mutuo sea la piedra angular de la cooperación judicial en la Unión Europea, tanto en lo civil como en lo penal.

3.3. Mayor convergencia del Derecho civil

Para facilitar la cooperación judicial y mejorar el acceso al Derecho, hay que lograr una mayor compatibilidad y convergencia entre los ordenamientos jurídicos».

²⁰ Véase «Programa de la Haya: diez prioridades para los próximos 5 años»:

«Garantizar un auténtico espacio europeo de justicia. Para la obtención y ejecución de las decisiones judiciales debe garantizarse el acceso a la justicia. La Unión debe adoptar medidas con el fin de instaurar una confianza recíproca entre los Estados miembros,

A raíz de esto, y con la finalidad de conseguir la mejora en el reconocimiento mutuo de las resoluciones civiles, se aprueba la elaboración de varios libros verdes en materia de Derecho de familia en la Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento europeo COM (2006) 331 final, de 28 de junio de 2006: Libro verde sobre sucesiones, Libro verde sobre conflictos de Leyes y jurisdicciones en materia de divorcio, un Libro Verde sobre las consecuencias patrimoniales del matrimonio y parejas de hecho, y un Libro verde sobre el estado civil.

Con base en estos precedentes, consideraciones y prioridades establecidos y derivados de los tratados constitutivos y documentos consecuentes elaborados por instituciones de la Unión Europea, se inició y se abrió el camino al derecho derivado de la Unión en Derecho de familia, si bien, abordando únicamente los problemas formales de las cuestiones transfronterizas de reconocimiento y ejecución de sentencias en distintos ámbitos del Derecho de familia. La Unión Europea ha legislado en este tema a través de Reglamentos, sin que exista ninguna Directiva sobre la cuestión.

Entre estos primeros reglamentos que abordan cuestiones formales de aplicación, reconocimiento y ejecución de sentencias, en una primera fase, caben destacar los siguientes: Bruselas II» (CE) n.º 1347/2000 del Consejo, reformado posteriormente y sustituido por el nuevo Reglamento «Bruselas II bis» (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, el Reglamento (CE) n.º 4/ 2009 del Consejo de 18 diciembre de 2008, y por último el Reglamento «Roma III» (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010. Los analizaremos en el apartado siguiente donde, de forma transversal o por materia, desarrollaremos el *iter* legislativo existente respecto de cada una.

Un nuevo paso en la armonización se produjo a raíz del Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, denomi-

creando para ello normas procesales mínimas que garanticen, por ejemplo, los derechos de la defensa.

En materia de justicia civil, la Comisión hace hincapié en la terminación del programa de reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y mercantil. A tal efecto, ha realizado consultas sobre las decisiones referentes al patrimonio familiar, las sucesiones o los testamentos con el fin de preparar nuevas propuestas legislativas.

En cuanto a la justicia penal, la aproximación de la legislación y la creación de normas mínimas de procedimiento penal resultan a veces indispensables para reforzar la confianza mutua entre Estados miembros. Eurojust es la clave del desarrollo de la cooperación judicial en materia penal.

La Comisión también quiere incrementar la protección de los intereses financieros de la Unión. Las medidas operativas destinadas a garantizar un verdadero espacio europeo de justicia incluyen, a modo de ejemplo, el apoyo de la Unión a las redes de organizaciones e instituciones judiciales, la evaluación de la calidad de la justicia, una comunicación sobre la formación judicial en la Unión Europea y seminarios encaminados a fomentar la cooperación entre los profesionales del Derecho».

nándose a partir de entonces Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). A partir del mismo puede colegirse la posibilidad de adoptar medidas en este campo para la cooperación en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, tanto en asuntos procedimentales como materiales, ya que modificó el contenido del anterior art. 65 del Tratado de la Comunidad Europea, en la redacción consagrada tras el Tratado de Amsterdam de 2 octubre 1997.

Tras esta nueva redacción se aprobó el desarrollo de una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales —igual que antes—, pero se añadió que «esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros»²¹. Además, en su apartado tercero, con-

²¹ Véase nueva redacción art. 65 TCE, conforme a la redacción Tratado de Lisboa (TFUE 2007):

Artículo 65

1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar:

- a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución;
- b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales;
- c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción;
- d) la cooperación en la obtención de pruebas;
- e) una tutela judicial efectiva;
- f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros;
- g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios;
- h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

firma la posibilidad de desarrollo legislativo en esta materia al establecer que «las nuevas medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial». Y como ya hemos adelantado y recogiendo las ideas de Rodríguez Benot que se apoya a su vez en Coester-Waltjen, esta norma no se refiere solo a las cuestiones procedimentales, sino también «a las instituciones sustantivas de Derecho de familia»²². Posteriormente, y como ya hemos indicado, la versión consolidada del Tratado de Lisboa (2010), transcribe el antiguo art. 65 en el actual art. 81 TFUE (versión consolidada 2010)²³.

La propuesta a que se refiere el párrafo segundo se comunicará a los Parlamentos nacionales. En caso de que un Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación, la decisión no será adoptada. En ausencia de oposición, el Consejo podrá adoptar la decisión.»

²² RODRÍGUEZ BENOT, A., «El derecho comunitario europeo de familia», *ob. cit.*, p. 543.

²³ Véase, art. 81 TFUE versión consolidada 2010:

COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL

Artículo 81

(antiguo artículo 65 TCE)

1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. 2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción; d) la cooperación en la obtención de pruebas; e) una tutela judicial efectiva; f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros; ES C 83/78 Diario Oficial de la Unión Europea 30.3.2010

g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios;

h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

La propuesta a que se refiere el párrafo segundo se comunicará a los Parlamentos nacionales. En caso de que un Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación, la decisión no será adoptada. En ausencia de oposición, el Consejo podrá adoptar la decisión.

Con posterioridad, se aprueba el Programa de Acción de Estocolmo (2010-14), del que deriva el Plan de acción de Estocolmo que se recoge en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de abril de 2010 – Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos – Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo (COM (2010) 171 final). En este programa de acción se insiste en la idea de una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, y para ello establece la necesidad de «adoptar mínimos comunes en materia civil y penal»²⁴. Por lo tanto, ya se afirma claramente la necesidad de buscar y adoptar puntos comunes, «mínimos» en las distintas legislaciones para, a partir de allí, poder avanzar en esa armonización. Nos encontramos ante el asentamiento del núcleo común del Derecho de familia, no solo en temas procedimentales sino también sustantivos.

A partir de aquí, entendemos que la regulación europea en Derecho de familia, basándose en todos los estudios previos desarrollados por la doctrina y por la Comisión Europea de Derecho de Familia, es una realidad posible, y que puede hacerse efectiva a través del derecho derivado de la Unión, al menos en cuanto a criterios, tendencias o principios comunes en aspectos fundamentales y materiales, ya que en aspectos meramente formales de conflicto de leyes o de procedimiento ya se ha avanzado, y prueba de ello es la existencia de distintos reglamentos sectoriales en cuanto al reconocimiento de sentencias en Derecho de familia. Este desarrollo del Derecho de familia, en el derecho derivado europeo, se analizará a continuación, al explicar la situación actual de la unificación del Derecho de familia en distintas materias sustantivas, donde haremos un repaso a la evolución legislativa en cada una de ellas.

²⁴ Una Europa de la justicia

Para reforzar el espacio judicial europeo, el Plan de acción establece medidas para lograr una mayor aplicación del principio de reconocimiento mutuo. Esto incluye propuestas legislativas sobre la obtención y recopilación de pruebas, inhabilitaciones y sanciones pecuniarias en materia penal. La Comisión también tiene la intención de proponer nueva legislación en materia civil, como la relativa al divorcio, y revisar el reglamento referente a los juicios en materia civil y comercial. Para que el principio de reconocimiento mutuo funcione eficazmente, la Comisión emprenderá acciones para fortalecer la confianza mutua. Para ello, también se propondrán acciones para desarrollar normas mínimas comunes en la legislación civil y penal. Asimismo, para que los ciudadanos se beneficien en mayor medida del espacio judicial europeo, la Comisión propondrá acciones para facilitar el acceso a la justicia, especialmente en términos de legislación relativa a los documentos sobre el estado civil, y apoyar la actividad económica, como propuestas legislativas en el cumplimiento de los juicios. Al mismo tiempo, la Comisión tiene la intención de aumentar la presencia internacional de la UE en el ámbito jurídico civil y penal, principalmente a través de la negociación de acuerdos y convenciones con terceros países.

2.1.3. Origen jurisprudencial

Por último, la Jurisprudencia europea también ha jugado un papel importante en el origen o embrión del EFL.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo (TJUE) ha ido perfilando e interpretando distintos aspectos concretos que han servido para desarrollar el EFL.

En concreto, y como recoge Rodríguez Benot²⁵, el Tribunal europeo ha intervenido fundamentalmente en asuntos relativos al estatuto personal, en concreto sobre el nombre y apellidos, cuando se han generado problemas en torno a los mismos para garantizar el desarrollo de las libertades comunitarias que tiene todo ciudadano de la Unión Europea²⁶. Se trata de supuestos en los que las diferentes legislaciones impedían el reconocimiento de los propios apellidos, o discutían sobre el valor probatorio de los documentos acreditativos de un estado civil, o simplemente impedían la inscripción del nombre en una grafía no existente en otro Estado miembro. Problemas todos ellos derivados de la relación transfronteriza de los ciudadanos europeos, que ven mermados sus derechos y libertades de un estado a otro por esa falta de reconocimiento o convergencia de las normativas en esta materia.

El TJUE soluciona estos problemas abogando por el reconocimiento de esos apellidos, grafía y valor probatorio de los documentos, y la necesidad de que el Estado que los rechazaba, los reconozca para no impedir esa libre circulación y derechos de los ciudadanos europeos.

De esta forma contribuye de forma activa en la armonización en materia de Derecho de familia, siendo importante su aportación en la génesis del EFL.

2.2. *Avances en el Derecho de familia europeo*

Como ya hemos explicado en las líneas precedente, se ha avanzado mucho en la construcción del Derecho de Familia Europeo, se han asentado importantes bases para su crecimiento y desarrollo sólido, al igual que se ha incrementado en los últimos años la actividad unificadora y legislativa en la materia.

Por eso, corresponde ahora analizar cuál es el estado actual de la armonización del Derecho de familia europeo.

Para ello, vamos a hacer un examen sectorial y transversal por materias, analizando las materias más importantes de Derecho de familia en las que se está trabajando en la actualidad, para poner de relieve los avances en cada una de ellas y la situación final en la que nos encontramos.

²⁵ Véase RODRÍGUEZ BENOT, *ob. cit.*

²⁶ Véase RODRÍGUEZ BENOT, *ob. cit.*, que cita las STJUE C-168/91, de 30 marzo 1993, STJUE C-336/94 de 2 de diciembre y STJUE C-148/02 de 2 octubre 2003.

La razón del estudio por materias concretas, y no en general o de forma cronológica, se debe a que en cada una de ellas se está trabajando a distinto ritmo, ocasionando diferentes normas, documentos, Libros Verdes o compendio de principios generales respecto de cada una de ellas.

Las materias concretas que vamos a abordar son las siguientes: Disolución matrimonial, obligación de alimentos, responsabilidad parental, régimen patrimonial matrimonial o de las uniones de hecho.

La elección de estos temas no es baladí, sino que ha sido en esas materias donde más se ha avanzado en la armonización del Derecho de familia europeo. Ya se puso de relieve que la Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento europeo COM (2006) 331 final, de 28 de junio de 2006, tuvo como objetivos la elaboración de libros verdes en varias de estas materias, la propia Comisión de Derecho de familia ha elaborado principios generales sobre dos de ellas (divorcio y alimentos), existen reglamentos europeos que las regulan, y en definitiva, son las materias que más problemas ocasionan a nivel transfronterizo y requieren de mayor cooperación judicial para poder solucionar los conflictos generados por la globalidad de los ciudadanos europeos que gozan de libertad de circulación y movimiento personal en la Unión. Estas instituciones de Derecho de familia se ven afectadas, precisamente, por las distintas regulaciones de los países miembros, e inciden de forma especial en la vida de los ciudadanos europeos.

Esto se corresponde, asimismo, con los aspectos que la doctrina destaca como los más importantes en los que conseguir la armonización, en este sentido, Boele-Woelki²⁷, ya en 1997, al preguntarse sobre qué áreas concretas deben ser las primeras en las que investigar o buscar los principios comunes europeos, para después conseguir la armonización, responde que deben ser: los aspectos patrimoniales del matrimonio y divorcio, los aspectos patrimoniales de las parejas de hecho, los derechos de los menores y la protección de estos. Áreas en las que encajan perfectamente las materias o instituciones que en la realidad más se han desarrollado, y que, en consecuencia, hemos seleccionado, y pasamos a explicar a continuación.

3. HACIA LA ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA FORMAL Y MATERIAL EN DERECHO DE FAMILIA: ESTADO DE LA CUESTIÓN

3.1. *Disolución matrimonial: divorcio, separación y nulidad*

Hemos de hacer una primera observación antes de entrar a analizar los avances concretos en las distintas áreas de Derecho de familia. Todas las

²⁷ BOELE-WOELKI, K., «The road towards a European Family Law», *ob. cit.*, p. 7.

diferentes áreas transversales en las que vamos a ver el estado actual de la armonización del Derecho de familia europeo parten de la disolución matrimonial.

Y es que los problemas familiares que más se dan en la realidad y que por lo tanto requieren de una solución más rápida cuando se implican ciudadanos de diferentes Estados miembros, con las correspondientes dificultades transfronterizas en la aplicación de las normas, son los que se producen una vez disuelto el matrimonio. Mientras las cosas van bien, el Derecho normalmente no actúa, pero cuando se produce una ruptura o fracaso matrimonial, es entonces cuando surgen los problemas respecto de los hijos, la obligación de alimentos, y el patrimonio hasta entonces familiar. La disolución matrimonial es el detonante de la necesidad de dar solución a estos distintos supuestos, que son los que se van a analizar en estas líneas.

Por lo tanto, todos ellos están vinculados con este primer epígrafe destinado a la disolución matrimonial; sin embargo, en este apartado en concreto vamos a analizar sólo cómo se encuentra el Derecho de familia europeo en relación a la acción judicial de disolución: a las causas y procedimiento de la separación, nulidad y divorcio, sin atender a las consecuencias patrimoniales o familiares de la ruptura, que se analizarán en los siguientes epígrafes.

Pues bien, ¿en qué se ha avanzado en relación a la acción de disolución matrimonial?

Es obvio que cada Estado miembro tiene su propia regulación de la disolución matrimonial, con sus propias causas, procesos, y consecuencias. El problema surge cuando un matrimonio compuesto por personas nacionales de diferentes estados miembros, o con residencia en un tercero, ¿cuál es la ley que debe regir esa disolución? ¿Cuál es la ley aplicable a la misma? ¿Hay o se ha avanzado en alguna legislación común a este respecto?

Veamos los pasos que se han dado en relación a la armonización en materia de disolución matrimonial, y en qué punto nos encontramos.

3.1.1. Avances en la armonización de los aspectos procedimentales en materia de divorcio

El primer paso hacia la unificación del Derecho europeo de familia en materia de disolución matrimonial lo encontramos con la publicación del Libro Verde de 14 de marzo 2005 (COM/2005/0082 final).

El Libro Verde sobre la legislación aplicable en materia de divorcio, se publica como consecuencia de la invitación que el Consejo hizo al a Comisión en 2004 ante la falta de regulación común sobre la ley aplicable en materia de divorcio en la Unión Europea, y para fomentar o animar a la necesidad de establecer unos parámetros comunes en torno a la ley aplicable en los divorcios transfronterizos.

Es cierto que los Reglamentos anteriores en materia de divorcio, «Bruselas II» (CE) n.º 1347/2000²⁸ del Consejo y «Bruselas II bis» (CE) n.º 2201/2003 del Consejo²⁹, contienen normas sobre competencia y reconocimiento en asuntos matrimoniales, pero no sobre legislación aplicable a los supuestos de disolución matrimonial, en ninguno de los dos cuerpos legales, ya que la entrada en vigor del Reglamento de Bruselas II bis que sustituyó al Reglamento de Bruselas II a partir del 1 de marzo de 2005, no implicó cambio alguno a este respecto, puesto que retoma las normas sobre asuntos matrimoniales del Reglamento de Bruselas II prácticamente sin cambios.

Por lo tanto, aunque ambas normas regulan por vez primera las formas de competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia matrimonial (en concreto sobre divorcio y responsabilidad parental), no abordan la problemática de la Ley aplicable a un divorcio o separación cuando se trate de matrimonios internacionales, de ciudadanos de distintos Estados miembros.

Esta dificultad se pone de relieve en el Libro Verde (2005), en el que se manifiesta las dificultades y los supuestos en los que se puede encontrar un matrimonio para divorciarse en la Unión Europea, pues no se sabe bien cuál es la ley aplicable al mismo, generando inseguridad jurídica y, en muchos supuestos, lo que el Libro Verde denomina «carrera al Tribunal», puesto que el primero que plantee la demanda ante su Tribunal, será quien dirima el asunto conforme a su legislación.

Este abanico de normas aplicables deriva, como así expresa el propio Libro Verde, de que el Reglamento de Bruselas II bis, permite a los cónyuges elegir entre varios criterios de competencia alternativos. Y, continúa, «una vez incoado un proceso de divorcio ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, la legislación aplicable se determina de conformidad con las normas nacionales de conflicto de leyes de ese Estado. Entre las normas nacionales de conflicto de leyes hay acusadas diferencias».

Todo esto, la conjunción de diversidad de normas de conflicto con las actuales normas de competencia, como sigue afirmando el Libro Verde, «puede suscitar una serie de problemas en el contexto de los divorcios «internacionales». Aparte de la falta de seguridad jurídica y de flexibilidad, la si-

²⁸ Reglamento (CE) n.º 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, DO L 160, de 30.06.2000, p. 19.

²⁹ Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, DO L 338, de 23.12.2003, p. 1.

tuación actual puede también abocar a resultados que no correspondan a las legítimas expectativas de los ciudadanos».

El Libro Verde, tras poner de manifiesto estos problemas, sugiere diversas soluciones para armonizar o para tratar de dar una solución común en cuanto a qué ley debe aplicarse en cada caso. Las soluciones que propone a este respecto son las siguientes:

- a) No hacer nada y mantener las cosas como están pues el conflicto no es tan importante. Obviamente no es la solución adecuada.
- b) Buscar la armonización de las normas de conflictos de leyes, es decir, introducir normas armonizadas de conflicto de leyes basadas en un grupo de factores de vinculación uniformes. Esta solución tendría la ventaja de garantizar la seguridad jurídica.
- c) Ofrecer a los cónyuges la posibilidad de elegir la legislación aplicable. Esto siempre de forma limitada, y restringiendo la elección a un ordenamiento que les fuera cercano y con el que estén vinculados. Por ejemplo, limitar la elección a la legislación del Estado del foro («lex fori»).
- d) Revisar los criterios de competencia enumerados en el artículo 3 del Reglamento n.º 2201/2003. Como afirma el Libro Verde, «los criterios de competencia enumerados en el artículo 3 del Reglamento del Consejo n.º 2201/2003 se diseñaron originalmente para cumplir requisitos objetivos, corresponder a los intereses de las partes, implicar normas flexibles de tratar la movilidad y cubrir las necesidades de los individuos sin sacrificar la seguridad jurídica»³⁰. Pero, a pesar de ello, parece que las normas sobre competencia no cumplen enteramente estos objetivos, puesto que a veces esos criterios de competencia no son lo suficientemente flexibles y en otras ocasiones puede que al existir varios criterios de competencia aplicables, la legislación aplicable resultante no sea la más cercana o adecuada a las partes.
- e) Revisar la norma de competencia residual del artículo 7 del Reglamento n.º 2201/2003³¹, porque puede ocurrir que aplicándola se llegue

³⁰ Punto 27 del Informe explicativo del Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (en el que se basa el Reglamento de Bruselas II), DO C 221 de 16.07.1998, p. 27.

³¹ Artículo 7 Reglamento n.º 2201/2003.

Competencia residual:

«1. Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.

2. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en

a la situación donde ningún órgano jurisdiccional de la Unión Europea o de ningún otro lugar sea competente para conocer de una demanda de divorcio, como puede pasar en el caso de matrimonio de dos personas de distintos estados miembros que residen en un país tercero. En este caso, como se recoge en el libro Verde: «En caso de que un órgano jurisdiccional de un tercer Estado sea competente, la resolución de divorcio subsiguiente no se reconoce en la Unión Europea de conformidad con el nuevo Reglamento de Bruselas II, sino solamente de conformidad con el Derecho nacional o los tratados internacionales aplicables. Esto puede causar dificultades si posteriormente la pareja solicita el reconocimiento y desea que el divorcio se reconozca en sus respectivos países de origen.

- f) Que los cónyuges elijan el órgano jurisdiccional competente. Esto traería enormes ventajas para la seguridad jurídica y previsibilidad de las partes en los divorcios amistosos.
- g) Introducción de la posibilidad de remitir un asunto, en circunstancias excepcionales, a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, basándose en que el matrimonio estaba establecido principalmente en ese Estado. El artículo 15 del nuevo Reglamento de Bruselas II establece tal posibilidad en los asuntos de responsabilidad parental. Así se pondría fin a la «carrera a los Tribunales».
- h) Por último, el Libro Verde, aborda la posibilidad de combinar varias de estas alternativas propuestas, buscando una auténtica solución para determinar la Ley aplicable en cada caso de divorcio transfronterizo, pues todas ellas consideradas de forma aislada no resuelven todos los conflictos que puedan plantearse.

El Libro Verde, por tanto, analiza la situación y propone vías de solución que habrán de adoptarse o no, y en su caso desarrollarse más tarde. Como consecuencia de estas propuestas, se publica el Reglamento «Roma III».

El Reglamento (UE) n° 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, se publica como consecuencia de la Decisión de 12 julio 2010 (2010/405/UE) del Consejo, para establecer los criterios de ley aplicable en el divorcio y separación. Este Reglamento solo se aplica a la disolución o relajación del vínculo matrimonial, y solo en materia que resuelve cuál es la Ley aplicable al divorcio previsto. El resto de consecuencias patrimoniales o

dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su «domicile» en el territorio de uno de estos dos Estados».

familiares del divorcio (alimentos, responsabilidad parental etc.), quedan fuera de su ámbito.

En este reglamento, por tanto, se avanza en esta importante materia, y se establecen como criterios de ley aplicable a un divorcio transfronterizo los siguientes, recogidos en los arts. 4 y 5.

El art. 4 establece una cláusula de aplicación universal del Reglamento, en el sentido de que «La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro participante».

Y el Artículo 5 recoge el principio de libertad de elección de la Ley aplicable por las partes, de la siguiente forma:

«Elección de la ley aplicable por las partes:

1. Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes:

a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio;

b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio;

c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o

d) la ley del foro.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, el convenio por el que se designe la ley aplicable podrá celebrarse y modificarse en cualquier momento, pero a más tardar en la fecha en que se interponga la demanda ante un órgano jurisdiccional.

3. Si la ley del foro así lo establece, los cónyuges también podrán designar la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento. En tal caso, el órgano jurisdiccional registrará la designación de conformidad con la ley del foro».

En defecto de convenio de las partes, el art. 8, establece la Ley aplicable a la separación o divorcio:

«Ley aplicable a falta de elección por las partes:

A falta de una elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado:

a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,

b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto;

- c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,
- d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda».

Después, se establece en el art. 9 una previsión de aplicación de la Ley del foro cuando, si de la aplicación en los arts. 5 y 8 no se contempla, o se concede el divorcio a una de las partes por razón de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial.

El art. 10 excluye la posibilidad de reenvío, debiendo aplicarse las normas en vigor del Estado, excluyéndose las de internacional privado.

De este modo, el Reglamento Roma III, viene a poner fin al problema necesario en cuanto a la Ley aplicable al divorcio, inclinándose en primera instancia por la voluntad de las partes (de forma restringida como sugería el Libro Verde) y, solo en defecto de los que ellas decidan, el orden legal.

3.1.2. Avances en la armonización de los aspectos sustantivos en materia de divorcio

Solucionado el importante tema de la legislación aplicable a un divorcio europeo, no menos importante, desde nuestro punto de vista todavía más, es a saber si además de en materia procedimental de legislación aplicable y reconocimiento de sentencias, se está avanzando en el derecho material o sustantivo en cuanto a las causas del divorcio, efectos etc.

Hemos de decir que, este tema, siempre es más complejo, como ya pusimos de relieve al inicio de este escrito, pero, gracias a la importante labor que está llevando a cabo el CEFL (Comisión Europea de Derecho de Familia), se está avanzado en unos principios sustantivos comunes en materia de Divorcio, que se recomiendan para todos los Estados miembros.

Estos principios comunes se basan en la admisión del divorcio en todas las legislaciones, sin que sea necesario que el matrimonio haya tenido duración alguna, que se tramita siempre por un procedimiento legalmente establecido y se declara siempre por una autoridad judicial o administrativa. Además, el divorcio puede ser de común acuerdo o contencioso³².

- a) Divorcio de común acuerdo: es posible, sin necesidad de que hay habido separación previa, y se solicita siempre por ambos esposos, o por uno con consentimiento de l otro sin necesidad de aducir causa alguna, más que la propia voluntad de disolver el matrimonio.

Es necesario que los cónyuges alcancen un acuerdo o convenio que se formalizará por escrito sobre los siguientes extremos: responsabilidad

³² <http://ceffonline.net/wp-content/uploads/Principles-Spanish.pdf> (última visita, 24 julio 2014).

parental, las pensiones de alimentos de los niños, en los casos en que sea necesario, la división o repartición de los bienes y las pensiones entre esposos.

Este acuerdo será supervisado por la autoridad competente en cuanto a la validez y en que se consiga el interés superior del menor, modificándolo en su caso, si fuera necesario.

Se establecen ciertos periodos de reflexión previa cuando existan hijos (3 meses si son menores de 16 años y con acuerdo en todos los ámbitos y 6 meses si no hubiera acuerdo, o 3 meses sin hijos y sin acuerdo en alguno de esos ámbitos señalados), antes de concederse el divorcio. Solamente si ya se llevaran 6 meses de separación de hecho, puede excluirse ese periodo de reflexión en cualquier caso.

b) Divorcio sin Consentimiento de uno de los esposos.

Es posible, y se permite ese divorcio sin consentimiento de uno de los esposos cuando ya hayan estado separados de hecho, al menos 1 año. No obstante, si esta situación fuera muy onerosa para el demandante, se está pensando en una situación de malos tratos³³, la autoridad podrá determinar el divorcio sin que haya transcurrido un año de separación de hecho. A falta de convenio de los cónyuges, será la autoridad competente quien regule los mismos aspectos antes señalados por el convenio, relativos a la responsabilidad parental, la obligación de alimentos y las cuestiones económicas entre cónyuges.

Podemos observar cómo estos principios, meras ideas motrices, y con carácter de recomendación, se cumplen en buena parte en nuestro ordenamiento, pero no todos ellos. Se ve la tendencia a la admisión del divorcio no causal, no culpable –al igual que en nuestra legislación patria–, pero podemos deducir la exigencia de cierta separación previa, bien a través de un periodo de reflexión en la voluntaria, y una separación de hecho de un año en la no voluntaria. Parece que el Derecho europeo de familia, si se basase en estos principios se inclinaría o sería más conservador que el propio legislador español, que aboga por el divorcio no causal, y directo, como forma de romper el contrato, exigiendo únicamente un plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio para poder ponerle fin (arts. 81 y 86 CC).

Habrà que ver cómo sigue evolucionando el desarrollo de estos principios dispositivos básicos, y si acaban teniendo o no reflejo en la legislación comunitaria.

³³ TORRELLES TORREA, E., «La Ley 15/2005, el régimen del *non-fault divorce* y los principios de Derecho europeo de familia», en *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, (LLAMAS POMBO, E., Coord), La Ley, Madrid, 2009, pp. 177-209.

3.2. *Obligación de alimentos*

La obligación de alimentos definida como el deber de una persona –normalmente, los padres– de asegurar o hacerse cargo de la subsistencia de otra –sus hijos–, con lo que ello implica de alimentarla, cuidarla y procurarle todo lo necesario para el desarrollo y mantenimiento de su persona y personalidad (alimentos, educación, cuidados médicos...), supone una de las obligaciones más importantes del Derecho de familia.

Esta obligación del alimentante hacia el alimentado, tras la separación o divorcio matrimonial, o ruptura de la relación de hecho que unía a los progenitores, puede verse incumplida con más facilidad, y es necesario proveer los mecanismos para que la disolución matrimonial no impida la continuidad de la obligación de alimentar que tiene todo progenitor –casado o no–. Por ello, cuando se produce esa ruptura es necesario prever cómo se va a hacer frente a este deber de alimentos por parte de los progenitores, y, normalmente, esto se pacta o establece en un convenio regulador de la separación y conforme a la legislación correspondiente, aprobado normalmente por un juez. El problema surge cuando, de nuevo, los progenitores son de diferentes Estados miembros, con distintas nacionalidades, e incluso diverso lugar de residencia, que es cuando se discute sobre cuál es la Ley aplicable en estos casos, y si se reconocen y cómo las resoluciones judiciales patrias que establecían dicha obligación de alimentos.

Como cada vez son más frecuente los matrimonios o uniones de hecho transfronterizos, se hace necesario una armonización, o establecimiento de aspectos comunes en relación a la obligación de alimentos, tras la ruptura conyugal.

En este campo, también se han producido avances, y relatamos a continuación los últimos hitos y movimientos europeos al respecto.

3.2.1. Avances en la armonización de los aspectos procedimentales en materia de alimentos

En primer lugar, vamos a ver los avances en la armonización sobre la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de obligación de alimentos.

El reglamento Bruselas I, (CE) nº 44/2001 del Consejo de 22 diciembre de 2000, fue el primero que abordó esta materia relativa a la competencia y reconocimiento de resoluciones judiciales sobre alimentos en la Unión Europea, sin que en el mismo se abordara nada sobre la Ley aplicable en materia de alimentos.

Por eso, y con el ánimo de dar un impulso a esta armonización, se elaboró el Libro Verde de la Comisión, de 15 de abril de 2004, sobre las obligaciones alimentarias (COM (2004) 254 final), para tratar de solucionar los conflictos

existentes en torno a las mismas. No hay que olvidar que las obligaciones alimentarias ya han sido reguladas fundamentalmente en los Convenios de La Haya, pero, en sus normas existen todavía lagunas, carecen de uniformidad y su fuerza vinculante se limita a los Estados signatarios, por lo que se pone de manifiesto, en este Libro Verde, la necesidad de avanzar más en la armonización en materia de alimentos, en Europa.

En concreto con el Libro Verde se pretende poner de manifiesto la necesidad de mejorar en:

- la unificación de las normas sobre conflicto de leyes, con vistas a mejorar la seguridad jurídica;
- el reconocimiento automático de la fuerza ejecutoria de las resoluciones extranjeras, mediante la supresión de los procedimientos intermedios de «exequátur», que es la base de la eficacia de las resoluciones judiciales;
- la aproximación de las normas procesales y la instauración de medidas que faciliten la ejecución de las resoluciones; y
- el refuerzo de la cooperación judicial en materia civil, dentro de la UE y con terceros países.

Posteriormente, se firmó el Convenio de Lugano de 30 octubre 2007 relativo, asimismo, a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones, donde se avanzó sobre los mismos para desembocar en el Reglamento actual.

Fue el Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo de 18 diciembre de 2008, el que por primera vez aborda, además, de la competencia y reconocimiento de resoluciones, el tema de la legislación aplicable en materia de la obligación de alimentos. Este reglamento sigue en vigor, y es el que corresponde aplicar hoy en día, pues sustituye al anterior Reglamento n.º 44/2001 y al Reglamento (CE) n.º 805/2004 por el que se establecía un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. El ámbito de aplicación es a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad.

Este reglamento establece una serie de criterios y medidas que permiten y facilitan el pago y cumplimiento de las obligaciones de alimentos en situaciones transfronterizas, tanto de padres a hijos como entre cónyuges, cuando fueran de distinta nacionalidad o residencia. En concreto, este reglamento aborda normas relativas a la competencia judicial, al reconocimiento y ejecución de las resoluciones y a la ley que corresponde aplicar en estos supuestos transfronterizos.

- a) Con respecto a la competencia judicial. Los artículos 3 al 9 del reglamento establecen las principales normas sobre la competencia

judicial en materia de alimentos que pueden resumirse de la siguiente forma³⁴:

La jurisdicción competente para decidir en materia de obligaciones alimentarias es:

- la jurisdicción del lugar de residencia habitual del demandado o el acreedor; o
- la jurisdicción competente para examinar una acción en materia de estado de las personas (un divorcio, por ejemplo) o de responsabilidad parental, cuando esté asociada una demanda relativa a una obligación alimentaria (siempre que esta competencia no se base únicamente en la nacionalidad de una de las partes).

Salvo los litigios relativos a la obligación de alimentos respecto a un menor de edad inferior a 18 años, las partes podrán, según ciertas condiciones, atribuir de común acuerdo la competencia a un órgano jurisdiccional o a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro para resolverlo.

Será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el cual comparezca el demandado, excepto si éste pretende impugnar tal competencia.

Si no se cumple ninguna de las condiciones antes mencionadas, el litigio podrá interponerse, según ciertas condiciones, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en el que residan las dos partes.

De no darse esa circunstancia, si el procedimiento no puede interponerse en un Estado tercero con el que el litigio tiene un estrecho vínculo, la demanda podrá interponerse ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro con el que el asunto presente un vínculo suficiente.

Si el acreedor sigue viviendo en el Estado miembro que ha dictado la resolución en materia de obligaciones de alimentación, el deudor no podrá, salvo excepciones, iniciar un procedimiento para modificarla en ningún otro Estado miembro. Sin embargo, el acreedor podrá aceptar que otro órgano jurisdiccional conozca del recurso.

Si un procedimiento concierne a las mismas partes y con el mismo objeto y la misma causa se presentase ante los órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, será competente el órgano jurisdiccional ante el cual se interpuso primero.

Independientemente del órgano jurisdiccional competente en el fondo, se pueden presentar medidas provisionales y cautelares ante todo órgano jurisdiccional de todo Estado miembro, desde cuando son previstas en la ley del Estado en cuestión.

³⁴ Véase http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/jl0024_es.htm (última visita, 24 julio 2014).

- b) Reconocimiento y ejecución de resoluciones. Regulan esta cuestión los artículos 16 a 43 del reglamento, cuyo contenido puede resumirse de la siguiente forma³⁵:

Las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos dictadas por un Estado miembro deben ser reconocidas en otros Estados miembros sin que sea necesario procedimiento especial alguno.

La inmensa mayoría de los Estados miembros está vinculada por el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

Aunque la resolución sea dictada por un Estado miembro vinculado por el Protocolo de la Haya de 2007, no podrá impugnarse su reconocimiento. Si es ejecutoria en el Estado miembro que la ha adoptado, disfrutará de la fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin necesidad de una declaración. En ciertos casos, queda sin embargo la posibilidad de solicitar el reexamen de la resolución, así como el rechazo o la suspensión de su ejecución.

En aquellos casos en los que la resolución es dictada por un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007, su reconocimiento podrá revocarse en ciertos casos. Podrá ponerse en ejecución en otro Estado miembro –si es ejecutoria en el Estado miembro que la ha dictado– siempre que obtenga del Estado miembro de ejecución una declaración que constate la fuerza ejecutiva.

En cualquier caso, el órgano jurisdiccional de origen podrá otorgar fuerza ejecutiva a una resolución con carácter provisional. En aquellos casos en los que la resolución deba ejecutarse en un Estado miembro distinto de aquél en que fue dictada, su fuerza ejecutiva se regirá por la ley de tal Estado miembro.

No podrá revisarse el fondo de la resolución dictada en un Estado miembro en el Estado miembro en el que se solicite el reconocimiento, la fuerza ejecutiva o la ejecución.

Las partes de un litigio relevante del reglamento se benefician de un acceso efectivo a la justicia en otro Estado miembro, incluido en el marco de los procedimientos de ejecución y de los recursos. En particular, los Estados miembros facilitarán, según determinadas condiciones, asistencia jurídica. Para las demandas presentadas por los acreedores sobre una resolución relacionada con las obligaciones de alimentos a favor de una persona menor de 21 años y que se deriven de una relación paterno-filial, se facilitará una asistencia jurídica gratuita.

- c) Ley aplicable. El art. 15 del Reglamento establece que la Ley aplicable en materia de alimentos «se determinará de acuerdo con el Proto-

³⁵ Véase http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/jl0024_es.htm (última visita, 24 julio 2014).

colo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento».

Corresponde, por tanto, ahora, detenernos a analizar qué es lo que establece el Protocolo de la Haya de 2007 en este punto.

La Unión Europea aprobó y firmó el Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, mediante Decisión del Consejo de 31 de marzo de 2011. Previamente, había sido aceptado el Protocolo de la Haya de Ley aplicable, por Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009, para la Comunidad Europea. De este modo se acoge y aprueba el sistema mundial de cooperación administrativa y para el reconocimiento y ejecución de resoluciones y arreglos en materia de alimentos. Este Convenio o Protocolo de La Haya establece un procedimiento simplificado de reconocimiento y ejecución de estas resoluciones, así como un sistema de asistencia gratuita. En casi todos los asuntos de alimentos para los niños, el art. 59 de este Convenio, autoriza a las organizaciones de integración económica regional como la Unión a firmar, aceptar y aprobar el Convenio o a adherirse a él. Y con base en este precepto legal, la Unión Europea lo firma y se adhiere (con excepción de Dinamarca) mediante la Decisión del Consejo citada.

El Protocolo de La Haya establece en su art. 3, como regla general de Ley aplicable al cobro de las obligaciones de alimentos, la del del Estado de la residencia habitual del acreedor, salvo que este Protocolo disponga otra cosa. Estableciendo en los artículos siguientes varias excepciones, y la posibilidad también de acordar o convenir la Ley aplicable entre el deudor y el acreedor dentro de los supuestos del art. 8 del Protocolo.

Gracias a la firma y adhesión de la Unión Europea a este Protocolo de La Haya, las cuestiones sobre Ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias en una materia tan delicada como la obligación de alimentos se facilitan y aclaran, no ya solo a nivel europeo si no mundial. Se trata de un importantísimo avance que repercute en gran medida en beneficio de los acreedores menores de edad, especialmente dignos de protección.

3.2.2. Avances en la armonización de los aspectos sustantivos en materia de alimentos

Pero, por otra parte, vistos los importantes esfuerzos de armonización en los temas procedimentales, es necesario ver cómo están las cosas con respecto al derecho sustantivo o material de alimentos en la Unión Europea.

En este aspecto, la armonización es mucho más lenta, y al igual que en el tema de divorcio, se ha avanzado en la elaboración por el CEFL de unos principios o recomendaciones comunes en esta materia de alimentos, si bien, únicamente se contempla la obligación económica entre esposos tras el divorcio, sin ser estrictamente por lo tanto la obligación de alimentos propiamente dicha, o prototípica de los hijos menores que es la que más preocupa.

Los principios comunes que la Comisión Europea de Derecho de Familia recomienda como base y núcleo común a todo el acervo comunitario en alimentos, pero solo entre esposos, son los siguientes³⁶:

Cualquiera que sea la forma del divorcio, los alimentos entre cónyuges se rigen por las mismas normas. No obstante se establece un principio de autosuficiencia de cada cónyuge tras el divorcio como situación ideal. Si esto no fuera posible, surgirá la obligación de alimentos entre cónyuges cuando el acreedor no tuviera suficientes recursos para satisfacer sus necesidades, y el deudor, por el contrario, tenga capacidad suficiente para satisfacerlas. A la hora del cálculo de la pensión de alimentos deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias: el cuidado de los niños; la división de tareas durante el matrimonio; la duración del matrimonio; el nivel de vida durante el matrimonio y todo nuevo matrimonio o pareja de hecho duradera.

El pago de la pensión de alimentos se hará por adelantado en los plazos o fracciones determinados. Cuando el pago de esta pensión sea demasiado onerosa para el deudor, podrá limitarse o reducirse la misma por la autoridad competente. La pensión de alimentos tendrá siempre un plazo limitado en el tiempo sin que pueda ser indefinida, y se extinguirá por la muerte de cualquiera de los esposos, nuevo matrimonio o relación de hecho duradera del acreedor. Igualmente, los ex esposos podrán acordar y convenir mediante acuerdo por escrito entre ellos, el establecimiento, cuantía y condiciones de dicha pensión de alimentos.

Es una pena que, de momento, no se haya avanzado igualmente en la armonización o definición de unos principios comunes en materia de alimentos de los progenitores a sus hijos menores, pues es el tema más preocupante, donde el acreedor se convierte en una persona débil y especialmente protegida por los ordenamientos.

Sería bueno un impulso y avance en los principios comunes de la obligatoriedad de esta pensión de alimentos a los hijos menores, su duración, cálculo y requisitos.

3.3. Responsabilidad parental

El tema de la responsabilidad parental y la corresponsabilidad parental preocupa y mucho en los últimos años. Es un concepto que se ha ido acuñan-

³⁶ Principios en materia de alimentos entre esposos divorciados establecidos por CEFL., disponible en <http://ceflonline.net/principles/> (última visita, 24 julio 2014)

do mas allá de lo que significa la Patria Potestad, para entender con el mismo el conjunto de deberes y obligaciones que tiene un padre con respecto a su hijo en todos los aspectos de desarrollo del mismo.

La importancia del acreedor en esas relaciones jurídicas, el menor, persona necesitada de una especial protección, hace que el cumplimiento de esos deberes y obligaciones sea mas importante que en otras relaciones jurídicas.

De este modo, y mientras la situación matrimonial o de hecho, que une a los progenitores del menor, dura, normalmente, el cumplimiento de estos deberes se facilita, y son más raros los casos en los que uno de los progenitores puede excluir o eludir sus obligaciones. Sin embargo, una vez producida la ruptura de la convivencia o del matrimonio, hay que determinar con quién viven los hijos menores y procurar que todas sus necesidades estén cubiertas por ambos progenitores que ya no conviven entre ellos, ni con el menor. En estos casos, es cuando hay que establecer y determinar qué va a pasar con ese menor en relación a su guardia y custodia y, si los progenitores son de distintas nacionalidades, se complica la situación, al no saber qué regulación hay que aplicar, ni que juez es competente para intervenir en el cumplimiento de los deberes derivados de la responsabilidad parental, pues cada país tiene su propia legislación sobre la custodia, derechos de visita, administración de los bienes de los menores, etc. Asimismo, debemos ver si se ha avanzado algo en el derecho material en este asunto, pues no se puede olvidar que es el interés y la protección al menor lo que está en juego, y hay que subrayar la idea de la necesidad de que el menor se relacione con ambos progenitores, por otra parte algo en lo que todos los países de la Unión Europea están de acuerdo.

3.3.1. Avances en la armonización de los aspectos procedimentales en materia de responsabilidad parental

Para regular las cuestiones sobre competencia, reconocimiento, ejecución de resoluciones y ley aplicable en materia de responsabilidad parental, se aprobó el Reglamento «Bruselas II bis» (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003³⁷, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000.

Este reglamento regula, como ya vimos, y de igual forma, las cuestiones procesales de competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de divorcio, pero también lo relativo a la protección del menor, el derecho de visitas, y en definitiva la responsabilidad parental, porque estas medidas se adoptan normalmente en un proceso judicial matrimonial (por la

³⁷ Véase el Reglamento en <http://www.anar.org/116000/http://www.anar.org/116000/wp-content/uploads/2012/11/Reglamento-CE-2201-2003-Responsabilidad-Parental.pdf> (última visita, 24 julio 2014)

separación, nulidad o divorcio), y por eso aparecen vinculadas a estos procesos de disolución.

Por otra parte, y con respecto al ámbito material de este Reglamento, hay que decir, que el mismo se aplicará, como dice el propio preámbulo del Reglamento, «únicamente a las medidas de protección del menor, es decir: i) a la designación y las funciones de la persona u organismo encargado de administrar los bienes del menor, de representarlo y de prestarle asistencia, y ii) a las medidas relativas a la administración, conservación o disposición de los bienes del menor. Y las medidas relativas a los bienes del menor que no se refieran a la protección del mismo deben seguir rigiéndose por el Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

De este modo, este Reglamento no se aplicará a asuntos relativos a la seguridad social, a las medidas de Derecho público de carácter general en materia de educación y salud, ni a las resoluciones relativas al derecho de asilo y a la inmigración. No se aplica, por lo demás, al establecimiento de la filiación, que es una cuestión distinta de la atribución de la responsabilidad parental, ni a las demás cuestiones ligadas al estado de las personas. Tampoco se aplica a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por menores. Ni, tampoco, como ya se ha adelantado, a lo relativo a las obligaciones alimentarias, al estar ya reguladas en el Reglamento (CE) n.º 44/2001.

En concreto, quedan excluidos asimismo del ámbito de aplicación del Reglamento:

- la determinación y la impugnación de la filiación;
- las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, así como la anulación y revocación de la adopción;
 - el nombre y apellidos del menor;
 - la emancipación;
 - los fideicomisos y las sucesiones;
 - las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores.

El principio básico que rige en este Reglamento es el interés del menor, y conforme al mismo se instrumentalizan todas las cuestiones.

De igual forma, el derecho del menor a ser oído es básico en toda la regulación europea sobre la responsabilidad parental, debiendo dársele, por tanto, la posibilidad al menor de intervenir y mostrar su opinión.

Con base en estos principios, el Reglamento regula las cuestiones de competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones:

- A) Competencia: Con respecto a la competencia jurisdiccional, teniendo en cuenta este principio, y la regla de proximidad, por regla general se

establece que será competente el juez del Estado miembro donde el menor tenga su residencia habitual (art. 8), excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental. (art. 9 y 10). Si no fuera posible establecer la residencia habitual del menor, serán competentes los órganos jurisdiccionales donde el menor tuviera presencia (art. 13), es decir, el lugar donde se encontrare el menor: Se esta pensando en los casos de menores refugiados o internacionalmente desplazados como consecuencias de acontecimientos en sus países de origen. Cuando no sea posible determinar la competencia de un Tribunal en aplicación de las disposiciones específicas establecidas por el Reglamento, cada país de la UE podrá aplicar su legislación nacional.

De forma excepcional, y con base en el interés del menor, el presente Reglamento permite al órgano jurisdiccional competente, con carácter excepcional y en condiciones determinadas, remitir el asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que esté mejor situado para conocer del asunto. (art. 15).

- B) Reconocimiento y ejecución: El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro, como sigue afirmando en los considerandos el propio reglamento, «deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario». Por eso el art. 21 establece la regla general del reconocimiento de resoluciones judiciales entre los Estados miembros, de la siguiente forma: «Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno». Y el art. 23 limita los motivos de denegación de reconocimiento de resoluciones.

Lo mismo ocurre con respecto a la ejecución de resoluciones, ya que el art. 28 establece la misma regla general de ejecución, con las siguientes palabras: «las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a un menor que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro y hubieren sido notificadas o trasladadas se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado».

Se reconoce, en el art. 40 del Reglamento, una especial fuerza ejecutiva legal a las resoluciones dictadas sobre el Derecho de visitas y la restitución de un menor sustraído en cualquiera de los Estados miembros. En estos casos, no será necesario recurrir a un procedimiento de ningún tipo (supresión del *exequatur*) siempre que la resolución vaya acompañada de un certificado. Un modelo estándar de los certificados relativos al derecho de visita y restitución del niño está disponible en el anexo del Reglamento.

3.3.2. Avances en la armonización de los aspectos sustantivos en materia de responsabilidad parental

¿Y en qué se está avanzando en materia de derecho sustantivo sobre la responsabilidad parental?

Esta materia es de especial interés y extremadamente delicada. El menor tiene el derecho, reconocido en el propio reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, a estar en contacto con sus padres y a mantenerlo a pesar de la disolución matrimonial o separación.

Por lo tanto, este importante principio general, de derecho sustantivo, se desprende e inspira todo el articulado del Reglamento citado.

De igual forma, de este Reglamento, al hilo de la regulación de las cuestiones procesales de reconocimiento y ejecución de resoluciones, se extraen otros principios de carácter sustantivo como son: la audiencia del menor, pues el menor tiene derecho a ser oído, en función de su propia madurez personal en estos procedimientos, e igualmente se extrae el derecho del menor a estar, relacionarse y crecer con sus progenitores, lo que se confirma por la consagración del derecho de visitas en todos los ordenamientos y el reconocimiento y ejecución de sentencias en ese sentido y, de igual forma, se puede deducir de los requisitos que se establecen para procurar a la restitución de los menores sustraídos por sus propios progenitores, para que no se impida el derecho que tienen a relacionarse con ambos padres³⁸.

Por otra parte, en este punto los avances se han hecho en sede del Derecho internacional, en el Convenio de la Haya de 1993, donde se establecen las bases internacionales en materia de responsabilidad parental, y derechos del niño.

Esta claro, que los dictados del Convenio de la Haya firmado por la Unión Europea, debe ser de aplicación generalizada en los Estados Miembros.

Además, en esta materia, también la Comisión de Derecho Europeo de Familia (CEFL), está realizando un importante esfuerzo doctrinal, y ha elaborado unos principios/recomendaciones comunes para todos los países de la Unión.

Resumimos los principales principios de Derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental, elaborados por la CEFL³⁹:

1. Se da un concepto de responsabilidad parental amplio, que implica todos los derechos y deberes de los titulares con el menor con respecto a su cuidado, protección y educación.

³⁸ Sobre el tema de la reagrupación familiar, el derecho de los menores a relacionarse con sus padres, véase: PÉREZ MARTIN, E., «El derecho al respeto de la vida familiar y la reagrupación familiar de los hijos menores de extranjeros en la unión europea (STJCE de 26 de junio de 2006, C-540/03)», en http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documento/1216117825_elena_perez_martin.pdf (última visita, 24 julio 2014).

³⁹ Véase <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-Spanish.pdf> (última visita, 24 julio 2014)

2. Se establece como titulares de la responsabilidad parental a los padres o terceros distintos de los padres que tengan relación con ellos (familiares).
3. La responsabilidad parental no se ve afectada por la disolución matrimonial o separación legal o de hecho de los padres titulares de la misma.
4. Se establecen los derechos básicos del niño que son: el interés superior del niño, la autonomía del niño, su no discriminación, y el derecho a ser oído.
5. En cuanto al ejercicio de la responsabilidad parental se determina:
 - a) Como regla general, el ejercicio conjunto de los padres titulares, aunque puede ejercitarse por uno solo de ellos si hay acuerdo entre los padres o decisión de la autoridad en ese sentido. En el ejercicio conjunto de la responsabilidad, los titulares deben ponerse de acuerdo para tomar las decisiones necesarias al respecto, si ese acuerdo no fuera posible podrá adoptar la decisión la autoridad competente.
 - b) Pero también pueden ejercer la responsabilidad parental terceras personas.
6. En cuanto al contenido de la responsabilidad parental, esta alcanza a:
 - a) Persona y bienes del niño:
 - i) El cuidado, protección y educación del menor, así como las cuestiones de custodia del menor en caso de separación de los padres. Por eso, hay que fijar la residencia del menor y con quién se van a quedar a vivir, y parece deducirse, como criterio preferente, la custodia compartida, alterna, entre ambos padres titulares, siempre que así lo acuerden ellos, o en su defecto el juez, atendiendo al interés del menor.
 - ii) Administración de los bienes de los hijos, que corresponde a los titulares de la responsabilidad parental.
 - iii) Representación. También los titulares deben representar a los menores en todos los negocios o asuntos que se requiera.
 - b) Relación personal del niño con los padres y terceros: debe permitirse y fomentarse las relaciones personales entre el niño y sus padres o terceras personas implicadas siempre.
7. Extinción de la responsabilidad parental. Esta se extingue por la llegada a la mayoría de edad del menor, adopción, muerte, o matrimonio del niño. La muerte de ambos padres también extingue la responsabilidad si eran los titulares de la misma, y el fallecimiento de uno de ellos, hace recaer la titularidad de la responsabilidad en el otro.

8. Por último, se podrá privar de la responsabilidad parental, si el comportamiento o negligencia del titular causa un grave riesgo a la persona o los bienes del niño. Siempre se privará por la autoridad competente.

Como vemos, estos principios sustantivos en materia de responsabilidad parental son acertados y lo suficientemente amplios para que puedan adoptarse y cumplirse por los Estados miembros. En concreto, en España, todos ellos ya se aplican, y no distan en absoluto de lo previsto por el ordenamiento en el Código Civil. A lo mejor, donde hay más discrepancias es en el tema de la custodia compartida, ya que, en nuestro país, existen distintos modelos según las diferentes CCAA, aunque en todas ellas y en el Derecho común se prevé esta posibilidad, desde luego con acuerdo de los padres.

Es un buen punto de partida, y ahora el esfuerzo está en desarrollar más estos principios en preceptos concretos sobre los distintos aspectos mencionados.

3.4. *Efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho*

El matrimonio, o en su caso una unión de hecho, generan unos efectos sobre los patrimonios de cada una de las partes integrantes de los mismos, ya que aquellos pueden unirse a partir de ese momento, o permanecer separados pero, aun en este caso, con unas vinculaciones estrechas entre ambos, que produce ciertos efectos importantes que son regulados por la Ley. Esta regulación sobre esos efectos patrimoniales desemboca en una pluralidad de regímenes económicos matrimoniales diferentes en los distintos países de la Unión, y una serie de regulaciones también distintas en cada Estado miembro con respecto a los efectos patrimoniales de esas uniones de hecho, en grados muy diversos. Sería conveniente en este punto armonizar o tratar de regular de forma común esos efectos patrimoniales derivados del matrimonio o unión de hecho cuando los mismos están formados por personas de distintas nacionalidades europeas, puesto que cada ordenamiento prevé muy distintas consecuencias para los mismos. La pluralidad y diversidad de regímenes económicos matrimoniales europeos es prolija y genera situaciones de inseguridad jurídica en los matrimonios (o uniones de hecho) transfronterizos⁴⁰.

Pero, además, tras la disolución o separación del matrimonio o de la unión de hecho, quedan por resolver los temas patrimoniales de los anteriores cónyuges o convivientes, en relación al conjunto de bienes y derechos que tuvieran o poseyeran en común. Se trata de las consecuencias o efectos patrimoniales que produce esa disolución o separación.

⁴⁰ Véase los distintos regímenes económicos matrimoniales en www.coupleseurope.eu (última consulta, 24 julio 2014) del portal del Notariado europeo que ofrece una buena información sobre todos ellos.

Si, como hemos dicho, la pluralidad y diversidad de regímenes económico matrimoniales existentes en los Estados miembros de la Unión Europea es importante, también lo es respecto de la liquidación o extinción de los mismos después de la disolución matrimonial.

De este modo, y de nuevo, cuando el matrimonio o la pareja de hecho que se separa está formada por personas de nacionales de diferentes Estados miembros, se nos plantea la duda de qué Ley es la que debe regir ese liquidación del régimen patrimonial común, qué juez es el competente para llevarlo a cabo, si las resoluciones que se produzcan al respecto se reconocen y se pueden ejecutar en cualquiera de los Estados, y por último, si se está avanzado en una regulación sustantiva común que rija de manera general los efectos patrimoniales de la disolución.

Vamos a analizar qué pasos se han dado y en qué punto nos encontramos con respecto a la armonización de los efectos patrimoniales del matrimonio y las uniones de hecho durante y después de su disolución.

3.4.1. Avances en la armonización de los aspectos procedimentales en materia de los efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión de hecho

En primer lugar, nos detenemos en los aspectos formales o procedimentales donde la armonización europea es mayor, como ha ocurrido en todas las áreas de Derecho de familia ya estudiadas, pues es necesaria para facilitar el fin comunitario de la libre circulación de personas en la Unión.

Si bien es cierto que los Reglamentos «Bruselas II y II bis» abordaron por vez primera las formas de competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia matrimonial, solo lo hicieron en lo concerniente al propio divorcio y a la responsabilidad parental, como ya hemos visto. No abordaron nada sobre la competencia, ni reconocimiento, ejecución o ley aplicable a los efectos patrimoniales derivados de la disolución matrimonial.

Por eso, se elaboró el Libro Verde de la Comisión (COM (2006) 400 final) de 17 julio 2006, sobre conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones de hecho, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo. En este Libro Verde no se abordan cuestiones sustantivas, si no solo procedimentales sobre las cuestiones relativas a la determinación de la legislación aplicable a los efectos patrimoniales y las vías para facilitar el reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales sobre estos temas.

En concreto, en el Libro Verde se planteó una consulta sobre las dificultades a las que se enfrentan las parejas casadas o no, tras su ruptura, en relación a su régimen patrimonial.

Consecuencia de esta consulta planteada, el Libro Verde obtuvo las siguientes conclusiones o resultados, que se exponen y resumen con lo expresado por la propia Comisión⁴¹:

- a) Es necesario regular los conflictos de leyes, para determinar cuál es la ley aplicable a los regímenes matrimoniales.

A nivel comunitario sólo existen normas dispersas, que son inaplicables o incompletas, para responder a las dificultades prácticas y jurídicas que plantea el reparto y la gestión del patrimonio de las parejas. A falta de una norma comunitaria, se aplica el Derecho nacional de los Estados miembros a los regímenes matrimoniales (para los casos que tienen vínculos nacionales: una pareja alemana casada en Alemania y que viva en Alemania) o el Derecho internacional privado (para los casos que tienen vínculos con el extranjero: esta pareja posee bienes inmuebles en Francia y Estados Unidos).

La Comisión Europea querría instaurar normas de carácter universal que conduzcan indiferentemente a la aplicación de la ley de un Estado miembro o de un Estado tercero. Esto incluye la determinación de los puntos de conexión y la cuestión de la elección por los esposos de su régimen matrimonial y las normas de competencia.

- b) Por eso, es preciso determinar los puntos de conexión. En primer lugar, deben establecerse puntos de conexión para determinar la ley aplicable. La Comisión pregunta sobre la naturaleza de estos puntos y su orden de prioridad, así como sobre la utilización de puntos diferentes para aspectos distintos («desmembramiento»). La Comisión destaca que una solución es necesaria cuando los factores de conexión elegidos por la norma de conflicto (por ejemplo, la residencia) se han modificado o desplazado en el tiempo.
- c) De igual forma, se cuestionan si debe mantenerse o no la elección del régimen matrimonial por los cónyuges. El Derecho nacional de la mayoría de los Estados miembros reconoce la elección por los cónyuges de la ley aplicable en materia de regímenes matrimoniales. La Comisión querría saber si es necesario apoyar esta elección en un futuro instrumento comunitario y, en caso afirmativo, qué puntos de conexión deben tenerse en cuenta para permitir la elección del régimen matrimonial.
- d) Es necesario regular la competencia judicial. Los Estados miembros adoptaron criterios muy diversos para determinar la competencia judicial internacional en materia de regímenes matrimoniales. A escala comunitaria debe respetarse el Reglamento (CE) n.º

⁴¹ Véase <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0400:FIN:ES:PDF> (última consulta, 24 julio 2014).

2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. La Comisión pregunta si el juez competente según este Reglamento debe serlo también para pronunciarse sobre la liquidación del régimen matrimonial en caso divorcio, separación o sucesión. En su defecto, ¿qué otras soluciones son posibles? Además, habida cuenta de la importancia de las funciones ejercidas por las autoridades no judiciales, como notarios o abogados, la Comisión desea regular la cuestión de su competencia al respecto y facilitar el reconocimiento de los actos por ellas establecidos. Por último, la Comisión considera que la existencia de normas uniformes sobre la ley aplicable y la competencia aumentarán la confianza mutua entre los Estados miembros, lo que podría hacer posible suprimir medidas intermedias para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias.

Según la Comisión, será necesario aumentar la publicidad de los regímenes matrimoniales en la Unión Europea con el fin de garantizar la seguridad jurídica de todas las partes interesadas, en particular los acreedores.

- e) No puede obviarse la realidad social, con la cada vez mayor importancia de las uniones de hecho, a las que habrá que solucionar este mismo problema.

El número de parejas no casadas, en forma de asociaciones registradas o uniones de hecho no cesa de aumentar, lo que se traduce en un aumento correlativo de las situaciones jurídicas.

Cuando se trate de asociaciones registradas, la Comisión se interroga sobre la necesidad de normas sobre conflicto de leyes específicas para los efectos patrimoniales derivados de las asociaciones registradas: ¿debe considerarse como ley aplicable la del lugar de registro de la asociación o bien otras leyes?; ¿la ley designada se aplicará a todo el ámbito o se tendrán en cuenta otros criterios como la ley del lugar donde están situados los bienes? La Comisión plantea la cuestión de la competencia en la materia de las autoridades judiciales, pero también del reconocimiento y la ejecución de las decisiones sobre las asociaciones registradas.

Y si son simplemente uniones de hecho, también la Comisión estudia las normas de conflicto específicas para ellas y se pregunta sobre la necesidad de prever al menos normas particulares para los efectos de la separación de estas uniones frente a terceros. Por último, la Comisión aborda las normas de competencia y reconocimiento específicas para las relaciones patrimoniales derivadas de las uniones de hecho.

La consulta relativa al presente Libro concluyó el 30 de noviembre de 2006. Se recibieron las respuestas recibidas por los gobiernos y parlamentos

nacionales y regionales, sobre las que se elaboró, después las propuestas de Reglamento del Consejo que explicamos a continuación⁴².

Estas dos propuestas de Reglamento se aprobaron por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Bruselas, 16.3.2011 COM (2011) 125 final, y se decidió separar el régimen de los efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho.

En esta Comunicación se pone de manifiesto la necesidad de regular la ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias en relación a los efectos patrimoniales de esa disolución matrimonial, pues los reglamentos anteriores (Bruselas II, II bis y Roma), solo abordan estos aspectos con relación al propio divorcio, los alimentos y la responsabilidad parental, pero nada dicen de la división patrimonial consecuente. Por ello, es necesario que se regule sobre este aspecto.

Las conclusiones más importantes que se desprenden de esta Comunicación son las siguientes⁴³:

- a) Debe permitirse a las parejas internacionales casadas escoger la ley aplicable a su patrimonio en caso de fallecimiento o divorcio;
- b) Asimismo, debe mejorarse la seguridad jurídica de las uniones registradas con dimensión internacional, mediante el sometimiento de los bienes comunes a la ley del país donde se registró la asociación;
- c) Hay que aportar seguridad jurídica para las parejas internacionales (casadas o en uniones registradas) a través de un conjunto coherente de reglas para identificar cuál es el tribunal del país es responsable y qué ley se aplicará;
- d) Y en consecuencia, se debe aumentar la previsibilidad para las parejas suavizando el proceso de reconocimiento de sentencias, resoluciones y títulos en toda la UE.
- e) Eso sí, las regulaciones no armonizan o cambiar cualquiera de la legislación sustantiva nacional sobre el matrimonio o las uniones registradas.

Como consecuencia de esta Comunicación se adoptan dos Propuestas de Reglamentos sobre los efectos patrimoniales de las parejas europeas: a) la Propuesta de Reglamento del Consejo COM (2011) 126/final relativa a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de régimen económico matrimonial de 16 marzo 2011, y b) la Propuesta de Reglamento del Consejo COM (2011) 127/ final relativa a la com-

⁴² Las respuestas recibidas a la Consulta planteada en el Libro Verde, pueden consultarse en http://ec.europa.eu/justice/index_en.htm#newsroom-tab (última consulta, 24 julio 2014).

⁴³ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0125:FIN:en:PDF> (última consulta, 24 julio 2014).

petencia, ley aplicable reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de régimen económico de las parejas no casadas, de 16 marzo 2011.

- a) Propuesta de Reglamento del Consejo COM (2011) 126/final relativa a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de régimen económico matrimonial de 16 marzo 2011. Este futuro Reglamento solo se aplicará a los efectos patrimoniales tras la disolución matrimonial.

A) Competencia: Como regla general, se establece que será competente para conocer del régimen económico matrimonial tras la muerte de un cónyuge, los órganos jurisdiccionales que lo fueran para conocer la sucesión. De igual forma, si se produjera una separación, divorcio, o anulación los órganos ante los que se interponga esa demanda serán quienes deban conocer las cuestiones de régimen económico matrimonial relacionadas con aquella (arts. 3 y 4).

En otros casos distintos de estos, el art. 5 establece reglas especiales de competencia:

1. Serán competentes para conocer de los procedimientos relativos al régimen económico matrimonial de los cónyuges, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:
 - a) de la residencia habitual común de los cónyuges, o en su defecto
 - b) del último lugar de residencia habitual común de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí o en su defecto
 - c) del lugar de residencia habitual del demandado, o en su defecto
 - d) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, de su domicilio común.
2. Las dos partes podrán asimismo acordar que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley hayan elegido como ley aplicable a su régimen económico matrimonial, de conformidad con los artículos 16 y 18 del Reglamento, también sean competentes para conocer de las cuestiones relativas a su régimen económico matrimonial.

A continuación se establece una regla de competencia subsidiaria a favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro donde se encuentren determinados bienes patrimoniales, y solo respecto de los mismo. Por último se establece un *Forum Necessitatis* a favor de un estado miembro con el que exista cierta vinculación, en caso de ser imposible aplicar alguno de los criterios anteriores.

B) Respecto a la Ley aplicable se establece en el art. 15 un régimen unitario a todo el patrimonio o conjunto de bienes implicado, sin que se hagan diferencias por el carácter mueble o inmueble de los mismos. Los criterios que se establecen para determinar esta Ley aplicable son:

1) La elección limitada de los cónyuges (Art. 16):

Los cónyuges o futuros cónyuges podrán elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, que deberá ser una de las leyes siguientes:

- a) la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges, o
- b) la ley del Estado de residencia habitual de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección, o
- c) la ley del Estado de nacionalidad de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección.

2) A falta de elección de los cónyuges (Artículo 17):

- a) la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges después del matrimonio o, en su defecto,
- b) la ley del Estado de nacionalidad común de los cónyuges en el momento del matrimonio o, en su defecto,
- c) la ley del Estado con el que los cónyuges tengan conjuntamente vínculos más estrechos, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, en particular, el lugar de celebración del matrimonio.

Las disposiciones del apartado 1, letra b), no serán de aplicación cuando los cónyuges tengan más de una nacionalidad común.

C) Por último con respecto al reconocimiento y ejecución de resoluciones en esta materia, la Propuesta de Reglamento prevé, como regla general en el art. 26, que las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros, sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno.

De igual forma, en cuanto a la ejecución el art. 31 establece que las resoluciones dictadas en un Estado miembro y que sean allí ejecutivas se ejecutarán en los demás Estados miembros de conformidad con lo dispuesto en los artículos [38 a 56 y 58] del Reglamento (CE) no 44/2001.

b) Propuesta de Reglamento del Consejo COM (2011) 127/ final relativa a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resolu-

ciones en materia de régimen económico de las parejas no casadas, de 16 marzo 2011⁴⁴.

El Reglamento que se propone solo se aplicará a los aspectos patrimoniales de las uniones registradas. No se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas. Y en el mismo se establecen, igualmente, los criterios de competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias.

A) Competencia: se establece un criterio de competencia general, igual que en los efectos patrimoniales del matrimonio, por el que serán competentes los órganos jurisdiccionales que entiendan de la sucesión en caso de muerte de uno de los miembros de la pareja, y aquellos ante los que se interponga una demanda de disolución o anulación de una unión registrada también serán competentes, previo acuerdo de los miembros de esa unión, para conocer de los efectos patrimoniales relacionados con dicha demanda.

En otros casos, serán competentes para conocer de los procedimientos relativos a los efectos patrimoniales de una unión registrada los órganos jurisdiccionales del Estado miembro, conforme al art. 5:

- a) de residencia habitual común de los miembros de la unión, o, en su defecto,
- b) del último lugar de residencia habitual común de los miembros de la unión, siempre que uno de ellos aún resida allí, o, en su defecto,
- c) del lugar de residencia habitual del demandado, o en su defecto.
- d) de registro de la Unión.

Además como criterio de competencia subsidiario, cuando sea imposible establecerla por los criterios anteriores, se establece en el art. 6 que serán competentes los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en la medida en que:

- a) un bien o varios bienes de uno o ambos miembros de la unión se encuentren en el territorio de dicho Estado miembro, en cuyo caso el órgano jurisdiccional al que se someta el asunto sólo deberá pronunciarse sobre el bien o los bienes mencionados, o
- b) los dos miembros de la unión registrada posean la nacionalidad de ese Estado miembro, o bien, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, hayan establecido en él su domicilio común.

⁴⁴ Véase la Propuesta en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0127:FIN:en:PDF> (última consulta, 24 julio 2014).

Al igual que para los matrimonios, se establece el *Forum Necessitatis*, en relación a un estado miembro con el que el asunto tuviera alguna vinculación (art. 7).

B) Ley aplicable: se establece una regla general: La ley aplicable a los efectos a los efectos patrimoniales de la unión registrada será la ley del Estado de registro (art. 15), y se determina el carácter universal de la norma de conflicto de leyes, puesto que el art. 16 establece que «la ley determinada en virtud de las disposiciones del presente Capítulo se aplicará aunque no sea la ley de un Estado miembro.»

C) Reconocimiento y ejecución de sentencias: Al igual que ocurría para el caso de los efectos patrimoniales derivados de la ruptura matrimonial, se establece las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros, sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno (art. 21).

De igual forma, y conforme al art. 27: Las resoluciones dictadas en un Estado miembro y que sean allí ejecutivas y las transacciones judiciales se ejecutarán en los demás Estados miembros de conformidad con lo dispuesto en los artículos [38 a 56 y 58] del Reglamento (CE) no 44/2001.

A la espera de que se aprueben definitivamente estos Reglamentos, hay que señalar los grandes avances que se están produciendo en cuanto a la armonización de los aspectos procedimentales de reconocimiento, ejecución y ley aplicable de las resoluciones sobre los efectos patrimoniales de las parejas europeas. Es de desear que los Reglamentos se aprueben pronto, entren en vigor y faciliten las soluciones en las separaciones transfronterizas.

3.4.2. Avances en la armonización de los aspectos sustantivos en materia de los efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho

Si en el tema formal los avances o esfuerzos armonizadores son notables, aunque están más retrasados que en otras áreas del Derecho de familia europeo, no podemos decir lo mismo respecto a la unificación, o acercamiento de posturas en cuanto a las normas materiales o sustantivas que rigen los efectos patrimoniales de un matrimonio o unión de hecho.

En este sentido, y como señalábamos al inicio de este punto III.4, la gran diversidad de regímenes económico matrimoniales, con grandes peculiaridades hace francamente complicado avanzar en encontrar un núcleo común europeo que acerque las posturas en cuanto a ellos.

Si bien, se están produciendo avances que son, de momento, solamente de carácter doctrinal, y se refieren a la regulación del régimen económico constante matrimonio, o pareja estable.

En este sentido, la Comisión Europea de Derecho de Familia (CEFL) ha realizado notables esfuerzos de aproximación a ideas básicas o comunes y ha elaborado unos principios o recomendaciones sobre el régimen económico común europeo: Principios de derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges⁴⁵. Estos principios solo se refieren a los regímenes económico matrimoniales, sin abordar los efectos patrimoniales derivados de las uniones de hecho.

Destacamos o resumimos sus ideas más importantes:

1. Estos principios son de aplicación general será cual sea el régimen económico matrimonial que se establezca.
2. Se establece la igualdad de los cónyuges y su plena capacidad jurídica.
3. Ambos cónyuges están obligados a contribuir a las necesidades de la familia, que son de carácter amplio (vivienda, educación, alimento, etc.), y en caso de incumplimiento, esta obligación puede exigirse ante el juez competente.
4. Se protege especialmente la vivienda y el ajuar familiar, exigiéndose el consentimiento dual de ambos cónyuges para su disposición. De igual forma el arrendamiento de la vivienda familiar resulta también protegido.
5. Se declara la libertad de los cónyuges de concluir capitulaciones matrimoniales sobre sus relaciones patrimoniales, eligiendo el régimen económico que prefieran. Estas capitulaciones deben otorgarse ante notario o profesional jurídico, y pueden cambiarse o modificarse en cualquier momento.
6. Se establecen dos regímenes económico matrimoniales comunes: participación en las ganancias y comunidad de gananciales.
7. El régimen de participación en las ganancias es el régimen que se establece en defecto de capitulaciones matrimoniales, y por lo tanto el régimen común o básico.
8. El régimen de comunidad de gananciales se establece si no hay capitulaciones en contrario.

Este documento describe el concepto y funcionamiento de ambos regímenes económicos, pero queremos destacar la importancia que se le da al régimen de participación en las ganancias, que será el régimen por defecto.

Este régimen se caracteriza por ser un régimen económico matrimonial durante cuya duración cada uno de los cónyuges es propietario de su patrimonio. Este patrimonio individual comprende las ganancias y los bienes reservados. En el momento de disolución del régimen cada cónyuge participa en las ganancias obtenidas por el otro conforme a las siguientes normas: (1) si las ganancias netas de un cónyuge exceden el valor de las del otro, este par-

⁴⁵ Véanse estos principios en <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PRS-Spanish.pdf> (última visita, 24 julio 2014).

icipa en el excedente por mitad. (2) Las ganancias netas equivalen al valor de las ganancias una vez deducidas las deudas. (3) Las pérdidas sufridas por un cónyuge, que excedan a sus ganancias en la fecha de disolución, no se comparten con el otro cónyuge. (4) El crédito de participación es un crédito monetario, salvo acuerdo en contrario de los cónyuges. (5) A solicitud del cónyuge deudor y mediando causa grave la autoridad competente puede autorizar el aplazamiento del pago o el pago a plazos.

Podemos afirmar que los pasos que se están dando en materia de búsqueda de un régimen común matrimonial parecen conducir a un sistema de participación, como este o similar, en detrimento del de separación de bienes, que ni aparece en estos principios, y del régimen de gananciales tan comunes en nuestro ordenamiento español.

Esto puede explicarse probablemente porque se trata de un sistema de carácter mixto, ya que en este régimen se deducen dos momentos diferenciados: constante matrimonio y la disolución. Durante la primera fase, este sistema funciona como si de una separación de bienes se tratase (existen dos patrimonios separados), mientras que en la extinción, habrá que liquidar y determinar la participación que cada cónyuge debe tener en las ganancias obtenidas por el otro. Es cierto, como afirman Duplá y Bardají⁴⁶, que no se puede hablar exactamente aquí de un régimen de comunidad pues no existe una masa común, pero sí un derecho eventual que correspondería a cada uno sobre la mitad o parte de las ganancias del otro, lo que asemeja a ciertos derechos a bienes en común o compartidos.⁴⁷

Del mismo modo, se ven intentos europeos de unificación de régimen económico matrimonial en este sentido, admitiendo como común el régimen de participación en ganancias. Baste ver la propuesta Alemana y Francesa de establecer este régimen como el común para los matrimonios mixtos franco-germanos. En efecto, el 4 febrero de 2010 se firmó el Convenio bilateral de Derecho uniforme entre Alemania y Francia, y en el mismo se estableció el sistema de participación en participaciones, como el régimen económico común. Este sistema, a su vez, se inspiraba en los sistemas parecidos, el convencional francés y el legal supletorio alemán, de participación.⁴⁸

Este nuevo régimen, como describen Duplá y Bardají, será de carácter convencional, y aplicable a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges

⁴⁶ DUPLA MARIN, T. y BARDAJÍ GALVEZ, L., «Hacia un régimen económico matrimonial europeo: participación en ganancias. Especial referencia al Libro II del Código Civil de Catalunya», en *Globalización y Derecho: desafíos y tendencias*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 1-6.

⁴⁷ El sistema de participación también está previsto en nuestro ordenamiento civil español, y regulado en los arts. 1411-1434 CC.

⁴⁸ Sistema convencional francés: *participation aux acquets* y el legal alemán, *Zugewinnsgemeinschaft*.

que lo acuerden. Por tanto, sería uno de los regímenes legales existentes, que puede elegirse de forma voluntaria por los cónyuges, y pasaría a formar parte de los Códigos civiles francés y alemán, junto con los que ya regulan ambos cuerpos normativos.

Este régimen se caracteriza, al igual que el contemplado en los principios comunes europeos, por mantener dos patrimonios separados durante el matrimonio, y una participación en las ganancias del 50% en su extinción.

En definitiva, creemos que el régimen de participación en ganancias es el régimen común al que se debe ir para la armonización europea. Como afirman Dupla y Bardají⁴⁹ «se vislumbra una tendencia en Europa hacia la homogeneización del Derecho de Familia y particularmente en lo relativo a la esfera patrimonial. De consagrarse dicha tendencia encontraríamos un camino que facilitase la determinación de la ley aplicable a los llamados matrimonios mixtos, cada vez mas frecuentes en Europa».

4. CONCLUSIONES

1. Las especiales características del Derecho de familia dificultan su armonización. Esto se debe a que el Derecho de familia tiene unas notas especiales que hacen que esté intrínsecamente unido e impregnado del acervo cultural, idiosincrasia, religión, sociedad y nivel de desarrollo de cada uno de los países en los que se inserta. Por lo tanto, no recoge solo normas de carácter positivo, objetivas o formales, si no que lindan con el aspecto más personal del ser humano, que se convierte en su esencia. De este modo, según el momento, sociedad y entorno en el que se encuentre la persona, su familia y sus relaciones familiares derivadas de ella, variarán. Y por eso, podemos arriesgarnos a decir que nos encontramos con tantos derechos de familia como sociedades concretas existan, aun incluso dentro de la Unión Europea, en la que existe cierta homogenización de costumbres, lo que supone una dificultad para su armonización.
2. Además de las dificultades derivadas de su propia y variada naturaleza, la armonización del Derecho de familia europeo es más complicada porque no ha sido una prioridad para la UE, fundada inicialmente como una unión económica, y de mercado común. El origen del Derecho de familia europeo se encontrará en el Tercer Pilar de la Unión Europea, pilar de la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior (CAJI). Es en este tercer pilar de la Unión Europea donde se va a forjar el origen del Derecho de familia europeo, al ser necesaria también esa cooperación judicial en asuntos civiles transfronterizos, –y en concre-

⁴⁹ DUPLA MARIN, T. y BARDAJI GALVEZ, L., «Hacia un régimen...», ob. cit., p. 3.

- to de familia—, con la necesidad de homogeneizar el reconocimiento y ejecución de sentencias y resoluciones judiciales en esa materia.
3. Existen muchos problemas transfronterizos de Derecho de familia que hay que solucionar, y son graves porque afectan a la esfera más personal del ser humano y a los menores, especialmente dignos de protección (divorcios, pensiones alimenticias, custodia de los hijos menores, etc.). Por eso, en Europa se aprecia la necesidad de avanzar en esa armonización, al menos y en un primer momento, en el aspecto procesal o formal, de competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de Derecho de familia.
 4. La armonización procesal está bastante avanzada, y hoy ya existen Reglamentos comunitarios que regulan los temas de competencia, reconocimiento, y ejecución de sentencias, así como de la ley aplicable a los diversos casos de conflictos familiares: divorcio y separación, obligación de alimentos, efectos patrimoniales derivados de la separación o divorcio, y la responsabilidad parental con los temas de custodia, y protección de menores. Los diversos Reglamentos europeos han señalado en cada caso, cuál es la ley aplicable, el tribunal competente para juzgar de esos asuntos, y en general, proclaman el reconocimiento y la ejecución de las sentencias en las materias señaladas, de cualquier estado miembro de la Unión en otro.
 5. Sin embargo, es en el tema del Derecho material o sustantivo del Derecho de familia donde la armonización es más lenta y mucho más difícil puesto que la elaboración de normas comunes en temas tan delicados como los mencionados anteriormente, y con la diversidad de regímenes y ordenamientos existentes, es francamente complicada.
 6. No obstante, se están realizando importantes estudios doctrinales, y notables esfuerzos en aunar posturas en relación a todos estos temas. Es de destacar los principios de Derecho de familia europeo que ha elaborado la European Commission of Family Law (CEFL), si bien dichos principios son todavía meras recomendaciones.
 7. Los principios comunes que se han elaborado giran en torno a las 4 materias que ya hemos mencionado: divorcio, obligación de alimentos entre los cónyuges como consecuencia del divorcio, el régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales del matrimonio y parejas de hecho, y la responsabilidad parental.
 8. Destacamos los siguientes principios comunes elaborados y recomendados por la CEFL:
 - a) En cuanto al divorcio: se admite el mismo en todas las legislaciones, sin que sea necesario que el matrimonio haya tenido duración alguna, se tramita siempre por un procedimiento legalmente establecido y se declara siempre por una autoridad judicial

- o administrativa. Además, el divorcio puede ser de común acuerdo o contencioso. El primero de ellos sin necesidad de separación previa, con la firma de un acuerdo o convenio por escrito que regule la responsabilidad parental, las pensiones alimenticias, y el reparto de bienes. Asimismo, se aconseja un periodo de reflexión cuando existan hijos menores. El divorcio contencioso (sin consentimiento de uno de los cónyuges) exige siempre separación previa de los cónyuges de al menos 1 año de duración, y también la firma del convenio regulador, o su establecimiento por el juez.
- b) Respecto a la obligación de alimentos, la CEFL solo establece los principios que deberían regir la obligación de alimentos entre cónyuges, tras el divorcio o separación, pero nada dice, todavía, sobre la obligación de alimentos con respecto a sus hijos, fuera de lo que de forma general se determina en la responsabilidad parental. Hay que seguir avanzando a este respecto. En cualquier caso, los principios que recomiendan para la obligación de alimentos entre cónyuges son los siguientes: Cualquiera que sea la forma del divorcio, los alimentos entre cónyuges se rigen por las mismas normas. No obstante se establece un principio de autosuficiencia de cada cónyuge tras el divorcio como situación ideal. Si esto no fuera posible, surgirá la obligación de alimentos entre cónyuges cuando el acreedor no tuviera suficientes recursos para satisfacer sus necesidades, y el deudor, por el contrario tenga capacidad suficiente para satisfacerlas. A la hora del cálculo de la pensión de alimentos deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias: el cuidado de los niños; la división de tareas durante el matrimonio; la duración del matrimonio; el nivel de vida durante el matrimonio y todo nuevo matrimonio o pareja de hecho duradera. El pago de la pensión de alimentos se hará por adelantado en los plazos o fracciones determinados. Cuando el pago de esta pensión sea demasiado onerosa para el deudor, podrá limitarse o reducirse la misma por la autoridad competente. La pensión de alimentos tendrá siempre un plazo limitado en el tiempo sin que pueda ser indefinida, y se extinguirá por la muerte de cualquiera de los esposos, nuevo matrimonio o relación de hecho duradera del acreedor.
- c) Responsabilidad parental: Se da un concepto de responsabilidad parental amplio, que implica todos los derechos y deberes de los titulares con el menor con respecto a su cuidado, protección y educación. Se establece como titulares de la responsabilidad parental a los padres o terceros distintos de los padres que tengan relación con ellos (familiares). La responsabilidad parental no se ve afecta-

da por la disolución matrimonial o separación legal o de hecho de los padres titulares de la misma. Se establecen los derechos básicos del niño que son: el interés superior del niño, la autonomía del niño, su no discriminación, y el derecho a ser oído. Como regla general, se establece el ejercicio conjunto de los padres titulares, aunque puede ejercitarse por uno solo de ellos si hay acuerdo entre los padres o decisión de la autoridad en ese sentido. Pero también pueden ejercer la responsabilidad parental terceras personas. Hay que destacar que la CEFL parece inclinarse por establecer como criterio preferente, la custodia compartida, alterna, entre ambos padres titulares cuando así lo acuerden, o cuando lo establezca el juez, atendiendo al interés del menor. Y por último, debe fomentarse la relación del menor tanto con sus padres separados, como con terceros implicados en su cuidado.

- d) Con relación a los efectos patrimoniales de la separación o divorcio, la CEFL ha abogado por establecer como principios básicos los siguientes: Se establece la igualdad de los cónyuges y su plena capacidad jurídica. Ambos cónyuges están obligados a contribuir a las necesidades de la familia, que son de carácter amplio (vivienda, educación, alimento, etc.). Se protege especialmente la vivienda y el ajuar familiar, exigiéndose el consentimiento dual de ambos cónyuges para su disposición. Se declara la libertad de los cónyuges de concluir capitulaciones matrimoniales sobre sus relaciones patrimoniales, eligiendo el régimen económico que prefieran. Estas capitulaciones deben otorgarse ante notario o profesional jurídico, y pueden cambiarse o modificarse en cualquier momento. Se establecen dos regímenes económico-matrimoniales comunes: participación en las ganancias y comunidad de gananciales. Siendo el de participación el preferido y el que se establece en defecto de capitulaciones.
9. Queda mucho camino por recorrer, y todavía muchos objetivos que conseguir, hay que seguir avanzando en la armonización de las principales líneas del Derecho de familia europeo. Pero, lo que sin duda puede confirmarse es que esa armonización ya no es una quimera y se ha iniciado una importante senda para llegar a la misma, con notables esfuerzos por parte de la comunidad europea que deben conducir a una total armonización procesal con plenos efectos y reconocimientos de resoluciones judiciales en materia de familia en Europa, y un esfuerzo todavía mayor, buscando –y encontrando– ese núcleo común del Derecho de Familia Europeo (EFL) en las cuestiones sustantivas relativas a disolución matrimonial o de hecho, responsabilidad parental, menores y alimentos.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, G., «Future of Family contracts, comparative Law and European Law», *European Business Law Review*, vol. 21, 2010, pp. 1-13.
- BOELE-WOELKI, K., «The road towards a european Family law», *EJCL*, vol. 1.1 Noviembre 1997, pp. 1-15, disponible en <http://law.kub.nl/ejcl/11-1.html>
- DUPLA MARIN, T. Y BARDAJI GALVEZ, L., «Hacia un régimen económico matrimonial europeo: participación en ganancias. Especial referencia al Libro II del Código Civil de Catalunya», en *Globalizacion y Derecho: desafíos y tendencias*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 1-6.
- GROOT, G.R., «Op weg naar een Europees personen – en familierecht?», en *Ars Aequi*, 1995, vol. 44, n.º 1, pp. 29-33.
- HAMILTON, C., STANDLEY, K., y HODSON, D., *Family Law in Europe*, London/Dublin/Edinburgh, 1995.
- HONDIUS, E.H., «Naar een Europees personen en familierecht», en FRANKEN, H. y DE RUITER, J., *Drie treden: Over politiek, beleid en recht*, Zwolle, 1995, pp. 173-181.
- LLODRÁ, F., «Hacia un derecho de familia europeo», en *Neus reptes del Dret en família*, Universidad de Gerona, 2005, pp. 477 y ss.
- LUDEÑA BENITEZ, O.D., «El derecho de familia de la unión europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los estados miembros», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 32, enero 2014, pp. 1-44.
- MARTINY, D., «Europaisches Familienrecht – Utopie oder Notwendigkeit?», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 59, n.º s. 3-4, 1995, pp. 419-453.
- PÉREZ MARTIN, E., «El derecho al respeto de la vida familiar y la reagrupación familiar de los hijos menores de extranjeros en la unión europea (STJCE de 26 de junio de 2006, C-540/03)», disponible en http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documento_s/1216117825_elena_perez_martin.pdf.
- RIEG, A., *L'Harmonisation européenne du droit de famille: mythe ou réalité? Conflits et harmonisation*, Liber Amicorum A.E. von Overbeck, Fribourg, 1990.
- RODRIGUEZ-BENOT, A., «El derecho comunitario europeo de familia: marco institucional y perspectivas de futuro», en Fernández-Arroyo Giménez, D.P y González MARTÍN, N. (ed.), *Tendencias y relaciones del Derecho internacional privado americano actual*, Porrúa/UNAM/ASADIP, Ciudad de México, pp. 537-552.
- TORRELLES TORREA, E., «La Ley 15/2005, el régimen del *non-fault divorce* y los principios de Derecho europeo de familia», en *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, (LLAMAS POMBO, E., Coord), La Ley, Madrid, 2009, pp. 177-209.

TITLE: The unification of the European family law: chimera or reality?

RESUMEN: Este estudio pretende analizar la evolución de la unificación o armonización del Derecho de familia europeo a lo largo de estos años, para tratar de concluir si realmente es posible o no conseguirla, y en su caso qué pasos y avances es necesario alcanzar. Partiendo de las iniciales dificultades que la propia materia conlleva para su homogeneización, se examina cómo se está llevando a cabo, tanto en el aspecto formal o pro-

cedimental de competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones, como en el aspecto material o sustantivo en materia de familia. Para ello, se estudian tanto los Reglamentos comunitarios, como los principios comunes europeos en Derecho de familia, y las opiniones doctrinales más relevantes en torno a este difícil camino de la aproximación de las legislaciones.

PALABRAS CLAVE: Derecho de familia; Derecho europeo; unificación Derecho familia.

ABSTRACT: This study analyzes the evolution of unification or harmonization of European family law over the years, trying to conclude whether or not, it is really possible to achieve it, and if so, which steps must be taken. Starting from the initial difficulties that matter itself leads to the homogenization, the way it is carried out is examined, both in the formal or procedural aspect of competence, recognition and enforcement of judgments, as in material or substantive aspect in family matter. To do this, we study both the European regulations and the common European principles in family law, as well as the most relevant doctrinal views on this difficult path of the approach of legislations.

KEYWORDS: Family law; European law; European family law harmonization.

RECIBIDO: 12.09.2014

ACEPTADO: 28.10.2014