

## EL MATRIMONIO Y SU CRISIS ANTE LOS NUEVOS RETOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL

M.<sup>a</sup> Pilar DIAGO DIAGO

Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Zaragoza  
Acreditada como Catedrática\*

*A la memoria del Dr. Ángel Chueca Sancho,  
defensor de los Derechos Humanos, buen  
profesor, compañero y amigo*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA INCIDENCIA DE LA MULTICULTURALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN MATERIA DE ESTATUTO PERSONAL Y ÁMBITO FAMILIAR.—2.1. Conexión nacionalidad y residencia. La autonomía de la voluntad conflictual limitada.—2.2. Avance «contenido» de la autonomía de la voluntad.—2.2.1. Ley aplicable a los efectos del matrimonio: art. 9.2 CC.—2.2.2. Elección de ley aplicable a la separación y al divorcio: art. 5 Reglamento 1259/2010.—3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO MECANISMO DE FLEXIBILIZACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO E ÍNDICE DE MATERIALIZACIÓN: APROXIMACIÓN METODOLÓGICA.—3.1. Análisis económico del Derecho.—4. LA LIBRE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO CONEXIÓN CONFLICTUAL DE FUTURO: CONSIDERACIONES FINALES.

### 1. INTRODUCCIÓN

La irresistible extensión de la autonomía de la voluntad en Derecho internacional privado que preconizara Von Overbeck y muchos otros destacados

---

\* Estudio realizado en el marco del Proyecto de investigación 264-80 Unizar del que la autora es investigadora principal.

autores<sup>1</sup> es ya una realidad en el ámbito del Derecho internacional de la familia. El espíritu de evolución reciente del Derecho internacional privado de la Unión Europea, así lo demuestra. El Reglamento núm. 1259/2010, el Protocolo de La Haya de 2007 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, así como el Reglamento 4/2009, ceden a la atracción de la autonomía de la voluntad. Ésta también es la dirección que toman las normativas de Derecho internacional privado de diferentes Estados de la Unión Europea como ocurre con la española, belga, alemana, etcétera<sup>2</sup>.

A este fenómeno no le es ajeno otro que emerge con fuerza en los diferentes Derechos materiales estatales, me refiero al fenómeno de la contractualización del Derecho de familia y al emergente papel de la voluntad individual en terrenos, hasta ahora, vedados a ella. Se observa un debilitamiento de la intervención del Estado en ámbitos del Derecho de familia y muy en especial, en el ámbito de las relaciones horizontales entre cónyuges<sup>3</sup>, donde la autonomía de la voluntad encuentra su máxima expresión.

Valga como ejemplo paradigmático el Derecho matrimonial español. La reforma del Código Civil español (en adelante CC) introducida por la Ley 15/2005 es expresión de la última evolución que experimenta el divorcio que pasa a ser considerado como un derecho paralelo al derecho de casarse, al configurarse una tipología de aquél, no causalista. El divorcio sin causa, es sin duda, el máximo exponente de la autonomía personal. Esa autonomía se extiende a otros ámbitos como la posibilidad de celebrar capitulaciones matrimoniales o diseñar un convenio regulador en supuestos de ruptura matrimonial. Posibilidades que ofrecen, igualmente, otros muchos ordenamientos de nuestro entorno.

No es de extrañar, por tanto, que se produzca una sinergia entre los Derechos materiales y el Derecho internacional privado que genera una pode-

---

<sup>1</sup> Véanse entre otros VON OVERBECK, A. E., «L'irrésistible extension de l'autonomie de la volonté en droit international privé», en VVAA, *Nouveaux itinéraires du droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993 y «La "professio iuris" comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé» en *Liber amicorum Baron Louis Frédérick*, II, Genk, E. Story-Scientia, 1966, p. 1085; GANNAGÉ, P., «La pénétration de l'autonomie de la volonté dans le droit international privé de la famille», *Revue critique de Droit international privé*, 1992, pp. 425 y ss.; LABRUSE-RIOU, C., «La compétence et l'application des lois nationales face au phénomène de l'immigration étrangère», *Travaux du Comité française de droit international privé*, CNRS, 1975-1977, p. 111; CARLIER, J.-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel*, préface F. Rigaux, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université catholique de Louvain, Bruselas, Bruylant, 1992; BONOMI, A., «Autonomie des parties en droit patrimonial de la famille et intérêts des entre preneurs: aspect de droit matériel et de droit international privé», *RSDIE*, 2004, pp. 459-482.

<sup>2</sup> ANOVEROS TERRADAS, B., «La autonomía de la voluntad como principio rector de las normas de Derecho internacional privado comunitario de la familia», en VVAA, *Entre Bruselas y La Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 119-131.

<sup>3</sup> Véase la distinción entre relaciones familiares horizontales y verticales en PARKINSON, P., *Family Law and the indissolubility of Parenthood*, Nueva York, Cambridge University Press, 2011, p. 57, y ROCA TRIAS, E., *Libertad y familia*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 2012, p. 19 «... Las relaciones que en su día calificué como "verticales", que se regirían por normas imperativas, y las que calificué como "horizontales", en las que dominaría el principio de igualdad y autonomía de la voluntad».

rosa revitalización de la autonomía de la voluntad y, por ende, de la libertad individual, a la par que se produce una contención del Estado como agente interventor en las relaciones de Derecho privado de la familia.

Ahora bien, el triunfo de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho internacional privado con ser muy positivo, no deja de ser limitado, por lo que se tendrá ocasión de exponer en este estudio<sup>4</sup>. Las diferentes normativas que lo acogen, en claro contraste con lo que ocurre en el ámbito patrimonial, no dan paso a una libertad total en la elección de ley, y por tanto, no dejan total autonomía a los particulares para organizar los diferentes aspectos de su vida familiar y personal, al calor de la norma que ellos elijan. Su libertad de elección se verá constreñida a la selección de una de las leyes que designe las conexiones de la norma de conflicto y que invariablemente éstas serán la nacionalidad o la residencia.

La consagración de la autonomía de la voluntad se torna la solución elegida. Con ella se trata de satisfacer la imperiosa necesidad de dar solución adecuada a los cambios sociales que ha generado la configuración de sociedades multiculturales<sup>5</sup>. Es incontestable que los fenómenos migratorios ejercen, como ya advirtiera Jean-Ives Carlier<sup>6</sup>, una fuerte influencia en las relaciones humanas trasfronterizas. Las normas de conflicto deben evolucionar, para poder dar solución a los nuevos problemas que el devenir de la vida genera.

Pues bien, en estos momentos en los cuales incluso se llega a plantear la desintegración europea, la evolución de las migraciones ha alcanzado su máximo nivel, en la medida en que muchos de esos inmigrantes han adquirido ya la nacionalidad del Estado receptor pero conservan su propia identidad cultural, social y religiosa. Se generan así, más allá del Estado y de su Derecho, grupos con vínculos identitarios muy poderosos que crecen y que son imposibles de ignorar. A su vez, países europeos que habían recibido una fuerte inmigración, vuelven a convertirse en países de emigración, como ocurre con España, Portugal, Grecia o Italia y son otros países de la Unión Europea los que se convierten en receptores de aquéllos.

El contexto antropológico que daba carta de naturaleza a la penetración «controlada» de la autonomía de la voluntad, postulada por la doctrina y plasmada en numerosas normas de conflicto (cuyos argumentos siguen utilizándose en la actualidad), ha cambiado. Por otra parte, el reconocimiento de la libertad individual, manifestada en la autonomía para organizar las relaciones familiares, se torna un imperativo en la construcción de una sociedad pluralista y libre y en esta línea avanzan los diferentes Derechos materiales. Cabe preguntar si ocurre lo mismo con el Derecho internacional privado.

---

<sup>4</sup> ZABALO ESCUDERO, E., «Autonomía de la voluntad, vecindad civil y conflictos de leyes internos», en VVAA, *Autonomía de la voluntad en Derecho Privado*, t. V: *Derecho internacional privado e interregional*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2013, en concreto pp. 428-429.

<sup>5</sup> JAYME, E., «Le droit international privé du nouveau millénaire: la protection de la personne humaine face à la globalisation», *Rec. des Cours*, t. 282, 2000, pp. 19 y ss.

<sup>6</sup> Véase entre otros trabajos CARLIER, J.-Y., *Autonomie de la volonté et statut personnel*, op. cit., nota 1.

Todo este «mar de fondo» exige un análisis y una revisión de las respuestas normativas inspiradas en la limitada autonomía de la voluntad. En concreto, debe plantearse si las soluciones conflictuales acogidas para dar respuesta a otro contexto social son igualmente idóneas en estos momentos para resolver los problemas que vienen a poner en jaque al mismo modelo localizador, paradigmático de la norma de conflicto. La nueva realidad deja atrás los antiguos conflictos de las soberanías y se focaliza en nuevos planteamientos de conflictos en los cuales la heterogeneidad destila, de manera sorprendente, de vínculos de base no territorial.

Pero además, la opción de Derecho generadora de un subjetivismo limitado de la norma de conflicto, puede no ser capaz de permitir la selección de la ley aplicable más próxima, entendiendo, por tal, aquella que representa la adhesión más fuerte de la persona al Derecho del que se trate. Se incumple, entonces, una de las máximas que alentaba la penetración de la autonomía de la voluntad en el ámbito familiar y del estatuto personal, esto es, la cristalización en el caso concreto, del principio de proximidad<sup>7</sup>.

Este trabajo tiene como objetivo principal examinar la autonomía de la voluntad limitada a la opción entre la ley de la nacionalidad o la ley de la residencia, a la luz de un Estado avanzado de multiculturalidad en el que nos encontramos; teniendo en cuenta, además, el papel que debe desempeñar la libertad individual desde un nuevo enfoque del Derecho de familia que retrae la intervención del Estado.

El análisis se centrará en las relaciones horizontales de familia. Se ha seleccionado como campo de prueba dos normas de conflicto: una, de Derecho internacional privado español autónomo y otra, de Derecho internacional privado de la Unión Europea. La primera referida a los aspectos organizativos del matrimonio: art. 9.2 CC. La segunda relativa a la ruptura matrimonial: art. 5 del Reglamento 1259/2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial<sup>8</sup>. La procedencia de ámbitos diversos de estas normas requiere un estudio separado.

La aproximación metodológica seleccionada para realizar el presente estudio es el análisis económico del Derecho.

---

<sup>7</sup> CARLIER, J.-Y., «Autonomie de la volonté et statut personnel», *Cahiers des Droits maghrébins*, vol. 1, 1995, pp. 5-17 y p. 14.

<sup>8</sup> 20 de diciembre de 2010, DO de 29 de diciembre de 2010.

## 2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA INCIDENCIA DE LA MULTICULTURALIDAD EN LA DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE EN MATERIA DE ESTATUTO PERSONAL Y ÁMBITO FAMILIAR

### 2.1. Conexión nacionalidad y residencia. La autonomía de la voluntad conflictual limitada

El ámbito del estatuto personal y del ámbito familiar es el refugio, por excelencia, de las identidades culturales y religiosas de muchas personas que viven en Europa. De ahí, que las soluciones que se articulen en torno a estos temas deben siempre procurar el respeto a la vida privada y familiar, tal y como consagra el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE en su art. 7 y que, a su vez, reconoce en su art. 22 que la Unión respeta la diversidad cultural, religiosa y lingüística.

Las conexiones nacionalidad y residencia presentan ventajas e inconvenientes a la hora de gestionar las soluciones adecuadas para las minorías que conviven en un mismo país. Conviene observar que esta gestión es diferente por lo que se refiere a minorías autóctonas del país (como puede ocurrir con el colectivo gitano), a la que llega desde la perspectiva internacjonalista, cuando se trata de minorías no originarias del país de acogida. En estos supuestos, la norma de conflicto y la selección de los puntos de conexión de aquélla son producto directo de la concreta política legislativa que sigue el Estado en estas sensibles cuestiones.

Sin duda, la conexión nacionalidad es respetuosa con la multiculturalidad ya que permite al individuo mantener su propia cultura y su propia identidad como perteneciente a un grupo<sup>9</sup>. Ahora bien, no facilita la integración de aquellas personas que la desean y que, sin ánimo de retorno, viven en la sociedad de acogida. Pero además la nacionalidad no siempre refleja la vinculación real de una persona con un país y con su ordenamiento.

Conviene tener presente que cuando se adquiere la nacionalidad del país de recepción se produce de inmediato una «asimilación jurídica» que hace escapar las relaciones privadas del entorno del Derecho internacional privado, en el orden personal, al pasar a ser la ley personal, la española (art. 9.1 CC). Sin embargo, tal asimilación puede no implicar una asimilación de los nuevos nacionales a la «cultura autóctona mayoritaria», incluyendo «la cultura jurídica», pese al alto nivel de integración social que pueden presentar éstos.

<sup>9</sup> Derecho a la identidad cultural como un derecho fundamental. Véase el Dictamen del Comité Económico y Social de la Unión Europea sobre el documento «La inmigración, la integración y el papel de la sociedad civil organizada», *DOUE* C 125, de 27 de mayo de 2002. Véase en especial RODRÍGUEZ BENOT, A., «El estatuto personal de los extranjeros procedentes de países musulmanes», en COMBALÍA, Z., DIAGO DIAGO, M.<sup>a</sup> P. y GONZÁLEZ-VARAS, A. (coord.), *Derecho Islámico e Interculturalidad*, Madrid, Iustel, 2011, pp. 89-110, en concreto p. 91; «El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, núm. 1, pp. 186 y ss.

Para ilustrar esta cuestión es interesante recurrir al Derecho de la nacionalidad español para la adquisición por residencia. Una de las condiciones exigidas para la adquisición de la nacionalidad por residencia es, precisamente, la establecida en el art. 22.4 del CC que dispone que el interesado debe acreditar un suficiente grado de integración a la sociedad española. Las autoridades españolas valorarán del conjunto de circunstancias personales del solicitante, si presenta el necesario grado de integración. Dentro de los datos que la jurisprudencia exige como necesarios, aunque no suficientes, están los siguientes<sup>10</sup>: dominio aceptable del idioma español, conocimiento de aspectos básicos del sistema institucional español, e interés del solicitante al contestar una pregunta relevante como la razón por la que se solicita la nacionalidad española<sup>11</sup>.

Pues bien, un solicitante puede presentar un suficiente grado de integración a la sociedad española según estos parámetros, pero mantener, a su vez, una fuerte vinculación con su país de origen, hasta el punto de que se conduzcan por las normas establecidas en aquel país, en especial, cuando el Derecho del que se trate es de base religiosa. Es lo que ocurre significativamente con el Derecho marroquí y su Código de familia.

Marruecos es un Estado musulmán y su Derecho es de base personal y no territorial<sup>12</sup>. La *Mudawwana* se aplica a los marroquíes musulmanes aunque se encuentren en el extranjero y aunque tengan otra nacionalidad<sup>13</sup>. Son muchos los marroquíes musulmanes que han adquirido la nacionalidad española y los musulmanes, españoles de origen (en especial de Ceuta y Melilla), que ajustan su vida familiar y personal a unos parámetros religiosos que aparecen consagrados en el Código de familia marroquí<sup>14</sup> y que distan mucho de lo que preceptúa el CC español. Como se tendrá ocasión de exponer más

<sup>10</sup> Véase CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho español de la nacionalidad. Estudio práctico*, Granada, Comares, 2011, en concreto pp. 175-183.

<sup>11</sup> Como ejemplo de los parámetros de integración que se exigen valga la reciente SAN 4864/2013, de 21 de noviembre, que confirma que no existe integración «si el recurrente (nacional nigeriano sin problemas idiomáticos a nivel de comprensión y expresión oral del castellano y con una larga residencia en España: más de nueve años de alta en la SS) afirma que España es una República y que Zaragoza tiene playa y que Goya es una estación de metro de Madrid». Véase F. J. Tercero.

<sup>12</sup> Conviene tener presente el importante proceso de modernización que se ha producido, pero conviene señalar también que la nueva *Mudawwana* se ha acometido desde el respeto a la ley islámica y con los límites que ella marca. De hecho fue promulgada por Mohamed VI en su condición de Emir de los creyentes. COMBALÍA SOLÍS, Z., «¿Igualdad o equidad?: el reconocimiento en occidente de instituciones islámicas de inspiración patriarcal», en VVAA, *Políticas de igualdad y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, p. 260.

<sup>13</sup> Art. 2: «Las disposiciones del presente Código se aplican a:

1. Toda relación entre dos personas de nacionalidad marroquí, cuando una de ellas sea musulmana.

2. Todos los marroquíes, aunque ostenten otra nacionalidad.

Los refugiados comprendidos también los apátridas de conformidad con el Convenio de Ginebra, de 28 de julio 1951, relativo al estatuto de los refugiados,

Toda relación entre dos personas cuando una de ellas posea la nacionalidad marroquí

Los marroquíes de confesión judía se someten a las reglas del estatuto personal hebreo».

<sup>14</sup> DIAGO DIAGO, M.ª P., «Repercusiones de la nueva “*Mudawwana*” en la inmigración marroquí», en VVAA, *Musulmanes en el Aragón del siglo XXI*, Zaragoza, IEIOP, 2004, pp. 141-165.

adelante, esta realidad constituye el caldo de cultivo perfecto para la generación de conflictos ocultos.

Ahora bien, la falta de vinculación de un nacional con el país de su nacionalidad y su ordenamiento puede producirse al margen de identidades religiosas. Pensemos, por ejemplo, en nacionales ingleses, holandeses, alemanes que deciden pasar su «edad de oro» en España y se mantienen fieles a sus costumbres, tradiciones e identidad cultural, fundando incluso colonias en las que residen conforme a pautas de convivencia propias de sus países de origen. En ocasiones, la adquisición de la nacionalidad española es para ellos sólo una vía para hacer más fácil, en concreto a efectos burocráticos, su vida en nuestro país<sup>15</sup>.

Por su parte, la conexión residencia habitual presenta una virtualidad respecto de la nacionalidad y es que logra el trato igualitario de todas las personas que habitan en un mismo territorio, por cuanto supone la aplicación de la misma ley al margen de cualquier diferencia<sup>16</sup>. Esto es especialmente importante por lo que se refiere a la no producción de discriminación por razón de la nacionalidad en el ámbito de la Unión Europea, discriminación prohibida por el art. 18 TFUE<sup>17</sup>.

Sin embargo, presenta una clara debilidad: no procura el respeto a la identidad cultural y puede ser fácilmente mutable. No debe olvidarse, al respecto, el fenómeno reciente del aumento de las migraciones interiores dentro de la Unión Europea, lo que contribuye a dar inestabilidad a este punto de conexión que, en muchas ocasiones, no revela una vinculación real del residente con el país de acogida. Cuestión que no ha pasado desapercibida al legislador de la Unión Europea, como demuestra el reciente intento por concretar la residencia habitual del causante en el ámbito del Reglamento europeo de sucesiones. En especial, en los supuestos en los que «por motivos profesionales o económicos el causante hubiera trasladado su domicilio a otro país para trabajar en él, a veces por un periodo prolongado, pero hubiera mantenido un vínculo estrecho y estable con su país de origen»<sup>18</sup>.

Se produce, por tanto, una fuerte tensión entre los dos posibles objetivos a alcanzar con cada una de las conexiones; el respeto a la identidad cultural (proporcionado, en principio, por la conexión nacionalidad) y la forzada integración (efecto directo producido por la conexión residencia). Así pues, parecería lógico que aquellos países que quisieran seguir modelos multiculturalistas (entendiendo por tales aquellos que parten de una concepción de

<sup>15</sup> GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., «El precio de la ciudadanía española y europea», *ARI*, 22/2013, pp. 1-8.

<sup>16</sup> Respecto del avance de esta conexión en relación con la conexión nacionalidad. Véase GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé», *Recueil des Cours*, tomo 287, 2000, pp. 9-426, en concreto pp. 220-222.

<sup>17</sup> Art. 18 (antiguo art. 12 TCE).

<sup>18</sup> Considerando 24 del Reglamento núm. 650/2012, de 4 de julio, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo; *DO L* 201/107. Véase también el Considerando 23.

igualdad imbricada en tratamiento diferente de situaciones diferentes) optarán por la conexión nacionalidad. Mientras que aquellos países que opten por modelos asimilacionistas, esto es, aquellos que tratan de conservar una homogeneidad cultural, a través del esfuerzo de adaptación de las minorías, escogerán la conexión residencia.

Sorprende, no obstante, comprobar, como pone de relieve Cristina Campiglio<sup>19</sup>, que los Estados no siempre siguen una política legislativa coherente. Así, Inglaterra, ejemplo de modelo multiculturalista, opta por un sistema de Derecho internacional privado que pivota sobre la conexión *domicile*. Y un país como Francia, paradigma de modelo asimilacionista, sigue dando protagonismo a la conexión nacionalidad. Esta autora introduce una nueva distinción para referirse a países que optan por un modelo mixto, utilizando como ejemplo a Italia. Su sistema de Derecho internacional privado realza también la conexión nacionalidad, con lo que en principio se potencia el respeto a la identidad cultural. La realidad, sin embargo, es bien distinta. La utilización indiscriminada del orden público internacional bloquea una y otra vez la aplicación del Derecho extranjero.

En este sentido se sitúa en un punto más intermedio el Derecho internacional privado español que da relevancia a la conexión nacionalidad y acepta en múltiples ocasiones la producción de efectos de instituciones desconocidas. Valga como ejemplo, y a diferencia de la clásica lineal trayectoria jurisprudencial italiana<sup>20</sup>, los efectos concedidos a instituciones extrañas a nuestro sistema jurídico como la *Kafala*, el repudio o el matrimonio polígamo<sup>21</sup>.

Dejando a un lado la señalada incoherencia de política legislativa, lo que es claro es que la tensión, a la que antes se hacía referencia, a la hora de elegir las conexiones adecuadas, para elaborar la norma de conflicto en los ámbitos que nos ocupan, existe. Optar por una u otra conexión implica, en teoría, al menos, la renuncia del objetivo que se conseguiría con la no elegida. Esta disyuntiva y la tensión que produce es resuelta a través de la penetración de la autonomía de la voluntad, que ya propuso el IDI en 2005<sup>22</sup> en caso de diferencias culturales en una sociedad.

---

<sup>19</sup> CAMPIGLIO, C., «Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 4, octubre 2012, núm. 2, pp. 5-21 disponible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT>.

<sup>20</sup> «En lo que a Italia se refiere, el sistema de Derecho internacional privado, enfocado sobre la nacionalidad, resulta, en principio, respetuoso de la diversidad cultural. Ante culturas jurídicas discriminatorias (por religión o género), sin embargo, el límite del orden público, que implica valores normo-culturales, se invoca, como acabamos de ver, de manera sistemática; tanto es así que vuelve más rígido el conflicto de leyes, transformándose en lo que corrientemente la doctrina, a partir de la aludida teoría de Huntington, suele llamar conflicto de civilizaciones (*Conflict de civilizations*)», *op. cit.*, nota anterior.

<sup>21</sup> Véase entre otros DIAGO DIAGO, M.<sup>a</sup> P., «La *Kafala* islámica en España», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, marzo 2010, núm. 1, pp. 140-164, disponible en <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT>. Respecto del repudio consúltese, entre otras, la Sentencia ya clásica del TS de 21 de abril de 1998 o la Sentencia del TS de 25 de enero de 2006, y respecto del matrimonio polígamo baste citar la famosa sentencia del reparto de la pensión de viudedad entre las dos viudas de trabajador senegalés fallecido en España, Sentencia TSJ de Galicia (Sala de lo Social), de 2 abril 2002.

<sup>22</sup> Sesión de Cracovia *Résolution du 25 août 2005*, *Annuaire de l'Institut*, 2006, tomo II, pp. 11 y ss. Véase resolución «A. Principes généraux I. Les Etats éviteront d'utiliser un critère de rattachement religieux»



De esta forma, en palabras de Jean-Ives Carlier «se permite a los emigrantes reapropiarse de una parte de su vida privada al no imponerles una ley nacional de la cual desearían alejarse o una ley del domicilio que negaría su propia cultura»<sup>23</sup>. La opción de Derecho facilita de esta manera una adaptación flexible en el tiempo y en el espacio y no está pensada para un único tipo de inmigración. Se satisfacen, así, los dos objetivos trazados, aquerencia del particular que puede elegir la ley que le resulte más conveniente y que, se sobrentiende, será con la que tenga una mayor vinculación.

Reaparece la denominada autonomía de la voluntad conflictual como *critério conflictual de futuro*, siendo no pocas las ventajas que se derivan de su inserción en la norma de conflicto. Junto a las ya señaladas, cabe apuntar su idoneidad para potenciar el libre desarrollo de la personalidad, al permitir la elección de la ley con la que la persona se sienta más vinculada. Por otro lado, potencia la seguridad jurídica a la par que se torna una conexión jurídicamente sencilla<sup>24</sup>.

Debe subrayarse, además, que la autonomía de la voluntad es expresión del principio de proximidad, entendida aquélla como instrumento para que la persona pueda elegir el Derecho con el que su vida presente una mayor vinculación. Sin duda, los interesados son los que se encuentran en una posición óptima para elegir la ley más próxima que, además, será la más previsible y, en general, esto siempre será así. No obstante, obsérvese que no se postula la penetración de la autonomía de la voluntad sin límites, sino que lo que plantea el profesor Jean-Yves Carlier y muchos otros autores, y lo que han exteriorizado las diferentes normas de Derecho internacional privado de la Unión Europea y de distintos países, es una *professio iuris*.

La opción de Derecho consiste en la elección de dos o más legislaciones designadas por conexiones objetivas<sup>25</sup>. En el tema objeto de estudio son la nacionalidad o la residencia. Se opta, por consiguiente, por introducir una limitación a la autonomía de la voluntad, que trata (según argumentos reiterados a los que se aludirá más adelante) de evitar el riesgo de la designación de una ley extraña a la relación de la que se trate y poco próxima. De ahí que se introduzca la posibilidad limitada de elección del Derecho aplicable y se excluya la autonomía completa de la voluntad.

---

*pour déterminer le droit applicable au statut personnel des étrangers. Ils aménageront pour ceux-ci une faculté d'option entre leur loi nationale et la loi de leur domicile dans le cas où l'Etat où est situé le domicile.*

<sup>23</sup> CARLIER, J.-Y., «Estatuto personal y sociedad multicultural: el papel de la autonomía de la voluntad», en VVAA, *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, 2000, pp. 27-38, en concreto p. 35.

<sup>24</sup> CALVO CARAVACA, A.-L., «El Derecho internacional privado multicultural y el *revival* de la ley personal», *Diario La Ley*, núm. 7847, 27 de abril de 2012, pp. 1-8, en especial sobre las ventajas de la conexión véase p. 8. El autor concluye señalando que este punto de conexión ha sido defendido, realmente, sólo desde finales del siglo XX y destaca que es una *conexión de futuro*.

<sup>25</sup> Véase por todos VON OVERBECK, A. E., «“La *professio iuris*” comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en droit international privé», *op. cit.*, nota 1, pp. 1085 y ss., en concreto p. 1087.

El debate sobre la incidencia de la multiculturalidad en la determinación de la ley aplicable al estatuto personal y al ámbito familiar se ha quedado congelado en este punto. El 0 °C lo representa la introducción de la autonomía de la voluntad limitada a dos opciones: ley de la nacionalidad o ley de la residencia. No obstante, el contexto antropológico actual es el resultado de rápidas mutaciones respecto de aquél para el cual, en realidad, se diseñó esta solución.

Cabe preguntarse, por todo ello, si la autonomía de la voluntad conflictual limitada sigue siendo la solución más satisfactoria en la actualidad marcada, como se ha visto, por un nuevo contexto multicultural. ¿La limitación de la autonomía de la voluntad está en la actualidad justificada? ¿las conexiones nacionalidad o residencia, siempre y en todas situaciones, conducirán a la aplicación de la ley más próxima y previsible?

El análisis de dos normas de conflicto que introducen la autonomía de la voluntad limitada es el campo de prueba idóneo para examinar si ésta ya clásica «autonomía de la voluntad conflictual limitada» sigue siendo idónea o no. En este último caso deberá analizarse si la Ciencia de los Conflictos de leyes debería evolucionar a un estadio mayor de libertad individual en la elección de la ley aplicable en el ámbito familiar y, más en concreto, en el ámbito de las relaciones horizontales de familia.

## **2.2. Avance «contenido» de la autonomía de la voluntad**

### **2.2.1. Ley aplicable a los efectos del matrimonio: art. 9.2 CC**

El art. 9.2 del CC español, fruto de la reforma operada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre<sup>26</sup>, puso fin en el Derecho internacional privado español a la regulación diferenciada de las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges a las que se dedicaron los anteriores preceptos: arts. 9.2 y 9.3<sup>27</sup>. Con ello se terminaban los problema de calificación que había generado esa distinción artificial, por cuanto como bien señalara Mariano Aguilar Benítez de Lugo<sup>28</sup> «una separación tajante entre la dimensión personal y patrimonial del matrimonio no es posible. El patrimonio familiar está al servicio de la realización personal del grupo».

A esta virtualidad de la norma, que fue bien acogida por la doctrina, hay que añadir la eliminación por siempre jamás de una conexión discriminatoria y muy persistente, pues sobrevivió en el CC hasta el año 1990. Me refiero a la conexión nacionalidad del marido. El actual art. 9.2 CC contiene cuatro criterios de conexión jerárquicamente ordenados, siendo la autonomía de la voluntad limitada la primera conexión subsidiaria.

---

<sup>26</sup> BOE de 18 de octubre de 1990.

<sup>27</sup> Título preliminar de 1974.

<sup>28</sup> AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., «Los efectos del matrimonio», en VVAA, *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 149.

La opción de Derecho introducida en la norma se alinea con la recomendación aprobada por el IDI en su sesión de El Cairo de 1987 sobre la «Dualidad de los principios de nacionalidad y domicilio en Derecho internacional privado». Sigue, asimismo, la estela de la autonomía de la voluntad consagrada en el Convenio de La Haya de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales (arts. 3 y 6) del que España no es Estado parte.

La inclusión de la autonomía de la voluntad no sólo en el ámbito de los efectos económicos del matrimonio (art. 9.3) sino en el ámbito de los efectos personales (art. 9.2), constituyó todo un hito en la Historia del Derecho internacional privado español, al ser la primera vez que se incluía tal previsión, tal y como indica Elena Zabalo Escudero<sup>29</sup>.

Desde la perspectiva del avance de la autonomía de la voluntad en todas las esferas del Derecho, esta previsión fue valorada muy positivamente<sup>30</sup>. No obstante, un análisis más profundo del precepto pone de relieve lo que la práctica ha demostrado: la penetración de la autonomía de la voluntad con la configuración dada por el art. 9.2 CC, limita su virtualidad a una esfera cuasi-teórica<sup>31</sup>.

Cuando un matrimonio decide intervenir activamente en la regulación de su régimen económico matrimonial, lo hace a la luz del precepto que regula especialmente esta posibilidad, art. 9.3 CC. Conforme a él, celebrarán capitulaciones matrimoniales. En raras ocasiones se recurre al art. 9.2 CC que queda reservado, en realidad, a la determinación de la ley aplicable a los efectos personales del matrimonio, como ya pusiera de relieve Miguel Ángel Amores Conradi<sup>32</sup>.

Por otro lado, las condiciones que exige el art. 9.2 CC para determinar la ley aplicable a los efectos del matrimonio no vienen a facilitar la elección. El precepto exige que los cónyuges no posean la misma nacionalidad, que las partes decidan la elección de la ley antes de la celebración del matrimonio y que lo hagan en documento auténtico.

Es evidente el estatismo temporal al que conduce la obligación de realizar la elección antes del matrimonio. No se permite así una adaptación de la

<sup>29</sup> Véase ZABALO ESCUDERO, E., «Autonomía de la voluntad, vecindad civil y conflictos de leyes internos», *op. cit.*, nota 4, pp. 455-457.

<sup>30</sup> Así por ejemplo S. Sánchez Lorenzo señaló a este precepto como uno de los ejemplos más progresistas de lo que denominó «reprivatización del Derecho internacional privado», «postmodernismo y Derecho internacional privado», en *REDI*, 1994, pp. 581 y ss., en concreto p. 574 y «Postmodernismo e integración en el Derecho internacional privado de fin de Siglo», en *VVAA, Cursos de Derecho Internacional Vitoria-Gasteiz*, 1996, Universidad del País Vasco, en concreto pp. 166-167. En el mismo sentido JAYME, E., «Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne», *Recueil des Cours*, 1996, pp. 152-153.

<sup>31</sup> Para un análisis de esta cuestión, véase DIAGO DIAGO, M.<sup>a</sup> P., *Pactos o capitulaciones matrimoniales en Derecho internacional privado*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1999, pp. 291-297.

<sup>32</sup> AMORES CONRADI, M., «Efectos del matrimonio», en *VVAA, Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, Eurolex, 1995, en concreto p. 348. En el mismo sentido y entre otros ESPINAR VICENTE, J. M., *El matrimonio y las familias en el sistema español de Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1996, en especial pp. 301-302.

vida matrimonial a las circunstancias que podrían sobrevenir a lo largo de su vida en común. Pero a lo que aquí interesa, resulta especialmente llamativo el que se impida la elección de ley a los cónyuges que tengan la misma nacionalidad. El rechazo de la autonomía de la voluntad en estos supuestos (extensivos vía art. 16 CC a los cónyuges que tengan la misma vecindad civil en la dimensión interna<sup>33</sup>) fue objeto de una crítica general por parte de la doctrina<sup>34</sup>, que reclamaba la autorregulación por los cónyuges sin este tipo de limitación.

Obsérvese que tal previsión no sólo coarta la libertad de los cónyuges a la hora de determinar la ley aplicable a los efectos de su matrimonio, sino que engendra soluciones que pueden entrañar lejanía con la organización y el desarrollo de la vida matrimonial. Piénsese en el supuesto de matrimonios de extranjeros, sin ánimo de retorno, que presentan un importante grado de asimilación a la sociedad española y que desearían ajustar los efectos de su matrimonio al Derecho material español. La norma no lo permite.

La conexión principal «nacionalidad común» cierra, en realidad, la posibilidad de integración de inmigrantes que residen en España y que si no tienen otra conexión con nuestro país, necesitarán diez años de residencia legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición de nacionalidad española, para conseguirla<sup>35</sup>. Esta conexión, como se ha visto, puede ser ineficiente en muchos casos.

Cuando la norma de conflicto determina que los *efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo*, podría pensarse que con esta primera conexión se está protegiendo al máximo la identidad cultural de los esposos, y que tal norma es la más cercana a la pareja, pero esto, como se acaba de ver, puede no ser así. De hecho, no lo será tampoco en otro tipo de supuestos referidos a nacionales que ya han adquirido la nacionalidad española y que residen en nuestro país.

Será el caso, significativamente, de marroquíes que ya tienen la nacionalidad española, pero que conservan su identidad religiosa musulmana. Con el dato añadido de que la renuncia a la nacionalidad marroquí que tuvieron que hacer para adquirir la nacionalidad española no será operativa para el Derecho marroquí (necesita que se le autorice por Decreto a perder la nacio-

---

<sup>33</sup> Respuestas distintas a situaciones equivalentes. Véase ZABALO ESCUDERO, E., «Autonomía de la voluntad, vecindad civil y conflictos de leyes internos», *op. cit.*, nota 4, pp. 455-457.

<sup>34</sup> Véase por todos BORRÁS, A., «Non discrimination à cause de sexe: modification du droit international privé espagnol», *Revue Critique de Droit International Privé*, 1991, en concreto p. 629, en el mismo sentido «La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe», en VVAA, *El Islam jurídico y Europa*, Barcelona, Icaria, 1998, en especial pp. 174-175.

<sup>35</sup> J. Carrascosa González pone un ejemplo que ilustra muy bien cómo la aplicación de la ley nacional común de los cónyuges puede resultar ineficiente en algunos casos «Así, sujetar imperativamente al Derecho senegalés el régimen económico matrimonial de una pareja de senegaleses casados y con residencia habitual en España desde hace ocho años, profundamente occidentalizados, y que no piensan regresar a Senegal, país en donde ya sólo cuentan con familia lejana y donde no poseen bienes, comporta unos costes conflictuales totalmente injustificados para tales cónyuges», CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes y Teoría Económica*, Madrid, Colex, 2011, p. 173.

nalidad marroquí<sup>36</sup>). Lo mismo ocurre con segundas, terceras y posteriores generaciones de inmigrantes marroquíes que ya nacen con la nacionalidad española, manteniendo, no obstante, una fuerte conexión con su país de origen y una manifiesta identificación con sus modelos de vida familiares.

El art. 9.2 CC representa un supuesto más, de preponderancia de la nacionalidad como «conexión fuerte» del Derecho internacional privado español. Ahora bien, si el art. 9.2 CC hubiera optado por la preponderancia de la conexión residencia, el resultado hubiera sido el mismo o incluso peor. Basta pensar en los supuestos de cónyuges que tienen en España su residencia habitual, pero conservan la nacionalidad de su país de origen y mantienen fuertes lazos con él, así como un claro deseo de retorno. La asimilación «forzada» no es la mejor solución desde la perspectiva de una sociedad plural<sup>37</sup>.

Todo ello pone de relieve la oportunidad que el legislador perdió, con la formulación del art. 9.2 CC, de introducir la posibilidad de elección de la ley aplicable, aun cuando los cónyuges tuvieran la misma ley personal común. La introducción de la autonomía de la voluntad conflictual como primera conexión hubiera permitido una mayor adaptación de la norma de conflicto a la realidad de la sociedad española, y a la realidad de las familias que viven en nuestro país.

Ahora bien, debe tenerse presente que las conexiones nacionalidad y residencia, si bien presuponen vinculación, no siempre conducen a aplicar la ley más vinculada con la vida matrimonial. Ésta puede presentar una mayor identificación con otra norma que los cónyuges conocen y que se inserta dentro de su esfera de dominio legal, y respecto de la cual ajustan su comportamiento, al margen de lo que el art. 9.2 CC pueda indicar.

El ejemplo de los marroquíes musulmanes nacionalizados es una muestra de ello, pero lo mismo podría ocurrir, verbigracia, con nacionalizados británicos, rumanos, italianos, etc. En ocasiones aquéllos adquieren la nacionalidad española pero mantienen una fuerte vinculación con su país de origen, ajustando *de facto* su modelo matrimonial y familiar a aquel sistema. La autonomía de la voluntad conflictual limitada no permitirá otra selección de normas y, por tanto, deja sin solución satisfactoria a situaciones que no por ser menos numerosas, merecen desatención, máxime cuando generan el caldo de cultivo para la producción de los denominados, por la Profesora Borrás, conflictos ocultos<sup>38</sup>. No se trata de conflictos internacionales en sentido

---

<sup>36</sup> Ley de nacionalidad marroquí publicada en el Decreto Real 01/07/80 de 3 de rabi' I de 1428/23 de marzo de 2007 y publicada en el *Boletín Oficial*, 5514 de 5 de abril de 2007. De acuerdo con el art. 19, perderá la nacionalidad marroquí. El marroquí mayor de edad que adquiera, voluntariamente, en el extranjero otra nacionalidad y que se le haya autorizado por Decreto, a renunciar a la nacionalidad marroquí.

Véase RUIZ-ALMODÓVAR, C., «Breve estudio de la Ley marroquí de nacionalidad y traducción del árabe», *BIBLID* [0544-408X//1696-5868], 2010, 59, pp. 115-135.

<sup>37</sup> En realidad como bien señala Campiglio ni el modelo inglés ni el francés resultan satisfactorios a la prueba de los hechos, *op. cit.*, nota 19, p. 14.

<sup>38</sup> BORRÁS, A., «Les ordres plurilégislatifs dans le droit international privé actuel», *Recueil des Cours*, vol. 249, 1994-V, pp. 145-368; *id.*, «La sociedad europea multicultural: la integración del mundo árabe», *op. cit.*, nota 34, pp. 23-43.

estricto ni de conflictos internos generados en el seno de un Estado plurilegislativo, pero tienen características de ambos y requieren de un tratamiento diferenciado y de una atención especial.

### **2.2.2. Elección de ley aplicable a la separación y al divorcio: art. 5 Reglamento 1259/2010**

El Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre, establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial<sup>39</sup>. Este Reglamento nace con una limitación espacial en su ámbito de aplicación inédita, hasta ahora, en el desarrollo de la legislación de Derecho internacional privado de la Unión Europea. Dieciséis Estados miembros han hecho aplicable este Reglamento de carácter universal. Grecia ha confirmado su participación y le será aplicable a partir de julio de 2015<sup>40</sup>. Esta limitación ha llevado a parte de la doctrina a plantear serias dudas acerca de la virtualidad del mismo<sup>41</sup>. No obstante, lo que aquí interesa es el análisis de la autonomía de la voluntad conflictual limitada que este Reglamento consagra a través de lo preceptuado en su art. 5.

Es así como, por primera vez, en Derecho internacional privado de la Unión Europea se propicia el que sean los cónyuges los que puedan determinar la ley aplicable a su separación o divorcio<sup>42</sup>. Ello, como pone de manifiesto el Considerando 16, tiene especial trascendencia, puesto que «es importante que los cónyuges puedan elegir como ley aplicable a su divorcio o separación judicial la de un país con el que tengan una vinculación especial, o la ley del foro». Se amplía, por tanto, el margen de libertad personal de los cónyuges para solucionar las relaciones matrimoniales fallidas, si bien con limitaciones. Margen que se alinea con la propia libertad personal que tiene cada uno de los futuros cónyuges para crear tales relaciones.

<sup>39</sup> Respecto al impacto de esta normativa en nuestro ordenamiento SABIDO RODRÍGUEZ, M., «La nueva regulación del divorcio en la Unión Europea. Su proyección en el Derecho internacional privado español», *RDCE*, núm. 45, mayo/agosto 2013, pp. 499-534. Véase también CAMPUZANO DÍAZ, B., «El Reglamento (UE) núm. 1259/2010, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial», *RDCE*, mayo-agosto 2011, núm. 39, p. 561.

<sup>40</sup> En el momento de finalización de este estudio, estos países son: Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia y Lituania (a partir de 22 de mayo de 2014). Respecto de la incorporación de Grecia, véase la Decisión de la Comisión de 27 de enero de 2014; *DOUE* 28 de enero de 2014.

<sup>41</sup> Véanse entre otros VIARENGO, I., «Il regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti», *Riv. dir. int. pre. proc.*, 2011, núm. 3, en concreto p. 603, o HAMMJE, P., «Le nouveau règlement (UE) núm. 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en ouvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Revue Critique de Droit International privé*, 2011, p. 294. Muy crítico en general con el Reglamento, FIORINI, A., «Rome III - Choice of Law in Divorce: Is the Europeanization of Family Law Going Too Far?», *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2008, pp. 178-205.

<sup>42</sup> Téngase en cuenta el art. 19.1 del Reglamento dedicado a la relación con Convenios internacionales existentes. Por tanto, prevalecerán sobre el Reglamento Convenios como el franco-marroquí de 10 de agosto de 1981.

Anteriormente, otros ordenamientos ya habían aceptado la autonomía de la voluntad limitada en este ámbito. Es el caso del Derecho internacional privado italiano, belga u holandés y son muchos los apoyos doctrinales que recibe tal opción. Deben destacarse, sin embargo, las reticencias manifestadas por el Grupo Europeo de Derecho internacional privado (en adelante GEDIP) en su décimotercera reunión (Viena, 2003)<sup>43</sup> a admitir la autonomía de la voluntad como conexión principal, tal y como ha acogido finalmente el Reglamento 1259. Su postura era, no obstante, favorable a aceptar la autonomía de la voluntad limitada a título subsidiario.

Las razones aludidas para ello son de diversa índole y no dejan escapar las consecuencias que se pueden derivar de que la elección se haga a favor de una ley que acepte «otras concepciones de ruptura matrimonial». Así se indica que *«l'introduction du principe de l'autonomie de la volonté risque de privatiser l'institution familiale, alors que le divorce concerne non seulement des intérêts privés mais aussi l'intérêt général. En outre, la convergence des droits nationaux du divorce demeure très partielle, non seulement au sein de l'Union européenne mais à plus forte raison avec les pays tiers. Permettre le choix de la loi applicable au divorce, c'est permettre le choix d'une loi qui limite les possibilités de divorce ou qui ne connaît que la répudiation. Cela risque de provoquer un recours fréquent à l'exception d'ordre public, en particulier dans des pays qui, comme la France, accueillent une population musulmane importante. A l'inverse, le choix des parties pourrait naturellement s'orienter vers les lois les plus libérales, les autres étant vouées à disparaître. Enfin, les membres du Groupe relèvent qu'un choix —qui nécessite l'accord des deux parties— se réalisera très rarement en pratique et risque même d'envenimer le contentieux du divorce. L'introduction du principe de compétence de la loi choisie par les parties risque ainsi de compliquer le divorce et d'en augmenter le coût»*.

La referencia al «interés general» quizás resulte en la actualidad extemporánea. Obsérvese que tal interés conecta con una cierta concepción protectora de la familia, en la cual la consideración mayor la tenía la propia comunidad familiar, por encima, incluso, de la consideración del individuo. En estos momentos los diferentes ordenamientos materiales reflejan una clara contractualización del Derecho de familia, correlativa a un debilitamiento de la intervención del Estado. El protagonismo se devuelve a los cónyuges y la vía para ello es la penetración de la autonomía de la voluntad.

Así las cosas, habría que concretar cuál es, en realidad, ese interés general en el ámbito internacional privatista, cuando ni siquiera existe un concepto autónomo de familia ni aun de matrimonio<sup>44</sup> y cuando en el ámbito material se encuentra ciertamente diluido. Téngase en cuenta todas las dificultades que para el Reglamento ha supuesto la misma heterogeneidad en la concep-

<sup>43</sup> Disponible en <http://www.gedip-egpil.eu/reunionstravail/gedip-reunions-13t.html>.

<sup>44</sup> FISCHER-ACHOURA, E., «Una contribution à l'utilisation harmonieuse des instruments internationaux relatifs aux conflits de lois», *Revue de Droit International et de Droit Comparé*, 3/2011, pp. 471 y ss., en concreto p. 480.

ción de unión matrimonial entre los diferentes Estados de la Unión Europea; así como las dificultades en el reconocimiento de tales uniones en países que no conocen el matrimonio entre personas del mismo sexo y los consiguientes obstáculos a la libre circulación.

No pasan, por otro lado, desapercibidos al GEDIP los problemas que podría acarrear la posible elección de una ley de inspiración islámica, de cara a desencadenar el recurso reiterado a la excepción del orden público internacional. Esta cuestión, también, es objeto de preocupación en el marco del Reglamento, que trata de resolverla a través de un mecanismo distinto: la exclusión directa de la ley aplicable, cuando no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial. En estos supuestos se aplicará la ley del foro, tal y como dispone el art. 10 del Reglamento.

Este precepto podría producir efectos colaterales claramente perjudiciales para la mujer, cuando ella está de acuerdo en la aplicación de una ley que, aun discriminatoria, le beneficia, pues tal decisión producirá efectos en su país de origen y, por tanto, podrá de nuevo contraer matrimonio<sup>45</sup>. Baste ahora introducir una reflexión y es que ordenamientos como el marroquí no podrían ser objeto de exclusión directa, pues al igual que otros muchos ordenamientos de corte islámico conocen la disolución del matrimonio a través de la institución del divorcio.

A su vez, ésta presenta diversas modalidades como por ejemplo el divorcio por disensión (arts. 94 a 97 de la *Mudawwana*) que podrá ser solicitado por cualquier de los cónyuges, si el otro persiste en el incumplimiento de los deberes recíprocos entre ellos, prescritos en el art. 51 del Código de familia marroquí. Otra de las modalidades es la disolución del matrimonio por mutuo acuerdo. Ambos esposos pueden ponerse de acuerdo para disolver su matrimonio sin condiciones (art. 114)<sup>46</sup>.

Una exclusión de plano y automática de la elección de la ley aplicable por los cónyuges, cuando se trate, por ejemplo, del Derecho marroquí, no debería ser, por tanto, posible<sup>47</sup>. Diferente es que el supuesto concreto responda a

---

<sup>45</sup> Esta cuestión se ha planteado en numerosas ocasiones en la doctrina y en la práctica. Para un acercamiento, QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Limitaciones infundadas al *Ius nubendi*: repudio revocable» en VVAA, *Derecho Registral Internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Moreno*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 302-303 y BOUCHARÉB CASSAR, H., *Conséquences des ruptures conjugales entre Nord et Sud de la Méditerranée*, París, L'Harmattan, 2012.

<sup>46</sup> O con condiciones que no sean incompatibles con las disposiciones del Código y no perjudiquen los intereses de los niños.

<sup>47</sup> Salvo que se declare abiertamente que tal ley no es conforme a los Derechos Fundamentales reconocidos en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (según la prescripción que realiza el Considerando 16) lo cual requeriría de matizaciones, dada la complejidad de la norma y de una fundamentación precisa. La institución más polémica, el *talaq*, puede ser solicitado tanto por el esposo como por la esposa e interviene la autoridad judicial en el procedimiento. La disolución del matrimonio por mutuo acuerdo y por disensión puede ser solicitado ante el juez tanto por el hombre como por la mujer. Una declaración tal generaría, además, múltiples situaciones claudicantes, habida cuenta del numeroso colectivo de marroquíes que tienen su residencia habitual en un



modalidades de disolución del matrimonio, que implique desigualdad de acceso al divorcio por razón de sexo. Pero para que la exclusión operase debería constar claramente el tipo de divorcio por el que han optado los cónyuges, siendo insuficiente para su rechazo la sola elección del Derecho marroquí como ley aplicable al divorcio, pues, como se ha visto, la norma puede ser perfectamente conforme a los Derechos fundamentales reconocidos en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

De ahí que sea conveniente que el Reglamento 1259 haya mantenido la cláusula de excepción del orden público internacional, pues éste deberá operar a la luz de las circunstancias del caso concreto (art. 12). Pero, además, lo hará de manera excepcional, es decir, cuando la aplicación de la ley (sea elegida por las partes o no) resulte manifiestamente incompatible con el orden público del foro. Sólo desde esta concepción puede comprenderse la compatibilidad entre la exclusión directa del art. 10 y la cláusula de orden público internacional del art. 12. Precisamente porque la primera no es expresión de la segunda.

Debe recordarse, en este punto, que la excepción del orden público internacional opera cuando el resultado de la aplicación del Derecho extranjero produce una externalidad negativa en la sociedad del foro. No es el contenido del Derecho extranjero el que provoca la externalidad, sino el resultado de su aplicación<sup>48</sup>. El art. 10, diseñado para excluir una norma por su contenido, no puede ser, por tanto, interpretado como una mera aplicación «adelantada» de la cláusula general de orden público internacional<sup>49</sup>.

En definitiva, la elección de ley aplicable podrá referirse a un ordenamiento que conozca la institución del divorcio, con acceso en igualdad de condi-

---

Estado miembro participante en el Reglamento 1259 y que mantiene fuertes lazos de unión con su país al cual pueden retornar.

<sup>48</sup> Véase este extremo y fundamentos doctrinales del mismo en CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Orden público internacional y externalidades negativas», *BMJ*, núm. 2065, pp. 5-32.

<sup>49</sup> Si bien hay autores que consideran que se trata de una aplicación rígida de la cláusula general de orden público internacional, véase VAQUERO LÓPEZ, C., «Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial: ¿una solución materialmente orientada hacia la libertad personal, la igualdad de los cónyuges y el *favor divortii*?», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2011, t. XI, pp. 957-980, en concreto p. 972 y otros autores aluden al carácter redundante de ambos preceptos, véanse HAMMJE, P., «Le nouveau règlement (UE) núm. 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *op. cit.*, nota 41, pp. 230-338, que en referencia a los arts. 10, 12 y 13 señala «*l'on se demande si toutes ces préoccupations n'auraient pas pu prendre place dans le cadre d'une seule classique classe d'ordre public, car même si elles traitent d'aspect différents, elles répondent à une mécanique similaire*»; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. A., *El Divorcio internacional en la Unión Europea (jurisdicción y Ley aplicable)*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pp. 82-83, y ARENAS GARCÍA, R., «Algunas propuestas de regulación de las crisis matrimoniales internacionales», en VVAA, *Estudios de Derecho de familia y sucesiones (Dimensiones interna e internacional)*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 2009, pp. 39-64, indica que «la propuesta del Parlamento Europeo carece de justificación específica, pero no es inocente, puesto que la cláusula de orden público contenida en el art. 20 *sexies* propuesto por la Comisión tiene un cariz claramente restrictivo, a diferencia de las previsiones propuestas en las enmiendas 25 y 30. Hubiera sido, quizás, conveniente, haber desarrollado las causas que justifican esta regulación específica del orden público en los supuestos de regulaciones discriminatorias contra alguno de los cónyuges», p. 60.

ciones para ambos cónyuges, aunque también contenga otras modalidades de ruptura matrimonial diferentes, siempre y cuando sólo se designe la ley aplicable sin más consideraciones, pues no será correcto en estos casos afirmar que la ley aplicable no concede a uno de los cónyuges por motivos de sexo la igualdad de acceso al divorcio, porque puede sí concederlo.

La exclusión, no obstante, deberá operar si con la elección de la ley aplicable se especifica la modalidad elegida por los cónyuges y ésta se encuadra dentro de la exclusión del art. 10 o, directamente (y éste será el caso principal), cuando la ley designada sólo conoce supuestos discriminatorios de acceso al divorcio, por razón de sexo. Se debe insistir, no obstante, como muy bien señala Borrás, en que este precepto constituye un control de la ley extranjera, sobre la idea de la no discriminación, «*qui devra être interprétée par la Cour de Justice dans ce contexte spécifique*»<sup>50</sup>.

Cuestión diferente será que, en el caso concreto, la aplicación de la norma elegida por las partes genere externalidades negativas y su aplicación sea manifiestamente incompatible con el orden público del foro, entonces esta excepción desplegará sus efectos. La conexión «fuerte» en el Reglamento es la autonomía de la voluntad y su espíritu no se debe pervertir con base a perjuicios, en ocasiones, faltos de fundamentación.

Pero además, esta misma argumentación debe mantenerse ante el peligro que el GEDIP apuntaba y que se trata de un peligro cierto, a la inversa del estudiado aquí. Me refiero al hecho de que los cónyuges orienten su elección a leyes más liberales o permisivas al divorcio. No cabe duda de que el Reglamento hace inevitable el *favor divortii*<sup>51</sup>, aun cuando sólo sea para hacer efectiva la libre circulación de personas. Tampoco existen dudas de que muchas parejas quieren una ruptura rápida de su unión matrimonial, lo cual a veces es harto difícil debido a las condiciones que establecen diferentes Derechos materiales de países de la Unión Europea.

Es previsible, en consonancia con lo anterior, que la elección de ley se oriente a la selección de aquella que les proporcione un divorcio más rápido, menos costoso<sup>52</sup> y traumático. Bastará un análisis de las normas que son accesibles a la elección de los cónyuges, para saber cuál de ellas responderá mejor a sus expectativas. El Considerando 17, precisamente, resalta la importancia de que los cónyuges tengan acceso a información actualizada, sobre los principales aspectos de la legislación nacional. El Considerando 18, a su

---

<sup>50</sup> BORRÁS, A., «Introduction générale», en VVAA, *Droit Européen du divorce. European divorce Law. Travaux du CREDIMI*, vol. 39, 2013, pp. 1-25, en concreto p. 21. Sobre este precepto véase también GAUDEMET-TALLON, H., «Le divorce international depuis de la communication de Patrick Courbe au Comité français de Droit international privé», en VVAA, *Le droit entre tradition et modernité. Mélanges à la mémoire de Patrick Courbe*, París, LGDJ, 2012, pp. 250 y ss., en especial p. 264.

<sup>51</sup> POCAR, F., «Osservazioni a margine della proposta di regolamento sulla giurisdizione e la legge applicabile al divorzio», en VVAA, *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milán, Giuffrè Editore, 2007, p. 276.

<sup>52</sup> En que no haya necesidad de un periodo previo de separación, véase VIARENGO, I., *op. cit.*, nota 41, p. 615.

vez, insiste en que la elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del Reglamento.

Nada podrá objetarse, por tanto, a la elección de la ley más liberal de aquellas que podrían ser objeto de elección, según las circunstancias del caso concreto. Ello es así porque concurrirán las conexiones que han sido designadas por el Reglamento como índices de vinculación especial y los cónyuges elegirán (de manera informada) en función del contenido de la norma<sup>53</sup>.

Ahora bien, un problema hace su aparición en este contexto, cuando tales conexiones son intencionalmente provocadas. Se trata del fantasma del «turismo divorcista». El art. 5 parece contenerlo al imponer la necesidad de residencia habitual en el momento de la celebración del convenio de los dos cónyuges o última residencia habitual en el momento de la celebración del convenio si uno de ellos aún reside allí. Pero no se establecen exigencias temporales que demuestren la residencia habitual, lo que hace más fácil el «forzarla»<sup>54</sup>. Pero además nótese que la exigencia es limitada a la residencia habitual de uno de los cónyuges, cuando lo que se elige es la ley del foro, pues aquélla es la condición establecida en el R. BII bis<sup>55</sup> para dar competencia a un Tribunal, a condición de que la demanda sea conjunta.

Bastará, por tanto, que los cónyuges presenten una demanda conjunta ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que sólo uno de ellos tenga su residencia habitual, para que la ley del foro sea aplicable. Únicamente tienen que convenirlo así, a más tardar en la fecha en la que se interponga la demanda [art. 5.1.d)]. Este comportamiento «oportunista», en realidad sería difícil de detectar y vendría a engrosar el fenómeno más generalizado de elección de leyes más liberales en esta materia.

El contexto amplio de la Unión Europea y de su normativa en Derecho internacional privado, en el ámbito que nos ocupa, requiere tan sólo (en el supuesto planteado) de un elemento de heterogeneidad: la residencia habitual de uno de los cónyuges. Parece imposible evitar la atracción que el juego de la autonomía de la voluntad permite, respecto de los cónyuges que ven con deseo la aplicación de normas orientadas al *favor divortii*, aunque su relación

<sup>53</sup> Lo que se pone de manifiesto en uno de los ejemplos utilizados en el Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio [documento COM(2005) 82 final, Bruselas, 14 de marzo de 2005, en concreto punto 2.2]. Ejemplo 2: Pareja italiana que vive en Alemania. Una pareja de nacionalidad italiana vive en Múnich desde hace veinte años y se siente perfectamente integrada en la sociedad alemana. Cuando sus hijos se van de casa, la pareja decide divorciarse de mutuo acuerdo. Quisieran divorciarse según la legislación alemana, que es con la que se sienten más vinculados y que solamente requiere un año de separación en casos de divorcio de mutuo acuerdo, en lugar de los tres exigidos por la legislación italiana. El nuevo Reglamento de Bruselas II permite a los cónyuges solicitar el divorcio tanto en Alemania como en Italia. Sin embargo, como las normas de conflicto de leyes alemanas e italianas se basan, en primer lugar, en la nacionalidad común de los cónyuges, los órganos jurisdiccionales de ambos países aplicarían la legislación italiana sobre divorcio.

<sup>54</sup> El GEDIP advierte de ello «*A propos de la loi de la dernière résidence habituelle commune, le Groupe convient qu'une précision temporelle ou spatiale doit être apportée. Il faudrait ainsi assortir la compétence de cette loi d'une durée ou d'une condition de résidence actuelle de l'un des époux. La première solution a la préférence du Groupe*», *op. cit.*, nota anterior.

<sup>55</sup> Reglamento núm. 2201/2003; DOUE 23 de diciembre de 2003.

matrimonial sea puramente interna. Ello, por mucho que tales normas no se encuentren en la órbita de las condiciones culturales y jurídicas del país del cual son nacionales y tienen su residencia habitual<sup>56</sup>. Tal proximidad sería por ellos, con gusto, desplazada a cambio de la aplicación de una norma que les facilite su disolución matrimonial, aunque no les corresponda<sup>57</sup>.

Si bien es cierto que, como recuerda Ilaria Viarengo<sup>58</sup>, el Reglamento se diseñó sólo para procesos matrimoniales en el ámbito internacional<sup>59</sup> y que sólo se aplica a las situaciones que impliquen conflictos de leyes, nada impide, en realidad, que de manera artificial una situación interna se convierta en internacional. Como se acaba de demostrar, el que la elección del Derecho aplicable esté sometida a límites no es suficiente obstáculo.

Corresponde ahora analizar cuáles son los límites que introduce el art. 5. Los cónyuges pueden elegir hasta cinco normas diferentes, dependiendo de las circunstancias que concurran en el supuesto concreto. El margen de elección, por tanto, es amplio. No obstante, no cubre todas las posibles normas con las cuales los cónyuges pueden tener estrecha vinculación, siendo ésta, como se ha visto, la motivación principal del legislador de la Unión Europea, para la pre-determinación de las normas objeto de elección.

La Propuesta de Reglamento<sup>60</sup> no deja dudas acerca del sentido de la limitación. Así afirma que «la norma propuesta se basa en primer lugar en la elección de los cónyuges. Esta elección está circunscrita a las leyes con las que el matrimonio presenta una estrecha vinculación para evitar la aplicación de leyes “exóticas” poco o nada vinculadas a los cónyuges»<sup>61</sup>. A partir de esta argumentación se excluyen otras opciones como la posible elección

<sup>56</sup> Véase entre otros CALÓ, E., «L'influence du droit communautaire sur le droit de la famille. Droit communautaire et droit de la famille», en VVAA, *Mélanges en l'honneur de Mariel Revillard*, París, Deffois, 2007, pp. 52-76.

<sup>57</sup> Valga como ejemplo el siguiente: matrimonio fallido italiano que quiere poner fin a su matrimonio, sin tener que esperar los tres años de separación exigidos por la legislación italiana. Conviene en que uno de los cónyuges traslada su residencia a España, alquila un apartamento, se empadrona y deja pasar un tiempo para instar ante los Tribunales españoles una demanda conjunta de divorcio [art. 3.1.a) Bruselas II bis]. Previamente han celebrado un convenio por el que designan como ley aplicable la ley del foro, esto es, la española [art. 5.1.d) R. 1259]. El divorcio lo consiguen en un tiempo récord, produciéndose posteriormente el reconocimiento de la resolución en Italia, cosa que sería imposible si no hubieran «internacionalizado artificialmente» su situación.

<sup>58</sup> I. Viarengo acierta al insistir en que el carácter internacional no se puede derivar de la elección de ley porque no se admite una elección total de ley, VIARENGO, I., «El regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti», *op. cit.*, nota 41, en concreto p. 606.

<sup>59</sup> Considerando 29.

<sup>60</sup> Documento COM(2006) 399 final, Bruselas, 17 de julio.

<sup>61</sup> Argumento que se repite en el Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio» [Documento COM(2005) 82 final, Bruselas, 14 de marzo, pp. 7-8], en especial punto 3.3: «Dejar a las partes una opción ilimitada podría dar cabida a la aplicación de una legislación “exótica” con la que las partes tengan escasa o nula vinculación. Por tanto, parecería preferible restringir la elección a determinadas legislaciones con las que los cónyuges estén estrechamente vinculados (por ejemplo, la nacionalidad de uno o ambos cónyuges, la última residencia habitual común o la «*lex fori*»). Una posibilidad sería restringir la elección a la legislación del Estado del foro (*lex fori*), para asegurar que no se obligue a los órganos jurisdiccionales a aplicar una legislación extranjera».

de la ley de la residencia actual de cualquiera de los cónyuges cuando, una vez rota la relación, se establecen cada uno en Estados diferentes, distintos de aquel en el que tuvieron su residencia habitual. Esta norma sólo podrá ser elegida si coincide con la del Tribunal competente para conocer del asunto, tal y como se ha expuesto y vía art. 5.1.d) al ser la ley del foro. Pero si es otro el Tribunal competente no cabe la elección de tal ley, cuando es evidente su conexión con los cónyuges.

Resulta igualmente interesante detenerse en la exclusión de la conexión celebración del matrimonio. La misma parece fundarse en la poca vinculación que puede presentar con el matrimonio y sus cónyuges cuando, en ocasiones, es elegida por motivos que nada tienen que ver con la proximidad. Existe en este caso todo un negocio dedicado a la organización de bodas en lugares «con encanto» para los novios, que son elegidos por diversos motivos ajenos, todos ellos, a la residencia que luego tendrán los cónyuges o al país de su nacionalidad.

Pues bien, con ser cierta esta apreciación, se olvida otro fenómeno muy habitual que protagonizan segundas y posteriores generaciones de inmigrantes procedentes singularmente de países islámicos, que regresan a sus países de origen para celebrar en ellos sus matrimonios. Son las vacaciones de verano el momento elegido para contraer matrimonio conforme a sus tradiciones y cultura<sup>62</sup>. Posteriormente establecen su vida matrimonial en un país europeo y si no han adquirido la nacionalidad, con el tiempo, terminan adquiriéndola, conservando, en muchas ocasiones, una fuerte vinculación con sus países de origen.

En el caso en que su matrimonio resulte fallido no podrán elegir la ley de su país de origen como ley aplicable a su divorcio. Se encontrarán con graves problemas para obtener el reconocimiento del divorcio en su país, respecto del cual, como ya se ha señalado, puede que sigan siendo nacionales, aun cuando hayan adquirido otra nacionalidad y aun habiendo renunciado a ella (el caso significativo de los marroquíes). Surgen así situaciones claudicantes no deseables<sup>63</sup> que serán especialmente graves cuando uno de los cónyuges, o los dos, quieran regresar a aquel país o quieran celebrar nuevo matrimonio allí.

Esta posibilidad de elección, al igual que la anterior, aparece vetada a la autonomía de los cónyuges, pese a que en el caso concreto pueda demostrar-

<sup>62</sup> En muchas ocasiones se trata de jóvenes que se casan con connacionales que luego se instalan en el país de recepción, haciendo valer sus derechos de reagrupación familiar. En ocasiones los matrimonios son forzados y ello ha provocado alarma en países como Bélgica en el cual se editan folletos informativos que tratan de evitar este fenómeno. Véase FONDATION ROI BAUDOIN, «Tiempo de vacaciones: ¿tiempo para casarse?», <http://www.emploi.gob.es/es/mundo/Revista/Revista115/162.pdf>

<sup>63</sup> Como significativamente señala A. Rodríguez Benot «se debe pedir a los jueces y autoridades europeos una actitud de apertura hacia las realidades normativas de los países magrebíes, así como un esfuerzo en la constitución de situaciones o en la adopción de soluciones que no resulten claudicantes, con la salvaguarda en todo caso del principio de igualdad absoluta de todos ante la ley (que en nuestra Constitución se consagra en los arts. 14, 32 y 39)»; «El estatuto personal de los extranjeros procedentes de países musulmanes», *op. cit.*, nota 9, pp. 89-110, en especial p. 109.

se la vinculación a la que se refería el Considerando 16 del Reglamento; vinculación que se presupone sólo de las conexiones seleccionadas en el art. 5. Los motivos aducidos para no aceptar la autonomía total de la voluntad se centran, como ya se ha señalado, en el supuesto riesgo de que los cónyuges puedan elegir normas «exóticas» poco vinculadas a ellos. Esta argumentación, como se tendrá ocasión de exponer más adelante, es cuanto menos frágil y revela una clara desconfianza del legislador respecto de los cónyuges.

Como ocurría con el art. 9.2 del CC, la autonomía de la voluntad conflictual limitada, que ha introducido el Reglamento 1259, es un importante paso adelante. Aumenta la seguridad jurídica y la predictibilidad para los cónyuges<sup>64</sup> y puede incluso servir de incentivo para lograr divorcios de mutuo acuerdo (máxime cuando lo que los cónyuges desean es un divorcio rápido, poco costoso y lo menos traumático posible). Pero la limitación que introduce presenta claroscuros, pues no permite elegir todas las normas que presentan vinculación objetiva con los cónyuges. Además, alienta un posible turismo divorcista, y deja sin solución satisfactoria situaciones que podrían recibir mejor solución si los cónyuges pudieran optar por una ley diferente<sup>65</sup> y que al no ser posible pueden dar lugar a situaciones claudicantes.

### 3. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO MECANISMO DE FLEXIBILIZACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO E ÍNDICE DE MATERIALIZACIÓN: APROXIMACIÓN METODOLÓGICA

#### 3.1. Análisis económico del Derecho

El juego de la autonomía de la voluntad en el ámbito de las relaciones horizontales de familia puede ser examinado desde diferentes métodos de análisis científico. Probablemente ninguna aproximación metodológica sea infalible, de ahí que sea interesante y enriquecedor el análisis desde diferentes perspectivas, quizás no tan distantes, después de todo.

La aproximación metodológica más habitual al fundamento de la autonomía de la voluntad en el sector patrimonial procede desde después de la Segunda Guerra Mundial de una Escuela de Pensamiento de la doctrina jurídica de Estados Unidos: «Derecho y Economía». La metodología que ofrece la Teoría Económica del Derecho evalúa la adecuación de las normas jurídicas, en líneas generales, desde la perspectiva de la eficiencia<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Libro verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio [documento COM(2005) 82 final, Bruselas, 14 de marzo de 2005, pp. 7-8, en especial punto 3.3).

<sup>65</sup> La ley del Estado que presente los vínculos más estrechos, en este sentido véase ADAM MUÑOZ, M.<sup>a</sup> D., «¿Integración *versus* derecho a la identidad cultural? Un análisis desde la perspectiva del Derecho internacional privado», en VVAA, *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2009, p. 143.

<sup>66</sup> Perspectiva originada a partir del trabajo de COASE, R. H., *Le coût de droit*, París, 2000 (traducción francesa); COASE, R. H., «The problem of social cost», *Journal of Law and Economics*, 1960, pp. 1-44; WHINCOP, M. y KEYES, M., «Economic Analysis of Conflict of Laws in Torts Cases: Discrete and

Se considera eficiente la norma más cercana al supuesto de hecho, que será la más previsible y que entrañará los menores costes conflictuales. Es decir, la selección de tal norma para la solución del conflicto del que se trate, hará que la litigación se desarrolle al menor coste, siendo, por tanto, la norma más eficiente. Bien entendido que el significado de «eficiencia» no tiene una vertiente exclusivamente económica, sino que significa «bienestar»<sup>67</sup>, es decir, beneficio no sólo para los particulares sino para la sociedad en general.

El estudio de la autonomía de la voluntad desde los postulados de eficiencia señalados se ha centrado muy especialmente en el sector patrimonial: el Derecho mercantil internacional y el Derecho de los negocios internacionales<sup>68</sup>. Las inclusiones en el ámbito del Derecho internacional privado de la familia son, no obstante, escasas todavía, y más, en concreto, en nuestra doctrina<sup>69</sup>. Para aquel sector del Derecho se reserva un enfoque metodológico diferente, cuyo fundamento se encuentra en los Derechos humanos y más en concreto, en el principio de libertad individual<sup>70</sup>.

Sin embargo, nada impide, con las necesarias correcciones, abordar el examen de la conexión autonomía de la voluntad en el Derecho internacional privado de la familia, desde la mencionada perspectiva de la eficiencia como ya señalara Horatia Muir Watt<sup>71</sup> y como ya ha comenzado a hacerse en la doctrina<sup>72</sup>.

---

Relational Torts», en VVAA, *Economics of Conflict of Laws*, vol. I, Cheltenham, UK, Horthampton, MA, USA, 2007, pp. 492-517, y O'HARA, E. A., «From Politics to Efficiency in Choice of Law» en la misma publicación.

<sup>67</sup> MERCADO PACHECO, P., «La construcción teórica del análisis económico del Derecho», *Revista galega de Administración pública*, enero-abril 2002, núm. 30, pp. 15-43, en especial p. 19, nota [8] y el acercamiento al término «eficiencia» de PARETO, W., *Cours d'Économie politique*, Lausanne, Rouge, 1896, y *Manuale di Economia politica*, Milán, Libreria, 1906. Véase referencia y análisis en CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Conflicto de leyes y Teoría Económica*, op. cit., nota 35, en concreto pp. 25-26.

<sup>68</sup> Desde la perspectiva del Derecho internacional privado, véase entre otros VVAA, *Economic Analysis of Private International Law*, Mohr Siebeck, 2006; WHICOP, M. J. y KEYES, M., *Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws*, Aldershot, Ashgate, 2003.

<sup>69</sup> Por lo que respecta a la conexión ley nacional véase GUZMÁN ZAPATER, M., «Algunas variables económicas y el alcance de la ley nacional», *www.reei.org*, 2011, en especial pp. 1-2.

<sup>70</sup> S. Sánchez Lorenzo va más allá del análisis diferenciado al señalar que «... la razón de que la tendencia hacia la autonomía privada sea más fuerte en el ámbito no patrimonial y restrictiva en el patrimonial obedece a los distintos principios que la justifican en cada sector: así, podríamos adelantar que la autonomía conflictual, en el ámbito patrimonial, responde preferentemente a un principio de eficiencia económica, en tanto que los sectores no patrimoniales se asientan en un principio de libertad individual», SÁNCHEZ LORENZO, S., «El principio de libertad personal en el Derecho internacional de la familia», *Revista de Derecho Universidad de Granada*, 2001, 4, pp. 207-230, en concreto p. 217.

<sup>71</sup> MUIR WATT, H., «Aspects économiques du droit international privé», *RCADI*, t. 307, 2004, pp. 29-383. Véase en especial p. 161. Respecto a la extensión al Derecho de familia, véase por todos BECKER, G. S., *A Treatise on the Family*, Enlarged edition, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1991. Desde un enfoque general en la misma línea VIRGÓS SORIANO, M., «Intervención», en VVAA, *Principios, objetivos y métodos del DIPr. Balance y perspectivas de una década. IV Jornadas DIPr.*, Madrid, CESSJ, R. Carande, 1995, pp. 63-66, y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «La racionalidad económica del Derecho internacional privado», *Cursos de Derecho Internacional Vitoria-Gasteiz*, 2001, Universidad del País Vasco, pp. 88-154, en concreto p. 95.

<sup>72</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Teoría Económica y Conflictos de leyes», op. cit., nota 35, véase el apartado dedicado a «Criterios generales para la localización eficiente de las situaciones privadas internacionales», pp. 115-158.

De hecho el planteamiento de este análisis vertido sobre el Derecho material de familia ha dado lugar, desde hace tiempo, a interesantes desarrollos. Valga como muestra el estudio realizado sobre varios casos producidos tras la introducción en California en 1970 del divorcio no causal. A lo que parece se produjo una desprotección de la mujer casada, al reducirse las ganancias futuras, ya que no había compensación en caso de divorcio. Al desaparecer la causa, desaparecía la compensación. Parkman señaló en su estudio que el *non fault divorce* mejoró la naturaleza del divorcio causal (costoso e hipócrita), pero provocó la decisión de muchas mujeres de trabajar fuera del hogar y reducir el trabajo doméstico, generándose una disminución del bienestar de las familias<sup>73</sup>.

En el ámbito de los conflictos de leyes esta perspectiva metodológica conduce a afirmar, sin género de dudas, que la conexión autonomía de la voluntad debería ser la regla base del sistema de Derecho internacional privado; no sólo en el ámbito comercial como apuntara Francisco J. Garcimartín Alférez<sup>74</sup> sino también en el ámbito familiar internacional de las relaciones entre cónyuges. Ello por las siguientes razones:

Son los particulares los que disponen de una posición privilegiada para decidir qué norma les comportará los menores costes conflictuales. Ni el juez<sup>75</sup> ni el legislador pueden llegar a conocer las circunstancias particulares que concurren en el caso concreto. Cuando el segundo se aventura a limitar la autonomía de la voluntad a unas cuantas leyes, corre el riesgo real de dejar fuera otras con las que la situación presenta vinculación. Este hecho ya ha sido demostrado en este trabajo, tanto por lo que se refiere al art. 9.2 del CC español, como por lo que se refiriere al art. 5 del Reglamento 1259.

Las partes, cuando disponen de total libertad de elección, seleccionarán la ley aplicable entre aquellas que se encuentren dentro de su «esfera de dominio legal». En ocasiones, su elección se verá motivada por el contenido material concreto de la norma, lo que puede ocurrir especialmente en el ámbito de la separación y divorcio. En otras ocasiones, elegirán la norma más vinculada porque es aquella que mejor conocen (lo que ocurrirá especialmente en el ámbito de las relaciones económicas entre los cónyuges). Sea como fuere la elección de la ley aplicable, maximiza siempre los beneficios de los particu-

---

<sup>73</sup> E. Rocas Trias pone este ejemplo como consecuencia del planteamiento del análisis económico del Derecho que parte del axioma de que el hombre racional efectúa decisiones racionales. Véase este ejemplo junto con el que la autora dedica, también desde esta esfera, al ámbito de la relación con los hijos en *Libertad y familia*, op. cit., nota 3, pp. 34-38. En cuanto al estudio referido por la autora PARKMAN, A. M., *Good intentions Gone Away. Non-Fault Divorce and the American Family*, Nueva York, Oxford University Press, 2000, p. 7.

<sup>74</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «El régimen normativo de las transacciones privadas internacionales, una aproximación económica», *REDI*, vol. XLVII, 1995-II, pp. 11-41, p. 27, respecto del comercio internacional.

<sup>75</sup> Véase en este punto PAZ-ARES, C., «Principio de eficiencia y Derecho privado», en *VVAA, Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor M. Broseta Pont*, t. III, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995, pp. 2843-2900, en concreto p. 2847.



lares asociados al intercambio internacional y a la resolución de los litigios internacionales<sup>76</sup>.

La autonomía de la voluntad como «criterio eficiente de precisión de la ley aplicable»<sup>77</sup> proporciona seguridad jurídica, favorece la previsibilidad y, como se ha señalado, reduce costes conflictuales. Gracias a la flexibilización total que provoca en la norma de conflicto, se identificará de manera sencilla y estable la «mejor ley» la que implica, como repetidamente se ha señalado, los menores costes conflictuales. Esto no sería posible desde la rigidez de la norma de conflicto que, aun aceptando la autonomía de la voluntad, lo hace de manera limitada y artificial.

A salvo quedarán, por supuesto, los casos en los que necesariamente la autonomía de la voluntad debe limitarse. Esto ocurrirá, especialmente, en las relaciones jurídicas en las que exista una parte débil o en las que todos sean partes débiles. Obsérvese, sin embargo, que no será el caso de las relaciones entre cónyuges por existir una igualdad de base, entre ambos, garantizada por las diversas Constituciones, Declaraciones de Derechos Humanos y Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Esta apreciación es muy importante, pues está muy extendida la idea de que debe protegerse a los propios cónyuges de los peligros y deficiencias de su elección «imprudente». Recuérdese la argumentación mantenida en la propuesta de Reglamento 1259 según la cual la limitación de la autonomía encontraba su razón de ser en *garantizar la estrecha vinculación para evitar la aplicación de leyes «exóticas» poco o nada vinculadas a los cónyuges*. La elección de ley, como se ha tenido ocasión de señalar, es informada y los cónyuges no son «temerarios» que vayan a elegir normas que les perjudiquen. Este argumento de desconfianza hacía los cónyuges se torna débil, pero también lo es un enfoque apriorístico de protección de la mujer frente a las posibles imposiciones del marido, como justificación de una autonomía limitada.

A diferencia de lo que ocurre con relaciones asimétricas legalmente reconocidas (me refiero por ejemplo al estatus de consumidor pasivo, trabajador o asegurado y su especial tratamiento en el Reglamento Bruselas I y Roma I) la posible debilidad que en su caso pudiera tener la mujer a la hora de elegir con libertad la ley aplicable, no puede más que examinarse en relación con el caso concreto. La necesidad de protección de los sujetos en el ámbito matrimonial debe ser juzgada caso por caso, en lugar de forma genérica como

---

<sup>76</sup> J. Carrascosa González ilustra esta argumentación con un ejemplo que extrae del caso *Grunkin-Paul* (STJUE de 14 de octubre de 2008), «Si a la hora de imponer el nombre y apellidos al niño nacido en Dinamarca se hubiera ofrecido a las partes, en dicho país, la posibilidad de elegir la Ley aplicable al nombre del pequeño Leonhard Matthias, los padres habrían elegido la Ley danesa o la alemana según hubieran preferido que el hijo tuviera uno o dos apellidos (= decisión basada en el contenido de la Ley aplicable, pues tanto la Ley alemana como la Ley danesa estaban en la esfera de dominio legal de los sujetos implicados)», *op. cit.*, nota 35, pp. 117-118.

<sup>77</sup> Término empleado por CALVO CARAVACA, A. L., «La norma de conflicto del siglo XXI», en VVAA, *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, t. II, Madrid, Edisofer, 2005, pp. 1335-1374, en especial p. 1373.

ocurre, por ejemplo, en el Derecho comercial internacional<sup>78</sup>. En definitiva, ninguna de estas argumentaciones son idóneas para justificar una limitación de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, puesto que las relaciones presentan una clara simetría de origen entre las partes.

Pero además nótese que las relaciones del Derecho matrimonial internacional objeto de este estudio integran un sector jurídico claramente dispositivo. De ahí que la autonomía de la voluntad como punto de conexión de la norma de conflicto se haya aceptado, si bien de manera limitada, en las normas que regulan los efectos del matrimonio y en aquellas que regulan la separación y el divorcio. Lejos quedaron los planteamientos que justificaban límites basados en determinadas políticas públicas que deban lugar a normas imperativas del Estado. El Estado como agente interventor en las relaciones matrimoniales se encuentra en evidente retroceso, como ya se ha tenido ocasión de poner de relieve en este trabajo. Si bien todavía existen reminiscencias de estas argumentaciones en la legislación internacional privatista de determinados Estados.

De todo ello cabe concluir que los argumentos que reiteradamente se utilizan en el ámbito patrimonial para justificar la autonomía de la voluntad como conexión eficiente son igualmente aplicables al ámbito que nos ocupa. Al igual que en aquél la norma base es la libertad de elección, en éste no parece que debiera ser diferente, al menos desde el enfoque de la Teoría Económica del Derecho.

No obstante, existe un último aspecto que merece atención y que es olvidado en los análisis que se hacen sobre este tema. Es innegable que existen acuerdos en materia de Derecho de familia que ofrecen un claro paralelismo con contratos comerciales. Muy en especial los pactos sobre régimen económico matrimonial. En última instancia no son más que transacciones económicas. Pero ¿acaso no es éste un enfoque simplificado de estos tipos de acuerdos que tienen su origen en el matrimonio?

La teoría de la señalización de Posner<sup>79</sup> invita a una ulterior reflexión. El matrimonio, al margen de concepciones religiosas, es una señal que los cónyuges lanzan a la sociedad sobre su voluntad de iniciar una comunidad de vida, con consecuencias económicas. Esta teoría pone el acento en el aspecto tridimensional del matrimonio de manera que (y esto es lo interesante) no es sólo un acuerdo entre las partes que interese únicamente a los cónyuges, sino que tiene implicaciones más amplias. Así, el envío de la señal acerca del nuevo estatus tiene ramificaciones más complejas que abarcan a la sociedad.

Pues bien, esta teoría sirve para plantear, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, el juego de un posible límite a la elección de ley

---

<sup>78</sup> CARRUTHERS, J., «Party autonomy in the legal regulation of adult relationships: what place for party choice in Private International Law?», *International and Comparative Law Quarterly*, octubre 2012, pp. 881-913, en concreto pp. 908-909.

<sup>79</sup> POSNER, E. A., «Marriage as a Signal», en VVAA, *The Fall and Rise of Freedom of Contract*, Durham, Duke University Press, 1999, pp. 245-255.

aplicable. Este límite se fundamentaría en la posible producción de efectos en relación con los terceros y se refería al único aspecto que les afectaría y que no es, por supuesto, el de la crisis matrimonial. El que se ponga fin a un matrimonio fallido y para ello se elija una u otra ley no es una cuestión que interese ni afecte a un tercero, más allá del conocimiento del estatus de casado de la persona con la que, en su caso, quiere contratar.

Lo que sí puede interesar a los terceros es el régimen económico matrimonial de los cónyuges, pues de él va a depender el ámbito de responsabilidad y de gestión que sobre los bienes patrimoniales tenga cada cónyuge. De ahí que el tercero tenga legítimo interés en conocer el régimen económico matrimonial de la persona casada con la que quiera contratar. Como señala Posner el matrimonio es una señal, y esa señal tiene, sin duda, implicaciones en los terceros que quieran contratar con un cónyuge.

La perspectiva en la que nos situamos es la de aquel que contrata con persona casada y que puede verse afectado por el régimen económico de aquélla. Imaginemos la apariencia de solvencia económica que puede generar determinados matrimonios y que no se corresponde con la realidad, porque existe un desconocido régimen de separación de bienes, por ejemplo. Es evidente que el tercero está interesado legítimamente en conocer si y en qué medida una deuda contraída por uno de los esposos obliga al otro<sup>80</sup>. Pero es evidente, de igual manera, que ese interés no constituye un fundamento en el que basar la posible limitación de la elección de los cónyuges de la ley rectora de su régimen económico matrimonial.

Es cierto que la relación jurídica internacional va a producir efectos respecto de terceros y que éstos pueden incluso no poder prever la ley elegida por las partes, cuando se permita una autonomía total de la voluntad. No obstante, este hecho no debe generar costes conflictuales elevados en los terceros, pues en todo caso debería existir una adecuada publicidad del régimen económico matrimonial. Es ella la que debe producir la inmediata protección de los terceros en el ámbito del Derecho internacional privado.

La ley elegida por las partes sería conocida por todos mediante un eficiente sistema de publicidad y la seguridad jurídica estaría garantizada y ello con independencia de que la elección de normas fuera limitada o no. No cabe, por tanto, aducir al carácter tridimensional del matrimonio para coartar la libertad de elección de ley. Más al contrario, la no elección podría hacer más difícil al tercero conocer el régimen económico matrimonial en situaciones internacionales.

Al no existir convenio debidamente consignado en el registro correspondiente, el tercero se ve abocado a concretar en el caso concreto la conexión seleccionada por la correspondiente norma de conflicto, lo cual puede llegar a

---

<sup>80</sup> Véase referido al Derecho internacional privado español, DIAGO DIAGO, M.<sup>a</sup> P., «La publicidad del régimen económico matrimonial y la protección de terceros en el Derecho internacional privado español», *BIMJ*, núms. 2067-68, pp. 5-29.

ser, verdaderamente, dificultoso. Piénsese en supuestos patológicos de doble nacionalidad, o piénsese en las mismas conexiones del art. 9.2 CC «residencia habitual común inmediatamente posterior a la celebración del matrimonio» o «lugar de celebración del matrimonio» y su difícil concreción.

La teoría de la señalización permite destacar un aspecto distintivo de la unión matrimonial<sup>81</sup>. Los acuerdos contractuales de los cónyuges referidos a su régimen económico matrimonial se diferencian de otros acuerdos contractuales celebrados en el ámbito comercial, puesto que los primeros presentan ciertas ramificaciones que pueden afectar a terceros. Ahora bien, esta realidad no puede impactar negativamente en la apertura de la autonomía de la voluntad, pues la posibilidad de elegir una u otra ley no produce un efecto negativo directo en el tercero. El efecto, en su caso, lo producirá un defectuoso sistema de publicidad del régimen económico matrimonial pactado, cuestión bien diferente.

Desde los postulados de la Teoría Económica del Derecho queda claro, por consiguiente, que la inclusión de la autonomía de la voluntad en la norma de conflicto, garantiza que la situación privada internacional se regirá por la «mejor ley». La que produzca los menores costes conflictuales. Por ello, en principio, ésta debería ser la primera conexión de las normas de conflicto reguladoras de los efectos del matrimonio y de las crisis matrimoniales.

Al margen de otras críticas que esta aproximación metodológica despierda, debe apuntarse una que no es baladí en el terreno concreto objeto de estudio. Como advierte Brinig<sup>82</sup> y recuerda Encarna Roca Trias<sup>83</sup>, las familias no operan exactamente como los mercados, debido a un factor que no se adapta demasiado bien a los modelos comerciales: el amor (*Love is the factor that does not fill well into commercial economic models*).

Otras aproximaciones metodológicas son posibles y deseables, en especial, aquellas que permiten una reflexión de fondo que trata de ver más allá del Derecho regulado. Su acercamiento desbordaría los límites de extensión de este trabajo, es por ello que sólo se ha abordado una perspectiva de análisis, si bien se reconoce la riqueza de otras y en especial del método basado en Derechos.

---

<sup>81</sup> «The argument based on the signaling function helps illustrate the surplus value of marriage and other forms of agreements in family law and should be further discussed in the future», JURČYS, P., «Party Autonomy in International Family Law: A Note from the Economic Perspective», en <http://ssrn.com/abstract=2127081>.

<sup>82</sup> BRINIG, M., *From Contract to Covenant. Beyond the Law and Economics of the Family*, Cambridge, London, England, Harvard University Press, 2000, p. 79. Véase contexto en cita siguiente.

<sup>83</sup> E. Roca Trias destaca al menos dos elementos que escapan de los planteamientos economicistas «Uno, lo pone de relieve Brining, es el amor. Brining dirá que las familias son diferentes de los mercados en los que se les inserta de acuerdo con este tipo de metodologías, porque está incluido el amor, que es un factor que no se adapta bien en los modelos comerciales (*Love is the factor that does not fill well into commercial economic models*). En segundo lugar, las diversas variables que pueden introducirse a la vista de los distintos planteamientos sociales, que seguramente tienen mucho que ver con los aspectos económicos que estos autores, y otros, explican, pero que no van a justificar muchas novedades y saltos adelante en estas relaciones», *op. cit.*, nota 3, pp. 37-38.

#### 4. LA LIBRE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO CONEXIÓN CONFLICTUAL DE FUTURO: CONSIDERACIONES FINALES

Es imposible predecir el cambio social. Las soluciones jurídicas que eran eficientes en el pasado, pueden no serlo en el presente. El Derecho, en general, y el internacional privado, en particular, tiene que estar alerta para resolver los problemas de nuevo cuño que los nuevos tiempos plantean.

El contexto antropológico actual se caracteriza por la «superdiversidad»<sup>84</sup>. En Europa coexisten comunidades de personas de diferentes culturas y religiones. Se observa una imparable dinámica de cambio, respecto de la sociedad del siglo xx, que alentó la construcción de soluciones conflictuales (en ese momento avanzadas), que se basaban en el avance «contenido» de la autonomía de la voluntad limitada.

Sin embargo, la introducción limitada de la autonomía de la voluntad se torna, en la actualidad, insuficiente para cubrir las situaciones privadas heterogéneas que requieren de una respuesta eficaz. La selección de conexiones como la nacionalidad o la residencia deja fuera del margen de elección ordenamientos que presentan claras vinculaciones con la relación matrimonial, como se ha tenido ocasión de exponer. Así, la opción limitada de Derecho puede no ser expresión del principio de proximidad, puesto que se veta a los cónyuges la posibilidad de elegir la ley que ellos consideran más próxima y previsible.

El temor del legislador porque los cónyuges elijan normas «exóticas», desvinculadas con la relación matrimonial, curiosamente no se plantea cuando lo que las partes tienen que elegir es la ley aplicable a un contrato. El mismo interés, o aún mayor, tendrán los cónyuges en seleccionar la ley más adecuada para regular sus efectos del matrimonio y llegado el caso, su crisis.

La aproximación metodológica realizada a través de la Teoría Económica del Derecho no deja lugar a dudas: la conexión autonomía de la voluntad debería ser la regla base del sistema de Derecho internacional privado en el ámbito de las relaciones entre cónyuges. Así la Ciencia de los Conflictos de leyes ofrecería soluciones actuales, que responderían a las mutaciones rápidas que la sociedad está experimentando y para la cual la simple elección de ley, constreñida a los puntos de conexión señalados, resulta «insuficiente».

Reconocidas las bondades de la penetración de la autonomía de la voluntad, en cuanto que revela la adhesión más fuerte de los particulares al Derecho elegido, debería procurarse un avance decidido de la misma. Éste permitiría la máxima identificación de los cónyuges con la ley seleccionada. Potenciaría, a su vez, la aceptación, llegado el caso, de la sentencia pronunciada por el Tribunal en aplicación del Derecho libremente elegido por los cónyuges<sup>85</sup>. Se evitarían, además, en múltiples ocasiones, situaciones claudicantes.

<sup>84</sup> En las sociedades receptoras se desarrolla la «superdiversidad» tal y como señala VERTOVEC, S., «Super-diversity and its implications», *Ethnic and Racial Studies*, vol. 30, 2007, núm. 6, pp. 1024-1054.

<sup>85</sup> Véanse trabajos de CARLIER, J.-Y., y en especial «Autonomie de la volonté et status personnel», *op. cit.*, nota 7, pp. 16-17.

En definitiva, la revitalización de la autonomía de la voluntad y, por ende, de la libertad individual (a la par que la contención del Estado como agente interventor en las relaciones de Derecho privado de la familia), junto con el orden público internacional como método corrector, se torna una herramienta útil para resolver los conflictos a los que dan lugar las relaciones horizontales de familia en el contexto actual.

Pero no sólo eso, la libre autonomía de la voluntad es la conexión conflictual del futuro<sup>86</sup>, puesto que hoy más que nunca es imposible prever todos los supuestos de hecho a los que la norma va dirigida. De ahí que no resulte eficiente la consagración de normas que conduzcan a una selección cerrada de leyes. La apertura de la autonomía de la voluntad permite abordar, con éxito, toda la multiplicidad de situaciones que la diversidad puede plantear, y devuelve a los cónyuges el ejercicio del derecho individual a la autorregulación de su vida matrimonial y de su crisis.

Con este trabajo se ha pretendido abrir líneas de debate y reflexión acerca de la posible proyección de la autonomía de la voluntad más allá de su limitación tradicional. La novedad de los planteamientos responde al análisis del contexto actual. Otras aproximaciones metodológicas son necesarias y a ellas se espera dedicar próximos estudios.

## RESUMEN

### EL MATRIMONIO Y SU CRISIS ANTE LOS NUEVOS RETOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL

El debate sobre la incidencia de la multiculturalidad en la determinación de la ley aplicable a las relaciones horizontales de familia se ha quedado congelado en la introducción de la autonomía de la voluntad limitada a dos opciones: ley de la nacionalidad o ley de la residencia. No obstante, el contexto antropológico actual caracterizado por la «superdiversidad» difiere mucho de aquel para el cual se diseñó aquella solución. Esta investigación tiene como objetivo analizar si tales límites son justificables en el contexto actual. Para ello se utiliza como método de análisis la Teoría económica del Derecho.

**Palabras clave:** Autonomía de la voluntad, Relaciones horizontales de familia, Reglamento 1259/2010, Teoría económica del Derecho.

## ABSTRACT

### MARRIAGE AND ITS CRISIS IN THE FACE OF THE NEW CHALLENGES POSED BY PARTY AUTONOMY

The debate concerning the impact of multiculturalism in the determination of the applicable law in the case of horizontal family relationships has been reduced to just two options with the introduction of party autonomy: the law of nationality or the law of the

<sup>86</sup> Véase referencia en cita anterior CALVO CARAVACA, A.-L., «El Derecho internacional privado multicultural y el *revival* de la ley personal», *op. cit.*, nota 24, en especial p. 8.

residence. However, the current anthropological context characterized by a situation of «super-diversity» is very different from the one for which this solution was designed. This study aims to analyze whether these limitations are justifiable in the current context by using the Economic Theory of Law as its analytical tool.

**Keywords:** Party autonomy, Horizontal family relationships, Council Regulation (EU) 1259/2010, Economic Theory of Law.

## RESUMÉ

### LE MARIAGE ET SA CRISE PAR RAPPORT AUX NOUVEAUX DÉFIS DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ CONFLICTUELLE

Le débat sur l'impact du multiculturalisme dans la détermination de la loi applicable aux relations familiales horizontales a été gelé dans l'introduction de l'autonomie de la volonté limitée de deux choix: la loi de la nationalité ou la loi de la résidence. Toutefois, le contexte anthropologique actuel, caractérisé par la «superdiversité» est très différent de celui pour lequel cette solution a été conçue. Cette recherche vise à analyser si cette limitation est justifiée dans le contexte actuel. La méthode d'analyse utilisée pour cela: la Théorie Économique du Droit.

**Mots-clés:** Autonomie de la volonté, Les relations familiales horizontales, Le règlement 1259/2010, La théorie économique du droit.