

EL CRITERIO DE CONEXIÓN PARA DETERMINAR LA LEY PERSONAL: UN RENOVADO DEBATE EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO¹

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT

*Profesor titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

Recibido: 27.11.2009 / Aceptado: 14.12.2009

Resumen: La concreción del criterio para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal ha resultado una cuestión históricamente debatida en Derecho internacional privado por la existencia de tres opciones de política legislativa: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual. La cuestión ha adquirido un renovado interés en los últimos tiempos por dos razones: la pretensión moderna de una aplicación multicultural del Derecho de familia (que se vería favorecida por la utilización de la conexión de la nacionalidad, en particular en países con un elevado número de inmigrantes como es el caso de España) y la elaboración de un Derecho comunitario europeo de familia (basada en el recurso a la residencia habitual como criterio políticamente integrador). Con vistas a una eventual reforma, el sistema español de Derecho internacional privado no puede resultar ajeno a este debate.

Palabras clave: Derecho internacional privado, estatuto personal, criterios de conexión, nacionalidad, domicilio, residencia habitual, multiculturalidad, Derecho comunitario de familia.

Abstract: The determination of the connecting factor for concretizing the applicable Law to personal status has been historically discussed in Private International Law because of the existence of three possible criteria: nationality, domicile and habitual residence. The interest of the question has been recently renewed because of two reasons: the current idea of a multicultural approach to the application of family Law (which would be helped by the use of nationality, particularly in countries with high number of immigrants as is the case in Spain) and the development of an European community family Law (based on the use of habitual residence as an inclusive policy). In order to a possible reform, the Spanish Private International Law system can not ignore this new debate.

Key words: Private International Law, personal status, connecting factors, nationality, domicile, habitual residence, multiculturality, European community family Law.

Sumario: I. Consideraciones generales. II. La decantación por la nacionalidad o por la residencia habitual desde la óptica de la multiculturalidad. 1. El carácter versátil de la nacionalidad. 2. El ánimo integrador de la residencia habitual. III. El creciente relieve de la residencia habitual en el Derecho comunitario europeo de familia.

I. Consideraciones generales.

1. Siendo el estatuto personal el conjunto de instituciones jurídicas relacionadas con un individuo reguladas por un ordenamiento estatal (al que se denomina Ley personal), un estudio histórico de De-

¹ * Trabajo elaborado en el marco del Proyecto de I+D del Ministerio de Educación y Ciencia del Gobierno de España “La europeización del Derecho de familia” (DER2008-05299/JURI).

recho internacional privado pone de relieve la existencia de dos cuestiones ampliamente debatidas en torno a este concepto: por una parte la delimitación de su ámbito de aplicación material y por otra parte la concreción del criterio de conexión utilizado para la determinación de la Ley personal.

2. En lo que concierne a la delimitación del ámbito de aplicación sustantivo del estatuto personal (y, por ende, del supuesto de hecho de las normas de conflicto de los diferentes sistemas de Derecho internacional privado para determinar el ordenamiento nacional aplicable al mismo), un análisis de Derecho comparado nos ofrece un panorama que, en esencia, se resume en la existencia de tres concepciones: la estricta, en la que el estatuto personal estaría conformado por el estado civil y la capacidad como consecuencia de una consideración de la persona como individuo aisladamente considerado; la intermedia, que añadiría a lo anterior las relaciones de familia por entender a la persona en su calidad de miembro de una institución familiar; y la amplia que agregaría a lo precedente la sucesión *mortis causa* por asentarse en un concepto de la persona como miembro de una sociedad².

3. En lo que atañe a la concreción del criterio de conexión consagrado en las normas de conflicto de los distintos sistemas de Derecho internacional privado para determinar la Ley personal, un recorrido histórico sobre la cuestión pone de manifiesto la utilización, en distintos períodos y ámbitos, de al menos tres criterios para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal en los supuestos de tráfico jurídico externo: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual. Según ha señalado el citado autor, las relaciones entre ellas tres en el plano conflictual han evolucionado a lo largo de distintas fases³. En una primera, coincidente con el desarrollo de ese extenso movimiento científico que se ha venido en denominar Estatutaria, se apreció la primacía del domicilio por tratarse de un concepto mejor adaptado a la perspectiva puramente interna de los conflictos de Leyes, aspecto éste que resultó el objeto de los autores de la época en ausencia de una óptica verdaderamente internacional de la cuestión (que sólo comenzaría a plantearse a raíz de la influencia ejercida por la Estatutaria flamenco-holandesa en el siglo XVII); las mayores diferencias acerca del domicilio estribaron durante esta primera fase histórica en torno al carácter originario o electivo del domicilio. En un segundo período, coincidente con el siglo XIX, es la nacionalidad el criterio que parece imponerse tanto en los planos científico (en particular a causa de la influencia de P.S. MANCINI, que fundamentó en este concepto su concepción del Derecho internacional⁴, o de L. VON BAR) como legislativo, según lo acredita la consagración de la nacionalidad como criterio para la determinación del ordenamiento aplicable al estatuto personal tanto en la codificación supraestatal (primeros convenios elaborados por la Conferencia de La Haya en 1902 y 1905 en materia de tutela de menores y de matrimonio, separación, divorcio y efectos del matrimonio) como estatal (Códigos Civiles francés de 1804, piamontés de 1865, portugués de 1867, español de 1889 ó Ley introductoria al Código Civil alemán de 1899) del Derecho internacional privado. En una tercera etapa histórica, identificada con el inicio del siglo XX, el domicilio recupera posiciones frente a la nacionalidad por una serie de consideraciones: su utilización en los países americanos emancipados años antes tanto en la codificación nacional del Derecho internacional privado como en la internacional (así, los distintos Tratados suscritos en Montevideo en 1889), su mantenimiento por parte de los países anglosajones (en particular en el Reino Unido y en los Estados Unidos, de un evidente peso creciente

² Este es el caso del sistema español de Derecho internacional privado a tenor de la redacción del precepto contenido en el apartado 1º del artículo 9 del Código Civil: sobre ello véase M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, "El estatuto personal", en AA.VV., *Lecciones de Derecho civil internacional*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 2006, pp. 31-32.

³ *Op. cit.*, pp. 24-25. Con un carácter más amplio véanse Y. LOUSSOUARN, "La dualité des principes de nationalité et de domicile en Droit international privé", *Annuaire de l'Institut de Droit International*, 1987, vol. 62-I, pp. 295 ss.; A.E. VON OVERBECK, "La *professio iuris* comme moyen de rapprocher les principes du domicile et de la nationalité en Droit international privé", en *Liber Amicorum Baron Louis Fredericq*, vol. II, *Gent*, E. Story-Scientia, 1965, pp. 1085 ss.; y L.J. DE WINTER, "Nationality or Domicile?. The Present State of Affairs", *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International*, tomo 128, 1969-III, pp. 347 ss.

⁴ A raíz de su célebre discurso "Della nazionalità come fondamento del Diritto delle genti" dado en la Universidad de Turín el 22 de enero de 1851 con ocasión de la inauguración del Curso de Derecho Internacional en la capital piamontesa, editado en el mismo año por Eredi Botta en Turín y recientemente reeditado en dicha ciudad por Giappichelli (2000).

en la escena mundial) e incluso su consagración por países europeos continentales otrora fieles a la conexión nacional. Una última fase histórica, que comienza a mediados del siglo pasado y que alcanza hasta nuestros días, viene marcada por el intento de superación de las relaciones de contraposición entre nacionalidad y domicilio mediante una conexión integradora de los países partidarios de ambas: se trata de la residencia habitual⁵, que ha sido la preferentemente acogida en su ingente obra codificadora por la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado -en particular desde su tercera etapa evolutiva- así como por diversos legisladores estatales en las nuevas normas de Derecho internacional privado promulgadas en los últimos años.

4. La realidad normativa hodierna pone de relieve que los sistemas estatales de Derecho internacional privado utilizan en mayor o menor medida los referidos criterios para determinar el ordenamiento aplicable a las diferentes instituciones que integran el estatuto personal. Así las cosas, dos factores recientes han dado pie a la renovación del debate científico y normativo en Derecho internacional privado acerca de la concreción del criterio de conexión para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal: por una parte la pretensión de una aplicación multicultural del Derecho (epígrafe II) y por otra parte la actividad legislativa de la Unión Europea en Derecho de familia y sucesiones (epígrafe III).

II. La decantación por la nacionalidad o por la residencia habitual desde la óptica de la multiculturalidad.

5. Con independencia del vigor que el criterio del domicilio posee en los sistemas jurídicos de los países de inspiración territorialista (como es el caso de los iberoamericanos o de los anglosajones bajo la peculiar fórmula del *domicile*⁶), la dialéctica entre las tres conexiones antes aludidas -nacionalidad, domicilio y residencia habitual- para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal en los sistemas contemporáneos de Derecho internacional privado se ciñe, en el caso patrio, a dos de ellas: la nacionalidad y la residencia habitual. La razón de esta opción de análisis obedece a un planteamiento estructural en la materia por parte de nuestro legislador: el criterio del domicilio no es consagrado en nuestras normas de conflicto por cuanto, a efectos civiles, “el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual” (artículo 40, párrafo 1º, del Código Civil). Pese ello no debe ignorarse que ambas conexiones ofrecen diferencias cuando menos teóricas: en palabras de J.M.^a ESPINAR VICENTE: “(s)i el domicilio traduce el concepto jurídico del asentamiento, la residencia habitual pretende despojar al arraigo de toda consideración legal y de psicología individual. Mientras el primero se ha ido confirmando como el instrumento mediante el que el sistema otorga transcendencia jurídica a una conducta por la que el sujeto manifiesta su intención de vincularse a un determinado medio socio-jurídico, la residencia, en cambio, se limita a atender a los hechos reales, es decir, al *domus colere* efectivo, sin fijarse en el *animus manendi* ni tratar de deducirlo a través de ficciones o presunciones legales”⁷.

En el plano jurisprudencial, este mismo planteamiento ha sido asumido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sede de cooperación judicial en materia civil en su sentencia en el asunto C-523/07, de 2 de abril de 2009, dictada a propósito de una cuestión prejudicial elevada por el *Korkein hallinto-oikeus* de Finlandia en relación con el concepto de residencia habitual en el Reglamento 2201/2003 aplicado a un menor, que: “debe interpretarse en el sentido de que dicha residencia se co-

⁵ Sobre ella véase, por todos, D. BAETGE, *Der gewöhnliche Aufenthalt im internationalen Privatrecht*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1994, quien ha puesto de manifiesto que el uso de este concepto jurídico indeterminado por vez primera se llevó a cabo en el *Allgemeinen Bürgerlichen Prozessordnung* de Hanover de 4 de diciembre de 1847 (p. 3). Para nuestro ordenamiento cfr. J.M.^a ESPINAR VICENTE, “El concepto de la residencia habitual en el sistema español de Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho Privado*, 1980, nº 1, pp. 3 ss.

⁶ Cfr. N. BENTWICH, “Recent developments of the principle of domicile in English law”, *Recueil de Cours de l'Académie de Droit International*, tomo 87, 1955-I, pp. 117 ss.

⁷ *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 24-25. Acerca de la delimitación de la identificación de la residencia habitual con el centro de intereses social y fáctico de una persona respecto de un medio o entorno (*Daseinsmittelpunkt*) véase en la doctrina alemana G. KEGEL, “Was ist gewöhnlicher Aufenthalt?”, en R. JACOB (Ed.), *Festschrift für Manfred Rhebinder*, München/Bern, C.H. Beck/Stämpfli, 2002, p. 701.

rresponde con el lugar en el que el menor tenga una cierta integración en un entorno social y familiar. A estos efectos deben considerarse, en particular, la duración, la regularidad, las condiciones y razones de la permanencia en el territorio de un Estado miembro y del traslado de la familia a dicho Estado, la nacionalidad del menor, el lugar y las condiciones de escolarización, los conocimientos lingüísticos, así como las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. Es competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales determinar la residencia habitual del menor teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias de hecho particulares en cada caso”⁸.

6. Procede pues, en las líneas que siguen, analizar el alcance de que gozan la nacionalidad y la residencia habitual para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal en un mundo sometido a un imparable proceso de globalización del que no puede escapar la elaboración, aplicación e interpretación de los sistemas de Derecho internacional privado.

1. El carácter versátil de la nacionalidad.

7. La conexión de la nacionalidad fue objeto de consagración en las codificaciones nacionales del Derecho internacional privado iniciadas en el siglo XIX en los países europeos continentales de inspiración personalista (*supra*) por razones variadas que, en esencia, giraban en torno a la defensa de un claro interés de política-legislativa: el concepto de nación, motor de los principales procesos políticos, jurídicos, sociales, culturales y económicos desarrollados en esa centuria. En la determinación del ordenamiento que debía regir el estatuto personal de los individuos, esa opción legislativa implicaba la aplicación de los ordenamientos de los países europeos a las relaciones personales y familiares en que se vieran afectados sus ciudadanos emigrados, principalmente, a América⁹. Dos siglos después, el mantenimiento de la conexión de la nacionalidad en las normas de conflicto de estos países en un entorno de geografía humana radicalmente diferente (la inversión de las corrientes migratorias ha provocado que los Estados del Viejo Continente hayan dejado de ser países emisores de emigración a receptores de inmigración) ha originado que, paradójica e involuntariamente, estos países europeos hayan devenido, desde esta perspectiva, en territorios respetuosos con la multiculturalidad del Derecho; y ello por cuanto, en palabras de H. GAUDEMET-TALLON, “la nationalité permet, ce que le domicile ne fait pas, de relier l’individu à sa culture propre”¹⁰.

En efecto, la utilización de la nacionalidad como criterio de conexión para determinar el ordenamiento aplicable a las instituciones derivadas del estatuto personal en general, y al Derecho de familia en particular, puede ser en principio considerada, desde una perspectiva multicultural, una medida de respeto de la identidad cultural de los inmigrantes¹¹, por cuanto permitiría la aplicación del ordenamiento de su Estado de procedencia (por ejemplo un país musulmán) en el Estado de acogida a instituciones particularmente sensibles desde una perspectiva religiosa o cultural¹².

⁸ *Diario Oficial de la Unión Europea* C 141, de 20 junio 2009.

⁹ Así lo ha recalcado entre otros, en relación con dicho período histórico, F. BOULANGER, *Droit civil de la famille, Tome I: Aspects comparatifs et internationaux*, Paris, Economica, 3ª ed, 1997, p. 93: “La nationalité présente (...) un double avantage: celui de son caractère ‘publiciste’ ou ‘politique’ et celui qui traduit les conceptions familiales dominantes de l’époque. L’application de la loi nationale n’est que le reflet de la volonté des États d’étendre le plus possible l’application de leur droit à l’extérieur”.

¹⁰ “La désunion du couple en Droit international privé”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, tomo 226, 1991, p. 220.

¹¹ En este sentido P. ABARCA JUNCO, “La regulación de la sociedad multicultural”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ANGEL (Eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, 2000, p. 167.

¹² Un interesante radiografía de la conexión de la nacionalidad desde la perspectiva de la eventual reforma del sistema español de Derecho internacional privado puede verse en A. BORRÁS RODRÍGUEZ y J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, “La loi nationale à l’heure de la réforme du Droit international privé espagnol”, en *Le Droit international privé: esprit et méthodes, Mélanges en l’honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 137 ss.; en esta obra los citados autores llegan a la conclusión de que si bien es cierto que la nacionalidad debe seguir desempeñando un papel importante en el sistema español de Derecho internacional privado, no lo es menos que su ámbito de aplicación debe ser reducido en relación con el que posee en la actualidad (p. 153). Sobre este mismo particular véanse también J.J. EZQUERRA UBERO e I. LÁZARO GONZÁLEZ, “El criterio de la nacionalidad en la reforma del De-

8. No obstante, el legislador del Estado del foro ha de ser consciente de que mediante esta solución normativa formalista abre la puerta a la aplicación en su territorio de ordenamientos extranjeros -tanto más frecuente cuanto mayor sea el número de inmigrantes residentes en su territorio-, lo que puede dar pie a la activación de dos mecanismos de la norma de conflicto: por un lado el recurso a la excepción de orden público por las autoridades del foro dependiendo del grado de tolerancia o de respeto que hacia estos ordenamientos se tenga en dicho Estado¹³ y por otro lado las dificultades en orden a la prueba del Derecho extranjero declarado aplicable al fondo del asunto¹⁴.

9. En otro orden de consideraciones es preciso analizar la utilización de la conexión nacional en sede de elaboración de la norma de conflicto en combinación con otros factores¹⁵.

10. a) Una primera circunstancia concierne a la imposibilidad de obviar el concepto de nacionalidad como vínculo político y jurídico entre una población y un Estado¹⁶; según ha escrito J.M.^a ESPINAR

recho internacional privado español”, en *La inmigración en la España del siglo XXI: desafíos jurídicos, sociales y económicos, monográfico de ICADE (Revista Cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad Pontificia de Comillas)*, nº 69 (septiembre-diciembre de 2006), pp. 293 ss.

¹³ Véanse, desde esta óptica, M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, “Estatuto personal y orden público en un contexto de creciente multiculturalidad”, en I. GARCÍA RODRÍGUEZ (Ed.), *Las minorías en una sociedad democrática y pluricultural*, Universidad de Alcalá, 2001, pp. 315 ss.; Instituto de Derecho Internacional: “Différences culturelles et ordre public en Droit international privé de la famille / Cultural differences and ordre public in family private international law” (Relator P. LAGARDE), Resolución adoptada el 25 de agosto de 2005 en la sesión celebrada en Cracovia, http://www.idi-iiil.org/idiE/resolutionsE/2005_kra_02_en.pdf; E. ORTEGA MARTÍN, “La cláusula de orden público ante el fenómeno multicultural”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº 19, 2006, pp. 315 ss.; y S. POILLOT PERUZZETTO, “The Exception of Public Policy in Family Law within the European Legal System”, en J. MEEUSEN, G. STRAETMANS, M. PERTEGAS y F. SWENNEN (eds.), *International Family Law for the European Union*, Atwerpen, Intersentia, 2007, pp. 279 ss. Como acertadamente ha señalado F. CADET (*L'ordre public en Droit international de la famille. Etude comparée France/Espagne*, Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 304 ss.), la dialéctica entre la nacionalidad y la residencia habitual no sólo se manifiesta en el plano de la concreción del criterio de conexión para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal, sino también en materia de orden público.

¹⁴ La diversidad de países de origen de los inmigrantes residentes en países europeos acrecienta la dificultad de la aplicación de los ordenamientos extranjeros por los órganos judiciales de aquéllos, lo que no debe incidir negativamente en la tutela judicial efectiva de los afectados cuando el sistema procesal del Estado del foro les impone la obligación de alegación y prueba del Derecho extranjero: así lo ha establecido entre nosotros el Tribunal Constitucional en una firme jurisprudencia iniciada con la sentencia de su Sala Primera 10/2000, de 17 de enero, emitida con ocasión de un recurso de amparo interpuesto por una nacional armenia a propósito de la deriva judicial de la separación solicitada respecto de su esposo igualmente armenio, en la que el Tribunal dejó sentado que la denegación de la pretensión por falta de prueba del Derecho extranjero ocasionaba una indefensión contraria al artículo 24, apartado 1º, de la Constitución Española de 1978 (<http://www.tribunalconstitucional.es/es/jurisprudencia/Paginas/Sentencia.aspx?cod=7184>).

Véanse sobre el particular en nuestra doctrina S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “La aplicación judicial del Derecho extranjero bajo la lupa constitucional”, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2002, nº 1, pp. 205 ss.; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero”, en *La Ley*, nº 6238, 25 de abril de 2005, pp. 1 ss.; *id.*, “La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles”, *Estudios de Deusto*, vol. 54, nº 2, julio-diciembre de 2006, pp. 61 ss.; L. CARBALLO PIÑEIRO, “El carácter imperativo de la norma de conflicto y la prueba del Derecho extranjero. Una relectura en clave procesal y constitucional”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, nº 1, 2001, pp. 483 ss.; V. CUARTERO RUBIO, “Prueba del Derecho extranjero y tutela judicial efectiva”, *Derecho privado y Constitución*, nº 14, 2000, pp. 21 ss.; J. MASEDA RODRÍGUEZ, “La aplicación judicial del Derecho extranjero: el nuevo régimen de la LEC y la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Actualidad Civil*, 2002, nº 12, 18 a 24 de marzo, margs. 413 ss.; P.P. MIRALLES SANGRO, *Aplicación del Derecho extranjero en el proceso y tutela judicial*, Madrid, Dykinson, 2007, pp. 107-114.

¹⁵ Para un análisis actualizado de la conexión nacional en este ámbito *cfr.* F. MOSCONI, “A Few Questions on the Matter of International Uniformity of Solutions and Nationality as a Connecting Factor”, en J. BASEDOW y otros (eds.), *Private Law in the International Arena. From National Conflicts of Rules towards Harmonization and Unification. Liber Amicorum Kurt Siehr*, Den Haag, TMC Asser Institute, 2000, pp. 465 ss.

¹⁶ *Cfr.* A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “La sociedad multicultural: la integración del mundo islámico”, en A. BORRÁS RODRÍGUEZ y F. MERNISSI (eds.), *El Islam jurídico y Europa (Derecho, religión y política)*, Barcelona, Institut Català de la Mediterrània d'Estudis i Cooperació, pp. 163 ss.

VICENTE: “La nacionalidad, considerada como vínculo jurídico-político, tiene una doble dimensión funcional: la primera, operativa *ad extra*, constituye uno de los principales vehículos de acceso de la persona humana al ámbito de protección que le depara el Derecho internacional. La segunda, operativa *ad intra*, constituye una situación del individuo que cada sistema jurídico llena de contenido, en derechos, libertades y deberes jurídicos, en atención a sus propias concepciones y organización política”¹⁷.

Desde este ángulo debe advertirse que es frecuente la adquisición de la nacionalidad del Estado de acogida por los inmigrantes debida, en la mayor parte de los supuestos, a razones políticas (acceso al estatuto de ciudadano de la Unión Europea, posibilidad de ejercicio de ciertos derechos reservados a los nacionales,...), económicas (abandono del *status* de inmigrante y por ende desaparición de la obligación de obtención y/o renovación de los permisos de residencia y de trabajo), o sociales (deseo de evitar discriminaciones por parte de la comunidad en que se integran).

Ello combinado con la consiguiente renuncia a la nacionalidad que los inmigrados ostentasen previamente, implica -al menos desde un punto de vista formal- su asimilación cultural con el resto de nacionales del Estado del foro por cuanto a las instituciones que conforman el estatuto personal de un inmigrante que haya adquirido la nacionalidad española por motivos políticos, económicos o sociales se aplicará el ordenamiento español¹⁸.

Téngase presente que aun en los supuestos en que la adquisición de la nacionalidad española no requiere renuncia de la que se disfrutara previamente, así como en los casos de disfrute de la doble nacionalidad por vía convencional (artículo 11, apartado 3º, primera frase, de la Constitución), en aplicación de lo dispuesto en el artículo 9, apartado 9º, párrafo 1º, del Código Civil nuestras autoridades considerarán español al inmigrante que conserve su nacionalidad previa a los fines de determinar el ordenamiento aplicable a los supuestos de tráfico externo en que se hallen inmersos: “A los efectos de este Capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las Leyes españolas se estará a lo que determinen los Tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida”¹⁹.

En definitiva, desde esta óptica puede afirmarse la existencia en ocasiones de una disfunción entre la nacionalidad que formalmente se ostenta (la española) y la cultura que materialmente se conserva (por ejemplo la de un país islámico) si la persona que ha adquirido la nacionalidad española procede de un tal país y no ha renunciado, con tal acto, a los vínculos con su origen.

11. b) Al hilo de lo recién expuesto, un segundo factor que se ha de tener presente en orden al análisis de la nacionalidad como criterio de conexión de la norma de conflicto en materia de estatuto

¹⁷ *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español, op. cit.*, p. 40, nota 96.

¹⁸ Salvo para los nacionales de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, es requisito indispensable para la adquisición de la nacionalidad española por opción, por carta de naturaleza o por residencia que la persona en cuestión “declare que renuncia a su anterior nacionalidad” (artículo 23, letra b, del Código Civil).

¹⁹ Los Tratados aludidos en esta norma, concluidos con doce Repúblicas iberoamericanas, vienen a consagrar como nacionalidad efectiva bien la del Estado en que tengan su domicilio entendiendo por tal el país en que se haya inscrito la nacionalidad (artículos 3, párrafo 2º, y 4, párrafo 1º, de los Convenios con Chile de 24 de mayo de 1958, con Perú de 16 de mayo de 1959, con Nicaragua de 25 de julio de 1961, con Bolivia de 12 de octubre de 1961; artículos 7, párrafo 1º, y 3, párrafo 1º, del Convenio con Guatemala de 28 de julio de 1961; artículos 3, párrafo 2º, y 4 *in fine* del Convenio con Honduras de 15 de junio de 1966, que se refiere al último domicilio registrado), bien la del Estado que haya otorgado la última nacionalidad (artículo 3, párrafo 3º, de los Convenios con Paraguay de 25 de junio de 1959 y con la República Dominicana de 15 de marzo de 1968; artículo 3, párrafo 4º, de los Convenios con Ecuador de 4 de marzo de 1964 y con Costa Rica de 8 de junio de 1964; y artículo 1, párrafo 2º, del Convenio con Argentina de 14 de abril de 1969), bien la del Estado en cuyo territorio se encuentre la persona interesada si así lo establece la legislación de tal Estado (artículo 4 del Convenio con Colombia de 27 de junio de 1979). Así las cosas, y tratándose de ciudadanos que ostenten dos nacionalidades, de las que una sea la española (ora por la vía unilateral del artículo 11, apartado 3º, segunda frase, de la Constitución, ora por la vía convencional, dada su condición de inmigrantes procedentes del extranjero para instalarse en nuestro Reino), se someterán al ordenamiento español a los fines de la determinación del Derecho aplicable *ex artículo 9, apartado 9º, del Código Civil*, puesto que España será el Estado de su último domicilio o residencia habitual, o el de la última nacionalidad obtenida.

personal obedece a razones sociológicas²⁰. La conservación de la nacionalidad del Estado de origen de los inmigrantes puede deberse bien a un deseo propio en aras de la conservación de un vínculo político y cultural con dicho Estado, bien a un deseo ajeno dadas las dificultades planteadas por la legislación del Estado de acogida para la adquisición de la nacionalidad de éste²¹.

En ambos casos (aunque con mayor frecuencia en el segundo) se provoca la creación de poblaciones de extranjeros en el territorio propio que se perpetúan si el nacimiento de los hijos de esos inmigrantes en el Estado de acogida no es previsto como criterio para la adquisición de la nacionalidad de éste. Por ello desde determinadas instancias se ha propuesto que se facilite la adquisición de la nacionalidad por residencia por los inmigrantes: “*El acceso a la nacionalidad y a la ciudadanía del Estado en el que la persona inmigrada reside es la plena equiparación de derechos y obligaciones. Por lo tanto es muy importante que las leyes nacionales favorezcan la concesión de la nacionalidad y la ciudadanía para los inmigrantes que las soliciten y que los procedimientos sean transparentes. En la última década algunos países han dado pasos en esta dirección, pero en la mayoría de los Estados miembros los plazos para obtenerlos son demasiado largos y las dificultades burocráticas excesivas. Las leyes sobre el acceso a la nacionalidad son asunto de competencia de los Estados miembros, y en base al principio de subsidiariedad deben continuar siéndolo, pero es muy conveniente que se produzca cierta armonización de las mismas y que en toda la Unión Europea el acceso a la nacionalidad y a la ciudadanía para las personas que lo desean se pueda alcanzar con facilidad. Son positivas para la integración las legislaciones de los Estados que permiten la doble nacionalidad para las personas que voluntariamente quieren acogerse a ella*”²².

12. c) Un último dato que no debe ser ignorado en la utilización del criterio de la nacionalidad a los fines de la determinación del ordenamiento aplicable a supuestos de tráfico externo atañe a una cuestión técnica: la posesión o utilización de dos o más nacionalidades por un mismo individuo. El recurso una vez más al método comparado permite asomarnos a la enriquecedora experiencia de otros países de nuestro entorno: frente a soluciones aisladas y flexibles consistentes, por ejemplo, en la consideración como efectiva de una u otra de las nacionalidades que se ostente en atención a la materia de que se trate (caso del ordenamiento suizo), la realidad demuestra la decantación por una sola nacionalidad efectiva a todos los fines, que además suele ser la del Estado del foro²³.

En nuestro sistema conflictual, aludida la solución respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las Leyes españolas (la vía convencional y la vía unilateral contempladas en el artículo 11, apartado 3º, de la Constitución, *supra*), se ha de reseñar que la primera frase del párrafo 2º del apartado 9º del artículo 9 del Código Civil reitera el mismo principio de preferencia por la nacionalidad del Estado del foro para los que ostentaran la nacionalidad española y otra (u otras) no previstas en nuestras Leyes o en los Tratados concluidos por nuestro Reino. Únicamente en el supuesto en el que el inmigrante poseyera dos o más nacionalidades de las que ninguna fuera la española, nuestras autoridades lo considerarían nacional del Estado de su residencia habitual (artículo 9, apartado 9º, 2º párrafo, segunda frase y artículo 9, apartado 10º, del Código Civil, debiendo

²⁰ Desde esta perspectiva *cf.* D. MILLER, *Sobre la nacionalidad. Autodeterminación y pluralismo cultural*, Barcelona, Paidós, 1997.

²¹ El plazo ordinario de residencia efectiva, legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición en España para adquirir la nacionalidad española es de diez años, cinco para los que hayan obtenido asilo o refugio y dos para los nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, o sefardíes (artículo 22, apartados 1º y 3º, del Código Civil).

²² Punto 5.4 del Dictamen del Consejo Económico y Social de la Unión Europea acerca del documento “La inmigración, la integración y el papel de la sociedad civil organizada”, en *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* C 125, de 27 de mayo de 2002; la cursiva es nuestra.

²³ *Cfr.* P. ABARCA JUNCO, “La regulación de la sociedad multicultural”, *op. cit.*, pp. 170-171 (y doctrina y jurisprudencia allí citada), quien nos detalla la evolución acaecida en este ámbito en el sistema francés en el que se ha pasado de la preferencia por la nacionalidad del país de origen como concreción de una política de favorecimiento material del inmigrante, al retorno a la estimación de la nacionalidad del foro como efectiva en la doctrina y en la jurisprudencia francesas.

entenderse, por coherencia lógica y sistemática con la norma del artículo 9, apartado 9º, párrafo 1º, del mismo Código, el de su *última* residencia habitual)²⁴.

2. El ánimo integrador de la residencia habitual.

13. La otra opción manejada por los legisladores de nuestro entorno para determinar el ordenamiento aplicable en este campo es la conexión de la residencia habitual del individuo. Engendrada en la órbita de la labor codificadora de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, esta conexión, ha explicado J.M^a. ESPINAR VICENTE, “nació con la finalidad principal de expresar, en términos desprovistos de toda carga de ficción normativa, el arraigo real entre una persona y un concreto medio socio-jurídico. Se trataba de encontrar una vinculación distinta capaz de traducir, en los términos de la realidad actual, los niveles de integración sociológica de una persona en un ámbito regido por un determinado orden jurídico. De esta forma, la residencia habitual pretende ser índice de la auténtica relación de enraizamiento del individuo en un medio dado, en atención a elementos objetivamente comprobables”²⁵.

14. La utilización del criterio de la residencia habitual para determinar el ordenamiento aplicable a las instituciones propias del estatuto personal en general, y a las del Derecho de familia en particular, ofrece *a priori* dos ventajas. Por una parte permite obviar las aludidas complicaciones derivadas de la conservación de la nacionalidad extranjera en el Estado de acogida o de la adquisición de la nacionalidad de éste. Y ello porque, por otra parte, esta conexión contiene un matiz de mayor igualdad en orden a la designación del ordenamiento aplicable por cuanto somete a todos los residentes habitualmente en un Estado (nacionales y extranjeros) al mismo sistema jurídico lo que implica, en definitiva, su integración -al menos formal- en la sociedad de acogida; dicho en otros términos, en la dialéctica entre soberanía (representada por el criterio de la nacionalidad) y proximidad (representada por la conexión de la residencia habitual), la inclinación de los legisladores estatales hacia esta última obviaría las necesidades de invocación del orden público patrio en las relaciones internacionales personales o familiares²⁶ y de la aplicación de ordenamientos extranjeros, si bien como contrapartida ignoraría el respeto a la identidad cultural de los extranjeros en sede de determinación del ordenamiento aplicable.

15. En el sistema español de Derecho internacional privado, la utilización del criterio de la residencia habitual en sede de determinación del ordenamiento aplicable al estatuto personal fue introducida por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, de reforma del Título Preliminar del Código Civil en el ánimo de alcanzar una reglamentación “completa y satisfactoria de las múltiples situaciones jurídicas que con tanta riqueza y variedad de matices ofrece el mundo de nuestro tiempo, definible como un conjunto cre-

²⁴ Este era el supuesto abordado en la célebre sentencia del TJCE en el asunto C-369/90, *Mario Vicente Micheletti y otros c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, de 7 de julio de 1992, *Recopilación de Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*, 1992, p. I-04239 ss. Sobre ella véanse las Notas de A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ y B.D. TOMÁS CARRASCO, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1993, nº 2, p. 431 ss., y de A. BORRÁS RODRÍGUEZ, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1993, nº 2, p. 584 ss., así como los artículos de N. BOUZA VIDAL, “El ámbito personal de aplicación del Derecho de establecimiento en los supuestos de doble nacionalidad”, en *Revista de Instituciones Europeas*, 1993, nº 2, p. 563 ss., J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Dual Nationality and Community Law, the *Micheletti* Case”, en *Tolley's Immigration & Nationality Law & Practice*, London, 1994, nº 1, p. 7 ss.; J.M^a. ESPINAR VICENTE, “La resolución de los conflictos de nacionalidad en el Derecho comunitario (Comentario a la STJCE de 7 de julio de 1992)”, en *La Ley (Comunidades Europeas)*, nº 84, 28 de enero de 1994, p. 1 ss., J.L. IGLESIAS BUHIGUES, “Doble nacionalidad y Derecho comunitario: a propósito del asunto C-369/90, *Micheletti*, sentencia del TJCE de 7 de julio de 1992”, en *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, p. 953 ss., y H.U. JESSURUM D'OLIVEIRA, “Case C-360/90, *M.V. Micheletti and others v. Delegación del Gobierno en Cantabria*”, en *Common Market Law Review*, 1993, nº 4, p. 623 ss.

²⁵ *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, op. cit., p. 346, nota 96.

²⁶ F. CADET, *L'ordre public en Droit international de la famille. Etude comparée France/Espagne*, op. cit., pp. 311-312.

ciente de interacciones a escala internacional y mundial”²⁷. La decantación por parte del legislador de la época a favor de la conexión de la residencia habitual en lugar de la domiciliar obedeció a dos razones: por la identidad de ambas, a efectos civiles, en nuestro ordenamiento jurídico *ex* artículo 40, párrafo 1º, del Código Civil (*supra*) y por ser aquella “la fórmula predominante en Derecho internacional e incluso la contenida en tratados internacionales suscritos por España”, en clara referencia a los elaborados en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.

16. A partir de ese momento, la conexión de la residencia habitual en el campo del estatuto personal ha ido adquiriendo una importancia creciente en el plano conflictual (en una tendencia paralela a la seguida en otros sistemas de nuestro entorno en los que aquella también gana terreno), pudiendo su presencia a día de hoy concretarse resumidamente como sigue.

a) Con carácter genérico, la residencia habitual opera en nuestro sistema de Derecho internacional privado en calidad de conexión subsidiaria general respecto de la nacionalidad cuando la persona de que se trate carezca de nacionalidad o la tenga indeterminada en todas las materias cubiertas por el estatuto personal en la concepción amplia que del mismo se tiene en nuestro Reino (apartado 10º del artículo 9 del Código Civil).

b) En el ámbito de los efectos del matrimonio (artículo 9, apartado 2º, del mismo cuerpo legal) se consagra como conexión subsidiaria específica de segundo grado respecto de la nacionalidad referida a uno cualquiera de los cónyuges, lo que permite a las partes someter este instituto al ordenamiento del Estado designado por la misma si así lo han elegido en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; en el mismo precepto se establece como conexión subsidiaria respecto de la anterior siempre que sea común a los cónyuges e inmediatamente posterior a dicha celebración²⁸.

c) En lo concerniente al carácter y contenido de la filiación, incluida la adoptiva, y las relaciones paterno-filiales, la conexión de la residencia habitual del hijo opera de manera subsidiaria específica respecto de la de la nacionalidad de éste si no pudiera ser determinada (artículo 9, apartado 4º), lo cual no es más que una reiteración particular de la regla general expuesta en la letra a).

d) En materia de constitución de la adopción internacional, la competente autoridad patria aplicará nuestro ordenamiento interno en calidad de Ley de la residencia habitual del adoptando si éste reside habitualmente en España en el momento de la constitución de la adopción o si ha sido o va a ser trasladado a España con la finalidad de establecer aquí su residencia habitual (artículo 18 de la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional), solución ésta que su Exposición de Motivos justifica por la integración en la sociedad española que supondría para el adoptando establecer en nuestro país su ‘centro social de vida’; sin perjuicio de lo anterior, esa misma autoridad podrá exigir, además, los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por el ordenamiento de la nacionalidad o de la residencia habitual del adoptante o del adoptando, siempre que concurren determinadas circunstancias (artículo 20 de la citada Ley). Para el caso en el que el adoptando no tuviera su residencia habitual en España, y además no hubiera sido o no fuera a ser trasladado a España con la finalidad de establecer su residencia habitual en ella, la constitución de la adopción por la competente autoridad española se regiría por el ordenamiento del país en el que hubiese sido o al que fuese a ser trasladado con la finalidad de establecer en él su residencia habitual y, en defecto del criterio anterior, por el ordenamiento del Estado de la residencia habitual del adoptando; del mismo modo que lo establecido en el supuesto anterior, la autoridad española podría igualmente tener en cuenta los consentimientos, audiencias o autorizaciones requeridas por el ordenamiento del país de la nacionalidad o de la residencia habitual del adoptante o del adoptando en el caso de que considerase que la observancia de tales requisitos facilitaría la validez de la adopción en otros países conectados con el supuesto (artículo 21 de la Ley 54/2007)²⁹.

²⁷ Exposición de Motivos, *Boletín Oficial del Estado* n° 163, de 9 de julio de 1974.

²⁸ El apartado 3º del mismo artículo extiende las soluciones expuestas a los pactos o capitulaciones por los que se estipule, modifique o sustituya el régimen económico del matrimonio, de lo que derivaría una concreta determinación del ordenamiento aplicable que sería alternativa a la resultante de tener en consideración la residencia habitual de cualquiera de los cónyuges al tiempo del otorgamiento de tales pactos o capitulaciones.

²⁹ El mismo sistema de soluciones es proyectado por el legislador a los casos de conversión, nulidad y revisión de la adopción internacional de que se trate (artículo 22). En relación con la correspondencia que la conexión residencia habitual proporciona con la sociedad en que va a ser integrado el adoptando véanse A.L. CALVO CARAVA-

e) En materia de protección de menores, el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de autoridades y Ley aplicable en dicho campo, en el que nuestro Reino es parte, se construye sobre la base del criterio de la residencia habitual del menor (artículos 1 y 2); en el plano estatal, las medidas provisionales o urgentes de protección de los incapaces quedan excepcionadas de la conexión nacional para someterse al ordenamiento del Estado de la residencia habitual de aquéllos (apartado 6º del artículo 9 del Código Civil), norma de conflicto que si bien aparece redactada en técnica multilateral no deja de tener un aplicación unilateral pues determina, en definitiva, la aplicación del Derecho español a tales medidas cuando los incapaces residan habitualmente en España con independencia de su nacionalidad³⁰.

f) En el campo de la prestación de alimentos entre parientes, las normas de conflicto de nuestro sistema de Derecho internacional privado se hallan contenidas en el Convenio sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, que consagra como conexión principal a estos efectos la residencia habitual del acreedor de alimentos (artículo 4) y como subsidiaria de primer grado la nacionalidad de éste (artículo 5). Por su eficacia *erga omnes* (artículo 3), las reglas del citado Convenio han desplazado o sustituido a las establecidas en la materia en nuestro Código Civil³¹.

g) Con el ánimo de evitar disfunciones, en el sector de la sucesión *mortis causa* la vigente norma de conflicto de nuestro sistema de Derecho internacional privado excepciona de la solución general, marcada por la aplicación de la Ley nacional del causante, los derechos que, por ministerio de la Ley, se atribuyen al cónyuge superviviente, los cuales se han de someter a la norma de conflicto de los efectos del matrimonio (véase la letra b *supra*); solución de la que a su vez se excepciona la legítima de los descendientes, que el artículo 9, apartado 8º, del Código Civil somete en todo caso al ordenamiento de la nacionalidad del causante en el momento del fallecimiento.

h) Por fin, en el ámbito de la separación y del divorcio, la compleja norma del artículo 107, apartado 2º, de ese cuerpo legal resultante de la redacción otorgada por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, se erige en buena medida sobre la base de la residencia habitual: en efecto, se aplicará en todo caso el ordenamiento español en calidad de Ley del Estado de la residencia habitual (o de la nacionalidad) de uno de los cónyuges si se da alguna de las tres circunstancias alternativas que se señalan en el apartado 2º de esta norma; si ninguno de los cónyuges es español o reside habitualmente en España, el artículo glosado consagra como conexión subsidiaria específica de segundo grado, en defecto de la nacionalidad común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda, la

CA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, *La Ley 54/2007 de 28 de diciembre 2007 sobre adopción internacional (Reflexiones y comentarios)*, Granada, Comares, 2008, pp. 105 ss.

³⁰ El Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, que por su eficacia universal (artículo 20) está llamado a sustituir a la regla del artículo 9, apartado 6º, del Código Civil una vez entre en vigor, también fundamenta sus normas de conflicto en este sector en la residencia habitual del menor (artículos 15 a 18). Dicha entrada en vigor para nuestro Reino se producirá una vez se ratifique el Convenio, que fue firmado el 1 de abril de 2003, habida cuenta de la Decisión del Consejo de 5 de junio de 2008 por la que se autoriza a algunos Estados miembros a ratificar o adherirse, en interés de la Comunidad Europea, al citado Convenio y a formular una declaración sobre la aplicación de las normas internas correspondientes del Derecho comunitario (publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* L151, de 11 de junio de 2008).

Sobre él pueden verse, entre otros, A. BORRÁS RODRÍGUEZ, “El Convenio sobre competencia, Ley aplicable, reconocimiento y ejecución y cooperación respecto a la responsabilidad parental y las medidas de protección de los niños”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, 1996, nº 2, pp. 360 ss.; P. LAGARDE, “La nouvelle Convention de La Haye sur la protection des mineurs”, en *Revue Critique de Droit International Privé*, 1997, nº 2, pp. 217 ss.; y R.M. MOURA RAMOS, “La protección de los menores en el ámbito internacional. Las nuevas normas convencionales de La Haya aplicables a la protección de menores en supuestos de conexión múltiple”, en A.L. CALVO CARAVACA y J.L. IRIARTE ANGEL (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Madrid, Colex, Madrid, 2000, pp. 67 ss.

³¹ Artículo 9, apartado 7º, por cuya virtud, no obstante, la residencia habitual del alimentista o reclamante de los mismos señalaba la aplicación de un determinado ordenamiento estatal si aquél no pudiera obtener los alimentos conforme a la Ley señalada por el criterio de conexión principal, esto es, por la nacionalidad común del alimentista y del alimentante.

residencia habitual común de los mismos en idéntico momento y como conexión supletoria específica de cierre la residencia habitual común del matrimonio si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en el Estado en cuestión.

17. Resulta de todo punto imposible decantarse en exclusiva por la nacionalidad o por la residencia habitual como criterios para determinar el ordenamiento aplicable al estatuto personal, pues la fortaleza de aquélla como factor de garantía de la aplicación multicultural del Derecho es a su vez debilidad de la residencia habitual en tal sentido, del mismo modo que la fortaleza de ésta en procurar la integración y proximidad de los extranjeros es una debilidad de la nacionalidad. De ahí que, en términos generales, los legisladores no deban descartar la utilización de uno o de otro criterio en la elaboración de sus sistemas de Derecho internacional privado; en palabras de Y. LOUSSOUARN, “le partage du monde entre adeptes de la nationalité et partisans du domicile a conduit à peser les avantages et les inconvénients respectifs de ces deux éléments de rattachement, à constater qu’ils s’équilibraient et surtout à mettre en exergue le caractère relatif de leurs mérites qui varient d’une situation à l’autre, d’où l’utilité de ne pas faire appel à l’un d’entre eux à titre exclusif”³².

18. Ahora bien, el eclecticismo recién esbozado puede no ser plenamente posible o aconsejable como orientación normativa cuando la elaboración de la regla de conflicto se inserta en la creación de un espacio judicial integrado como el representado por la Unión Europea en el que el vínculo de la nacionalidad, por fuerza de la integración política que conlleva, se diluye³³. A ello dedicamos las líneas que siguen.

III. El creciente relieve de la residencia habitual en el Derecho comunitario europeo de familia.

19. La elaboración de un Derecho internacional privado comunitario en materia de familia afecta no sólo a la elaboración de instrumentos de Derecho procesal sino también de Derecho conflictual³⁴. Afirmación ésta que adquiere mayor sentido a raíz de la entrada en vigor, el 1 mayo 1999, del Tratado de Ámsterdam de 2 octubre 1997 por la novedad que ha aportado en orden al desarrollo y profundización de la cooperación judicial en materia civil.

20. En el ámbito procesal resultó un hito el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, pues en materia de reclamación de alimentos entre parientes consagró el criterio del domicilio / residencia

³² “Le rôle de la méthode comparative en Droit international privé français”, *Revue Critique de Droit International Privé*, 1979, p. 318.

³³ Desde una de las perspectivas del Derecho internacional público véase E. CRESPO NAVARRO, *Nuevas formas de protección del individuo en Derecho internacional: la erosión del vínculo de la nacionalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, en particular pp. 345 ss. donde se contiene un análisis acerca de la relatividad del principio de la nacionalidad en la Unión Europea desde la óptica abordada en la monografía.

³⁴ La bibliografía sobre el particular es ingente; a modo de aproximación puede consultarse la publicada en la página Web de la *Comission of European Family Law* <http://www2.law.uu.nl/priv/cefl/>. Dicha institución, creada en septiembre de 2001 y cuya Secretaría radica en la Universidad de Utrecht, que pretende superar el carácter subsidiario que posee la unificación del Derecho de familia en la Unión Europea en relación, por ejemplo, con el Derecho patrimonial, tiene por principal objetivo impulsar un ejercicio de reflexión teórica y práctica sobre la unificación del Derecho de familia en Europa para lo que, en concreto, se propone: estudiar el estado actual de la investigación comparada en lo referente a la armonización del Derecho de familia en los países europeos (intercambiando experiencias coordinando futuras actividades de investigación en este campo); buscar el núcleo común para solucionar diversos problemas jurídicos sobre la base de la comparación entre las diferentes soluciones adoptadas en los Derechos de familia de los distintos ordenamientos jurídicos europeos; y estudiar el papel de los futuros (potenciales) Estados miembros de la Unión Europea en el proceso de armonización del Derecho de familia. El resultado que se espera obtener es, en esencia, la formulación de un conjunto de *Principios del Derecho Europeo de Familia* que faciliten la armonización del Derecho de este sector en la Unión Europea. El desarrollo de esta tarea es abordado con una doble característica: por una parte incidiendo en una armonización sustantiva, antes que conflictual, de la materia y por otra parte acometiendo esta labor de forma sectorial.

habitual, referido al acreedor o alimentista, como foro especial de competencia judicial internacional (artículo 5, apartado 2º) y el criterio del domicilio del demandado -con independencia de su nacionalidad- como foro general de competencia judicial internacional (artículo 2)³⁵. En tanto que ambas soluciones se han mantenido en el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, que ha sustituido al Convenio de 1968³⁶, la residencia habitual se ha impuesto como foro en los instrumentos procesales posteriores. Por una parte es el caso del Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, que erige sobre dicha conexión el sistema de foros en materia de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial (artículo 3) y en materia de responsabilidad parental (artículo 8), expresión que en el Reglamento incluye, en particular, los derechos de custodia y de visita así como las situaciones de sustracción de menores³⁷. Por otra parte es el caso, en el específico ámbito de los alimentos entre parientes, del Reglamento 4/2009, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en tal materia (también conocido como Reglamento Bruselas III) que consagra asimismo en las reglas a) y b) de su artículo 3 la competencia general de los órganos judiciales del Estado de la residencia habitual del demandado o de la del acreedor de alimentos, a elección del demandante³⁸.

21. En el plano conflictual los instrumentos elaborados o en fase de elaboración en materia de Derecho de familia han asentado sus soluciones asimismo sobre el criterio de la residencia habitual para, *inter alia*, evitar la discriminación por razón de la nacionalidad que proscribía el artículo 12 de la versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea y proporcionar una mayor eficacia en el acceso a la justicia a los residentes en la Unión Europea. Lo ha explicado con claridad M. BOGDAN: “Having in mind the (...) complications caused by the uneasy relationship between, on the one hand, the use of nationality as a connecting factor in the conflict of laws and, on the other hand, the prohibition of all discrimination on grounds of nationality in Article 12 of the EC Treaty, one might be inclined to suggest that nationality should be discarded as a connecting factor for family-related matters regarding Union citizens, the preferable alternative being the application of the law of the country of the habitual residence of the person(s) concerned”³⁹.

³⁵ El artículo 3 del Convenio consideró como exorbitantes, y por tanto de imposible aplicación en su seno, los foros basados en la nacionalidad del demandante consagrados en el artículo 15 del Código Civil belga o en los artículos 14 y 15 del Código Civil francés.

³⁶ En el específico ámbito de los alimentos entre parientes,

³⁷ Esta solución ya había sido incorporada al Reglamento 1347/2000, de 29 mayo 2000, que ha sido sustituido por el Reglamento 2201/2003. Este instrumento a su vez traía causa de y sustituyó al Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (más conocido como Convenio de Bruselas II), celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea.

³⁸ El Reglamento, que sustituye en este punto al Reglamento 44/2001 (*supra*), entró en vigor el 30 enero 2009, si bien sus artículos 2.2º, 47.3º, 71, 72 y 73 se aplicarán a partir del 18 septiembre 2010, en tanto que el resto de disposiciones se aplicará a partir del 18 junio 2011 siempre que el Protocolo de La Haya de 2007 sea aplicable en la Comunidad en esa fecha pues, en caso contrario, se aplicará a partir de la fecha de aplicación del Protocolo en ésta (artículo 76 del Reglamento). Por lo que se refiere al ámbito territorial de aplicación de este nuevo instrumento, es de reseñar que estará vigente en Irlanda al haberlo así notificado aunque, de momento, no en el Reino Unido (véanse los considerandos 46 y 47 de su exposición de motivos) que, no obstante, podría más adelante ejercer la cláusula de *opting in*. El otro país que por los Protocolos anejos al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de la Comunidad Europea tiene un régimen *ad hoc*, Dinamarca, no queda vinculada por este Reglamento ni por ningún otro derivado del artículo 65 del último de los citados Tratados, sin perjuicio de que “pueda aplicar el contenido de las modificaciones introducidas en el Reglamento (CE) nº 44/2001 en virtud del artículo 3 del Acuerdo de 19 octubre 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil” (considerando 48 del nuevo Reglamento). Sobre él puede verse, entre otros, S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: cuestiones escogidas”, *La Ley*, nº 7230, 31 julio 2009, pp. 1 ss. y P. BEAUMONT, “International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of Reverse Subsidiarity”, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 73, 2009, nº 3 pp. 509 ss.

³⁹ “The EC Treaty and the use of Nationality and Habitual Residence as Connecting Factors in International

22. Así las cosas, procedemos seguidamente a verificar cómo se ha venido plasmando la tendencia comunitaria a utilizar la residencia habitual en detrimento de la nacionalidad en los instrumentos elaborados en el vasto campo del Derecho de familia.

23. a) En primer término, y por continuar con la reclamación de alimentos entre parientes a la que se acaba de aludir, el Reglamento 4/2009 de igual modo se decanta por la utilización de la conexión de la residencia habitual, antes que por la de la nacionalidad, para determinar el ordenamiento aplicable a las obligaciones de alimentos si bien mediante una técnica indirecta como tendremos ocasión de comprobar. Estando conformado su ámbito de aplicación sustantivo por las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad (artículo 1, apartado 1º), aborda un vasto elenco de materias relacionadas con tal objeto: en efecto, además de las referidas en su rúbrica contiene normas sobre justicia gratuita así como sobre transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva.

En lo que concierne a la determinación del ordenamiento aplicable a las obligaciones de alimentos, el vacío derivado del Convenio de Roma de 1980 sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales y de su sustituto el Reglamento 593/2008, de 17 junio 2008, ha sido colmado en el Espacio Europeo de Libertad, Seguridad y Justicia por el nuevo Reglamento 4/2009 mediante un mecanismo *sui generis*: de entrada, como resulta lógico, este instrumento únicamente determina el ordenamiento aplicable a las obligaciones de alimentos y no al establecimiento de las relaciones familiares en las que se basan tales obligaciones de alimentos (pues éstas se siguen regulando por los sistemas de Derecho internacional privado de los Estados miembros). Ahora bien, seguidamente el artículo 15 del Reglamento 4/2009 establece que: “La Ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (...) en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento”.

Ello implica, pues, la aplicación de dicho Protocolo a las situaciones entre los Estados miembros que sean parte en él (de momento ninguno) y, *sensu contrario*, la aplicación de las correspondientes normas de conflicto (estatales o supraestatales) de los sistemas nacionales de Derecho internacional privado a las situaciones entre los Estados miembros que no sean parte en él⁴⁰. Cuando el Protocolo de La Haya resulte de aplicación, debe tenerse en cuenta que su artículo 3 señala, como regla general, al ordenamiento del Estado de la residencia habitual del acreedor de los alimentos o alimentista.

Family Law”, en J. MEEUSEN, G. STRAETMANS, M. PERTEGAS y F. SWENNEN (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen, Intersentia, 2007, p. 315. Para una visión más general de la dialéctica entre nacionalidad y residencia habitual en este campo véase T. RAUSCHER, “Heimatlos in Europa? - Gedanken gegen eine Aufgabe des Staatsangehörigkeitsprinzip in IPR”, en H.-P. MANSEL (coord.): *Festschrift für Erik Jayme*, vol. I, München, Sellier, 2004, pp. 718 ss.

⁴⁰ Lo que F. GARAU SOBRINO estima un pobre resultado en la tan esperada armonización de este sector del Derecho de familia a la vez que una complicada distinción de regímenes entre Estados parte y no parte en el Protocolo de 2007: véase su entrada en el blog <http://conflictuslegum.blogspot.com/2009/01/reglamento-bruselas-iii-o-bruselas-25.html> de 10 de enero de 2009, en la que además incide en los problemas de entrada en vigor que se derivan de los instrumentos elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. En relación con este mismo ámbito debe tenerse presente el Reglamento (CE) n° 664/2009 del Consejo, de 7 julio 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la Ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos, *Diario Oficial de la Unión Europea* L 200, de 31 julio 2009; este instrumento establece un procedimiento de autorización a un Estado miembro para que pueda modificar un acuerdo existente o para que pueda negociar y celebrar un nuevo acuerdo con un país tercero sobre las materias reguladas total o parcialmente por el Reglamento 2201/2003 o por el Reglamento 4/2009 en la medida en que dichas materias sean competencia exclusiva de la Comunidad, si bien el Reglamento 664/2009 no se aplicará cuando la Comunidad ya haya celebrado con el país tercero un acuerdo sobre las mismas materias. Acerca de esto último véase A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La autorización comunitaria para la negociación y celebración de acuerdos de Derecho internacional privado entre estados miembros y terceros países [Comentarios a los Reglamentos (CE) núm. 662/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, y núm. 664/2009, del Consejo, de 7 de julio de 2009]”, *La Ley (Unión Europea)*, n° 7252, 30 septiembre 2009, pp. 8 ss.

24. b) En el sector de la separación judicial, el divorcio y la nulidad matrimonial, si bien los trabajos acometidos en el seno de la Unión Europea no han llegado a buen puerto (pues los mismos encajaron en la sesión del Consejo sobre Asuntos de Justicia y de Interior celebrada el 6 junio 2008 en la que, por falta de unanimidad entre los Estados miembros, no pudo aprobarse el proyecto de Reglamento denominado Roma III)⁴¹, sí que cabe resaltar que de nuevo, a los fines de determinar el ordenamiento aplicable a la cuestión, en las normas manejadas en éste se incluye una vez más el criterio de conexión de la residencia habitual: en efecto, en dicho texto se permite a los cónyuges escoger el ordenamiento aplicable a su divorcio y, en los casos en que no haya acuerdo entre los esposos, se propone una serie de criterios basados en la proximidad pues en primer lugar se dará prioridad a la normativa del país de residencia habitual común; y si los cónyuges ya no vivieran juntos, a la del Estado del último lugar de residencia conjunta (de manera que si ninguno de ellos viviese ya allí se aplicaría el ordenamiento del país de la nacionalidad común de ambos, y si ésta no se diera al ser de países distintos, el del Estado del órgano judicial al que se acuda).

25. c) En el sector del régimen económico matrimonial (esto es, de las relaciones patrimoniales o efectos económicos existentes entre los cónyuges) la Unión Europea también ha demostrado un interés legislativo justificado por una realidad *de facto* y *de iure*: partiendo del aumento de situaciones conflictivas surgidas en la Unión Europea como consecuencia de los movimientos de personas por su territorio, y teniendo presente el juego de las distintas conexiones de la nacionalidad, del domicilio y de la residencia habitual, se ha constatado la diversidad y pluralidad de situaciones objeto de eventual análisis en orden a la determinación del ordenamiento aplicable al régimen económico matrimonial⁴².

Ante esta realidad fáctica y jurídica, el Convenio de Roma de 19 junio 1980 proscribió de su ámbito de aplicación material los acuerdos de los cónyuges acerca de su régimen económico matrimonial, pese a su naturaleza contractual⁴³, al excluir en su artículo 1, apartado 2º, letra b), a “los derechos y deberes derivados de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad”⁴⁴. El Reglamento 593/2008 que lo sustituye mantiene idéntica proscripción de su ámbito sustantivo de aplicación (*supra*).

A lo anterior se añade que, a diferencia de lo ocurrido en relación con los alimentos entre parientes, los instrumentos procesales de contenido patrimonial –el Convenio de Bruselas de 1968 y el Reglamento 44/2001 que lo ha sustituido– tampoco han disciplinado esta materia, por lo que la misma ha estado ausente de la elaboración del Derecho internacional privado comunitario desde un primer momento. Incluso en fases posteriores de este proceso es preciso señalar que la perspectiva procesal del régimen económico

⁴¹ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la Ley aplicable en materia matrimonial, COM(2006), 399 final, de 17 de julio de 2006. Sobre la cuestión véanse A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, “La Ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 36 ss.

⁴² Cfr. I. VIARENGO, “I rapporti patrimoniali tra coniugi nel Diritto internazionale privato comunitari”, en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, n° 3, 2007, pp. 603 ss. Conocedora de estas dificultades, la Comisión Europea encargó al TMC Asser Institut y a la Universidad Católica de Lovaina un informe que ha visto la luz en abril de 2003 con la rúbrica *Study in comparative law on the rules governing conflicts of jurisdiction and laws on matrimonial property regimes and the implementation for property issues of the separation of unmarried couples in the Member States* (http://europa.eu.int/comm/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm) bajo la coordinación de M. MICHIEL, J. DE ROOIJ y M. VERWILGHEN; en este estudio se recomienda no sólo la armonización conflictual de la materia, sino también una armonización material (p. 49): cfr. sobre ello C. GONZALEZ BEILFUSS, “Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción del Espacio Judicial Común”, *Anuario de Derecho Internacional Privado*, tomo IV, 2004, pp. 176-177.

⁴³ Sobre la autonomía de los cónyuges en la reglamentación de su régimen matrimonial véanse P. DIAGO DIAGO, *Pactos o capitulaciones matrimoniales en el Derecho internacional privado*, Zaragoza, El Justicia de Aragón, 1999 y I. VIARENGO, *Autonomia della volontà e rapporti patrimoniali tra coniugi nel Diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 1996.

⁴⁴ Cfr. A. RODRÍGUEZ BENOT, “La exclusión del Derecho de familia y del Derecho de sucesiones del ámbito material de aplicación del Reglamento Roma I”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 112 ss.

matrimonial también quedó fuera del ámbito de aplicación material del aludido Reglamento 1347/2000 por cuanto, según explica el considerando 4 de su exposición de motivos, se limitó a disciplinar los procedimientos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial (ello pese a reconocerse su vinculación con estos procedimientos); y en el Reglamento 2201/2003, que ha sustituido al anterior, sigue manteniéndose la proscripción de esta institución de su ámbito de aplicación sustantivo. En el Informe explicativo del citado Convenio de Bruselas II, elaborado por A. BORRAS RODRIGUEZ, se aclara que el ámbito material del mismo quiso ceñirse a las acciones concernientes propiamente al vínculo matrimonial, siendo el régimen económico matrimonial un aspecto meramente relacionado con éstas⁴⁵.

No obstante, el legislador comunitario se ha decidido a afrontar armonizadamente la regulación del régimen económico matrimonial a fin de colmar la laguna apreciada en su obra normativa. A raíz de la previsión contenida en el punto 3.4.2 del Programa de La Haya de 2004, que incluía la referencia expresa a la necesidad de publicar en 2006 un Libro verde sobre conflicto de Leyes en materia de régimen matrimonial que debía dar origen a un instrumento comunitario que habría de estar ultimado a más tardar en 2011, vio la luz dicho Libro verde mediante el documento de la Comisión rubricado “Conflicto de Leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y al reconocimiento mutuo”⁴⁶.

En lo que concierne a la determinación del ordenamiento aplicable al régimen económico matrimonial, el vacío normativo del Convenio de Roma de 1980 y del Reglamento 593/2008 pretende ser cubierto con un elenco de soluciones que parte de la constatación de la ausencia de armonización de la materia en Europa habida cuenta de que el Convenio de La Haya de 14 marzo 1978 sobre la Ley aplicable a los regímenes matrimoniales sólo ha sido firmado por cinco países de la Unión Europea (Austria, Portugal, Francia, Luxemburgo y Países Bajos), hallándose únicamente en vigor desde el 1 septiembre 1992 para los tres últimos⁴⁷.

Para alcanzar las soluciones indicadas el Grupo de Expertos PRM-III sobre efectos patrimoniales del matrimonio en la Unión Europea (Dirección General de Libertad, Seguridad y Justicia de la Comisión Europea) viene trabajando desde junio de 2008 en la elaboración de un borrador de Reglamento comunitario en la materia que ha de afrontar, entre otros, tres retos en orden a la concreción del ámbito de aplicación sustantivo del futuro instrumento: si incluir en él a las denominadas parejas de hecho por la heterogeneidad que su naturaleza ofrece en Derecho comparado⁴⁸; qué materias abordar habida cuenta de la disparidad de reglamentaciones nacionales de la cuestión en Europa (efectos personales, efectos patrimoniales, régimen primario y secundario, protección del hogar familiar, cargas y deudas de la pareja, etc.)⁴⁹; y la vinculación de la disolución de la sociedad conyugal tanto con el divorcio como con la sucesión *mortis causa*⁵⁰.

Dicho esto, el Libro verde plantea una serie de cuestiones del máximo interés que resolver a fin

⁴⁵ *Diario Oficial de la Comunidad Europea* C221, de 16 de julio de 1998, p. 35. Ello implica que, en el estado actual de la cuestión, la determinación de la competencia judicial y el reconocimiento de resoluciones judiciales que cubrieran este supuesto de hecho habrían de regirse por el sistema de Derecho internacional privado de los Estados afectados, conformados en su caso tanto por normativa supraestatal como por la normativa aplicable en defecto de instrumento internacional.

⁴⁶ COM(2006) 400 final, de 17 de julio de 2006.

⁴⁷ Véase al respecto M. REVILLARD, “Premier bilan d’application de la Convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux régimes matrimoniaux”, en *E Pluribus Unum, Liber Amicorum Georges A.L. Droz (On the Progressive Unification of Private International Law/Sur l’unification progressive du Droit international privé)*, Den Haag, M. Nijhoff, 1996, pp. 369 ss.

⁴⁸ En palabras de H. GAUDEMET-TALLON (“La désunion du couple en Droit international privé”, *op. cit.*, pp. 155 ss.), con esa expresión aludimos a una ambigua y extensa realidad con la que se quiere abarcar un fenómeno multiforme.

⁴⁹ *Cfr.* C.H. CLARKSON y E. COOKE, “Matrimonial Property: Harmony in Europe?”, en *Family Law*, nº 37 (octubre de 2007), pp. 920 ss.; E. GÓMEZ CAMPELO, *Los regímenes matrimoniales en Europa y su armonización*, Madrid, Reus, 2008; y F. LLODRA GRIMALT, “La armonización del Derecho de familia en Europa: ¿hacia una armonización de los regímenes económicos matrimoniales?”, Comunicación presentada en el XIII Jornadas de Derecho Catalán en Tosa, <http://civil.udg.es/tossa/2004/textos/com/1/flg.htm>.

⁵⁰ *Cfr.* A. RODRÍGUEZ BENOT, “Sucesión *mortis causa* y modelos de familia en el tráfico jurídico externo”, en A.L. CALVO CARAVACA y E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, pp. 675 ss.

de proponer la solución conflictual al régimen económico matrimonial. En lo que atañe al criterio de conexión utilizado para designar el ordenamiento aplicable, en la audiencia pública sobre aquél celebrada el 28 septiembre 2009, la Comisión sugirió un sistema basado en el principio de proximidad, y con el ánimo de proporcionar la necesaria seguridad jurídica en este campo, en el que la residencia habitual resulta claramente reforzada. En efecto, como primera conexión en la futura iniciativa legislativa (que se espera vea la luz en 2010) se establecería la *professio iuris*, permitiendo a los cónyuges elegir un ordenamiento estatal como aplicable de entre un elenco de los cuales uno sería el de la residencia habitual de cualquiera de ellos; en defecto de esta conexión, se sugiere la aplicación del ordenamiento, entre otros posibles, del país de la residencia habitual común de los cónyuges⁵¹.

26. d) En cuanto al Derecho sucesorio, la necesidad de ser disciplinado en clave comunitaria se ha acrecentado por una serie de consideraciones que han sido puestas de manifiesto por el Libro verde sobre sucesiones y testamentos de 1 marzo 2005⁵²: la creciente movilidad de personas (ciudadanas comunitarias o no) en el territorio de la Unión, el consiguiente incremento del número de uniones -jurídicas y de hecho- entre ellas, o la frecuente adquisición de inmuebles en otros Estados comunitarios. A esta realidad social se añade otra, esta vez jurídica, no menos relevante en el origen de los numerosos problemas surgidos de las sucesiones internacionales y que han sido igualmente apuntadas por el Libro verde de 2005: la disparidad de normas sustantivas, procesales y conflictuales existente en los Estados miembros (influencia en no pocos casos de concepciones culturales diversas), así como a las diferencias en la terminología utilizada⁵³.

Partiendo de la constatación de la Comisión Europea por cuya virtud no se realizaría progreso alguno a nivel comunitario sin abordar prioritariamente la cuestión de la Ley aplicable, en el seno de aquélla se ha trabajado en el desarrollo de esta materia teniendo presente que, en cuanto a cantidad y calidad, la tarea era muy considerable; en el momento de elaboración de estas líneas se acaba de publicar una propuesta de Reglamento por parte de la Comisión que, pese a sus dificultades, supone un avance en la comunitarización de esta materia⁵⁴. En ella la determinación del ordenamiento aplicable a la sucesión por causa de muerte se asienta en la siguiente consideración, del máximo interés a los efectos del presente estudio: partiendo de la consagración del principio de universalidad de los bienes hereditarios, el correspondiente principio de unidad en la determinación de dicho ordenamiento en ausencia de *professio iuris* (artículo 17) se efectúa sobre el criterio de la última residencia habitual -y no del último domicilio- del causante (artículo 16) por las siguientes razones expuestas en la explicación contenida en el citado texto: “El Reglamento consagra esta Ley, en lugar de la del domicilio, porque coincide con el centro de interés del difunto y, a menudo, con el lugar donde se hallan la mayor parte de los bienes. Tal criterio es más favorable a la integración en el Estado miembro de la residencia habitual y evita

⁵¹ Sobre esta cuestión véase P. LAGARDE, “Vers un Règlement Communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions”, en *Pacis Artes (Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos)*, vol. II, Madrid, UAM/Eurolex, 2005, pp. 1686 ss.

⁵² Documento COM(2005) 65 final; en él se planteaba la conveniencia de presentar una propuesta normativa en 2006, que debería estar adoptada en 2011 a más tardar. Sobre el mismo pueden verse, entre otros, T. BENDITO CAÑIZARES, “Quelques réflexions à propos du Livre vert sur les successions et testaments et ses réponses”, en *L’Observateur de Bruxelles*, n° 67 (enero de 2007), pp. 23 ss.; M.CH. DE LAMBERTYE-AUTRAND, “Quel Droit européen en Droit patrimonial de la famille?: Le livre vert sur les successions et les testaments”, *Informations Sociales*, n° 129 (enero de 2006), pp. 84 ss.; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia sucesoria”, en AA.VV., *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo*, Sevilla, Comisión Europea / Universidad de Sevilla, 2006, pp. 65 ss.; y C. STUMPF, “Europäisierung des Erbrechts: das Grünbuch zum Erb- und Testamentsrecht”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, n° 19, 2006, pp. 587 ss.

⁵³ De ahí el acierto de la inclusión de un mínimo glosario. Un prolijo análisis de estas cuestiones puede verse en el Informe titulado *Étude de Droit comparé sur les règles de juridictions et de conflits de lois relatives aux testaments et successions dans les États membres de l’Union Européenne (Rapport final: synthèse et conclusions)*, Deutsches Notarinstitut, octubre/noviembre de 2002, coordinado por H. DÖRNER y P. LAGARDE.

⁵⁴ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la Ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de decisiones y de actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación del certificado sucesorio europeo, COM(2009) 154 final, de 14 de octubre de 2009.

cualquier discriminación respecto de las personas domiciliadas en él si ostentar su nacionalidad. La residencia habitual ha sido asimismo consagrada en las normas de conflictos de varios Estados miembros y, en particular, en el Convenio [de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la Ley aplicable a la sucesión por causa de muerte]⁵⁵.

Se trata de una propuesta normativa plausible por las razones señaladas si bien no se puede ignorar en este punto la aseveración contenida en el Libro verde de 2005: “Como ocurre a menudo en Derecho internacional privado, es grande la tentación de querer encontrar un único criterio de vinculación [de conexión] que solucione todos los problemas. (...) pero, en el ámbito de las sucesiones, ningún criterio carece de inconvenientes”⁵⁶.

Así las cosas, una primera lectura de la propuesta de Reglamento en materia de sucesión *mortis causa* de octubre 2009 confirma, en el plano de la determinación del ordenamiento aplicable, la inclusión de tres relevantes aspectos en los que la mayor parte de las respuestas al Libro verde coincidieron y que, en opinión fundada de T. BENDITO CAÑIZARES, auguran una nueva orientación en materia de Derecho sucesorio en Europa: aplicar un único e igual ordenamiento para todas las sucesiones; utilizar a tal fin el criterio de conexión de la residencia habitual del causante en detrimento de su nacionalidad (considerado el más tradicional en la materia en la mayor parte de los socios comunitarios); y favorecer la *professio iuris* por el causante⁵⁷.

⁵⁵ *Cit.*, p. 7. Lamentablemente la propuesta de Reglamento no contiene un concepto unitario y autónomo de residencia habitual, con lo que se habría podido tanto evitar la derivación conflictual de su concreción a lo establecido en los diferentes ordenamientos nacionales, como obviar la poco afortunada fórmula utilizada en el artículo 3, apartado 2º, del Convenio de La Haya de 1989 (que requiere un plazo mínimo de cinco meses previos al deceso para utilizar el criterio de la residencia habitual, criticado por demasiado restrictivo para dicha concreción).

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 4. En el mismo Libro verde se constató la tendencia hacia el abandono de la nacionalidad del causante -considerada “privilegiada durante largo tiempo” en este ámbito- en favor de su residencia habitual, un criterio considerado más “de moda” en el citado documento (*op. cit.*, p. 4); en él se ejemplifica el debate entre nacionalidad y residencia habitual con la siguiente reflexión: “Así, una persona puede residir algún tiempo en un país sin adquirir en él patrimonio alguno porque prevé acabar regresando a su país de origen, donde, por otra parte, sigue residiendo su familia y donde se encuentran sus bienes. Si esta persona fallece en el país donde residía, podría estar justificado que la sucesión se regulara por la Ley de su nacionalidad. En cambio, la vinculación a la Ley de nacionalidad carece de legitimidad si hace tiempo que el *de cuius* había dejado su país de origen y residía en un Estado miembro [de la Unión Europea] donde radican todos sus lazos familiares y patrimoniales”.

⁵⁷ “Quelques réflexions à propos du Livre vert sur les successions et testaments et ses réponses”, *op. cit.*, p. 25.