

## REFLEXIONES EN TORNO A LA FUNCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS\*

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.—2. SOBRE LA FUNCIÓN Y LOS MOTIVOS.—3. AUTONOMÍA Y VULNERABILIDAD.—4. CONCLUSIONES.

### 1. INTRODUCCIÓN

1. La facultad de elegir la ley aplicable es un principio general del Derecho de los contratos internacionales<sup>1</sup>. Se reconoce en la mayoría de los sistemas de Derecho internacional privado (DIPr)<sup>2</sup>, con la excepción de los de América Latina<sup>3</sup> y Oriente Próximo<sup>4</sup>. Se trata, además, de una posibilidad ampliamente utilizada en la práctica. Estudios empíricos indican que un 80 por 100 de los contratos comerciales internacionales contienen cláusulas de elección de ley<sup>5</sup>.

2. En el ámbito del Derecho de familia la autonomía de la voluntad es, en cambio, únicamente una tendencia emergente. Se contempla, ciertamente, en los nuevos instrumentos de la UE, como el Reglamento Roma III sobre la ley aplicable a la separación y el divorcio<sup>6</sup>, y los Reglamentos en materia

---

\* Catedrática de DIPr, Universidad de Barcelona, [cgonzalezb@ub.edu](mailto:cgonzalezb@ub.edu).

<sup>1</sup> Así lo afirmó el Instituto de Derecho internacional en el Preámbulo de su Resolución de Basilea de 1991 (*The Autonomy of the Parties in International Contracts Between Private Persons or Entities*). Véase [http://www.idi-iil.org/fr/sessions/basel-1991/?post\\_type=publication](http://www.idi-iil.org/fr/sessions/basel-1991/?post_type=publication).

<sup>2</sup> SYMEONIDES, S., «The Hague Principles on Choice of Law for International Contracts: Some Preliminary Comments», *American Journal of Comparative Law*, vol. 61, 2013, núm. 3, pp. 873-899, esp. pp. 875-876.

<sup>3</sup> Se ha admitido, sin embargo, recientemente en Argentina. Véase art. 2651 CC de 2014.

<sup>4</sup> BASEDOW, J., *The law of open societies*, Leiden, Brill Nijhoff, 2015, pp. 119-121.

<sup>5</sup> CUNIBERTI, G., «The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws», *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 34, 2014, núm. 3, pp. 455-517, esp. p. 468.

<sup>6</sup> Art. 5 del Reglamento (UE) 1259/2010, del Consejo, 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 (*DOUE* L 343, de 29 de diciembre de 2010).

de régimen económico matrimonial<sup>7</sup>, así como sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas<sup>8</sup>. Se abre también camino en la codificación internacional, como puede verse en el Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones de alimentos de 2007<sup>9</sup>, y en el DIPr autónomo de algunos Estados, particularmente, aunque no exclusivamente<sup>10</sup>, por lo que respecta al régimen de bienes del matrimonio<sup>11</sup>. No puede, no obstante, decirse que se trate de una facultad ampliamente admitida y mucho menos que haya alcanzado el rango de principio general. La autonomía de la voluntad conflictual no tiene además en el Derecho de familia el arraigo que se observa en el sector de la contratación. Los escasos estudios empíricos realizados sugieren que las posibilidades que ofrece la autonomía de la voluntad no han calado todavía en la práctica y que su utilización es escasa<sup>12</sup>.

3. El objeto de las siguientes páginas es reflexionar acerca del fundamento y función de la autonomía de la voluntad conflictual en el sector del Derecho de familia desde una doble perspectiva, la del DIPr y la del Derecho de familia. Esta reflexión parece ineludible porque cualquier construcción con un fundamento teórico frágil está destinada a colapsar<sup>13</sup>. La regla de la autonomía de la voluntad tiene, además, que ser activada por las partes, lo que requiere que estas, o más exactamente los profesionales jurídicos que las asesoran, consideren que la regla cumple una función útil. El régimen jurídico del contrato de elección de ley y los límites de la autonomía de la voluntad

<sup>7</sup> Art. 22 del Reglamento (UE) 2016/1103, del Consejo, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (DOUE L 183, de 8 de julio de 2016).

<sup>8</sup> Art. 22 del Reglamento (UE) 2016/1104, del Consejo, de 24 de junio, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (DOUE L 183, de 8 de julio de 2016).

<sup>9</sup> Arts. 7 y 8 del Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias (DOUE L 331, de 16 de diciembre de 2009).

<sup>10</sup> La elección de la ley aplicable al divorcio se admite también en los Países Bajos [art. 56.2.a) CC neerlandés], un Estado miembro que no participa en la cooperación reforzada que dio lugar al Reglamento Roma III. Cabe también para el divorcio de mutuo acuerdo en China. Véase el art. 26 de la Ley China de DIPr. La traducción al inglés de los preceptos puede consultarse en BASEDOW, J., RÜHL, G., FERRARI, F. y DE MIGUEL ASENSIO, P. (eds.), *Encyclopedia of Private international law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2017.

<sup>11</sup> La autonomía de la voluntad conflictual en materia de régimen económico matrimonial tiene tradición en Europa. Se admite también fuera del continente, en el DIPr de Argentina (art. 2625 CC de Argentina), Japón (art. 26.2, de la Ley japonesa de DIPr), China (art. 24 de la Ley china de DIPr) y Nueva Zelanda [art. 7.a) de la New Zealand Property (Relationships) Act de 1976]. Las normas de Argentina, Japón y China pueden consultarse en la *Encyclopedia, op. cit.* La ley neozelandesa puede verse en <http://www.legislation.govt.nz/act/public/1976/0166/latest/DLM441163.html>.

<sup>12</sup> Véase VERHELLEN, J., «Real-Life International Family Law - Belgian Empirical Research on Cross-Border Family Law», en BOELE-WOELKI, K., DETHLOFF, N. y GEPHART, W. (eds.), *Family Law and Culture in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2014, pp. 323-333, esp. pp. 330-331.

<sup>13</sup> JACQUET, J. M., «La théorie de l'autonomie de la volonté», en CORNELOUP, S. y JOUBERT, N., *Le Règlement communautaire Rome I et le choix de loi dans les contrats internationaux*, París, LexisNexis, 2011, pp. 1-15, esp. p. 1, y ARNOLD, S., «Gründe und Grenzen der Parteiautonomie im Europäischen Kollisionsrecht», en ARNOLD, S., *Grundfragen des Europäischen Kollisionsrechts*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2016, pp. 23-53, esp. p. 24.

conflictual no pueden, tampoco, analizarse correctamente si no se tiene una idea clara acerca de su fundamento y función en el concreto sector material en el que se inserta.

## 2. SOBRE LA FUNCIÓN Y LOS MOTIVOS

4. La fundamentación teórica de la autonomía de la voluntad resulta compleja si el punto de partida es el paradigma clásico de la norma de conflicto. Si la función de la norma es localizadora y el principio que la preside es la proximidad, resulta de difícil justificación que se permita a las partes elegir el ordenamiento que rige sus relaciones. No resultan convincentes ni la tesis de Henri Batiffol, quien defendió, contra toda evidencia, que la elección de ley no vincula al juez<sup>14</sup>, ni el intento de Gerhard Kegel de justificación de la autonomía de la voluntad como *Verlegenheitslösung*, esto es, como solución de compromiso, ante la dificultad de determinar cuál es el ordenamiento jurídico más próximo<sup>15</sup>. Sin embargo, en el ámbito del Derecho de familia, en ocasiones se sigue defendiendo esta segunda explicación, esencialmente porque la autonomía de la voluntad es limitada y se configura como un derecho de opción entre el derecho de la nacionalidad y el de la residencia habitual<sup>16</sup>. Desde el momento en el que se permite, no obstante, la elección del Derecho correspondiente a una nacionalidad no efectiva<sup>17</sup>, una explicación basada en la proximidad resulta poco convincente.

5. Es, en mi opinión, más fructífero plantear el análisis desde la perspectiva de los intereses del individuo<sup>18</sup>. Se trataría de ver qué puede aportar la autonomía de la voluntad al destinatario de la norma, quien libérrimamente ha de decidir si hace o no uso de la posibilidad que le confiere el legislador. Para ello resulta pertinente distinguir entre la función en abstracto de la autonomía de la voluntad en cuanto regla y los motivos de la elección concreta de un ordenamiento jurídico en el acuerdo de elección de ley. Aunque en ocasiones se confundan ambos planos, la autonomía de la voluntad es una regla que solo opera si es activada mediante la conclusión de un pacto de elección de ley. Los motivos concretos por los cuales se activa la regla y que subyacen al pacto de elección de ley son, sin embargo, distintos de la función abstracta de la regla.

---

<sup>14</sup> Véase la crítica de GIULIANO, M., «La loi applicable aux contrats: problèmes choisis», en GIULIANO, M., *Recueil des cours*, vol. 158, 1977, pp. 183-270, esp. p. 208.

<sup>15</sup> KEGEL, G. y SCHURIG, K., *Internationales Privatrecht*, 9.<sup>a</sup> ed., Múnich, Verlag C. H. Beck., 2004, p. 653.

<sup>16</sup> Véase JAYME, E., «Party Autonomy in International Family and Succession Law: New Tendencies», *Yearbook of Private International Law*, vol. 11, 2009, pp. 1-10, esp. p. 3.

<sup>17</sup> Véanse considerandos 50 y 49, respectivamente, de los Reglamentos en materia de régimen económico matrimonial y sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas.

<sup>18</sup> FLESSNER, A., *Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht*, Tubinga, J. C. B. Mohr, 1990, p. 99, y LEHMANN, M., «Liberating the Individuals from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Law», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 41, 2008, pp. 381-434.

6. Los motivos que presiden la concreta elección de ley son variables y están presididos por el interés particular y la conveniencia de quienes eligen. En ocasiones se busca un concreto resultado material<sup>19</sup>, en otras, el objetivo fundamental es la reducción de costes<sup>20</sup> y puede que, a veces, la elección se base en una mayor identificación del sujeto con una determinada identidad cultural, aunque esa noción me parece en sí misma problemática<sup>21</sup> y el moderno Derecho de familia de los Estados occidentales rara vez refleje elementos culturales<sup>22</sup>. También podría ser que todos los factores mentados y otros<sup>23</sup> confluyeran en la elección, esto es, que fueran varias las razones por las cuales las partes decidieran activar la posibilidad de elección de ley.

7. Como la elección de ley entraña unos costes, lo que valoran las partes es, en realidad, si los beneficios que pueden obtenerse a través de la autonomía de la voluntad en el caso concreto justifican la activación de la regla. Las partes pueden tener poco interés en elegir la ley aplicable si la conexión objetiva, que se aplica en defecto de elección de ley, ya produce resultados aceptables. Aunque en la estructura de la norma la conexión objetiva ocupe una posición subsidiaria, en la operativa de la misma el orden, de hecho, se invierte. El punto de partida es la ley designada por la conexión objetiva. Solo se elige una ley distinta en caso de que de la elección deriven beneficios tangibles.

8. No debe, por otra parte, perderse de vista la influencia que sobre la elección de ley tienen los profesionales del Derecho. El discurso tradicional acerca de la autonomía de la voluntad conflictual presupone que las partes tendrán acceso a información objetiva y veraz. Pero lo cierto es que las partes rara vez disponen de conocimientos jurídicos y lo más normal es que dependan del asesoramiento jurídico para tomar decisiones. Y es importante,

<sup>19</sup> En un estudio empírico realizado en Italia en relación con la elección de la ley aplicable al divorcio se observa que cuando las partes eligen Derecho extranjero lo hacen para evitar el periodo de separación legal previa al divorcio que exige el Derecho italiano. Véase VIARENGO, I., «International Divorce proceedings in Italy: issues arising in the case law», *Rivista di Diritto. Internazionale. Privato e Processuale*, vol. 52, 2016, núm. 3, pp. 701-724, esp. p. 713.

<sup>20</sup> Es una de las razones para la elección de la *lex fori* incluso allí donde el Derecho extranjero se aplica de oficio. Cfr. RÜHL, G., «Die Kosten der Rechtswahlfreiheit: Zur Anwendung ausländischen Rechts durch deutsche Gerichte», *Rabels Zeitschrift*, vol. 71, 2007, pp. 559-596, esp. pp. 572-573.

<sup>21</sup> La identidad cultural es en gran medida un concepto ideológico que crea más problemas de los que resuelve. La existencia de la identidad cultural ha sido cuestionada recientemente por JULLIEN. Véase JULLIEN, F., *Il n'y a pas d'identité culturelle*, París, L'Herne, 2016.

<sup>22</sup> Véanse GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común», *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2004, núm. 4, pp. 117-186, esp. pp. 178-180; HENRICH, D., «Parteiautonomie, Privatautonomie und kulturelle Identität», en MANSEL, H. P. et al. (eds.), *Festschrift für Erik Jayme*, Múnich, Sellier, 2004, pp. 321-329, esp. p. 322, y CRETNEY, S., «Breaking the shackles of culture and religion in the field of divorce?», en BOELE-WOELKI, K. (ed.), *Common Core and Better Law in European Family law*, Oxford, Intersettia, 2005, pp. 3-14.

<sup>23</sup> La autonomía de la voluntad puede utilizarse para conseguir la aplicación de un mismo ordenamiento a distintos aspectos de una disputa. Véase GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «The role of party autonomy in pursuing coordination», en VIARENGO, I. y VILLATA, F., *Planning the future of Crossborder Families: a path through coordination*, en prensa.

me parece, tener presente que los asesores de las partes tienen sus propios intereses, que pueden condicionar de manera decisiva todo el proceso de decisión. Uno de los déficits más acusados en la práctica es que en el sector del Derecho de familia son muy escasos los profesionales con conocimientos avanzados de DIPr y Derecho comparado. La elección a favor de la *lex fori* podría obedecer, en gran medida, a la conveniencia del profesional del Derecho, que se siente más cómodo moviéndose en terreno familiar<sup>24</sup>. No es tampoco desdeñable la influencia que sobre el asesoramiento pueden tener los seguros de responsabilidad profesional que aconsejarían un ejercicio profesional cauto si no se quiere perder la cobertura.

9. Lo que interesa en esta sede no es, sin embargo, tanto investigar los factores, por definición, subjetivos y variables, que pueden motivar la elección de una ley concreta sino analizar el fundamento de la posibilidad de elección en cuanto regla abstracta. ¿Qué aporta la posibilidad abstracta de elección de la ley aplicable a las familias? Es decir, ¿cuáles son las ventajas intrínsecas que reporta la autonomía de la voluntad, con independencia de la ley que se elija?

10. En la doctrina contemporánea se ha intentado vincular la autonomía de la voluntad con el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>25</sup>. Estos intentos parecen un poco forzados, pues no puede, en puridad, afirmarse que un sistema de DIPr que no reconozca a las partes la facultad de elección de ley menoscabe el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los individuos y las familias. El derecho al libre desarrollo de la personalidad depende de la textura más o menos abierta del Derecho material, de si ese Derecho permite optar por distintos estilos de vida. Y si el derecho al libre desarrollo de la personalidad se vincula a la posibilidad de autorregulación, la dificultad radica en explicar la razón por la que se está admitiendo la autonomía de la voluntad conflictual respecto a cuestiones de Derecho de familia en las que predominan las normas imperativas, que las partes no pueden derogar mediante pacto<sup>26</sup>.

11. Vincular la facultad de elección de ley al libre desarrollo de la personalidad acaba induciendo a confusión entre el plano material y el conflictual. La elección de ley puede justificarse desde una perspectiva de estricto DIPr como respuesta al principal déficit de regulación al que se enfrentan

---

<sup>24</sup> Solo se elige un ordenamiento que se conoce. Véase VOGENAUER, S., «Regulatory Competition Through Choice of Contract Law and Choice of Forum in Europe: Theory and Evidence», *European Review of Private Law*, vol. 21, 2013, núm. 1, pp. 13-78, esp. p. 53.

<sup>25</sup> JAYME, E., «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *Recueil des cours*, vol. 251, 1995, pp. 9-267, esp. pp. 147-148; BASEDOW, J., «Theorie der Rechtswahl oder Parteiautonomie als Grundlage des Internationalen Privatrechts», *Rebels Zeitschrift*, vol. 75, 2011, núm. 1, pp. 32-59, y BASEDOW, J., *op. cit.*, nota 4, pp. 149-151.

<sup>26</sup> En el Derecho material de familia hay muchas cuestiones respecto a las cuales no se admite el pacto. Las causas de divorcio se fijan, por ejemplo, en la ley y no se admite que las partes pacten con efectos jurídicos vinculantes causas adicionales o excluyan determinadas causas. La autonomía de la voluntad conflictual no va, por consiguiente, necesariamente de la mano de la libertad de pacto o autonomía de la voluntad material.

las relaciones familiares con elemento internacional. Este no es otro que la incertidumbre acerca del marco normativo que rige y al que estas relaciones deben ajustarse. Mientras que una relación homogénea dispone de un marco jurídico unívoco a partir del cual resulta posible determinar las obligaciones y derechos respectivos, esa certeza no existe cuando la relación es heterogénea. Independientemente del margen que luego confiera el Derecho material para la conclusión de acuerdos, la primera necesidad de los individuos y las familias es identificar los derechos y obligaciones recíprocos. La certeza acerca de los mismos se obtiene permitiendo a las partes la fijación de ese marco jurídico.

12. Cuando la relación es internacional son, por definición, varios los ordenamientos jurídicos en juego. En muchas ocasiones es difícil hacer un pronóstico acerca de cuál rige. En algunos casos porque las normas de conflicto no están unificadas y el Derecho aplicable depende de la autoridad competente en caso de controversia lo que, a su vez, es de difícil pronóstico en un contexto de movilidad creciente en el que un número cada vez mayor de familias lleva una vida transnacional, caracterizada por un ir y venir entre jurisdicciones<sup>27</sup>. Las migraciones ya no son, en efecto, unidireccionales y duraderas en el tiempo, sino circulares y revisables<sup>28</sup>. Por consiguiente, una pareja mixta difícilmente podrá anticipar dónde se va a encontrar en el medio y largo plazo. Puede depender de una diversidad de factores, familiares, personales y laborales y acabar siendo aleatorio, pues el conflicto puede surgir en cualquier momento. Una vez surge, tampoco desaparece la incertidumbre pues suele haber foros concurrentes a los que acudir.

13. Pero incluso si las normas de conflicto estuvieran unificadas la incertidumbre persistiría. El principal punto de conexión que se utiliza en las normas de conflicto objetivas es actualmente la residencia habitual. Tiene a su favor la flexibilidad que permite una localización más ajustada a las circunstancias del caso concreto. En su contra, ofrece escasa certeza hasta que la autoridad competente analice esas circunstancias que además pueden ir variando a lo largo del tiempo y ser objeto de distinta ponderación<sup>29</sup>. No ha de perderse tampoco de vista que en el mundo real las normas de DIPr se aplican en muchos casos de manera deficiente. Todo pronóstico es, por consiguiente, arriesgado.

14. En ese contexto, la autonomía de la voluntad conflictual abre una vía para reducir la incertidumbre acerca de cuál es el marco normativo en el que han de desenvolverse las relaciones familiares. Es un mecanismo tanto más

---

<sup>27</sup> BECK-GERNSHEIM, E., «From Rights and Obligations to Contested Rights and Obligations: Individualization, Globalization, and Family Law», *Theoretical Inquiries in law*, vol. 13, 2012, pp. 1-15.

<sup>28</sup> BASEDOW, J., *op. cit.*, nota 4, pp. 34-36.

<sup>29</sup> La principal dificultad es el peso que se ha de atribuir a los aspectos subjetivos, que posiblemente se valoren de manera distinta en función de la cuestión de Derecho de familia de que se trate. En materia de régimen económico matrimonial el arraigo posiblemente se valore de forma distinta que si se trata de adoptar una medida de protección. Véase RENTSCH, B., *Der gewöhnliche Aufenthalt im System des Europäischen Kollisionsrechts*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2017.

eficaz cuanto más ampliamente se admita por los sistemas de DIPr. En el momento actual, su eficacia es relativa<sup>30</sup> puesto que la admisión de la elección de ley es, como ya se ha apuntado, una tendencia emergente. No puede, por consiguiente, garantizarse que el pacto de ley aplicable vaya a ser respetado en otros sistemas de DIPr. Ni siquiera en el interior de la UE, puesto que los instrumentos que la han introducido se han aprobado por la vía de la cooperación reforzada<sup>31</sup>. La elección de la ley española como ley rectora del divorcio de conformidad con el Reglamento Roma III no tendrá, por ejemplo, efecto si finalmente el divorcio se ventila en Suecia, cuyo sistema de DIPr aplica la *lex fori*. Esto no significa, sin embargo, que la autonomía de la voluntad no sea, en abstracto, un instrumento idóneo para proporcionar certeza acerca del Derecho aplicable, únicamente que su eficacia se ve comprometida por el hecho de que no se admita (todavía) ampliamente.

15. Para entender la función que puede desempeñar la elección de la ley aplicable resulta adicionalmente necesario interrogarse acerca del papel del Derecho en las relaciones familiares. Y ahí es donde, en mi opinión, se pone de relieve que cada sector material sigue lógicas distintas<sup>32</sup>. Mientras que los operadores económicos activos en el comercio internacional son profesionales que, aunque carezcan de conocimientos, sí que tendrán una actitud de vigilancia y anticipación, lo cierto es que la mayoría de las familias viven completamente ajenas al Derecho. Tienen ideas muy vagas e incluso erróneas acerca de lo que las normas disponen<sup>33</sup>. En la esencia de lo que significa ser familia está además la idea de la irrelevancia del Derecho, de que, en caso de conflicto, los miembros de la familia serán capaces de negociar soluciones y encontrar salidas sin necesidad de una intervención exógena.

16. La norma jurídica se consulta, en efecto, esencialmente, en relación con una ruptura familiar, esto es, cuando la familia deja de ser familia. Típicamente cuando la ruptura ya ha ocurrido y se desea negociar sus términos y, con menor frecuencia, cuando se contempla la posibilidad de ruptura anticipadamente. Las reglas en materia de obligaciones de alimentos o acerca del divorcio y la separación son relevantes únicamente en caso de ruptura. Mientras subsiste la relación poco importa quién es el titular legal de la vivienda ni si un miembro de la familia se dedica más al cuidado de la familia que el otro. Incluso en un sector como el régimen de bienes de la pareja en el que se producen efectos respecto a terceros, lo que preocupa más a las familias son, me parece, los efectos en caso de disolución del matrimonio, ya sea por causa de muerte, ya sea por divorcio. Si se trata de proteger el patrimonio familiar frente a los posibles acreedores del cónyuge comerciante posiblemente se

---

<sup>30</sup> GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Art. 5 of the Rome III Regulation», en CORNELOUP, S., *Droit européen du divorce. European divorce law*, Dijon, LexisNexis, 2013, pp. 545-555, esp. p. 548, marg. 10.

<sup>31</sup> Esto implica que en esta materia no se consigue la unificación de las normas de conflicto de leyes y que los Estados miembros no participantes continúan aplicando sus normas de DIPr autónomas.

<sup>32</sup> MAULTZSCH, F., «Party autonomy in European Private International Law: Uniform Principle or Context-Dependent Instrument?», *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016, pp. 466-491.

<sup>33</sup> BAKER, K. N. y SILBAUGH, K. B., *Family Law: the essentials*, Nueva York, Aspen, 2009, p. 5.

opte por otras estrategias más directas, como podría ser la constitución de una sociedad.

17. El papel del Derecho internacional privado en el caso de planificación *ex ante*, ha sido estudiado por Ronald A. Brand para el ámbito de las relaciones comerciales<sup>34</sup>. Con carácter previo al surgimiento del conflicto, se busca mitigar los riesgos que rodean a la operación que se pretende realizar<sup>35</sup>. Para ello resulta necesario que el marco jurídico sea estable, ya que ello permitirá hacer un diagnóstico y tomar las precauciones necesarias. Sin dicha estabilidad no se puede, en efecto, diseñar medida anticipatoria alguna ni reducir el principal riesgo, que consiste en la escalada del conflicto entre personas que muchas veces desean y necesitan seguir siendo familia tras la ruptura, por la existencia de hijos y un contexto social e intereses económicos comunes. La claridad respecto a las posiciones jurídicas de las partes contribuiría, desde esa perspectiva, a la pacificación de los futuros conflictos porque reduciría la posibilidad de comportamientos oportunistas, una vez la ruptura se produjere.

18. Si de lo que se trata es de resolver un conflicto que ya ha surgido, el conocimiento del marco normativo resulta de interés, incluso si se desea negociar una solución de mutuo acuerdo. El punto de partida de cada una de las partes en la negociación de una ruptura familiar viene marcado por las respectivas posiciones jurídicas esto es, por lo que el ordenamiento otorga a cada uno<sup>36</sup>. El resultado de la negociación se valorará también de acuerdo con la probable resolución que se obtendría en caso de que la ruptura se llevara a la autoridad competente. Nada impide que una pareja no casada pacte pagos compensatorios en caso de ruptura. Pero es difícil que lo haga si el Derecho aplicable no los prevé. En cambio, si los previera una negociación que no consiguiera su establecimiento, probablemente se considerara una mala negociación<sup>37</sup>.

19. La existencia de un marco jurídico estable es, por consiguiente, condición *sine qua non* para la consecución de soluciones consensuadas, que no requieran la intervención de la autoridad competente. Si se decidiera o fuera necesario llevar la controversia a los órganos jurisdiccionales la elección de la ley aplicable operaría asimismo como fórmula de reducción del ámbito de la controversia. La autoridad competente no se vería obligada a determinar el marco normativo de resolución del litigio, pues este habría sido predefinido por las partes.

20. La principal aportación de la autonomía de la voluntad conflictual es que proporciona certeza respecto a cuál es el Derecho rector<sup>38</sup>. Ello re-

---

<sup>34</sup> BRAND, R. A., «Transaction planning using rules on Jurisdiction and the recognition and enforcement of Judgments», *Recueil des cours*, vol. 358, 2013, pp. 27-261.

<sup>35</sup> BRAND, R. A., *op. cit.*, nota 34, p. 30.

<sup>36</sup> MNOOKIN, R. H. y KORNHAUSER, L., «Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce», *Yale Law Journal*, vol. 88, 1979, núm. 5, pp. 950-997, esp. p. 955.

<sup>37</sup> MNOOKIN, R. H. y KORNHAUSER, L., *op. cit.*, nota 36, p. 973.

<sup>38</sup> Véanse FLESSNER, A., *op. cit.*, nota 18, p. 99, y LEIBLE, S., «Parteinautonomie im IPR: Allgemeines Anknüpfungsprinzip oder Verlegenheitslösung?», en MANSEL, H. P. *et al.*, *Festschrift für Erik Jayme*, vol. 1, Múnich, Sellier, 2004, pp. 485-503, esp. p. 488.

sulta fundamental a efectos informativos, para que las partes sepan dónde están, cuál es el marco jurídico al que han de ajustar sus relaciones. Es de interés incluso en relación con aquellos sectores en los que en el plano del Derecho material preponderan las normas imperativas. Aunque la ley rectora de la disolución del vínculo matrimonial no contemple la posibilidad de conclusión de ningún acuerdo particular, a las partes les interesará saber si la disolución es causal o cabe también de mutuo acuerdo o incluso por demanda unilateral. Dicho conocimiento es presupuesto de cualquier actuación o estrategia.

### 3. AUTONOMÍA Y VULNERABILIDAD

21. La autonomía conflictual, así conceptuada, es un instrumento de empoderamiento de las familias, que les permite, a través de la fijación del Derecho aplicable, tomar las decisiones que más se adecúen a sus circunstancias y necesidades. Su activación implica, sin embargo, como ya se ha dicho, la conclusión de un acuerdo entre los miembros de la pareja. En esta fase son relevantes los motivos a los que antes se hacía referencia. Se supone que cada uno de los individuos adultos que forman la familia velará por sus intereses en la conclusión del acuerdo y que de la suma de los intereses individuales resultará la solución más adecuada.

22. Esta aproximación presenta, no obstante, fisuras si se contrapone a la realidad de la vida familiar. Para empezar, la vida familiar es algo más que la suma de individualidades e implica la construcción de un proyecto de vida común basado en la solidaridad<sup>39</sup>. Los miembros de la familia no concluyen o no deberían concluir acuerdos buscando la maximización del interés individual, sino actuar de forma altruista, buscando también el bien ajeno y el bien común.

23. Uno no pacta tampoco con su pareja como lo haría con un extraño, porque la relación de pareja implica intrínsecamente confianza. Incluso si se contemplan posibles situaciones adversas rara vez se desciende al detalle y se negocian compensaciones como se haría, en cambio, en una relación comercial<sup>40</sup>. No es frecuente que se evalúen de manera realista las posibilidades de ruptura; incluso si las estadísticas indican que el 50 por 100 de los matrimonios acaban en divorcio las parejas rara vez contemplan al inicio de la relación que la suya podría ser una de las relaciones que fracasara<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> BARLOW, A., «Solidarity, autonomy and equality: mixed messages for the family?», *Child and Family Law Quarterly*, vol. 27, 2015, pp. 223-235, esp. p. 224, y SVERDRUP, T., «Family solidarity and the mind-set of private law», *Child and Family Law Quarterly*, vol. 27, 2015, pp. 237-247, esp. p. 237.

<sup>40</sup> DETHLOF, N., «Contracting in Family Law: A European perspective», en BOELE-WOELKI, K., MILES, J. y SCHERPE, J. M., *The future of family property in Europe*, Amberes, Intersettia, 2011, pp. 65-94, esp. pp. 85-86, y BAKER, K. N. y SILBAUGH, K. B., *op. cit.*, nota 33, p. 9.

<sup>41</sup> Véase MAHAR, H., «Why are there so few pre-nuptial agreements?», *Harvard John M. Olin Discussion Paper Series*, núm. 436, 2003, [http://www.law.harvard.edu/programs/olin\\_center/](http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/).

24. La propia noción de autonomía resulta problemática en el ámbito familiar. Se vincula en la teoría política a la construcción de la noción del sujeto liberal. Pero el sujeto liberal del que hablaban Adam Smith y John Locke era un hombre. Se daba por sentado que ese hombre tenía una familia, pero ni las mujeres ni los niños eran sujetos con derechos individuales<sup>42</sup>. Las tareas realizadas por las mujeres en el ámbito del cuidado de las personas y la vida doméstica no eran parte del discurso político<sup>43</sup>.

25. Obviamente eso ha cambiado. Hombres y mujeres tienen los mismos derechos y ello contribuye a que se tienda cada vez más a utilizar la teoría contractual para explicar la vida familiar. La pareja matrimonial descrita antes como una relación vertical y jerárquica presidida por el cabeza de familia ha pasado ahora a ser conceptualizada como una comunidad de iguales<sup>44</sup>. La vida familiar se describe como el resultado de los acuerdos explícitos e implícitos de los miembros de la familia. El papel del Derecho radicaría en respetar dichos pactos como expresión de la libertad humana y del libre desarrollo de la personalidad, porque las familias saben mejor que el Estado lo que les conviene.

26. El principal problema de esta descripción normativa de la familia, que muchas veces se acepta sin cuestionamiento, es que no ayuda a explicar la función social y la dinámica interna de la familia<sup>45</sup>. Frente al mito de la autonomía, que enfatiza la libertad individual, es más convincente una visión alternativa, la teoría de la vulnerabilidad, que ha sido desarrollada por Marta Albertson Fineman. El núcleo central de esta tesis es que la vulnerabilidad, el hecho de que todos hemos sido dependientes de niños y muy posiblemente volveremos a ser dependientes en algún momento, cuando enfermemos y/o envejecamos es consustancial al ser humano, pues deriva de la propia corporeidad<sup>46</sup>. La vulnerabilidad hace a los seres humanos inevitablemente dependientes los unos de los otros, e implica la necesidad de recursos sociales para atender a las necesidades de cuidado que genera. Las instituciones

---

<sup>42</sup> Véase DEGLER, C. N., *Women and the Family in America from the revolution to the present*, 1980, p. 189, citado por BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E., *The normal chaos of love*, 1.ª ed., Cambridge, Polity Press, 1995, p. 57.

<sup>43</sup> Véase TRONTO, J. C., «Care as a political concept», en HIRSCHMANN, N. C. y DI STEFANO, Ch. (eds.), *Revisioning the political. Feminist reconstructions of traditional concepts in Western Political theory*, 1.ª ed., Nueva York, Westview Press, 1996, pp. 139-156.

<sup>44</sup> El principio de igualdad entre los cónyuges es relativamente reciente. Se introdujo en los años veinte del siglo pasado en la Unión Soviética y Escandinavia. Se extendió a la República Federal de Alemania y los países del Este de Europa después de la Segunda Guerra Mundial y alcanzó al resto del continente en la década de los setenta. Véase ANTOKOLSKAIA, M., *Harmonisation of Family Law in Europe: A historical Perspective. A tale of two millenia*, Oxford-Amberes, Intersetia, 2006, p. 310.

<sup>45</sup> FINEMAN, M. A., «Why Marriage?», *Virginia Journal of Social Policy & the Law*, vol. 9, 2001, pp. 239-271, esp. p. 253.

<sup>46</sup> FINEMAN, M. A., «Cracking the Foundational Myths: Independence, Autonomy, and Self-sufficiency», *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, vol. 9, 2000, pp. 13-29, esp. p. 18; FINEMAN, M. A., «Equality, Autonomy, and the Vulnerable subject in Law and Politics», en FINEMAN, M. A. y GREAR, A., *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, 1.ª ed., Nueva York, Ashgate, 2013, pp. 13-27, esp. p. 20.

sociales, la propia familia, por ejemplo, también son vulnerables y necesitan del Estado para obtener los recursos que le permitan ejercer su función.

27. La teoría de la vulnerabilidad pone en el centro del discurso el mundo de los cuidados. Históricamente se trata de un mundo que es femenino, lo que no quiere decir que todas las mujeres sean cuidadoras ni que los hombres no puedan ser cuidadores ni mucho menos que las mujeres deban seguir siendo cuidadoras. Es obvio, no obstante, que los cuidados no son prescindibles y que el mundo de los cuidados ha solido ser y sigue siendo mayoritariamente femenino, lo que tiene un doble impacto en la vida familiar. En primer lugar, porque implica la pervivencia de unos roles de género de los que muchas veces ni siquiera las propias parejas son plenamente conscientes y que afloran con mayor fuerza cuando se ha de atender a niños, enfermos y ancianos<sup>47</sup>. Y en la vida real, influye en el reparto del uso del tiempo<sup>48</sup> y el desarrollo de la carrera profesional, si es que la hay<sup>49</sup>. Los cuidados son una necesidad humana, quienes cuidan a los dependientes acaban, sin embargo, siendo dependientes, pues necesitan disponer de recursos sociales para poder llevar a cabo su tarea. Solo que esa dependencia es secundaria y evitable y distinta de la consustancial, inherente a la propia esencia de ser un ser humano<sup>50</sup>.

28. Frente a la evidencia de que en muchas ocasiones hay desigualdad en el reparto de los cuidados se arguye con frecuencia que eso es resultado de una elección de las mujeres y de las familias. Eso puede ser en muchos casos cierto. En un estudio reciente llevado a cabo en Inglaterra la mayoría de las familias con niños indicaron su preferencia por el modelo del 1,5, esto es, por un modelo en el que uno de los progenitores trabaja a tiempo completo y el otro, media jornada. Y el 10 por 100 de los hombres y el 13 por 100 de las mujeres indicaron, además, que no les parecía adecuado que fuera el hombre quien optara por reducir los tiempos de trabajo remunerado<sup>51</sup>. No descarto incluso que la maternidad como hecho biológico influya en la inclinación de muchas mujeres por la dedicación a la familia, pues como ha puesto de manifiesto Shelley E. Taylor el cuidado de los dependientes está grabado en nuestros genes<sup>52</sup>. Pero el hecho de que la dedicación a la familia sea una elección o un condicionamiento no justifica ni legitima la injusticia que puede generarse en caso de ruptura familiar, pues esa dedicación no benefició únicamente

---

<sup>47</sup> FINEMAN, M. A, *op. cit.*, nota 45, p. 1420.

<sup>48</sup> Véase BALCELLS I VENTURA, L., «Analyzing the division of household labor within Spanish families», *Revista Internacional de Sociología*, vol. 67, 2009, núm. 1, pp. 83-105.

<sup>49</sup> Como apuntan U. Beck y E. Beck-Gernsheim, la decisión de quien cuida a los niños implícitamente decide qué carrera profesional es prioritaria. Véase BECK, U. y BECK-GERNSHEIM, E., *op. cit.*, nota 42, p. 25.

<sup>50</sup> Véase FINEMAN, M. A., «Equality, Autonomy, and the Vulnerable subject...», *op. cit.*, nota 46, p. 18.

<sup>51</sup> Véase el *Modern Family Index* de 2018, <https://www.workingfamilies.org.uk/news/2018-modern-families-index/>.

<sup>52</sup> TAYLOR, S. E., *The tending instinct How nurturing is essential to who we are and how we live*, Nueva York, Times Books, 2002, pp. 8-12.

al cuidador, sino a toda la familia y a la sociedad en general en la medida en la que esta confía a la familia el cuidado de la dependencia.

29. ¿Qué relación guarda lo anterior con la autonomía conflictual? Guarda relación con la vertiente negativa de la autonomía de la voluntad conflictual a la que no se suele prestar atención, porque en el ámbito de los contratos comerciales internacionales no reviste importancia. La autonomía de la voluntad conflictual implica no únicamente la selección de un ordenamiento jurídico, sino la «deselección» del que se hubiera aplicado en defecto del anterior. Cuando, como ocurre en materia de contratos comerciales, el Derecho que se deselecciona es mayoritariamente dispositivo este aspecto negativo tiene menor relevancia que si en el Derecho material hay muchas normas imperativas. Porque las normas dispositivas se pueden deseleccionar mediante pacto y, por consiguiente, no es trascendente que el pacto de elección de ley implique su evitación. Si las normas que se excluyen son, en cambio, imperativas la elección de ley implica que indirectamente se permite su exclusión. Esto es relevante independientemente de que sea o no el motivo de la elección, porque preservar a la familia es responsabilidad del Estado<sup>53</sup>.

30. En el ámbito del Derecho de familia las normas imperativas se justifican por la protección de la familia y de sus miembros. Aunque la teoría contractual tenga cierto atractivo para explicar la dinámica familiar, lo cierto es que en el Derecho material de familia hay un núcleo de disposiciones que las partes no pueden excluir. El régimen primario del matrimonio, por ejemplo, asegura en algunos ordenamientos que, sea cual sea la titularidad sobre la vivienda familiar, no cabe la libre disposición sobre la misma sin el consentimiento de ambos cónyuges. Muchos ordenamientos impiden la exclusión anticipada de las obligaciones de alimentos y/o los pagos compensatorios. Todos los ordenamientos intentan encontrar un equilibrio entre la libertad de pacto y la necesidad de protección. Divergen, sin embargo, en la ponderación de uno y otro interés. Diverge además el contexto social en cada Estado, pues no es obviamente lo mismo la renuncia a las prestaciones de alimentos en un Estado social fuerte que garantiza a todos los ciudadanos un nivel de protección mínimo a través de pensiones públicas que en un Estado que tiene un nivel de prestaciones sociales muy reducido.

31. La problemática anteriormente descrita no es nueva para el Derecho internacional privado. La vertiente negativa de la autonomía de la voluntad ha sido objeto de atención en los denominados contratos de parte débil. En el ámbito de la Unión Europea, la solución no ha sido, como es sabido, la exclusión de la autonomía de la voluntad como ocurre en el DIPr suizo<sup>54</sup>, sino el establecimiento de un régimen especial en virtud del cual la elección de la

<sup>53</sup> RÖTHEL, A., «Regelungsaufgabe Paarbeziehung und die Instrumente des Rechts», en RÖTHEL, A. y HEIDERHOFF, B., *Regelungsaufgabe Paarbeziehung: Was kann, was darf, was will der Staat?*, Fráncfort, Wolfgang Metzner Verlag, 2012, pp. 17-33.

<sup>54</sup> Véase el art. 120.2 de la Ley suiza de Derecho internacional privado.

ley aplicable no priva a la parte débil de la protección que le dispensan las normas imperativas del Derecho de su residencia habitual<sup>55</sup>.

32. Este modelo no puede, sin embargo, trasladarse al Derecho de familia pues en este ámbito no puede identificarse una parte débil. La debilidad del consumidor o trabajador radica en que típicamente tiene un menor poder de negociación que la contraparte, el comerciante. Esa desigualdad de armas genera el riesgo de que la elección de la ley aplicable sea una imposición de la parte fuerte que produzca perjuicios a la parte débil<sup>56</sup>. Esta situación no se produce en el ámbito familiar, esencialmente, porque ni puede decirse que la mujer tenga, por ser mujer, un menor poder de negociación, ni tampoco que el hombre tenga por el hecho de ser hombre un mayor poder. No ha de perderse de vista tampoco que en ocasiones las parejas pueden ser de dos hombres o dos mujeres. En realidad, en el ámbito familiar ambas partes pueden ser partes débiles<sup>57</sup>, incluso simultáneamente, dependiendo de las circunstancias del caso concreto porque la vulnerabilidad tiene múltiples facetas, puede ser económica pero también cultural, social, psicológica.

33. La vulnerabilidad no es, consustancial, a una de las partes sino el elemento que caracteriza la relación. Los miembros de la pareja no suelen tener una actitud vigilante cuando negocian, si es que lo hacen de manera explícita, los términos de su relación. Psicológicamente no es habitual que contemplen de manera realista los riesgos de ruptura ni las adversidades que les pueden ocurrir. Forma parte de la naturaleza humana que los supervivientes de un terremoto tarden únicamente quince días en recuperar niveles poco realistas de optimismo respecto a la posibilidad de ser víctimas de un desastre natural<sup>58</sup>. Es también consustancial a la vulnerabilidad del ser humano que en caso de ruptura familiar las partes sean víctimas de sus emociones, que quien se siente culpable o que quien tema perder la custodia o el contacto con los hijos acabe renunciando a lo que le corresponde o, al revés, que quien ha sido herido albergue sentimientos de venganza. No se pueden tampoco excluir las relaciones familiares abusivas, en las que un miembro de la pareja explota la mayor vulnerabilidad del otro. Pero, por otro lado, la vulnerabilidad es únicamente un riesgo que amenaza a la relación, no una certeza. Nada excluye que los sentimientos de solidaridad y cuidado recíproco sobrevivan a la adversidad y la ruptura.

34. Tomar consciencia de la vulnerabilidad no quiere, por tanto, decir que se deba excluir la autonomía de la voluntad conflictual en el ámbito del

---

<sup>55</sup> Arts. 6 y 8 del Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE L 177*, de 4 de julio de 2008.

<sup>56</sup> RÜHL, G., «The protection of weaker parties in the Private international law of the European Union: a portrait of inconsistency and conceptual truancy», *Journal of Private international law*, vol. 10, 2014, núm. 3, pp. 335-358.

<sup>57</sup> Esto ya lo afirmó F. Pocar con relación al acreedor y deudor de alimentos. Véase POCAR, F., «La protection de la partie faible en droit international privé», *Recueil des cours*, vol. 188, 1984, pp. 339-418, esp. p. 351.

<sup>58</sup> GILBERT, D., *Stumbling on happiness*, 1.<sup>a</sup> ed., Nueva York, Knopf, 2006, p. 18.

Derecho de familia. He señalado con anterioridad que desempeña una función útil en tanto que contribuye a fijar los términos jurídicos de la relación, lo que me parece particularmente relevante en un contexto como el actual, en el que un número creciente de familias lleva una vida transnacional, caracterizada por un ir y venir entre jurisdicciones. La autonomía de la voluntad conflictual es un instrumento que facilita que las familias tomen las decisiones más adecuadas a sus circunstancias, en definitiva, que los individuos ejerzan la responsabilidad sobre el rumbo de sus vidas. La naturaleza especial de las relaciones familiares únicamente implica que debe construirse un régimen jurídico especial de la elección de ley, que no es adecuado trasladar irreflexivamente a este sector material la regulación propia del sector de los contratos. Porque el contexto nada tiene que ver y porque mientras que en el ámbito comercial es lícito y legítimo que quien no vela adecuadamente por sus propios intereses pierda la partida, en el ámbito de las relaciones familiares no es moralmente correcto penalizar a quien antepuso los intereses de la familia a los propios.

#### 4. CONCLUSIONES

35. La autonomía de la voluntad conflictual permite reducir la incertidumbre consustancial a las relaciones familiares internacionales. La fijación del marco jurídico en el que se desenvuelven las relaciones familiares facilita que las familias puedan tomar las decisiones que más les convienen, contribuyendo asimismo a la reducción de la conflictividad.

36. La autonomía de la voluntad conflictual no puede, sin embargo, ir en contra de lo que significa ser familia. Su regulación ha de tener en cuenta la función social que desempeña la familia y la especial naturaleza de las relaciones familiares en las que típicamente se lleva a cabo las labores de cuidado necesarias como consecuencia de la vulnerabilidad y la dependencia del ser humano en distintas etapas vitales. Desde el punto de vista del DIPr es necesario atender, en especial, a la vertiente negativa de la autonomía de la voluntad, puesto que esta permite la «deselección» de normas imperativas de naturaleza protectora que buscan garantizar que dichas labores de cuidado se puedan desempeñar.

#### RESUMEN

##### REFLEXIONES EN TORNO A LA FUNCIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE FAMILIA

El presente estudio explora la función de la autonomía de la voluntad en el ámbito del Derecho de familia internacional. Se distingue la función abstracta de la regla de los motivos que presiden su activación en el concreto contrato de elección de ley. Mientras que en este último predominan los motivos particulares de las partes que eligen un concreto ordenamiento guiados por sus intereses y conveniencia, la función de la regla de la autonomía es la fijación del marco jurídico de la relación. La regla resulta especialmente útil en

un contexto de movilidad circular en el que un número creciente de familias lleva una vida transnacional. Es, además, especialmente adecuada como contrapeso a reglas objetivas que designan la ley de la residencia habitual.

La autonomía de la voluntad conflictual plantea, no obstante, riesgos al insertarse en un contexto de relaciones jurídicas en las que las partes no buscan necesariamente la maximización de su interés individual y en el que emergen con fuerza roles de género vinculados a los cuidados que requiere la vulnerabilidad y la dependencia.

**Palabras clave:** autonomía de la voluntad conflictual, pacto de elección de ley, fundamento, naturaleza de las relaciones familiares.

### ABSTRACT

#### REFLECTIONS ON THE ROLE OF PARTY AUTONOMY IN INTERNATIONAL FAMILY LAW

The present study explores the rationale of party autonomy in International Family law. It distinguishes the abstract function of the choice of law rule from the reasons for activating it and concluding a choice of law contract. Whereas the reasons of the parties prevail in the latter, when parties select the applicable law in accordance to their interest and convenience, the function of the party autonomy rule is fixing the legal context of their relationship. This is particularly interesting since mobility has become circular and an increasing number of families leads a truly transnational life. It is also particularly adequate as a counterweight to objective rules designating the law of habitual residence.

Party autonomy in choice of law is, however, not without risks in a context of family relationships where parties do not necessarily seek the maximization of individual interest and where gender roles emerge forcefully in connection to the care required by vulnerability and dependency.

**Keywords:** party autonomy, choice-of-law contract, rationale, nature of family relationships.