

LA NUEVA REGULACIÓN DEL DIVORCIO EN LA UNIÓN EUROPEA. SU PROYECCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

MERCEDES SABIDO RODRÍGUEZ *

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. MARCO NORMATIVO.
 1. PLURALIDAD DE NORMAS.
 2. DIVERSIDAD DE ÁMBITOS DE APLICACIÓN.
- III. DISOLUCIÓN DE VÍNCULO MATRIMONIAL.
 1. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.
 - A. *El reglamento 2201/03 y la aplicación residual de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*
 - B. *El sistema de foros*
 - a. La relevancia de la residencia habitual en un Estado miembro.
 - b. El recurso de nacionalidad
 - c. La intervención de la sumisión y el foro de la nacionalidad española del demandante residente en España ex artículos 22.2 y 3 LOPJ
 2. DERECHO APLICABLE: EL NUEVO REGLAMENTO 1259/10 Y EL DESPLAZAMIENTO DEL ARTÍCULO 107.2 DEL CÓDIGO CIVIL.
 - A. *La autonomía de la voluntad de los cónyuges*
 - a. Límites materiales a las posibilidades de elección de Ley y validez material del acuerdo.
 - b. Validez formal del acuerdo de elección de Ley.
 - c. Momento de celebración del acuerdo.
 - B. *Conexiones objetivas aplicables en defecto de elección*
 - C. *Posibilidad de excepcionar el Derecho designado aplicable: la cláusula del artículo 10.*
 - D. *La no obligación de pronunciar Sentencia por los Tribunales de Estados miembros participantes ex artículo 13.*
- IV. CONCLUSIONES.

* Profesora Titular de Derecho Internacional Privado, Departamento de Derecho Privado de la Universidad de Extremadura, España.

I. INTRODUCCIÓN

El divorcio internacional ha sido uno de los ámbitos en los que más han incidido las reformas legislativas de los últimos años. La proyección de valores constitucionales, de un lado, y las necesidades derivadas de la consolidación del espacio judicial europeo constituyen, respectivamente, los elementos claves que han justificado aquellas reformas. De otra parte, la virtualidad práctica y actualidad del tema, acreditada a partir del estudio de la jurisprudencia, justifican nuestro análisis. Un análisis que tiene por objeto el nuevo régimen jurídico del divorcio en Derecho Internacional Privado (DIPr) español valorando la proyección que en el mismo tienen las novedades introducidas por las normas europeas más recientes.

Centraremos nuestro análisis en el estudio de las cuestiones relativas a la competencia judicial internacional, de un lado, y al Derecho aplicable, dos de los sectores del DIPr en los que se ha proyectado la actividad legislativa de la Unión Europea. Para ello, nuestra exposición se estructura a partir de la delimitación del nuevo marco normativo instaurado, caracterizado por la pluralidad de normas que lo integran y la diversidad de sus ámbitos de aplicación (II), con el fin de afrontar el estudio del régimen jurídico instaurado para la disolución del vínculo matrimonial, al que dedicaremos el apartado III. Estudio que nos permitirá conocer los recientes cambios legislativos para valorar su proyección en nuestro sistema de DIPr y, en particular, su adecuación, de un lado, a las necesidades derivadas de la tutela judicial efectiva y la libertad personal y, de otro, a los objetivos del espacio judicial europeo.

II. MARCO NORMATIVO

1. PLURALIDAD DE NORMAS

La actual regulación de los divorcios internacionales aborda los tradicionales problemas de competencia judicial internacional, Derecho aplicable y eficacia extraterritorial de decisiones. Para ello en los últimos años se ha desarrollado un entramado normativo que, en la práctica, dota de cierta complejidad la búsqueda de soluciones. Junto a las normas tradicionalmente elaboradas por los legisladores nacionales, la relativamente reciente ampliación de competencias legislativas llevada a cabo en la Unión Europea ha traído consigo la proliferación de disposiciones que se han ocupado de la ordena-

ción jurídica de este tipo de situaciones privadas internacionales. Una regulación necesaria, que ha venido a cubrir la laguna existente, pero que, por su dispersión y las carencias que en algunos casos presenta no logra el establecimiento de un sistema europeo unificado en esta materia. El Reglamento 2201/03 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental¹ (en adelante, Reglamento 2201/03) y el Reglamento 1259/2010, de 20 de diciembre, por el que se establece una cooperación reforzada sobre ley aplicable al divorcio y a la separación judicial² (en adelante, Reglamento 1259/10) constituyen las piezas claves del sistema instaurado.

El Reglamento 2201/03 tiene su origen más remoto en el Convenio de 28 de mayo de 1998 y sustituyó al Reglamento 1347/00 *sobre competencia judicial internacional en materia matrimonial y responsabilidad parental*, primer texto elaborado con base en las competencias de los artículos 61 y 68 TCE. Sus carencias y ambigüedades, proyectadas en sustanciales limitaciones a la tutela de menores, lo hicieron objeto de importantes críticas³, que trataron de superarse con la elaboración del texto actualmente vigente.

El Reglamento 1259/10 ha sido el resultado de arduas negociaciones que desde 2005 se fueron desarrollando tendentes a la consolidación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión que proponían la elaboración de normas reguladoras de determinados aspectos relativos a la vida diaria de los ciudadanos. El divorcio era uno de estos aspectos y la regulación en el sector de la competencia judicial internacional y en el del reconocimiento y ejecución de decisiones llevado a cabo a través del Reglamento 2201/03 no era suficiente. Las discrepancias entre los distintos sistemas jurídicos exigían la elaboración de mecanismos que permitieran su superación⁴. La imposibilidad o, cuanto menos, dificultad en orden a unificar el Derecho material de los Estados miembros llevó a la Comisión, de nuevo, a proponer la unificación de normas de conflicto de leyes⁵. La falta de seguridad jurídica, de co-

¹ DOUE L, núm. 338, de 23 de diciembre de 2003

² DOUE L, núm. 343, de 29 de diciembre de 2010.

³ *Vid., per omnia*, CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Cuestiones polémicas en el Reglamento 1347/2000», en CALVO CARAVACA, A. L./FRIARTE ÁNGEL, J.L. (Dirs.), *Mundialización y familia*, Madrid, Ed. Colex, 2001, pp. 213-239.

⁴ *Vid.*, Brussels, 14. 3. 2005. SEC (2005) 331. Commission staff working paper. Annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters.

⁵ Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio, COM (2005) 82 final, de 14 de marzo de 2005. *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L./CARRAS-

nocimiento previo que implica para los ciudadanos la presencia de Ordenamientos jurídicos dispares obstaculiza la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia. A partir de los trabajos y debates generados se elaboró una propuesta de reforma del Reglamento 2201/03⁶, sin embargo, la vía definitivamente adoptada no fue ésta. Las diferencias entre las legislaciones se convirtieron en dificultades insuperables que evidenciaron la imposibilidad de alcanzar la unanimidad necesaria en ese momento y en un futuro próximo, haciendo necesario un cambio de dirección de la iniciativa armonizadora, proponiéndose la vía de la cooperación reforzada *ex* artículos 20 y 326 a 334 TFUE⁷, que culmina con la aprobación del vigente Reglamento 1259/10.

La disolución del vínculo matrimonial proyecta sus efectos sobre las relaciones conyugales y paternofiliales, por ello, junto a aquélla surgen otras cuestiones íntimamente vinculadas que requieren la adopción de medidas. Su regulación también ha sido objeto, principalmente en los últimos años, de distintas iniciativas legislativas y, aunque su estudio excede los límites del trabajo propuesto, nos limitaremos a señalar algunas como, por ejemplo, las normas sobre medidas relativas a la responsabilidad parental o sobre la obligación de alimentos. Respecto a las primeras, las medidas de responsabilidad parental, se incluyen en el ámbito de aplicación del Reglamento 2201/03 o, en su caso, en el marco Convenio de La Haya de 1996 sobre competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de protección de menores⁸; texto, este último, que aborda la regulación del sector del Derecho aplicable. Por lo que hace a las medidas relativas a las obligaciones alimenticias, el 30 de enero de 2009 entró en vigor el Reglamento 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la coope-

COSA GONZÁLEZ, J., «La Ley aplicable al divorcio en Europa: El futuro Reglamento Roma III», *CDT*, marzo 2009, vol. 1 núm. 1, pp. 36-75

⁶ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/03 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial. Bruselas, 17.7.2006. *COM* (2006) 399 final.

⁷ Más de nueve Estados miembros solicitaron a la Comisión que presentara al Consejo una propuesta de cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable a la separación y divorcio. Con fecha 22 de julio de 2010 se publica la Decisión 2010/405/UE del Consejo, de 12 de julio, que, por primera vez en la historia de la UE, autorizó la tramitación del expediente mediante el mecanismo de la cooperación reforzada y estableció la orientación general sobre elementos fundamentales del Reglamento *DOUE* L, núm. 189, de 22 de julio de 2010.

⁸ *BOE* núm. 291, de 2 de diciembre de 2010.

ración en materia de obligaciones de alimentos⁹. Norma que no solo instrumentalizan la supresión del exequátur como mecanismo para garantizar la tutela judicial efectiva en el espacio judicial europeo, sino que también establece unas normas procesales mínimas, la armonización de procedimientos e incluso la adopción de medidas relativas a la armonización de normas de conflicto de leyes¹⁰, si bien la regulación de este último aspecto ha quedado remitida, *ex* artículo 15, a lo previsto en el Protocolo de La Haya. Asimismo en relación con el régimen económico matrimonial, se están desarrollando nuevas iniciativas europeas que si bien incrementará cuantitativamente las normas reguladoras también cubrirá la laguna actualmente existente evitando las diferencias que supone el recurso a los sistemas de DIPr de los Estados miembros¹¹.

La pluralidad normativa es evidente, dotando de cierta complejidad la ordenación práctica de los divorcios internacionales. Además, en Derecho internacional privado español estos textos coexisten con textos convencionales elaborados en algunas materias vinculadas con los efectos de la disolución del vínculo matrimonial y con normas de origen estatal recogidas, principalmente, en el artículo 22 LOPJ, para el sector de la competencia judicial internacional, y el artículo 107 Código civil relativo a la ley aplicable a la nulidad, separación y divorcio¹². Junto a los principios de jerarquía y competencia que rigen las relaciones entre las distintas disposiciones, la concreción de la norma aplicable se efectuará atendiendo a sus respectivos ámbitos de aplicación y a las circunstancias propias de las situaciones planteadas. Ahora bien, la realidad práctica evidencia que la primacía de la que gozan los textos institucionales, la amplitud de supuestos subsumibles en ellos y la flexibilidad de las soluciones adoptadas, van a suponer un desplazamiento de las disposiciones estatales. Desde la entrada en vigor de aquéllos, las normas estatales se han convertido en un sistema residual, aplicable en situaciones excepcionales. No obstante, en

⁹ DO L, núm. 7, de 10 de enero de 2009

¹⁰ Libro Verde sobre obligaciones alimentarias, COM (2004) 254 final, de 15 de abril de 2004.

¹¹ *Vid.* COM (2010) 104 final, p. 4. Libro verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, con especial referencia a la cuestión de la competencia jurisdiccional y el reconocimiento mutuo (COM (2006) 400 final).

¹² ARENAS GARCÍA, R., *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, Ed. Universidad de Santiago de Compostela, Servicio de Publicacións e Intercambio científico, 2004; ESPLUGUES MOTA, C., *El divorcio internacional (jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras)*, Ed. Tirant lo Blanch, 2003.

algunos casos, los diferentes ámbitos de aplicación y las peculiaridades de los textos vigentes obstaculizan el establecimiento de un sistema uniforme que responda a la necesaria seguridad jurídica, a la búsqueda de la justicia que requieren este tipo de relaciones jurídicas personales y a la tutela de la libertad personal. En todo caso, las circunstancias reseñadas justifican que nuestra exposición se centre en la regulación institucional sin perjuicio de las necesarias referencias a las disposiciones estatales.

2. DIVERSIDAD DE ÁMBITOS DE APLICACIÓN

El Reglamento 2201/03 y el Reglamento 1259/10 constituyen las principales disposiciones de la regulación actual de los divorcios internacionales en la Unión Europea. Si bien los dos textos han tratado de responder a las necesidades de consolidación del espacio judicial europeo, algunas diferencias sustanciales entre ellos limitan la consecución de aquel objetivo dificultando la aplicación práctica del sistema y obstaculizando la finalidad última de las disposiciones destinadas a reforzar el proceso de integración y la creación de un espacio judicial europeo configurados como sus propios objetivos¹³. Materialmente, aunque ambos textos regulan la separación judicial y el divorcio, solo el Reglamento 2201/03 contempla también los supuestos de nulidad matrimonial. Además, ninguno de ellos delimita el contenido de las instituciones reguladas. Habrá que recurrir, entonces, a los Ordenamientos nacionales de los Estados miembros. Interesa destacar, sin embargo, que la disolu-

¹³ Sobre las carencias que presenta la nueva regulación, especialmente en el sector del Derecho aplicable, vid., entre otros, DEVERS, D./FARGE, M. «Le nouveau droit international privé du divorce.- À propos du règlement Rome III sur la loi applicable au divorce», *Droit de la famille*, núm. 6, junio 2012; HAMMJE, P. «Le nouveau règlement (UE) n.º 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps», *Rev. Crit. DIPr.*, 2011, págs. 291-338; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P.. «La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: aplicación del Reglamento Roma III en España», *Diario La Ley*, N° 7913, 31 Jul. 2012; VAQUERO LÓPEZ, M.C., «Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial: ¿una solución materialmente orientada hacia la libertad personal, la igualdad de los cónyuges y el «favor divortii»?», *Anuario español de Derecho internacional privado*, núm. 11, 2011, pp. 957-980; VIARENGO, I. «Il Regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà delle parti», *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2011, núm. 3, pp. 602-603.

ción implica la necesaria preexistencia de un matrimonio cuya disolución se pretende. Y, de otro lado, la exclusión de los supuestos en los que se pretende la disolución de parejas de hecho. En todo caso, adolece la ausencia de un concepto uniforme de matrimonio debiendo aplicarse en cada Estado miembro su propia concepción, con las dificultades derivadas para la consolidación del espacio judicial europeo. Efecto negativo que se agudiza aún más en relación con el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/10 relativo al Derecho aplicable.

Este último texto regula el divorcio y la separación judicial que impliquen un conflicto de leyes (artículo 1.1). Tal delimitación suscita algunas cuestiones. En primer lugar, las relacionadas con la internacionalidad del supuesto que, conforme a la dicción literal del precepto requiere la concurrencia en la relación jurídica de elementos, objetivos o subjetivos, de internacionalidad. En principio, no contemplándose expresamente, a diferencia de otros textos¹⁴, la elección de un Derecho extranjero como único elemento no dotaría al supuesto de internacionalidad¹⁵. En segundo término se ha cuestionado el hecho de circunscribir su ámbito de aplicación material a la determinación de la ley aplicable a los motivos del divorcio y la separación judicial¹⁶ excluyendo la determinación del Derecho aplicable a la nulidad matrimonial. Aspecto que aunque encuentra su justificación en la ausencia de régimen uniforme sobre la validez del matrimonio, también presenta algunos inconvenientes no solo por apartarse de la solución adoptada en el sector de la competencia judicial internacional, sino porque supone el mantenimiento de las soluciones previstas en los sistemas estatales de DIPr en orden al Derecho aplicable a la nuli-

¹⁴ El artículo 3.3 del Reglamento 593/08.

¹⁵ HERRANZ BALLESTERO, M.. «Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y Derecho aplicable: el Reglamento (UE) n° 1259/2010, del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 22, enero-junio 2012, pp. 43-66; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. «La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: (...)», *loc. cit.*, p. 2; VAQUERO LÓPEZ, M.C., «Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial ¿una solución materialmente orientada (...)», *loc. cit.*, p. 963; I. VIARENGO, I., «Il Regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio e il ruolo della volontà (...)», *loc. cit.*, pp. 602.

¹⁶ Vid. cdo. 10. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2012), Vol. 4, N° 1, pp. 52-85, espec. p. 65

dad matrimonial obstaculizando el establecimiento de un sistema unificado de divorcios matrimoniales¹⁷. Mientras que en el Reglamento 2201/03 sí se incluye la nulidad matrimonial, gozando las decisiones adoptadas del régimen de eficacia en él previsto, se ha desaprovechado la oportunidad de instaurar un sistema uniforme de Derecho aplicable. Este hecho unido a la ausencia de un concepto uniforme de matrimonio, de su existencia y disolución suscitarán importantes dificultades que, aunque han tratado de ser salvadas en el nuevo texto mediante instrumentos como el previsto en el artículo 13, no se ha logrado ni se ha adoptado la medida más adecuada.

Territorialmente los textos también difieren. Frente a la aplicabilidad del Reglamento 2201/03 en el territorio de la Unión Europea, excepto Dinamarca, el nuevo Reglamento 1259/10 se aplica solo en aquellos Estados miembros de la UE que participan en la cooperación reforzada¹⁸. Esta limitación, derivada de la propia vía utilizada para su elaboración, aleja el cumplimiento de los objetivos propios de la medida. Implica una descoordinación entre la regulación de la competencia judicial internacional y del sector del Derecho aplicable que, lejos de favorecer la consolidación de un espacio judicial europeo, fomenta la proliferación de comportamientos como los que pretendían evitarse, los supuestos de *forum shopping*. Para ello, un sistema alternativo de foros de competencia judicial internacional en todos los Estados miembros requería también un sistema uniforme de normas de conflicto en ese mismo espacio territorial¹⁹. De otra parte, tratando de superar algunas dificultades, a la posibilidad de que cualquier Estado miembro pueda participar en la coope-

¹⁷ *vid.* CAMPUZANO DÍAZ, B., «El Reglamento (UE) n.º 1259/2010, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, N° 39, 2011, págs. 561-587, p. 565. GUZMÁN ZAPATER, M., «Divorcio, matrimonio y ciertas diferencias nacionales: a propósito de su tratamiento en el artículo 13 del Reglamento Roma III», en *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber Amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, 2012, pp. 521-536.

¹⁸ *Vid.* Cdo. 8 y artículo 3.

¹⁹ HAMMJE, P., «Le nouveau règlement (UE) n.º 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée (...), *cit.*, p. 294; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: (...)», *loc. cit.*, p. 5; VIARENGO, I., «Il Regolamento UE sulla legge applicabile alla separazione e al divorzio (...)», *loc. cit.*, pp. 602-603. Frente a estas consideraciones, las ventajas que ofrece la normativa europea son expuestas por CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La Ley aplicable al divorcio en Europa: (...)», *loc. Cit.*, pp. 45-51.

ración reforzada, se añade el carácter *erga omnes* del texto aprobado²⁰, pudiendo sus normas designar la Ley de un Estado miembro participante o no o la de un tercer Estado.

Mientras que en el sector de la competencia judicial internacional el recurso a los sistemas estatales de DIPr se efectúa con carácter residual, en el del Derecho aplicable se ha producido un desplazamiento de aquél. La aplicación del nuevo Reglamento se produce con independencia de la residencia habitual o nacionalidad de las partes litigantes, consagrándose en su artículo 4 su carácter universal, imprescindible para alcanzar la unificación de soluciones. El Derecho designado se aplicará sea el de un Estado miembro participante o no, desplazando las soluciones previstas en los sistemas nacionales DIPr, como ocurre con el artículo 107.2 del Código Civil (Cc) cuya aplicación se limitará a las cuestiones excluidas del ámbito de aplicación material del nuevo texto europeo. Ahora bien, de un lado, no todos los Estados miembros participan en el Reglamento 1259/10 y aunque los demás puedan hacerlo posteriormente, con ello se limita la posibilidad de instaurar un sistema unificado en el sector. Y, de otro, su carácter *erga omnes* ha supuesto algunas dificultades prácticas que obligaron a introducir cláusulas de salvaguardia como las previstas en los artículos 10 y 13.

III. LA DISOLUCIÓN DE VÍNCULO MATRIMONIAL

1. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

A partir del marco normativo expuesto abordaremos el estudio del régimen jurídico de los divorcios internacionales debe efectuarse distinguiendo la disolución de vínculo, de un lado, y, de otro, la adopción de medidas vinculadas a la disolución. Sin embargo, a partir de los límites del presente estudio, centraremos nuestra atención en la disolución del vínculo matrimonial abordando las tradicionales cuestiones de competencia judicial internacional y Derecho aplicable para tratar de verificar la virtualidad práctica del nuevo sistema instaurado por las disposiciones europeas.

²⁰ Artículo 4 Reglamento 1259/10.

A. *El Reglamento 2201/03 y la aplicación residual de la Ley Orgánica del Poder Judicial*

La competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de una demanda de divorcio internacional se determina conforme a lo dispuesto en el Reglamento 2201/03 y, en aquellos supuestos en los que el texto europeo no resulte aplicable, cuando concurren las circunstancias previstas en el artículo 22 LOPJ. Sin embargo, la delimitación del ámbito de aplicación personal del reglamento no es tarea fácil. La aplicabilidad del Reglamento 2201/03 no depende de la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual de los litigantes. Se diferencia así de otros textos institucionales, como el Reglamento 44/01²¹, en el que el domicilio del demandado en Estado miembro se configura como criterio de aplicabilidad de las normas de competencia en él recogidas (salvo los foros exclusivos del artículo 22 y la sumisión expresa en los términos del artículo 23) a la vez que como foro general de competencia judicial internacional. El Reglamento 2201/03, en cambio, se limita a consagrar en su artículo 6 el carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3 a 5 respecto de demandados nacionales o residentes habituales en un Estado miembro²². Aquel precepto debe ponerse en conexión, no obstante, con lo dispuesto en su artículo 7 que, en su párrafo primero consagra el carácter residual de las normas previstas en los sistemas de DIPr de los distintos Estados miembros. En una primera aproximación, conforme al último precepto citado, los sistemas estatales solo podrán aplicarse cuando de los artículos 3 a 5 no se derive la competencia judicial de ningún Estado miembro. En tal caso, y a partir de la consagración en el artículo 7.2 del principio de trato nacional, del mismo modo que un demandante español puede invocar las normas recogidas en la LOPJ también podrán invocarlas los nacionales de otros Estados miembros que residan en nuestro país frente a demandados que no sean ni nacionales de Estados miembros ni residentes habituales en alguno de ellos.

En principio, con independencia de su nacionalidad o residencia habitual, cualquier individuo puede interponer ante los tribunales de un Estado miem-

²¹ Artículos 2, 3 y 4 Reglamento 44/01. Recientemente ha sido publicado el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOUE* L, núm. 351, de 20 de diciembre de 2012).

²² ANCEL, B./MUIR WATT, H., «La desunión européenne: le Règlement dit 'Bruxelles II'», *RCDIP*, núm. 3, 2001, pp. 403-457.

bro una demanda de divorcio. Éstos, obligados a controlar de oficio su competencia²³, se declararan competentes cuando en su territorio concurren alguno de los foros previstos en el reglamento o declinarán su competencia cuando no concurriendo en su Estado las circunstancias del artículo 3 concurren en otro Estado miembro. Únicamente cuando tampoco concurren tales circunstancias en otro Estado miembro será posible el recurso al sistema estatal de DIPr del foro. Ahora bien, dado el carácter exclusivo de las competencias definidas en los artículos 3 a 5 del Reglamento, esta solución procederá siempre que nos encontremos ante divorcios contenciosos en los que el demandado no sea nacionalidad ni tenga su residencia habitual en un Estado miembro. El recurso a las normas de cada Estado únicamente procederá cuando se den cumulativamente estos tres presupuestos: que ninguno de los foros previstos en el artículo 3 a 5 otorgue competencia a ningún Estado miembro; que se trate de un divorcio contencioso y que el demandado no sea nacional ni residente en Estado miembro.

Como se ha puesto de relieve, en el marco del debate producido por la interacción de los artículos 6 y 7 del Reglamento²⁴, tal interpretación contradice el tenor del artículo 7 además de implicar una merma de la tutela judicial efectiva. En primer lugar, la contradicción con el artículo 7 surge en la medida en que si no existe foro de competencia *ex* artículo 3, aquel precepto permite el recurso a las normas de producción interna sin que la nacionalidad de Estado miembro o la residencia habitual del demandado en Estado miembro condicionen el carácter residual de los sistemas estatales. Y, en segundo lugar, porque impedir el recurso a las normas internas cuando, no siendo competente ningún Estado miembro conforme al Reglamento, el demandado sea nacional o residente habitual en Estado miembro vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva al impedir, en tales situaciones, el acceso a la justicia.

En línea con la propuesta de reforma del Reglamento 2201/03²⁵, la solución pasaba por eliminar la norma recogida en el artículo 6. En ella, al deli-

²³ Artículo 17 del R. 2201/03.

²⁴ ANCEL, B./MUIR WATT, H., «La desunión européenne: (...)», *loc. cit.*, pp. 411-413; GARCÍA LÓPEZ, J.A., «Repercusiones de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto «Sundelind López»: ámbito de aplicación espacial a las normas de competencia judicial internacional de la Unión Europea en materia de separación y divorcio», *Anuario español de derecho internacional privado*, N.º. 9, 2009, págs. 307-325; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «¿Cuándo se aplica el RB II bis? El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 30, 2008, pp. 457-482.

²⁵ COM (2006) 399 final, *cit.*, en el que se establecía que «Se suprime el artículo 6. La consulta pública evidenció que esta disposición puede originar confusiones. Es por

mitar el ámbito de aplicación espacial del texto europeo se utiliza la nacionalidad o la residencia habitual en Estado miembro como criterio delimitador. Criterio que, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de los artículos 4 y 2 del Reglamento 44/2001, no coincide con los foros previstos, impidiéndolo el propio sistema alternativo establecido en el artículo 3²⁶. En consecuencia, ocurre que, no siendo el demandado nacional o residente (*ex* artículo 6) el supuesto estaría fuera del ámbito de aplicación espacial del texto europeo pero podrían concurrir algunas de las circunstancias previstas en el sistema de foros. Era el caso planteado en el asunto *Sundelind López*²⁷, en el que la mujer, nacional sueca con residencia habitual en Francia, interpuso ante los tribunales suecos, conforme a su legislación interna, una demanda de divorcio frente a su marido que había regresado a Colombia, su país natal.

La amplitud de foros alternativos del artículo 3 y la utilización de criterios diferentes a éstos para delimitar espacialmente el ámbito de aplicación del texto, obliga a plantearnos, en casos como el relatado, qué norma regirá la competencia judicial internacional. De un lado, con base en el artículo 6, el supuesto estaría excluido del ámbito de aplicación del texto europeo porque el demandado no es nacional ni residente en ningún Estado miembro y, en consecuencia, la competencia judicial internacional se determinaría conforme al sistema estatal de DIPr. O, de otro, considerar que concurriendo en otro Estado miembro un foro de los previstos en el artículo 3, los tribunales suecos deben controlar de oficio su competencia y, como resulta en el supuesto, estando en Francia el lugar de la última residencia habitual del matrimonio donde continúa residiendo uno de los cónyuges, deberán declararse de oficio incompetente. Esta última fue la solución acogida por el TJUE en su Sentencia de 29 noviembre 2007, dictada con ocasión del referido asunto *Sundelind López*²⁸.

otra parte superflua en la medida en que los artículos 3, 4 y 5 describen las circunstancias en que un órgano jurisdiccional tiene competencia exclusiva en el caso de que un cónyuge resida habitualmente en el territorio de un Estado miembro o sea nacional de un Estado miembro, o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga su «domicile» en el territorio de uno de estos Estados.» p. 9

²⁶ GARCÍA LÓPEZ, J.A., «Repercusiones de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo en el asunto «Sundelind López» (...)», *loc. cit.*, pp. 307 y ss.

²⁷ STJCE 29 noviembre 2007, *Sundelind López*, C-68/07, *Rec.* p. I-10403.

²⁸ El TJUE afirma que «Los artículos 6 y 7 del R.2201/03 deben interpretarse en el sentido de que, en el marco de un procedimiento de divorcio, cuando el demandado no tiene su residencia habitual en un Estado miembro y no es nacional de un Estado miembro, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro no pueden fundar su competen-

En España, la mayoría de las Audiencias provinciales confirman el carácter residual de las normas de producción autónoma tras la entrada en vigor del Reglamento 2201/03²⁹. Conforme a una reiterada doctrina³⁰, la concreción de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de una demanda de divorcio internacional requiere verificar, en primer lugar, la concurrencia en nuestro país de algunos de los foros del artículo 3 del Reglamento 2201/03. Si la respuesta es afirmativa, nuestros tribunales son competentes. Si es negativa puede ocurrir: bien que la circunstancia concurra en otro Estado miembro, en cuyo caso el tribunal español debe declararse de oficio incompetente (artículo 17); o bien que ningún Estado miembro sea competente. Supuesto, este último, en el que se podrá recurrir a los foros previstos en la LOPJ siempre que se trate de un divorcio contencioso y el demandado no sea nacional ni residente en Estado miembro.

A pesar de las dificultades que ha suscitado y de las críticas recibidas, llegando incluso a proponerse por ello la eliminación de su vigente artículo 6, el Reglamento 2201/03 introdujo un importante cambio respecto de los textos preexistentes y que se ha ido consolidando en textos elaborados posteriormente³¹. Con él se evoluciona de la aplicación subsidiaria del sistema de producción interno de competencia judicial internacional a su aplicación residual. Este mecanismo otorga seguridad jurídica y permite crear un ambiente de confianza mutua que favorece el establecimiento de un sistema de reconocimiento automático y de ejecución de decisiones simplificado. Asimismo, el sistema adoptado desplaza la aplicación de las normas estatales no solo por aquel carácter residual sino también por el amplio abanico de foros que consagran los textos europeos. En el ámbito que nos ocupa las normas de producción autónoma previstas en nuestro sistema de DIPr autónomo (LOPJ), únicamente se aplicarán cuando no concurriendo los foros del artículo 3, ni en España ni en otro Estado miembro, las partes se sometan a los tribunales españoles en los términos del artículo 22.2 LOPJ, o cuando el

cia en su Derecho nacional para resolver dicha demanda si los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro son competentes con arreglo al artículo 3 de dicho Reglamento», apartado 2 de la STJCE 29 noviembre 2007.

²⁹ En este sentido, vid. entre otras, el AAP Valladolid, núm. 82/2007 de 10 abril (JUR\2007\262864) A.A.P. Tenerife de 27 de abril de 2009 En esta misma línea, los autos de la AP Guadalajara (Sección 1ª), núm. 63/2011 de 20 septiembre (JUR\2011\397641); Barcelona en su auto de 28 de enero de 2008; Albacete (Sección 1ª) núm. 45/2011 de 15 junio (JUR\2011\279236).

³⁰ Vid, entre otras decisiones, el AAP de Barcelona, núm. 308/2010, de 20 de diciembre.

³¹ *Vid.*, Reglamento 4/09, *cit.*

demandante sea español con residencia habitual en España por un período inferior a seis meses conforme a lo previsto en el artículo 22.3 LOPJ que, a diferencia del previsto en el R. 2201/03, no contiene límite temporal alguno.

B. *El sistema de foros*

Siendo subsumible el supuesto en el ámbito de aplicación del R. 2201/03, la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles dependerá de la concurrencia o no de los foros previstos en el texto comunitario que, en este contexto, pocas novedades introdujo respecto del sistema previsto en su antecesor³². Con carácter general, el artículo 3 R. 2201/03 determina que serán competentes: A) los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre: 1) la residencia habitual de cónyuges; 2) el último lugar de residencia habitual de cónyuges siempre que uno de ellos aún resida allí; 3) residencia habitual del demandado; 4) residencia habitual de uno de los cónyuges en el caso de demanda conjunta; 5) residencia habitual del demandante si ha residido allí al menos un año inmediatamente anterior a la presentación de la demanda; 6) residencia habitual del demandante si ha residido allí al menos seis meses antes de presentar la demanda y es nacional de ese Estado miembro. O bien, B) los del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges. La competencia judicial internacional determinada conforme a estos foros se extiende a la reconvencción (artículo 4) y a la posible conversión de un proceso de separación en divorcio (artículo 5).

Una primera lectura del precepto destaca, de un lado, la alternatividad en el funcionamiento de los foros previstos. Carácter que puede introducir ciertas dudas por las ventajas que implica para el demandante, especialmente teniendo en cuenta que en el momento de su elaboración no existía norma al-

³² Vid art. 2 R. 1347/00. En relación con este precepto, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Cuestiones polémicas en el Reglamento (...)», *loc. cit.*, pp. 213-239; GAUDEMETTALLON, H., «Le Règlement n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000: 'Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs'», *JDI Clunet*, 2001-2, pp. 386-390; GÓMEZ JENE, M., «El Reglamento Comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad», *Diario La Ley*, 2001, Ref. D-131, Tomo 4; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., «Procesos civiles de divorcio en la U.E: el nuevo Reglamento comunitario 1347/2000, repercusión en nuestro actual sistema», en CALVO CARAVACA, A.L./IRIARTE ÁNGEL, J.L. (Dir.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 241-293.

guna que unificara el sector del Derecho aplicable. Y, de otro, la utilización de la residencia habitual, en función de determinadas circunstancias, y la nacionalidad común de cónyuges, como foros de competencia.

a. La relevancia de la residencia habitual en un Estado miembro

En el mundo actual, caracterizado por la internacionalización de las relaciones jurídicas como consecuencia de los desplazamientos de las personas más allá de sus países de origen, la residencia habitual como foro de competencia adquiere una especial relevancia. Su intervención se justifica en la necesidad de articular soluciones que atiendan a la realidad concreta de la persona. Soluciones que respondan al principio de proximidad. El primer apartado del artículo 3 relaciona distintos foros articulados a partir de la residencia habitual que funcionan alternativamente³³. La concurrencia de cualquiera de ellos en España otorgaría competencia a nuestros tribunales, con independencia de que también pudiera concurrir alguno de los foros previstos en otro u otros Estados miembros. En todo caso, al tribunal ante el que se presenta la demanda corresponde controlar de oficio su competencia y verificar la concurrencia de alguno de ellos en su territorio.

Sin perjuicio de las ventajas que presenta la residencia habitual como foro de competencia, la ausencia de una delimitación material del concepto suscita problemas en orden a su concreción. La necesaria aplicación uniforme del Derecho europeo y el principio de igualdad requieren una interpretación autónoma y uniforme que debe efectuarse, atendiendo a la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia³⁴, conforme al objetivo y finalidad del Reglamento 2201/03 en el que el concepto se enmarca. En el ámbito que nos ocupa el Tribunal no se ha pronunciado sobre el término residencia habitual pero sí lo ha hecho en otros ámbitos, particularmente en el relativo a la responsabilidad

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2009, *Laszlo Hadadi/Csilla Marta Mesko* as. C-168/08, Rec. 2009, p. I-06871. En esta misma línea, *vid.* AAP de Barcelona (Sección 12ª) núm. 308/2010 de 20 diciembre (AC\2011\225).

³⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 1984, *Ekro BV Vee-en Vleeshandel/Produktschap voor Vee en Vlees*, As. 327/82, Rec. p. 107, apartado 11; Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 2008, *Nordania Finans A/S y BG Factoring A/S c. Skatteministeriet*, As C 98/07, Rec. p. I 1281, apartado 17, y Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2009, *Sra. A/Resolución Kuopion hallinto-iokeus*, as. C 523/07, Rec. p. I 2805, apartado 34.

parental³⁵ afirmando, en líneas generales, que dicho concepto se corresponde con el lugar en el que el menor tiene cierta integración en un entorno social y familiar. Debiendo considerarse, a estos efectos, 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. Se trata de un concepto fáctico que debe entenderse referido tanto a la residencia real en un Estado miembro como a la creación, a partir de una permanencia estable de cierta duración en un Estado, de vínculos con el mismo que permitan verificar que en un determinado lugar se encuentra el centro social de vida. El elemento fundamental no es la permanencia más o menos larga e ininterrumpida en un lugar determinado sino la voluntad de la persona de establecerse de forma más o menos indefinida. Así lo ha interpretado la jurisprudencia española³⁶.

b. El recurso de nacionalidad

La nacionalidad como foro de competencia judicial internacional supone mantener un criterio tradicionalmente utilizado en esta materia. Aunque por sí solo no responde a las peculiaridades que presentan las relaciones internacionales en la actualidad, la necesidad de que exista cierto grado de proximidad entre el litigio y los tribunales que han de resolverlo se proyecta en la exigencia de nacionalidad común de cónyuges. La exigencia de nacionalidad común implica un plus que merma el carácter exorbitante del foro de la nacionalidad de una de las partes y que ha justificado que en algunos textos, como el artículo 3 d) del citado Reglamento 4/09, prevea expresamente que en los supuestos en los que la competencia del tribunal que conoce del divorcio se fundamente en dicho foro no se admita la posibilidad de extender tal competencia para conocer de la obligación de alimento vinculada al divorcio.

³⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de diciembre de 2010, *Barbara Mercredi/ Richard Chaffe.*, C 497/10 PPU, *Rec.* 2010, p. I-14309, apartado 56; Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 abril de 2009, *Sra. A.*, as. C-523/07, *cit.*, apartado 44.

³⁶ *Vid.* AAP Burgos (sección 2ª), núm. 352/2010, de 20 de julio (JUR/2010/302087). *Vid.* CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Crisis matrimoniales», en CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol II (13ª Ed.), Ed. Comares, pp. 172-279, espec. p. 184.

Una problemática particular se ha planteado en los supuestos de doble nacionalidad. El Tribunal de Justicia se pronunció al respecto con ocasión de la Sentencia de 16 julio 2009 dictada en el asunto *Laszlo Hadadi contra Csilla Marta Mesko, esposa de Hadadi*³⁷. Se trataba de determinar si, dado que el Reglamento no regula los supuestos de doble nacionalidad común, su artículo 3.1 debía interpretarse de distinto modo cuando los dos cónyuges tienen dos nacionalidades comunes y cuando sólo tienen una misma nacionalidad. De nuevo, las exigencias de la aplicación uniforme del Derecho europeo y el principio de igualdad requieren que, salvo remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, para determinar el sentido y alcance de las normas europeas, deba ofrecerse una interpretación autónoma y uniforme de éstas. Interpretación que ha de buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición y el objetivo que la misma pretende alcanzar³⁸. A diferencia de lo que ocurrirá en el marco del nuevo Reglamento 1259/10³⁹, el Reglamento no contiene ninguna remisión expresa al Derecho de los Estados miembros para determinar el alcance exacto del criterio relativo a la «nacionalidad» ni establece distinción alguna según la persona afectada posea una nacionalidad o, en su caso, varias nacionalidades. Entiende el TJUE que todas las nacionalidades que ostente un sujeto están operativas a los efectos del artículo 3 del Reglamento 2201/03. En el supuesto de doble nacionalidad común, el tribunal que conoce del asunto no puede pasar por alto el hecho de que los interesados posean la nacionalidad de otro Estado miembro, tratando de este modo a personas que tienen una doble nacionalidad común como si tuvieran únicamente la nacionalidad del Estado miembro al que pertenece dicho tribunal⁴⁰. El propio Reglamento contempla mecanismos, como la litispendencia *ex* artículo 19, para resolver las dificultades prácticas que se pueden plantear en estos casos en los que es posible que dos tribunales de Estados miembros sean internacionalmente competentes para conocer de una misma situación privada internacional.

³⁷ Sentencia de 16 julio 2009, *Laszlo Hadadi/Csilla Marta Mesko*, as. C-168/08, Rec. p. I-06871.

³⁸ *Vid.*, en relación con el Reglamento 2201/03, la citada Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2009, *Sra. A*, as. C-523/07, apartado. 34.

³⁹ Vid. Cdo. 22. del Reglamento 1259/2010.

⁴⁰ MAESTRE CASAS, P., «Doble nacionalidad y *Forum Patriae* en divorcios internacionales (Notas a la STJUE de 16 de julio 2009, *Hadadi*, As. C-168/08)», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2010), Vol. 2, Nº 2, pp. 290-304.

c. La intervención de la sumisión y el foro de la nacionalidad española del demandante residente en España ex artículos 22.2 y 3 LOPJ

Dado el carácter residual del sistema previsto en la LOPJ, la coincidencia de los foros previstos en el artículo 22. 2 y 3 LOPJ con los establecidos en el artículo 3 Reglamento 2201/03 y la primacía de este último, el recurso al sistema de DIPr español se producirá en pocas ocasiones. A tenor de lo expuesto en los apartados que preceden, los tribunales españoles únicamente podrán fundamentar su competencia judicial internacional en este sistema cuando se trate de divorcios contenciosos en los que el demandado sea nacional y residente en tercer Estado y, no concurriendo en ningún Estado miembro los foros previstos en el artículo 3 del texto europeo, las partes se sometan, expresa o tácitamente, a su competencia o el demandante sea español y resida en nuestro país por un período inferior a seis meses.

Este último foro, relativo a la nacionalidad española del demandante residente en España, responde al principio de proximidad. La necesidad de que concurren cumulativamente las dos conexiones —nacionalidad y residencia habitual—, evita su configuración como foro exorbitante superando con ello, además, las carencias que implica la utilización de la nacionalidad como único criterio de vinculación. Su aplicabilidad y la intervención del principio de trato nacional consagrado en el artículo 7.2 R. 2201/03 suponen que también debe entenderse que concurren ambos requisitos cuando el demandante residente en España ostenta la nacionalidad de algún Estado miembro. Por último, la exigencia de residencia habitual en España conlleva una ampliación de los supuestos que puede conocer los tribunales españoles con base en este foro respecto del previsto en el artículo 3 del Reglamento 2201/03. De un lado, porque en ambos casos se ha recurrido a un criterio de vinculación flexible; y, de otro, porque, a diferencia del texto europeo, el artículo 22.3 LOPJ no impone para su concurrencia el cumplimiento de requisito temporal alguno.

De otra parte, la competencia de los tribunales españoles con base en la LOPJ tiene un contenido material más amplio que el previsto en las normas de origen institucional. Junto a la disolución del vínculo los tribunales españoles competentes ex artículo 22 LOPJ también podrán decidir acerca de las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges que, como vimos, son cuestiones excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento 2201/03.

2. DERECHO APLICABLE: EL NUEVO REGLAMENTO 1259/10 Y EL DESPLAZAMIENTO DEL ARTÍCULO 107.2 DEL CÓDIGO CIVIL

Designada la competencia judicial internacional de los tribunales españoles procede determinar cuál será el Ordenamiento jurídico que debe regir la disolución del vínculo matrimonial. A falta de disposición europea y convencional, el artículo 107. 2 Cc era la única norma de conflicto que integraba el sistema de Derecho internacional privado español en la materia. Sin embargo, en la actualidad, la norma básica es el citado Reglamento 1259/2010⁴¹. Por su carácter *erga omnes*, desde su aplicación a partir del 21 de junio de 2012, desplazará la aplicación de la disposición estatal respecto de aquellas cuestiones incluidas en su ámbito de aplicación. A diferencia del texto europeo, la norma de conflicto española goza de un ámbito de aplicación material más amplio distinguiendo, en su párrafo primero la regulación de la nulidad matrimonial, regida por la ley aplicable a la celebración del matrimonio, y en el segundo el Derecho aplicable a la separación y el divorcio, siendo este último el afectado por la nueva disposición europea.

A la novedad que implica la elaboración de una norma europea sobre Derecho aplicable a la separación judicial y al divorcio se añade el propio régimen instaurado por aquella en su capítulo II, que comprende los artículos 3 a 16. Un régimen que se estructura a partir de la intervención de la autonomía de la voluntad y, a falta de ésta, mediante el establecimiento de un conjunto de conexiones subsidiarias. La consagración de la autonomía de la voluntad como punto de conexión supone introducir en esta materia un criterio flexible que garantiza la voluntad de los cónyuges y dota a las relaciones jurídicas en las que interviene de seguridad y previsibilidad. Además, las conexiones adoptadas no solo responden al principio de proximidad sino que, como veremos, tienden a favorecer la correlación *forum-ius*, a tenor de sus notables coincidencias con los criterios establecidos en el Reglamento 2201/03, facilitando la solución de los litigios relativos a los divorcios inter-

⁴¹ Vid., entre otros, ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El pacto de elección de *lex separationis* y *lex divorcii* en el Reglamento 1259/2010, del Consejo, de 20 de diciembre de 2010», *Diario La Ley*, N° 7613, 18 Abr. 2011, Año XXXII, Ref. D-171; ISABEL ORDÓÑEZ, E.Mª/ CASADO ROMÁN, J., «La cooperación internacional reforzada en el ámbito de la Ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en la Unión Europea», *Diario La Ley*, N° 7960, 8 Nov. 2012; VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, M.M., «La unificación de normas de conflicto de leyes en materia de crisis matrimoniales: el nuevo Reglamento (UE) N° 1259/2010», *Revista General de Derecho Europeo*, N°. 24, 2011.

nacionales. Aspecto al que también contribuyen la introducción de algunas normas instrumentales como la relativa a la exclusión expresa del reenvío en el artículo 11, a la excepción de orden público en el artículo 12, a la remisión a sistemas plurilegislativos en los artículos 13 y 14 y la relativa a la posibilidad o no de extender su aplicación a los conflictos interregionales en el artículo 15.

A. La autonomía de la voluntad de los cónyuges

Respondiendo a los principios de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad el nuevo Reglamento instaura un sistema que establece en su artículo 5 como principal y primer punto de conexión la autonomía de la voluntad de las partes. A partir de este sistema, serán los cónyuges quienes podrán elegir la ley que regirá la relajación o la disolución de su vínculo matrimonial. Se consagra así la autonomía como manifestación de la libertad personal en el ámbito del Derecho de familia⁴². No obstante, esta elección se encuentra limitada materialmente en los términos del propio artículo 5 debiendo reunir, además, las condiciones materiales y formales establecidas en los artículos 6 y 7 del mismo texto legal.

a. Límites materiales a las posibilidades de elección de Ley y validez material del acuerdo

En su párrafo primero el artículo 5 limita las posibilidades de elección de los cónyuges a determinados Ordenamientos en él relacionados y que respon-

⁴² Vid, ARTUCH IRIBERRI, E., «La libertad individual y las parejas ante el Derecho internacional privado», *REDI*, 2002-1, pp. 41-63; BUCHER, A., «La famille en droit international privé», *Rec. des C.*, 2000, pp. 13 y ss.; JAYME, E., «Identité culturelle et intégration: le droit international privé posmoderne», *Rec. des C.*, vol. 251, 1995, pp. 9-268, esp. 153-158; DIAGO DIAGO, P., «La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto de la multiculturalidad», en CALVO CARAVACA, A.L./CASTELLANOS RUIZ, E. *El Derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Ed. Colex, pp. 271-294; DOMÍNGUEZ LOZANO, P., «Novedades legales y tendencias reformadoras en la regulación de las instituciones y figuras jurídicas relativas a las uniones *more uxorio*», *REEI*, 2006, núm. 12; SÁNCHEZ LORENZO, S., «El principio de libertad personal en el Derecho internacional privado de la familia», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2001 (4), pp. 207-230.

den a criterios objetivos de vinculación. En concreto, los cónyuges pueden designar aplicable a su divorcio bien la ley del Estado en el que tengan su residencia habitual; bien la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí; bien la ley del Estado de la nacionalidad de uno de los cónyuges; o, por último, la ley del foro. Se trata de criterios objetivos de vinculación que, dada su coincidencia con los foros recogidos en el Reglamento 2201/03, buscan la correlación *forum-ius*. No obstante, esta deseada correlación puede resultar mermada.

Para evitar los problemas de conflicto móvil, el propio precepto concreta el momento en el que debe apreciarse la concurrencia de los puntos de conexión en él previstos refiriéndose a aquél en el que se celebra el acuerdo de elección. Aunque las circunstancias previstas en ambos sectores sean idénticas el hecho de verificarlas en momentos diferentes impide, en algunos casos, la correlación *forum-ius*. En la mayoría de los supuestos, la concurrencia del foro de competencia judicial internacional se verifica en el momento en el que se presenta la demanda mientras que la conexión a efectos de determinar la Ley aplicable deberá verificarse en el momento en el que se realice el pacto de elección. La residencia habitual común en el momento de celebración del acuerdo de elección de ley no tiene por qué coincidir con el lugar de residencia habitual común en el momento de presentación de la demanda. Así, si los cónyuges eligen la aplicación de ley francesa en tanto que ley del lugar de residencia habitual común en el momento de celebración del convenio y con posterioridad trasladan a España su residencia habitual siendo ante los tribunales de este último Estado donde se plantea la demanda, la validez del acuerdo de elección de ley obligará a los tribunales españoles a aplicar la legislación francesa para decidir sobre la disolución o relajación del vínculo matrimonial, rompiéndose aquella correlación.

En cuanto a las circunstancias utilizadas en ambos textos como puntos de conexión o foros de competencia, la principal diferencia se refiere a la posibilidad de elegir aplicable la ley nacional de uno de los cónyuges. Conexión que no tiene correlación con los foros de competencia judicial internacional. El resto de conexiones coincide con estos últimos, especialmente teniendo en cuenta la posibilidad que contempla el artículo 5.1 d) del nuevo Reglamento en orden a la elección de la ley del foro. Consecuentemente, salvo que se elija la ley nacional de uno de los cónyuges, la correlación *forum-ius* está garantizada en la normativa europea. Por último, el carácter alternativo de los foros previstos en el artículo 3 del Reglamento 2201/03 también puede mermar aquella correlación cuando la elección de ley no coincida con el tribunal

ante el que se plantea la demanda. Esto es, cuando las partes elijan aplicable la ley del lugar de la última residencia habitual *ex* artículo 5.1.b) pero presentan la demanda ante el tribunal del Estado de la residencia habitual del demandado *ex* artículo 3.1.a) Reglamento 2201/03. En tal caso, solo la flexibilidad en cuanto a la posibilidad de modificar el acuerdo *ex* artículo 5 puede facilitar la coincidencia *forum-ius*.

Por lo que a las condiciones de validez se refiere, en línea con otros textos europeos⁴³, el artículo 6.1 del nuevo Reglamento dispone que la existencia y validez material del pacto de elección se determina de acuerdo con la ley aplicable al mismo si éste fuera válido. Será la ley elegida la que determinará su propia existencia y validez. Los cónyuges son libres para elegir un Ordenamiento que reconozca la libertad de pacto. Si la ley elegida es la ley española, la libertad de pacto se articularía sobre la base del artículo 90 Cc. que partiendo del principio de libertad de pacto establece como límites a aquélla que los acuerdos no perjudiquen a los hijos y/o a los propios cónyuges. Se recoge, así, en nuestro sistema los parámetros de validez material de los acuerdos entre cónyuges⁴⁴.

En todo caso, antes de designar la ley aplicable los cónyuges deben acceder a la información actualizada sobre los principales aspectos de la legislación nacional, del Derecho de la Unión Europea y de los procedimientos de separación judicial y divorcio. La elección informada de ley se instaaura, así, como principio fundamental del nuevo Reglamento. Tal principio exige que cada cónyuge conozca las consecuencias jurídicas y sociales de la elección. Elección que, además, no debe afectar a los derechos ni a la igualdad de oportunidades de los cónyuges⁴⁵. Estas exigencias se proyectan sobre la validez material del acuerdo y la concurrencia de consentimiento válido. Con términos muy similares a los utilizados en el artículo 10.2 del Reglamento 593/2008, el artículo 6.2 del Reglamento 1259/10 consagra la posibilidad de impugnar el acuerdo de elección de ley, excepcionando la aplicación de la ley elegida conforme a lo previsto en el párrafo primero del citado precepto. En su virtud, el cónyuge interesado en acreditar que no prestó su consentimiento podrá acogerse a la Ley del país de su residencia habitual en el momento en que se interponga la demanda si de las circunstancias se desprende que no sería razonable determinar el efecto de su conducta de conformidad con la

⁴³ Vid. artículo 10 Reglamento 593/08.

⁴⁴ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El pacto de elección de *lex separationis* y (...)», *loc. cit.*, p. 3 y 4.

⁴⁵ Cdos. 17 y 18.

Ley elegida. Con ello se pretende evitar que, dado el carácter *erga omnes* del texto europeo, los acuerdos celebrados en el marco de sistemas jurídicos que no respondan a las exigencias del principio de igualdad de cónyuges o en los que el pacto se celebra sin información suficiente, vulnerando derechos fundamentales, puedan ser considerados materialmente válidos. El cauce procesal para la impugnación del consentimiento en nuestro Ordenamiento será el del incidente de previo pronunciamiento de los artículos 390 y ss. LEC y el momento para su interposición será, conforme a los artículos 393, 753 y 770.3 LEC, una vez alegado por las partes en el proceso de divorcio y antes de la incoación de la fase de prueba con la proposición de los medios probatorios. Tras la sustanciación, que incluirá la audiencia de partes y la prueba del Derecho extranjero del Estado en que se suscribió el pacto impugnado, se dictará auto, irrecurrible, que resolverá el incidente⁴⁶.

En principio, una interpretación literal del artículo 6 lleva a concluir que el acuerdo será materialmente válido si así resulta conforme a la legislación designada; de tal modo que la nulidad del consentimiento solo puede ser apreciada a instancia de parte, en cuyo caso el tribunal deberá aplicar la ley de residencia habitual del impugnante. La posibilidad de que el tribunal aprecie de oficio la falta de elección informada de Ley no está expresamente contemplada en el artículo 6 del texto europeo. No obstante, tal posibilidad, que procederá en cualquier momento del procedimiento, no requerirá el recurso a la ley de la residencia habitual del cónyuge debiendo apreciarse la falta de consentimiento conforme a la ley elegida por las partes *ex* artículo 6.

Por último, en íntima conexión con cuanto antecede, deben tenerse en cuenta las previsiones contenidas en el considerando 16 del Reglamento 1259/10. En él se establece, con carácter general, un límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad al señalar que la elección será válida siempre que el Derecho designado respete los derechos fundamentales definidos en los Tratados y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el principio de orden público. Límite general que debe ponerse en relación con las cláusulas contenidas en los artículos 10 y 12 del Reglamento⁴⁷.

⁴⁶ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El pacto de elección de *lex separationis* y (...)», *loc. cit.*, p. 3 y 4.

⁴⁷ FRANZINA, P., «The law applicable to divorce and legal separation under regulation (EU) No. 1259/2010 of 20 december 2010», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011-II, pp. 85-129.

b. Validez formal del acuerdo de elección de Ley

Formalmente las exigencias que debe reunir el acuerdo de elección de ley son mayores que las previstas en otros textos europeos⁴⁸. Con ello se pretende responder a la necesidad de garantizar que ambos cónyuges sean conscientes de las consecuencias de su elección y que el cónyuge que se encuentre en una posición de debilidad reciba la tutela necesaria. Las consecuencias de dicha elección son muy relevantes y los cónyuges deben ser conscientes de ello y estar perfectamente informados de su decisión al respecto; se trata de impedir que la elección de la Ley reguladora del divorcio sea consecuencia de una imposición de un cónyuge sobre el otro o de un tercero sobre los cónyuges. Por ello, las exigencias formales impuestas tienen como objetivo facilitar la prueba de la existencia del acuerdo ante el tribunal, recubriendo de ciertas cautelas la elección de la Ley aplicable, no admitiéndose la elección tácita de la Ley aplicable al divorcio o a la separación legal ni tampoco la elección presunta de la misma. El juez no puede declarar aplicable una Ley estatal concreta con el argumento de que dicha Ley es la que las partes hubieran elegido como Ley reguladora de su divorcio si se hubieran planteado la cuestión⁴⁹.

El artículo 7 del Reglamento 1259/10 se refiere a la validez formal del acuerdo de elección exigiendo, con carácter general, que el mismo se celebre por escrito, debiendo estar fechado y firmado por ambos cónyuges. También contempla la posibilidad de utilizar medios electrónicos, siguiendo las pautas establecidas en otros textos institucionales⁵⁰, admitiéndose su validez siempre que proporcione un registro duradero del acuerdo de elección. Las dificultades se suscitarán respecto al cumplimiento del requisito de la firma, al margen de la equiparación entre escrito y comunicación por vía electrónica, no obstante, algunos problemas que se pueden plantear deben resolverse mediante el recurso a las disposiciones específicas sobre firma electrónica⁵¹. Junto a

⁴⁸ *Vid.* artículo 3 del Reglamento 593/08.

⁴⁹ CALVO CARAVACA, A.L./CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La Ley aplicable al divorcio en Europa: (...)», *loc. cit.* p. 57.

⁵⁰ *Vid.* artículo 23 del Reglamento 44/01.

⁵¹ *Vid.*, en este punto, Directiva 1999/93, de 13 de mayo de 1998, sobre firma electrónica (*DOUE* L núm. 13, de 19 de enero de 2000). El ordenamiento jurídico español cuenta con un amplio abanico de normas que afrontan la problemática de la contratación electrónica. Entre otras, la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (*BOE* 12 de julio); Ley 59/2003, de 19 de diciem-

estos requisitos mínimos y generales, el precepto citado añade la necesidad de que el acuerdo de elección de ley celebrado con anterioridad al inicio del procedimiento reúna las exigencias impuestas por la legislación del Estado miembro participante donde residan habitualmente los cónyuges en el momento de su celebración. Si residieran en distintos Estados miembros participantes cada uno de los cuales exige distintos requisitos, el acuerdo será válido si cumple los previstos en uno de ellos; y, por último, si en el momento de su celebración solo un cónyuge tiene residencia en un Estado miembro participante que exija requisitos formales adicionales éstos deberán cumplirse para que el acuerdo de elección de ley sea formalmente válido.

De la regulación que ofrece el artículo 7 destacan dos datos. El primero, la rigidez de la norma de conflicto que rompe las soluciones tradicionalmente adoptadas en la materia que, tratando de favorecer la validez formal de los acuerdos optan por conexiones múltiples que actúan alternativamente⁵². Y el segundo, que los requisitos adicionales cuyo cumplimiento se exige son únicamente los de Estados miembros participantes sin que sea necesario, por tanto, el cumplimiento de aquellos otros que exija un Estado miembro no participante o un tercer Estado donde residan el o los cónyuges.

c. Momento de celebración del acuerdo

En cuanto al momento de celebración del pacto de elección, el Reglamento ofrece cierto margen de flexibilidad. De acuerdo con lo dispuesto en su artículo 5, el acuerdo puede realizarse en cualquier momento y modificarse posteriormente siempre que sea con anterioridad a la presentación de la demanda. Excepcionalmente, respecto a esta última exigencia, en su párrafo tercero el precepto citado prevé que, si la legislación del foro lo permite, aquél pueda celebrarse ante el tribunal internacionalmente competente para conocer del divorcio o la separación. Con carácter general, el acuerdo puede

bre, de firma electrónica (BOE 20 de diciembre); Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información (BOE de 29 de diciembre). CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P., «Derecho de familia en la Unión Europea y función notarial», en FUGARDO ESTIVILL, J.M. (Coord.) *Extranjería: función notarial y derecho documental*, Vol. I, *Contratación, negocios jurídicos y representación formal*, Ed. Marcial Pons, 2009, pp. 111-184; ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El pacto de elección de *lex separationis* y *lex divorcii* (...)», *loc. cit.*, p. 7.

⁵² *Vid.* artículo 11 Cc y el artículo 11 Reglamento 593/08.

celebrarse y modificarse en cualquier momento anterior a la presentación a la demanda. Y, excepcionalmente, después de presentada la demanda ante el órgano competente, si lo permite la *lex fori*.

Esta última previsión, en cuya virtud se subordina la posibilidad de un acuerdo de designación de ley aplicable a lo dispuesto en la *lex fori*, resulta novedosa, no estando contemplada en otras disposiciones europeas. En nuestro Ordenamiento, junto a la posibilidad de articular la elección del Derecho aplicable ante el tribunal en el momento de tránsito de un procedimiento de separación o divorcio contencioso a un procedimiento de mutuo acuerdo *ex artículo 770.5ª LEC*, también se han propuestos otras vías. Una primera, a partir del recurso a los artículos 774 y 752 LEC que permiten que en el acto de la vista del juicio o en cualquier momento intermedio entre la presentación de la demanda y el día señalado para el acto de la vista, las partes sometan al tribunal los acuerdos a que hubieren llegado. Y, otra posibilidad, la de recurrir al artículo 281 LEC y al principio dispositivo del proceso civil, de tal modo que las partes podrían fundamentar sus pretensiones en el Derecho designado aplicable sin que ello implicara vulnerar una norma de conflicto imperativa pues es esta última la que consagra la autonomía de la voluntad de las partes⁵³. No obstante, esta última opción, podría ser más cuestionada dado que el hecho de que las partes fundamenten sus pretensiones en un determinado Derecho no puede considerarse ante un acuerdo de partes en los términos del artículo 5 que responda a las exigencias formales y materiales impuestas por el texto europeo.

B. Conexiones objetivas aplicables en defecto de elección

La autonomía de la voluntad en los términos expuestos goza de primacía en orden a la determinación del Derecho aplicable a la separación judicial y al divorcio en la nueva normativa europea. Únicamente cuando las partes no ejerzan dicha autonomía o su ejercicio no sea acorde con los parámetros establecidos podrán intervenir las conexiones objetivas previstas en el artículo 8 del Reglamento. El precepto establece cuatro conexiones entre las que existe una relación de jerarquía actuando una en defecto de la anterior. En pri-

⁵³ ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., «El pacto de elección de *lex separationis* y *lex divorcii* (...)», *loc. cit.*, p. 3 y 4. Para quien también la configuración legal de las cuestiones de especial pronunciamiento permitiría, en el marco de los artículos 389 y 391 LEC, comunicar al tribunal que conoce del asunto la elección de Ley aplicable a la separación o al divorcio.

mer lugar, se designa aplicable la ley del Estado en el que los cónyuges tienen su residencia habitual en el momento de la presentación de la demanda. En su defecto, el divorcio o la separación judicial se regirán por la ley del Estado en el que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el periodo de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda y que uno de ellos aún resida allí en dicho momento. A falta de éstas, se aplicará la ley del Estado de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la presentación de la demanda Y, por último, en defecto de nacionalidad común, será aplicable la ley del Estado ante cuyos tribunales se interpone la demanda.

Las conexiones que se acaban de relacionar son muy similares a las posibilidades de elección de ley que ofrece a las partes el artículo 5. Las diferencias con estas últimas son, principalmente dos. En primer lugar, el momento en el que deben apreciarse las conexiones previstas en el artículo 8, que es aquél en el que se interpone la demanda. Y, en segundo lugar, la conexión de la nacionalidad prevista en el apartado c) de este último precepto, referida a la nacionalidad común de cónyuges, que difiere de la nacionalidad de cualquiera de ellos prevista en el artículo 5.1.c), restringiendo las posibilidades que este último ofrece. En ambos casos, como hemos señalado, son conexiones que responden al principio de proximidad⁵⁴ y que, habida cuenta de su coincidencia con los foros previstos en el artículo 3 Reglamento 2201/03, favorecen la concurrencia *forum-ius* facilitando la resolución de litigios internacionales sobre separación legal y divorcio y respondiendo a las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva. Ahora bien, reconocer sus ventajas no implica que estas conexiones carezcan de dificultades.

El carácter puramente fáctico de la residencia habitual y la ausencia de un concepto uniforme de este punto de conexión puede suscitar algunas cuestiones que deberán resolverse siguiendo las pautas establecidas por la jurisprudencia del TJCE. Se mantiene la nacionalidad común que, aunque es un punto de conexión tradicionalmente utilizado en la materia que nos ocupa y no responde a las necesidades de la realidad actual, tiene cierta relevancia práctica⁵⁵. De otro

⁵⁴ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. Análisis del artículo 8 del Reglamento 1259/2010 de 20 diciembre 2010», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2012), Vol. 4, Nº 1, pp. 52-85, para quien dicho principio expresa tradicionalmente el fundamento constitucional de la eficiencia de las normas de conflicto, p. 61

⁵⁵ *Vid.*, HERRANZ BALLESTEROS, M., «Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y Derecho aplicable: (...)», *loc. cit.*, p. 60.

lado, como adelantábamos, el nuevo reglamento, haciéndose eco de una problemática relativamente reciente⁵⁶, remite el tratamiento de los casos de nacionalidad múltiple a la legislación nacional con el respeto pleno de los principios generales de la Unión Europea. Para finalizar, la recurso a la *lex fori* como último punto de conexión en este sistema jerarquizado favorece la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia, la resolución de litigios y, a tenor de los foros recogidos en el artículo 3 Reglamento 2201/03, permite la aplicación de un Ordenamiento conectado con el supuesto así como abordar un amplio número de litigios. No obstante, el hecho de que la unificación del Derecho aplicable al divorcio y la separación legal sea una iniciativa de cooperación reforzada obstaculiza la efectividad del propio texto en la que medida en que los tribunales de algunos Estados no participantes si bien aplicarán el artículo 3 Reglamento 2201/03 para determinar su competencia, resolverán sobre el Derecho aplicable conforme a su propio sistema de DIPr.

De acuerdo con cuanto antecede, el artículo 8 del Reglamento 1259/10 recoge una norma de conflicto multilateral que, respondiendo a los objetivos del texto en el que se integra, trata de instaurar un marco jurídico claro y completo en materia de ley aplicable al divorcio y a la separación judicial en los Estados miembros participantes, garantizar soluciones adecuadas para los ciudadanos en términos de seguridad jurídica, previsibilidad y flexibilidad, e impedir situaciones en las que uno de los cónyuges solicite el divorcio antes que el otro con el fin de que el procedimiento se rija por una ley determinada que estime más favorable a la protección de sus intereses. En línea con los objetivos de la cooperación reforzada en la que se inserta, en su formulación, responden únicamente a criterios de proximidad, proponiéndose la elaboración de normas armonizadas para permitir que los cónyuges puedan predecir fácilmente qué ley se aplicará a su proceso matrimonial⁵⁷. En este contexto se afirma que el precepto no trata de adoptar normas materialmente orientadas a favorecer el divorcio y la separación judicial⁵⁸. Ciertamente, en principio, las normas recogidas en el nuevo texto son normas de conflicto meramente localizadoras; no obstante, como veremos a continuación y hemos hecho alusión en algunas ocasiones a lo largo de este trabajo, el propio Reglamento introduce algunos correctivos cuyo fundamento se encuentra en el

⁵⁶ MAESTRE CASAS, P., «Doble nacionalidad y *Forum Patriae* en divorcios internacionales (...)», *loc. cit.*, pp. 290-304.

⁵⁷ COM (2010) 104 final, p. 4.

⁵⁸ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. (...)», *loc. cit.*, pp. 65-67.

respecto a los derechos fundamentales que llevan a cuestionarnos la finalidad meramente localizadora del sistema conflictual instaurado⁵⁹.

*C. Posibilidad de excepcionar el Derecho designado aplicable:
la cláusula del artículo 10*

El establecimiento de un sistema uniforme a través del cual se designe la Ley aplicable al divorcio y separación judicial en el espacio judicial europeo resulta condicionado por la necesidad de que la ley elegida *ex artículo 5* del Reglamento 1259/10 o designada conforme a las conexiones objetivas previstas en el artículo 8 del mismo cuerpo legal, sea conforme a los derechos fundamentales reconocidos en los Tratados y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁶⁰. Esta finalidad tuitiva justifica que se hayan incluido en el marco del nuevo Reglamento disposiciones, como las recogidas en sus artículos 10 y 12, a través de las cuales se introducen correctivos funcionales de las normas de conflicto previstas en los artículos 5 a 8 y que conforman el régimen general permitiendo excepcionar la aplicación del Derecho designado. Ambas disposiciones se encuentran íntimamente relacionadas, de hecho, conforme al considerando 24, el primero debe entenderse sin perjuicio de la cláusula de orden público del artículo 12. No obstante entre ellos se constatan importantes peculiaridades que los diferencian.

El artículo 10, prevé la aplicación de la ley del foro en dos supuestos: en primer lugar, cuando el Derecho designado aplicable no contemple el divorcio y, en segundo término, cuando aquél no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial. Ambos supuestos encuentran su razón de ser en el respeto a los derechos fundamentales. La libertad personal, la igualdad y la prohibición de discriminación subyacen a la posibilidad de excepcionar la aplicación del Derecho designado a favor de la *lex fori*. En relación con el primer supuesto, cuando el Derecho designado aplicable —bien por la voluntad de las partes o, en defecto de ésta, por la intervención de las conexiones objetivas previstas en el artículo 8 del Reglamento—, no contempla el divorcio la norma impone excepcionar la aplicación de aquél a favor de la *lex fori*. Subyace, en

⁵⁹ *Vid.*, HERRANZ BALLESTEROS, M., «Régimen jurídico de las crisis matrimoniales internacionales y Derecho aplicable: (...)», *loc. cit.*, pp. 63.

⁶⁰ Cdo. 16.

esta disposición, una orientación material, la búsqueda de un resultado concreto, propiciar el divorcio. Esto es, el artículo 10 recoge una norma materialmente orientada al *favor divortii*⁶¹, cuyo fundamento se encuentra en la libertad de los cónyuges para decidir acerca de la disolución del vínculo conyugal como manifestación del derecho fundamental a la libertad personal. Desde esta perspectiva, aunque la legislación designada no contemple el divorcio, circunstancia que por sí misma no justifica la intervención del orden público⁶², estando expresamente contemplado el supuesto se permite excepcionar la aplicación del Derecho designado.

El segundo supuesto contemplado en el artículo 10, para el que se prevé la aplicación de la *lex fori*, se refiere a aquél en el que el Derecho designado no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial. Se refuerza el principio de igualdad entre cónyuges al contemplar un supuesto específico que justificaría, por sí mismo, la intervención del orden público del foro y que, como tal, tiene cabida en el artículo 12 del Reglamento.

Este último precepto contempla la excepción de orden público. Con él se articula otra vía que permite excluir una disposición del Derecho designado cuya aplicación resulte manifiestamente contraria al orden público del foro. A diferencia de la norma recogida en el artículo 10, no prevé la aplicación de la *lex fori*. La exclusión de una disposición conforme al precepto debe, por tanto, cubrirse con el recurso a las conexiones objetivas o, en su caso, a la *lex fori* en tanto que última conexión prevista en el artículo 8 del Reglamento. Además, a diferencia de aquél, la intervención de la excepción de orden público requiere acreditar la existencia de una manifiesta incompatibilidad de la norma designada con el orden público del foro. Si bien la posibilidad de excepcionar por esta vía es, materialmente, más amplia, sus exigencias son mayores y, en tanto que excepción al sistema previsto requiere una interpretación restrictiva. Aunque difieren, ambos preceptos se complementan. Así, por ejemplo, si el hecho de que un Estado no reconozca el divorcio no justifica la intervención del orden público, su expresa previsión en los términos del artículo 10 permite excepcionar la aplicación del Derecho designado.

⁶¹ VAQUERO LÓPEZ, M. C., «Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial: ¿una solución materialmente orientada hacia la libertad personal,(...)», *loc. cit.*, pp. 973-974.

⁶² *Vid.*, respecto la norma recogida en el artículo 107.2 c) Cc., FERNÁNDEZ ROZAS, J.C./SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Ed. Civitas, 2011, p. 409.

C. *La no obligación de pronunciar Sentencia por los Tribunales de Estados miembros participantes ex artículo 13*

Cuando el Derecho designado no contempla el divorcio acabamos de ver que la solución prevista en el artículo 10 consiste en excepcionar el Derecho designado a favor de la aplicación de la *lex fori*. Sin embargo, este precepto no resuelve qué ocurre cuando la *lex fori* no contempla el divorcio⁶³. En tal caso, conforme a lo dispuesto en el artículo 13, los tribunales que conocen del asunto no tendrían la obligación de pronunciar una sentencia sobre divorcio si su legislación no contempla esta institución. Las soluciones propuestas en uno y otro caso son incompatibles. Frente al *favor divortii* que inspira la solución acogida en el primer precepto, el artículo 13 incluye una disposición que impide o restringe su consecución al consagrar la no obligación de los órganos judiciales de Estados miembros participantes de pronunciar una sentencia de divorcio en dos supuestos: uno, cuando su legislación no contemple el divorcio y, el segundo, cuando su legislación no considere válido el matrimonio en cuestión. El primer supuesto previsto en el artículo 13 resuelve la cuestión que, decíamos, no encontraba respuesta en el artículo 10. Sin embargo, tal solución supone una contrariedad. Su fundamento se encuentra en la necesidad de superar las diferencias existentes entre las legislaciones de los Estados miembros en la regulación del divorcio. Justificándose su elaboración para facilitar la participación del mayor número posible de Estados miembros en la cooperación reforzada⁶⁴; sin embargo, actualmente no tiene razón de ser.

Además, la solución adoptada constituye una vulneración de la tutela judicial efectiva en la medida en que en que los cónyuges no van a poder obtener una resolución motivada; a la vez que supone una limitación a su libertad personal, contradiciendo la finalidad tuitiva del texto en el que se integra⁶⁵. Si la *lex fori*, o cualquier otro Ordenamiento, no contempla el divorcio o institución que tenga por objeto la disolución del vínculo matrimonial la solución no pue-

⁶³ HAMMJE, P., «Le nouveau règlement (UE) n.º 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée (...)», *loc. cit.*, p. 294

⁶⁴ Particularmente, la norma estaba prevista para que los órganos malteses no debieran dictar una sentencia de divorcio aunque la *Lex Causae* designada por el Reglamento así lo hubiera indicado. La situación, no obstante, ha cambiado desde que Malta ha introducido el divorcio en su legislación interna (Ley de 25 julio 2011 que introduce el divorcio en Derecho maltés), *Vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La Ley aplicable a la separación judicial y al divorcio en defecto de elección de ley por los cónyuges. (...)», *loc. cit.*, pp. 65-67.

⁶⁵ Cdo. 16.

de ser admitir esta opción, sin más. Es necesario abogar por una solución uniforme en cuanto a contemplar el divorcio o la disolución del vínculo matrimonial como manifestación de la libertad personal; excluyendo la aplicación de normas que no contemplen esta solución. El respecto de los derechos fundamentales requiere la introducción de correctivos como los previstos en los artículos 10 y 12 de la norma europea.

El segundo supuesto contemplado en el artículo 13, para el que también se consagra la no obligación de los tribunales de pronunciar una sentencia de divorcio, se refiere a aquél en el que el matrimonio en cuestión no es considerado válido. La validez del matrimonio es una materia excluida del ámbito de aplicación del texto europeo. La norma referida implica que los matrimonios celebrados en otros Estados miembros no se reconocen automáticamente sino que la validez de un matrimonio en cada Estado, a falta de regulación europea, se determinará conforme a su propio sistema de Derecho internacional privado⁶⁶. Solución que difiere de la adoptada en el sector de la eficacia extraterritorial de decisiones en el marco del Reglamento 2201/03, proyectándose de nuevo la descoordinación entre los ámbitos de aplicación material de las disposiciones europeas así como las carencias propias de la técnica utilizada en el sector del Derecho aplicable, una cooperación reforzada en los términos previstos en la Decisión 2010/405. La previsión contenida en el texto del artículo 13 ofrece una vía de escape a las autoridades de Estados que no reconocen determinados matrimonios, como los matrimonios homosexuales. A la descoordinación manifestada se añade la vulneración que, como el supuesto anterior, implica la solución adoptada para los derechos de tutela judicial efectiva y la libertad personal, desde la perspectiva española debemos cuestionarnos la participación de nuestro país en la iniciativa desarrollada⁶⁷.

Ambos supuestos ponen de relieve un debate, del que también se ha hecho eco la doctrina⁶⁸, referido al papel del legislador comunitario en la materia que nos ocupa. Si debe limitarse a elaborar normas de conflicto como las

⁶⁶ DEVERS, D/FARGE, M., «Le nouveau droit international privé du divorce.- À propos du règlement Rome III (...)», *loc. cit.*, p. 4; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: (...)», *loc. cit.* p. 4.

⁶⁷ OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. «La nueva regulación de la ley aplicable a la separación judicial y al divorcio: (...)», *loc. cit.*, p. 7.

⁶⁸ VAQUERO LÓPEZ, M. C., «Cooperación reforzada en materia de divorcio y separación judicial: ¿una solución materialmente orientada hacia la libertad personal,(...)», *loc. cit.*, pp. 973-974.

previstas en el artículo 8 o debe introducir juicios de valor que favorezcan la consecución de una determinada opción de política legislativa. Es decir, hasta dónde la creación de un espacio judicial europeo permite mantener el espacio y papel de los Derechos nacionales. Junto a las competencias reconocidas a las instituciones europeas *ex* artículo 81 TFUE⁶⁹, en el que responder a la tutela judicial efectiva, alcanzar una justicia ágil y eficaz y garantizar una correcta aplicación del Derecho europeo dejan de ser objetivos implícitos, que han informado las normas hasta ahora elaboradas, para convertirse en objetivos propios de la cooperación judicial en asuntos civiles, las libertades europeas y el respeto de los derechos fundamentales, deben superarse aquellas legislaciones que obstaculicen la libertad de circular y residir en otro Estado miembro en aras a la creación de un espacio judicial europeo.

IV. CONCLUSIONES

Con el fin de consolidar el espacio judicial europeo se han desarrollado iniciativas legislativas tendentes a instaurar un nuevo marco normativo para la disolución de matrimonios internacionales, el resultado, sin embargo, no ha sido el deseado. En DIPr español, aquellas iniciativas han mejorado cuantitativa y cualitativamente el régimen jurídico introduciendo importantes cambios respecto del sistema anterior. No obstante, ello no implica que el nuevo sistema adolezca de inconvenientes. Al contrario, a lo largo de nuestra exposición se han ido poniendo de manifiesto algunas de las carencias que aquél presenta tanto en el sector de la competencia judicial internacional, a pesar de su mayor consolidación, como en el del Derecho aplicable siendo en este último las deficiencias más acusadas, quizás, entre otras razones, por la propia técnica utilizada para su elaboración.

El Reglamento 2201/03 y el Reglamento 1259/10 constituyen las principales disposiciones de la regulación actual de los divorcios internacionales en la Unión Europea, tratando de responder a las necesidades de consolidación del espacio judicial europeo. Por los propios caracteres del sistema en el que se insertan estas disposiciones han supuesto un desplazamiento del sistema de

⁶⁹ *Vid., per omnia*, DEL VALLE GÁLVEZ, A., «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia y Tratado de Lisboa», en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (Coord.), *El Tratado de Lisboa. La salida de la crisis constitucional*. Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho internacional —AEPDIRI—, celebradas en Madrid los días 17 y 18 de diciembre de 2007, Ed. Iustel, 2008, pp. 417-433.

DIPr de producción autónoma, de tal modo que en DIPr español tanto la LOPJ como el artículo 107.2 Cc se aplicarán muy excepcionalmente. A pesar de ello, la nueva regulación institucional no ha logrado instaurar un sistema uniforme en todo el territorio de los Estados miembros ni, por ende, eliminar la complejidad del sistema integrado por una pluralidad de normas que abordan la disolución del vínculo matrimonial. Además, algunas diferencias sustanciales entre ambos textos limitan la consecución de sus propios objetivos dificultando la aplicación práctica del sistema y obstaculizando la creación de un espacio judicial europeo. Entre ellos se ha podido verificar la existencia de importantes diferencias entre sus respectivos ámbitos de aplicación territorial, espacial y material que perjudican la consecución de aquellos objetivos al implicar una descoordinación entre la regulación de la competencia judicial internacional y el Derecho aplicable que, lejos de favorecer la consolidación del espacio judicial europeo fomenta la proliferación de comportamientos como los que se pretendía evitar, los supuestos de *forum shopping*.

En el sector de la competencia judicial internacional, en el que más se ha avanzado, las carencias más significativas se derivan de la descoordinación entre los criterios utilizados para delimitar su ámbito de aplicación personal y la amplitud de foros que intervienen con carácter general y alternativamente para otorgar competencia al tribunal del Estado en el que la circunstancia utilizada concorra. Positivo es, sin embargo, a los fines integradores del texto europeo la evolución de una aplicación subsidiaria del sistema de producción interno de competencia judicial internacional a su aplicación residual. Este mecanismo otorga seguridad jurídica y permite crear un ambiente de confianza mutua que favorece el establecimiento de un sistema de reconocimiento automático y de ejecución de decisiones simplificado. También destaca, positivamente, la consagración de un amplio abanico de foros y su carácter alternativo, para el que desde la aprobación del Reglamento 2201/03 se hacía necesario instaurar un sistema uniforme de Derecho aplicable.

Este último, sin embargo, aunque necesario, no ha resultado tan satisfactorio. Las soluciones adoptadas, consagrando la autonomía de la voluntad y tratando de favorecer la correlación *forum-ius*, aunque con algunas dificultades prácticas, en líneas generales, han de acogerse positivamente. Sin embargo, el avance logrado en el sector del Derecho aplicable ha sido mucho menor que en el de la competencia judicial internacional por las dificultades y obstáculos que ha supuesto su propia elaboración y que, a la vista del resultado llevará a cuestionarnos su virtualidad. Aquellas dificultades han obligado a utilizar la técnica de la cooperación reforzada con las limitaciones que

implica y que han tratado de superarse a través de la consagración del carácter *erga omnes* del texto reglamentario. Pero este carácter conjugaba mal con las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros respecto del divorcio incluyendo para solventar los problemas que se pudieran plantear distintas cláusulas. Una primera, la prevista en el artículo 10, que basada en el principio *favor divortii* permite excepcionar el Derecho designado aplicable cuando éste no admite el divorcio. Y de otro, la recogida en el artículo 13 a partir de la cual se consagra la no obligación de pronunciar sentencia de divorcio por los tribunales de Estados miembros participantes cuando su legislación no contemple el divorcio o no considere válido el matrimonio en cuestión. Ambas cláusulas no solo resultan en una primera aproximación contradictorias entre sí sino que, más allá, en la medida en que la solución acogida, especialmente en la segunda de las disposiciones referidas, supone una merma de la tutela judicial y la libertad personal, cuestiona la virtualidad de las soluciones adoptadas y el propio papel del legislador.

En definitiva, a la vista de cuanto se ha expuesto, hubiera sido deseable una mayor coordinación en la regulación del divorcio en los sectores de la competencia judicial internacional y del Derecho aplicable y, particularmente en este último, la elaboración de normas que, respondiendo a la tutela judicial efectiva y a la libertad personal, hubieran tratado de instaurar una justicia ágil y eficaz respondiendo a los objetivos de la cooperación judicial en asuntos civiles, las libertades europeas y el respeto de los derechos fundamentales y superando los obstáculos derivados de las diferentes legislaciones en aras a la creación de un espacio judicial europeo.

LA NUEVA REGULACIÓN DEL DIVORCIO EN LA UNIÓN EUROPEA. SU PROYECCIÓN EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL

RESUMEN: El divorcio internacional ha sido uno de los ámbitos en los que más han incidido las iniciativas europeas de los últimos años. La tutela judicial efectiva y la libertad personal son derechos fundamentales y valores constitucionales que junto a las necesidades derivadas de la consolidación del espacio judicial europeo constituyen elementos claves que justifican las reformas más recientes. En el presente trabajo nos proponemos analizar cuáles han sido los resultados alcanzados. De un lado, nuestra exposición abordará los cambios introducidos por las normas europeas valorando su proyección sobre el régimen jurídico del divorcio en DIPr. Para ello, a partir del nuevo marco normativo instaurado abordaremos los tradicionales problemas de competencia judicial internacional y Derecho aplicable exponiendo las soluciones adoptadas en ambos sectores. Y, de otro, trataremos de valorar si el nuevo sistema instaurado responde a las necesida-

des derivadas de la tutela judicial efectiva y la libertad personal así como su adecuación a los objetivos del espacio judicial europeo.

PALABRAS CLAVE: Espacio Judicial Europeo, Divorcio internacional, Reglamento 2201/2003, Reglamento 1259/2010, Derecho aplicable, competencia judicial internacional.

THE NEW REGULATION OF DIVORCE IN THE EUROPEAN UNION. ITS PROJECTION IN SPANISH PRIVATE INTERNATIONAL LAW

ABSTRACT: International Divorce has been one of those areas that have affected European initiatives in recent years. The effective judicial protection and personal freedom are fundamental rights and constitutional values with the needs arising from the consolidation of the European judicial area are key elements that justify the most recent reforms. In this paper we propose to analyze what were the results achieved. On one side, our discussion will address the changes introduced by European standards valuing its projection on the divorce law in international Law. To do this, from the new regulatory framework in place will address the traditional problems of international jurisdiction and applicable law by exposing the solutions adopted in both sectors. And, secondly, try to assess whether the new system introduced responds to the needs derived from effective judicial protection and personal freedom as well as their relevance to the objectives of the European judicial area.

KEY WORDS: European Judicial Area, International divorce, Regulation 2201/2003, Regulation 1259/2010, applicable law, international jurisdiction.

LA NOUVELLE RÉGULATION DU DIVORCE DANS L'UNION EUROPÉENNE. SA PROJECTION SUR LE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ESPAGNOL

RÉSUMÉ: Divorce international a été l'un de ces domaines qui ont affecté les initiatives européennes dans les dernières années. La protection juridictionnelle effective et de la liberté individuelle sont des valeurs constitutionnelles des droits fondamentaux et aux besoins découlant de la consolidation de l'espace judiciaire européen sont des éléments clés qui justifient les réformes les plus récentes. Dans cet article, nous proposons d'analyser quels sont les résultats obtenus. D'un côté, la discussion portera sur les changements introduits par les normes européennes valorisant sa projection sur la loi sur le divorce en Droit international privé. Pour ce faire, dans le nouveau cadre réglementaire en place abordera les problèmes traditionnels de la compétence internationale et la loi applicable en exposant les solutions adoptées dans les deux secteurs. Et, d'autre part, tenter d'évaluer si le nouveau système mis en place répond aux besoins issus de la protection judiciaire effective et à la liberté personnelle ainsi que leur pertinence par rapport aux objectifs de l'espace judiciaire européen.

MOTS CLÉS: Zone Judiciaire Européenne, Divorce international, Règlement 2201/2003, Règlement 1259/10, loi applicable, compétence internationale.