

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

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ*

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. ÁMBITO DE APLICACIÓN.
- III. ANÁLISIS DE LA LEY APLICABLE.
 1. LA IMPORTANCIA DE LA UNIFICACIÓN CONFLICTUAL.
 2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL.
 3. LEY APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN.
 - A) *Residencia habitual.*
 - B) *Nacionalidad.*
 - C) *Lex fori.*
 4. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO.
 - A) *Aplicación de la Ley del Foro y excepción de orden público.*
 - B) *Diferencias en las legislaciones nacionales.*
- IV. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN

Las negociaciones para la unificación en la UE de las normas de conflicto relativas a la separación judicial y el divorcio han sido largas y com-

* Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado, Departamento de Derecho Civil y Derecho Internacional Privado, Universidad de Sevilla, España.

plejas, remontándose a 2005. En este año se publicó un *Libro Verde sobre la legislación aplicable y la competencia en asuntos de divorcio*¹, invitando a reflexionar sobre los cambios que debían introducirse en el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000². Se puede decir que el principal objetivo de esta iniciativa era incorporar al Reglamento 2001/2003 normas de conflicto uniformes, pues era un tema que estaba pendiente en la agenda de las instituciones de la UE desde el Plan de Acción de Viena, adoptado en 1998³. Pero como la consulta se planteó en términos más amplios, mencionándose también posibles mejoras en relación con las normas de competencia judicial internacional, de ella derivó la presentación, en 2006, de una propuesta que también afectaba a esta materia: Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial⁴.

Para la adopción de esta propuesta se requería el apoyo unánime de los Estados miembros por afectar al derecho de familia, lo cual no pudo conseguirse. Las posiciones irreconciliables que mantenían los Estados miembros en relación con la determinación del derecho aplicable, hicieron imposible el acuerdo⁵. El Consejo, en su Sesión de 5-6 Junio 2008, tuvo que admitir que no existía la unanimidad requerida para seguir adelante con la Propuesta, y que sus objetivos no podrían alcanzarse dentro de un plazo razonable aplicando las disposiciones pertinentes de los Tratados⁶. Con tal declaración se puso fin formalmente al proceso de reforma del Reglamento 2201/2003, al tiempo que se abría una nueva posibilidad: que los Estados interesados en avanzar en el proceso de unificación normativa pudieran

¹ Bruselas, 14.3.2005, COM (2005) 82 final.

² *DOUE* núm. L 338, de 23 de diciembre de 2003.

³ Plan de Acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, *DOCE* núm. C 19, de 23 de enero de 1999.

⁴ Bruselas, 17.7.2006, COM (2006) 399 final.

⁵ Al respecto vid. Exposición de Motivos de la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, Bruselas 24.3.2010, COM (2010) 104 final, p. 2.

⁶ Consejo de la Unión Europea, Sesión n.º 2873, Justicia y Asuntos de Interior, Luxemburgo, 5-6 Junio de 2008, 9956/08 (Presse 146).

hacerlo a través del sistema de cooperación reforzada (artículos 20 TUE y 326 a 334 TFUE)⁷.

Inicialmente fueron Austria, Bulgaria, Eslovenia, España, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo y Rumanía quienes dirigieron una solicitud en este sentido a la Comisión, para que elevara una propuesta al Consejo (artículo 329.1.I TFUE). La Comisión, tras valorar positivamente la iniciativa en base a que se respetaban las condiciones fijadas en los Tratados, y a que un gran número de personas podrían beneficiarse gracias a la misma de un marco legal más seguro, previsible y flexible, elevó una Propuesta de Decisión al Consejo para que autorizara una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial⁸. Y el Consejo, tras contar con la preceptiva aprobación del Parlamento Europeo (artículo 329.1.II TFUE)⁹, concedió su autorización mediante Decisión, de 12 de julio de 2010, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal (2010/405/UE)¹⁰. Los Estados finalmente participantes en esta cooperación reforzada han sido Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Eslovenia, España, Francia, Hungría, Italia, Letonia, Luxemburgo, Malta, Portugal y Rumanía¹¹, quedando abierta la posibilidad de que en el futuro cualquier otro Estado miembro pueda sumarse a esta iniciativa (artículo 328 TFUE).

La propuesta de la Comisión para la autorización de la cooperación reforzada se acompañaba de una Propuesta de Reglamento (UE) del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial¹². Esta nueva Propuesta

⁷ Con arreglo al art. 20.2 TUE sólo puede recurrirse a la cooperación reforzada cuando el Consejo ha establecido que unos determinados objetivos de cooperación no pueden conseguirse entre todos los Estados de la UE dentro de un plazo razonable, y siempre que al menos nueve Estados miembros sí estén interesados en la consecución de dichos objetivos.

⁸ Vid. Exposición de Motivos de la Propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, *op. cit.*, pp. 5 y ss.

⁹ Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 16 de junio de 2010, sobre el proyecto de decisión del Consejo por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la legislación aplicable al divorcio y a la separación judicial (09898/2/2010 – C7 – 0145/2010 – 2010/0066/NLE) (DOUE Núm. C 236E, de 12 de agosto de 2011).

¹⁰ DOUE Núm. L 189, de 22 de julio de 2010, p. 7.

¹¹ Vid. Considerando 5 de la Decisión del Consejo, de 12 de julio de 2010, por la que se autoriza una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal, DOUE L 189 *cit.*

¹² Bruselas, 24.3.2010, COM (2010) 105 final.

se limitaba a la unificación de las normas de conflicto en materia de divorcio y separación judicial, abandonando las modificaciones que en la anterior de 2006 se hacían en relación con las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 2201/2003. A través de la cooperación reforzada no puede afectarse al acervo ya existente (artículo 326 TFUE), y de ahí que hubiera que limitar su objetivo.

Las negociaciones para su definitiva aprobación fueron bastante rápidas, introduciéndose algunas modificaciones que afectaron fundamentalmente a la precisión de su ámbito de aplicación y a los acuerdos de elección de ley. La propuesta se adoptó finalmente como Reglamento (UE) n.º 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 judicial¹³, norma a la que frecuentemente se alude como Reglamento Roma III.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN

El ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 se precisa en el art. 1. Su aptdo. 1º dispone que «el presente Reglamento se aplicará, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, al divorcio y a la separación judicial». Esa alusión a situaciones que impliquen un conflicto de leyes debe entenderse referida a situaciones internacionales, que podrán estar conectadas con Estados miembros o con Estados no miembros. Roma III, al igual que los demás instrumentos de la UE en materia de ley aplicable, es de aplicación universal o *erga omnes* y desplaza a las normas internas en la materia (artículo 4)¹⁴, en nuestro país, al artículo 107.2 CC. Los conflictos de leyes pueden darse también en el interior de Estados plurilegislativos, pero para estos casos se establece la fórmula ya habitual en otros instrumentos de la UE de que los Estados miembros no estarán obligados a aplicarlo a nivel interno (artículo 16).

El artículo 1 también nos indica en su aptdo. 1º las materias a las que se aplica el Reglamento 1259/2010: «al divorcio y a la separación judicial». En este punto se rompe el paralelismo con el Reglamento 2201/2003, que cuando aborda las cuestiones de competencia judicial internacional y

¹³ *DOUE* Núm. L 343, de 29 de diciembre de 2010, pp. 10-ss.

¹⁴ En el art. 19 del Reglamento 1259/2010 se regulan las relaciones con otros convenios internacionales que pudieran tener suscritos los Estados miembros participantes en esta materia, lo cual no es el caso de España.

eficacia extraterritorial de resoluciones, se refiere también a la nulidad matrimonial. Las razones para tal exclusión no aparecen explicitadas en el nuevo Reglamento, que se limita a señalar que «no debe aplicarse a la anulación del matrimonio» (Considerando 10). Si nos remontamos a los trabajos preparatorios, encontramos como explicación que las normas de conflicto de este instrumento no se consideraban apropiadas para los supuestos de nulidad matrimonial, por tratarse de una cuestión estrechamente vinculada a la validez del matrimonio que se somete generalmente a la *lex loci celebrationis* o a la ley de la nacionalidad de los cónyuges¹⁵. Aunque tal explicación lo que hubiera justificado es una regulación conflictual específica, en lugar de una ausencia de regulación. Debe tenerse en cuenta que uno de los motivos para la elaboración del Reglamento Roma III fue que la alternatividad de los foros en el Reglamento 2201/2003 exigía disponer de normas de conflicto uniformes para favorecer la seguridad jurídica, y que, sin embargo, en relación con la nulidad del matrimonio se deja dicha alternatividad de foros sin el complemento de normas de unificación conflictual.

En cuanto al ámbito de aplicación de la ley designada en virtud del Reglamento Roma III, el Considerando 10 señala que «debe aplicarse a los motivos para el divorcio y la separación judicial». A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González precisan que durante el proceso de elaboración del Reglamento quedó claro que ello cubriría la admisión del divorcio o separación judicial; las causas de separación y divorcio; los efectos que produce la interposición de la demanda y el plazo mínimo para instar el divorcio; los efectos de la reconciliación sobre el procedimiento y/o el divorcio y posible conversión de la separación en divorcio; la cuestión de si debe elaborarse o no un convenio regulador en los procedimientos de divorcio o separación de mutuo acuerdo, así como el contenido necesario de tal convenio; el régimen del divorcio o la separación en caso de desacuerdo; si debe procederse o no a la disolución del régimen económico matrimonial, quedando excluida la efectiva disolución y liquidación de dicho régimen que se regularía por normas de conflicto específicas; y la asignación del uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico a uno de los ex-conyuges¹⁶.

¹⁵ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, *op. cit.*, pp. 9-10.

¹⁶ CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 1, 2009, p. 64.

El ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 se precisa también de forma negativa, al haberse incorporado en la fase final de su negociación una lista de materias a las que no se aplica, ni siquiera en el caso de que se planteen como mera cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio o separación judicial. Concretamente, el artículo 1.2 dispone que no se aplicará a: a) la capacidad jurídica de las personas físicas; b) la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio; c) la nulidad matrimonial; d) el nombre y apellidos de los cónyuges; e) las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales; f) la responsabilidad parental; g) las obligaciones alimentarias; h) los fideicomisos o sucesiones. Algunas de estas cuestiones se regulan o está previsto regularlas en otros instrumentos de la UE y otras se dejan al derecho autónomo de los Estados miembros, lo cual obligará al operador jurídico a tener que trabajar con una pluralidad de normas asumiendo las lógicas dificultades que ello conlleva.

El ámbito territorial del Reglamento 1259/2010 se precisa en el artículo 3, que define el concepto de «Estado miembro participante» señalando que son aquellos que participan en la cooperación reforzada en virtud de la Decisión 2010/405/UE o en virtud de una decisión adoptada de conformidad con el artículo 331.1 TFUE. En el epígrafe anterior ya tuvimos ocasión de reflejar cuáles son los 14 Estados miembros participantes, que también aparecen mencionados en el Considerando 6 de este Reglamento. El artículo 3 incluye dentro del concepto de Estado participante a los que en el futuro pudieran estar interesados en sumarse a este grupo, que deberán cumplir para ello las condiciones previstas en el mencionado artículo 331.1 TFUE.

Por último, el ámbito temporal se concreta en el artículo 21, señalando que el Reglamento entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el *DOUE*, y que será aplicable a partir del 21 de junio de 2012, con la excepción del artículo 17, que se aplicará a partir del 21 de junio de 2011¹⁷. El mencionado artículo 17 se refiere a la información que tienen que facilitar los Estados miembros participantes sobre los requisitos formales y temporales que habrá de cumplir el convenio de elección de ley.

¹⁷ En el art. 18 se recogen determinadas disposiciones transitorias en relación con los convenios de elección de ley.

III. ANÁLISIS DE LA LEY APLICABLE.

1. LA IMPORTANCIA DE LA UNIFICACIÓN CONFLICTUAL

La unificación conflictual es útil y necesaria, ya que proporciona seguridad jurídica, favorece la armonía internacional de soluciones y evita el *forum shopping*. La Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado ha sido tradicionalmente el organismo internacional que más ha promovido este tipo de unificación normativa, pero desde las reformas que se introdujeron con el Tratado de Ámsterdam la UE ha ido adquiriendo un creciente protagonismo en este sector¹⁸.

Con arreglo a este nuevo marco jurídico se han aprobado dos importantes Reglamentos en materia de ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, conocidos como Reglamentos Roma I y Roma II respectivamente¹⁹; y un Reglamento relativo a los procedimientos de insolvencia, que junto a la regulación de la competencia judicial internacional y de la eficacia extraterritorial de resoluciones incorpora también normas de conflicto uniformes²⁰. Una solución particular se ha seguido en el Reglamento relativo a las obligaciones de alimentos, cuyo artículo 15 incorpora para la determinación del derecho aplicable una referencia al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007²¹.

¹⁸ El Tratado de Ámsterdam incorporó una referencia expresa a la necesidad de fomentar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros sobre conflictos de leyes (art. 65.b TCE, actualmente art. 81.2.c TFUE), lo cual dio pie a que desde 1998 se haya venido insistiendo en la necesidad de unificar las normas de conflicto en relación con determinadas materias. El primer documento en este sentido fue el *Plan de Acción de Viena* (*op. cit.*, vid. *supra* nota 3); al que siguieron el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOCE* núm. C 12, de 15 de enero de 2001); el Programa de La Haya sobre la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (*DOUE* núm. C 53, de 3 de marzo de 2005); y el Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano (*DOUE* núm. C 115, de 4 de mayo de 2010).

¹⁹ Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* núm. L 177, de 4 de julio de 2008; Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), *DOUE* núm. L 199, de 31 de julio de 2007.

²⁰ Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, *DOCE* núm. L 160, de 30 de junio de 2000.

²¹ Reglamento (CE) núm. 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 cooperación en materia de obligaciones de alimentos, *DOUE* núm. L 7, de 10 de enero de 2009.

Sin embargo, en relación con el divorcio y la separación judicial sólo disponíamos hasta ahora del Reglamento 2201/2003, que se caracteriza por ofrecer un listado amplio de foros alternativos de competencia judicial internacional en su artículo 3, de modo que las partes pueden optar por llevar el asunto a los tribunales de un país u otro en función de las circunstancias del caso, acompañado de un régimen muy favorable de reconocimiento de sentencias. Tal regulación, conectada con la diversidad de normas de conflicto y de soluciones sustantivas que presentaban los Estados miembros en relación con el divorcio y la separación judicial²², generaba una situación que distaba de ser satisfactoria. Eran numerosos los autores que se habían referido a que este marco normativo favorecía las prácticas de *forum shopping* y *forum running*, teniendo en cuenta además la regulación en términos amplios que se hace en el Reglamento 2201/2003 de la excepción de litispendencia²³.

Se da por otra parte la circunstancia de que las divergencias en cuanto a las normas de conflicto, y en cuanto a la designación por tanto del derecho finalmente aplicable a la relación jurídica, no afectaba a la eficacia extraterritorial de resoluciones. Es más, los instrumentos que hasta ahora venían incorporando avances en este sector, en desarrollo del principio de reconocimiento mutuo, se habían centrado fundamentalmente en el control de ciertas garantías procesales en el Estado de origen²⁴.

²² Un análisis de derecho comparado sobre las diferencias existentes a este respecto entre los Estados miembros puede encontrarse en: The Commission staff working paper, annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters, Brussels, 14.3.2005, COM (2005) 82 final.

²³ Entre otros vid. DETHLOFF, N., «Arguments for the unification and harmonisation of family law in Europe», *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Boele-Woelki, K. (ed.), Intersentia, Amberes, 2003, p. 51; JÄNTERA-JAREBORG, M., «Unification of international family law in Europe – A critical perspective», *Perspectives for the unification and harmonisation of family law in Europe*, Intersentia, Amberes, 2003, pp. 207 y ss.; JÄNTERA-JAREBORG, M., «Marriage dissolution in an integrated Europe. The 1998 EU Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters (Brussels II Convention)», *Yearbook of private international law*, Vol. 1, 1999, p. 36; MEEUSEN, J., «System shopping in European private international law in family matters», *International family law for the European Union*, MEEUSEN, J., PERTEGÁS, M., STRAETMANS, G., SWENNEN, F. (eds.), Intersentia, Amberes – Oxford, 2007, p. 263; SILBERMAN, L.J., «Rethinking rules of conflict of laws in marriage and divorce in The United States: what can we learn from Europe?», *Tulane Law Review*, n.º 5, 2008, p. 2000.

²⁴ Al respecto vid. GUZMÁN ZAPATER, M., «Cooperación judicial y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 21, 2010, pp. 23 y ss.

Pero una particularidad la encontramos en el reciente Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, en materia de alimentos²⁵, donde hay un doble sistema de reconocimiento y exequátur en función de si el Estado de origen es parte o no del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007. La diferencia estriba en que si se ha aplicado en origen este instrumento de unificación conflictual para determinar el derecho aplicable, no habrá posibilidad de oponerse al reconocimiento de la sentencia y no habrá necesidad de exequátur.

Las razones de por qué en este instrumento se establece tal diferenciación, más allá de una genérica referencia a las garantías que aporta la aplicación de las normas de conflicto de leyes (Considerando 24), no aparecen claramente explicadas. Cabría considerar que como en el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil²⁶ se aludía a la unificación de las normas de conflicto como medida auxiliar para la consecución de este principio, y que como en el Programa de Estocolmo: una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano²⁷ se introdujo la matización de que esa unificación se haría cuando fuera necesaria, es en los ámbitos vinculados al derecho de familia donde tal unificación resulta especialmente necesaria para avanzar en el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales²⁸. Pero la reciente publicación de la Propuesta de reforma del Reglamento (CE) núm. 44/2001 —Reglamento Bruselas I—²⁹, que avanza en la aplicación del principio de reconocimiento mutuo suprimiendo la posibilidad de oponerse al reconocimiento y el procedimiento de exequátur, viene a cuestionar tal consideración. Se excluyen de estos avances determinadas materias, señalándose expresamente en relación con las sentencias en materia de difamación que una de las razones para tal exclusión es que no se han unificado las normas de conflicto, por estar excluida esta materia del Reglamento Roma II. En definitiva, que parece desarrollarse una tendencia a vincular expresamente la unificación conflictual con los avances en materia de eficacia extraterritorial de resoluciones,

²⁵ Vid. *supra* nota 21.

²⁶ *Op. cit.*, vid. *supra* nota 18.

²⁷ *Op. cit.*, vid. *supra* nota 18.

²⁸ En este sentido, GUZMÁN ZAPATER, M., «Cooperación judicial y Tratado de Lisboa: entre consolidación e innovación», *loc. cit.*, p. 27.

²⁹ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgements in civil and commercial matters, Brussels 14.12.2010, COM (2010) 748/3.

que quizás en una futura reforma del Reglamento 2201/2003 podría afectar a aquellos Estados que fueran parte de Roma III.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD CONFLICTUAL

El Reglamento 1259/2010 permite a los cónyuges designar la ley aplicable al divorcio y la separación judicial, siempre que se trate de una de las leyes previstas en su artículo 5. Esta posibilidad, conocida como autonomía de la voluntad conflictual, ha estado ligada tradicionalmente a sectores propios del derecho patrimonial, como es el caso de la contratación internacional. Pero asistimos en la actualidad a su extensión a otros ámbitos jurídicos, incluido el derecho de familia³⁰, como se observa en las iniciativas de la UE.

Las razones que pueden justificar esta extensión de la autonomía de la voluntad conflictual al ámbito del derecho de familia, y más particularmente al divorcio y la separación judicial, son diversas:

En primer lugar, la autonomía de la voluntad es una solución flexible, que permite a las partes involucradas en la relación jurídica optar por el derecho que mejor convenga a sus intereses. En el caso del Reglamento 1259/2010 supone dejar la regulación del divorcio o la separación judicial en manos de los cónyuges, reconocer su protagonismo para elegir el derecho que estimen más adecuado³¹, lo cual está en consonancia con la evolución que la regulación de estas instituciones está experimentando a nivel interno, con un creciente protagonismo del divorcio o la separación por consentimiento mutuo³².

³⁰ Al respecto vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, Ed. Comares, Granada, 2000.

³¹ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III», *loc. cit.*, p. 54; FOBLETS, M.C., «Migrant women caught between islamic family law and women's rights. The search for an appropriate connecting factor in international family law», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.º 1, 1999-00, p. 29; KROLL, K.K., «Unification of conflict of laws in Europe – Matrimonial property regimes», *European challenges in contemporary family law*, BOELE-WOELKI, K., y SVERDRUP, T. (eds.), Intersentia, Amberes, 2008, p. 391.

³² BONOMI, A., «Il diritto applicabile alla separazione e al divorzio nella recente proposta di regolamento comunitario», *Lo scioglimento del matrimonio nei regolamenti europei: da Bruxelles II a Roma III, Atti del Convegno Milano 24 febbraio 2006*, BARIATTI, S., y RICCI, C. (a cura di), Cedam, Padova, 2007, pp. 96-97; PERTEGÁS, M., «Beyond nationality and habitual residence: other connecting factors in European private international law in family matters», *International Family Law for the EU*, MEEUSEN, J., PERTEGÁS, M., STRAETMANS, G., SWENNEN, F. (eds.), Intersentia, Amberes-Oxford, 2007, pp. 330-331.

En segundo término, la posibilidad de elegir la ley aplicable favorece la seguridad jurídica, lo cual resulta fundamental de cara a la libre circulación de personas en la UE³³. Como han señalado A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González, con este punto de conexión las partes pueden conocer de antemano el derecho que les sería aplicable en caso de divorcio o separación judicial, y moverse en consecuencia con más libertad por la UE³⁴.

En tercer lugar, el Reglamento Roma III permite la elección de ley aplicable entre una serie de leyes previamente determinadas, que, como veremos seguidamente, conducen a la aplicación de la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de uno o ambos cónyuges, o a la ley del foro. Ello permite, en un área de fuerte inmigración como es la UE, ofrecer una solución acorde al carácter multicultural de nuestra sociedad. Los cónyuges pueden elegir la ley del país de residencia, cuando se sientan plenamente integrados en el mismo, habiendo adoptado su cultura y estilo de vida; o la ley del país de origen, cuando se sientan vinculados a sus tradiciones y quieran asegurar el reconocimiento en el mismo de la sentencia dictada en Europa³⁵.

En cuarto término, la complejidad jurídica que deriva del carácter fragmentario con que se aborda desde las instituciones de la UE las cuestiones relativas al derecho de familia, puede paliarse en cierta medida a través de un reconocimiento generalizado de la autonomía de la voluntad conflictual, que permita a las partes someter todas o al menos la mayoría de las cuestiones

³³ Vid. Considerando 15 de Roma III.

³⁴ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III», *loc. cit.*, p. 53.

³⁵ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III», *loc. cit.*, p. 53; CARLIER, J.Y. y SAROLÉA, S., «Migrations and family law», *International family law for the European Union*, *cit.*, p. 459; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Matrimonio y elección de ley. Estudio de Derecho internacional privado*, *op. cit.*, p. 66; FOBLETS, M.C., «Migrant women caught between islamic family law and women's rights. The search for an appropriate connecting factor in international family law», *loc. cit.*, pp. 29-30; GUZMÁN ZAPATER, M., «Algunas variables económicas y el alcance de la ley nacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 20, 2010, p. 4; MARZAL YETANO, T., «The constitutionalisation of party autonomy in European family law», *Journal of Private International Law*, n.º 1, 2010, p. 185; RIGAUX, F. y FALLON, M., *Droit international privé*, 3e ed., Larcier, Bruselas, 2005, p. 574; ZABALO ESCUDERO, E., «Armonización del derecho aplicable a las cuestiones de familia y su incidencia en el espacio judicial europeo», *La libre circulación de resoluciones judiciales en la Unión Europea*, Actas de Seminarios, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005, pp. 194-195.

que se les plantean a un sólo derecho³⁶. Ciertamente es que ello podría conseguirse también mediante una armonización de los puntos de conexión subsidiarios, pero éstos suelen presentar un carácter más casuístico y dar lugar a la aparición de diferencias en cuanto al derecho finalmente aplicable.

En cuanto a la regulación propiamente dicha de la autonomía de la voluntad conflictual, el Reglamento Roma III dedica varios preceptos a esta cuestión:

En primer lugar el artículo 5, que consagra la posibilidad de elegir la ley aplicable, dentro de un marco de leyes previamente determinadas. Los cónyuges pueden someterse a la ley de la residencia habitual común de los cónyuges o de uno de ellos en el momento de la celebración del convenio, supeditado en este caso a que hubiese sido el último lugar de residencia habitual común; a la ley de la nacionalidad de cualquiera de ellos en el momento de la celebración del convenio; o de la ley del foro.

Esta última referencia a la ley del foro, teniendo en cuenta que la competencia judicial internacional vendrá determinada en la práctica generalidad de supuestos por el Reglamento 2201/2003, conducirá igualmente a la ley de la residencia habitual de ambos o uno sólo de los cónyuges, o a la ley de la nacionalidad común, circunstancias que se apreciarán en este caso en el momento de presentación de la demanda. Por lo que puede concluirse que la elección de ley aplicable pivota en torno a los criterios de la residencia habitual o de la nacionalidad, de uno o ambos cónyuges, que traducen una idea de proximidad o vinculación con el derecho aplicable.

En cuanto al momento de celebración del convenio, el artículo 5 resulta muy flexible pues permite, en su apartado 2º, que pueda realizarse o modificarse en cualquier momento: antes incluso de la celebración del matrimonio, como podría ser el caso de su inclusión en los pactos reguladores del régimen económico del matrimonio y de aquellas otras cuestiones que los cónyuges considerasen conveniente establecer; o después de la celebración, durante la vida matrimonial, para adaptar la elección de ley aplicable a las circunstancias del momento si así se estimase necesario. En el apartado 3º se contempla incluso la posibilidad de elegir la ley aplicable en el curso de un procedimiento ya iniciado, pero estableciendo muy claramente que únicamente si así lo permite la ley del foro³⁷. El ámbito de aplicación de

³⁶ BONOMI, A., «Il diritto applicabile alla separazione e al divorzio nella recente proposta di Regolamento comunitario», *loc. cit.*, pp. 97-98.

³⁷ El art. 17.1.b) del Reglamento 1259/2010 prevé que los Estados miembros comuniquen a la Comisión, a más tardar el 21 de septiembre de 2011, si con arreglo a su ordena-

la ley designada en virtud de este instrumento, limitado a los motivos para el divorcio y la separación judicial³⁸, esto es, a lo que son relaciones entre los cónyuges, permite que la modificación de la ley aplicable se haga sin las cautelas presentes en otros instrumentos en cuanto a posibles derechos de terceros.

El consentimiento y validez material se regula en el artículo 6. Se trata de un precepto claramente inspirado en el artículo 10 del Reglamento Roma I³⁹, en virtud del cual los vicios que pudieran afectar a la validez del consentimiento se regirían por la ley supuestamente elegida por las partes. Ello aporta claridad y seguridad jurídica. Se establece una salvedad en el aptdo. 2º, que permite al cónyuge interesado en demostrar que no dio su consentimiento buscar el amparo de la ley del país donde tenga su residencia habitual, siempre que se den las circunstancias mencionadas en este precepto.

La validez formal del acuerdo de elección se regula muy detalladamente en el artículo 7, pues es una cuestión que reviste gran importancia de cara a que los cónyuges sean conscientes de las consecuencias de su elección (Considerando 19). En el aptdo. 1º se establecen los requisitos formales mínimos, señalando que debe realizarse por escrito, entendiéndose este requisito en sentido amplio para comprender toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo, tal como ya se ha hecho en otros instrumentos de la UE. Se precisa además que dicho escrito esté fechado y firmada por ambos cónyuges, esto es, que

miento podrá designarse la ley aplicable en el curso del procedimiento. Esta información se pondrá a disposición del público. Sobre la posibilidad de que en España pueda realizarse la elección de ley aplicable una vez iniciado el procedimiento, vid. 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.º 7613, 18 abril 2011, pp. 6-7.

La referencia expresa a que esta posibilidad queda supeditada a que así lo permita la ley del foro sirve para evitar los problemas que ya se han planteado en relación con otros instrumentos. Nos referimos particularmente al Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (vid. *supra* nota 19), donde la referencia a la posibilidad de modificar la elección de ley aplicable con posterioridad a la celebración del contrato ha chocado con los impedimentos procesales que pueden presentar algunos Estados miembros una vez que el procedimiento ya se ha iniciado (Al respecto, vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, Vol. II, 10ª ed., Ed. Comares, Granada, 2009, p. 520).

³⁸ Vid. *supra* epígrafe II.

³⁹ Vid. *supra* nota 19.

conste de modo claro y expreso la voluntad de ambos de someterse a un determinado derecho, sin que en ningún caso pueda deducirse simplemente de las circunstancias del caso a fin de evitar posibles abusos de uno de los cónyuges sobre el otro.

A dichos requisitos formales mínimos pueden añadirse requisitos adicionales, que variarán en función de si ambos cónyuges residen en el mismo Estado miembro participante, en diferentes Estados miembros participantes o sólo uno de ellos en un Estado miembro participante. En el primer caso deberán respetarse los requisitos formales adicionales que puedan existir en este Estado miembro participante; en el segundo supuesto se establece una regla de alternatividad que favorecerá la validez formal, pues bastará con que el convenio se adapte a lo previsto en la legislación de uno de los dos Estados miembros participantes; y en la tercera situación posible deberán adaptarse a lo previsto en la legislación del Estado miembro participante.

En cuanto a estos requisitos formales adicionales, el Reglamento 1259/2010 se refiere a que puede requerirse que el convenio se inserte en un contrato de matrimonio (Considerando 19). A modo de ejemplo, en España las capitulaciones matrimoniales, que permiten a los cónyuges estipular su régimen económico matrimonial o acordar cualquier otra disposición por razón de matrimonio, están sometidas al requisito de escritura pública, forma *ad solemnitatem* (artículos 1325 y 1327 CC). El artículo 9.2 CC, que permite a los cónyuges elegir la ley reguladora de los efectos del matrimonio en defecto de nacionalidad común, y que es nuestra norma de Derecho internacional privado más afín por razón de la materia, también exige expresamente que la elección se haga constar en documento auténtico.

Finalmente, en el Preámbulo del Reglamento 1259/2010 se hacen varias referencias a la necesidad de que los esposos estén adecuadamente informados de las consecuencias de su elección. Se pretende, en primer término, que los propios cónyuges puedan acceder a la información a través de la Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil (Considerando 17). Aunque no parece muy realista esperar que sean los propios cónyuges los que recaben información sobre estas cuestiones, especialmente cuando se trate de personas ajenas al mundo del derecho. De ahí que se establezca a continuación una cautela adicional, que afecta a las autoridades competentes. En el Considerando 18 se pone gran énfasis en que la elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del presente Reglamento y en que los jueces de los Estados miembros parti-

cipantes deben ser conscientes de ello⁴⁰, aunque sin haberse llegado a introducir una obligación clara en este sentido en el articulado del Reglamento. El tratamiento del derecho extranjero es una cuestión espinosa, diversamente regulada en los Estados miembros, sobre la que parece que no se ha querido interferir.

3. LEY APLICABLE EN DEFECTO DE ELECCIÓN

El artículo 8 del Reglamento 1259/2010 determina la ley aplicable en defecto de elección, mediante una norma de conflicto que incorpora un punto de conexión principal —residencia habitual de los cónyuges en el momento de la interposición de la demanda—; y varios puntos de conexión subsidiarios —última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de los cónyuges aún resida allí, nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda, *lex fori*—.

Vamos a pasar a su análisis.

A) *Residencia habitual*

Como tuvimos oportunidad de señalar anteriormente, uno de los motivos por los que se decidió trabajar en la unificación de las normas de conflicto relativas al divorcio y la separación judicial fue para solucionar los problemas derivados de la gran diversidad que presentaban a este respecto los Estados miembros: mientras que un grupo de Estados recurría para determinar la ley aplicable a una escala de puntos de conexión, dando preferencia generalmente a la ley de la nacionalidad común de los cónyuges, otro grupo de Estados aplicaba sistemáticamente la *lex fori*⁴¹. Roma III descarta ambas soluciones para decantarse por una escala de puntos de conexión que da preferencia a la ley de la residencia habitual, y que sitúa la ley de la nacionalidad común y la *lex fori* en un tercer y cuarto escalón respectivamente.

Tras presentarlo así, cabría pensar que uno de los motivos para elegir el criterio de la residencia habitual fue que esta solución podría representar

⁴⁰ Conforme al art. 3.2 de Roma III, la referencia a los jueces debe entenderse en sentido amplio, para comprender cualquier autoridad con competencias en las materias incluidas en este Reglamento.

⁴¹ Vid. *Commission staff working paper, annex to the Green Paper on applicable law and jurisdiction in divorce matters, op. cit.*, vid. *supra* nota 22.

un compromiso entre ambas tradiciones. Compromiso que cabría considerar más favorable para los Estados partidarios de la *lex fori*, teniendo en cuenta que la aplicación de esta regla, en conjunción con los criterios de competencia judicial internacional del Reglamento 2201/2003, conduciría en numerosas ocasiones a la aplicación de esta ley. Sin embargo, Roma III se ha tenido que aprobar a través de cooperación reforzada por falta de la unanimidad requerida, y han sido los Estados tradicionalmente vinculados al criterio de la nacionalidad los que han estado mayoritariamente dispuestos a participar en este instrumento.

¿Qué ventajas presenta el criterio de la residencia habitual?

En primer lugar, este punto de conexión se refiere a la ley del lugar donde viven los cónyuges, a una ley con la que pueden sentirse por tanto razonablemente conectados y que les genera seguridad jurídica⁴². En el caso de que los cónyuges ya no tengan su residencia habitual común en un determinado país, el artículo 8 se refiere a la ley del país en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual común, con los requisitos adicionales de que uno de los cónyuges siga residiendo en este país y de que no haya transcurrido más de un año entre el momento en que finalizó la residencia habitual común y se interpuso la demanda, a fin de mantener esa conexión entre la relación jurídica y el derecho aplicable.

En segundo término, la residencia habitual es un concepto fáctico que puede interpretarse autónomamente y sin tener que depender del significado que le den los distintos derechos nacionales⁴³. En principio, ello tiene

⁴² MARTINY, D., «Objectives and values of substantive family law», *International family law for the European Union*, cit., p. 89; ZABALO ESCUDERO, E., «Armonización del derecho aplicable a las cuestiones de familia y su incidencia en el espacio judicial europeo», *loc. cit.*, p. 197.

⁴³ Numerosos autores se han referido a esta ventaja de la residencia habitual al analizar los foros de competencia judicial internacional del Reglamento 2201/2003: ANCEL, B. y MUIR WATT, H., «La désunion européenne: le Règlement dit Bruxelles II», *Revue Critique de Droit International Privé*, n.º 3, 2001, p. 418; BARATTA, R., «Il Regolamento comunitario sul diritto internazionale privato della famiglia», *Diritto Internazionale Privato e Diritto Comunitario*, P. PICONE (a cura di), Cedam, 2004, p. 173; BONOMI, A., «Il Regolamento comunitario sulla competenza e sul riconoscimento in materia matrimoniale e di potestà dei genitori», *Rivista di Diritto Internazionale*, n.º 2, 2001, p. 318; MOSCONI, F., «Giurisdizione e riconoscimento delle decisioni in materia matrimoniale secondo il Regolamento comunitario del 29 maggio 2000», *Rivista di Diritto Processuale*, 2001, p. 385; PALAO MORENO, G., «Las normas de competencia judicial internacional del nuevo Reglamento comunitario en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre hijos comunes», *Libro homenaje a G. Parra Aranguren*, Parra Aranguren, F. (ed.), Tribunal Supremo de Justicia, Caracas,

como ventaja que puede resultar más fácil su determinación, aunque pueden presentarse casos de difícil determinación, como ya ha ocurrido en relación con los foros del Reglamento 2201/2003⁴⁴. El TJUE se ha pronunciado en dos ocasiones en relación con este concepto. En la Sentencia de 2 de abril de 2009, A, clarificó, en primer término, que su jurisprudencia en otros sectores a propósito del concepto de residencia habitual no podía aplicarse directamente en el marco del Reglamento 2201/2003⁴⁵. Posteriormente señaló que la residencia habitual debe establecerse sobre la base de todas las circunstancias del caso, teniendo en cuenta no sólo la presencia física del sujeto, sino también otros factores que puedan demostrar que la presencia no es temporal y que hay un cierto grado de integración en un entorno familiar o social (apartados 37-38). En la Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, se volvieron a reiterar las consideraciones de la sentencia anterior, con la peculiaridad en este caso referido a un menor lactante de que el grado de integración había de determinarse a partir de las circunstancias de la madre⁴⁶.

Siguiendo con el análisis de las ventajas que representa el criterio de la residencia habitual, cabe referirse en tercer lugar a que este punto de conexión permite a los Estados aplicar sus propias leyes a las personas que en ellos residen. Regulan así sus sociedades⁴⁷. Los cónyuges siempre tienen

2002, p. 331; PAULINO PEREIRA, F., «La coopération judiciaire en matière civile dans l'Union Européenne: bilan et perspectives», *Revue Critique de Droit International Privé*, n.º 1, 2010, p. 9.

⁴⁴ Durante el proceso de elaboración del Reglamento 1259/2010 se estuvo considerando la conveniencia de incorporar una definición de residencia habitual a efectos de su aplicación (vid. CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. y SEATZU, F., «Normas de competencia judicial internacional en la Propuesta de Reglamento Roma III», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, n.º 3, 2009, p. 574). Pero finalmente se descartó a fin, suponemos, de preservar su flexibilidad y carácter fáctico.

⁴⁵ Sentencia de 2 de abril de 2009, A, C-523/07, *Rec.* p. I-2805, apartado 36. Lamont, R., ha publicado un estudio sobre la interpretación del concepto de residencia habitual en otros sectores jurídicos, particularmente en el relativo a las normas sobre coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social, para señalar que resultaba inapropiada en relación con el derecho de familia, «Habitual residence and Brussels II bis: developing concepts for European private international family law», *Journal of Private International Law*, n.º 2, 2007, pp. 261 y ss.

⁴⁶ Sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, *Barbara Mercredi c. Richard Chaffe*, C-497/10 PPU, apartados 55-56, *DOUE* núm. C 328, de 4 de diciembre de 2010.

⁴⁷ CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III», *loc. cit.*, p. 59; RODRÍGUEZ BENOT, A.,

la opción de aplicar la ley de la nacionalidad de cualquiera de ellos en virtud del artículo 5, por lo que la solución es respetuosa con el carácter multicultural de la sociedad.

En cuarto término, señalábamos anteriormente que la aplicación de esta regla en conjunción con los criterios de competencia judicial internacional del Reglamento 2201/2003 conduciría en numerosas ocasiones a la *lex fori*, con lo que otra ventaja añadida es que se evitan los inconvenientes asociados a la aplicación de un derecho extranjero, así como que tengan que recurrirse con frecuencia a la excepción de orden público dada la gran presencia en Europa de inmigrantes procedentes de culturas muy lejanas a la nuestra⁴⁸.

Por último, el carácter inestable o fácilmente modificable de la residencia habitual se suaviza a través del apartado b) del artículo 8, que impide a uno sólo de los cónyuges manipular este punto de conexión para provocar la aplicación de otro derecho: los cónyuges, en defecto de residencia habitual común —apartado a)—, quedan vinculados al derecho del lugar de su última residencia habitual común, siempre que uno de ellos aún resida allí, durante al menos un año —apartado b)—.

B) Nacionalidad

El artículo 8 dispone en tercer lugar que en defecto de las conexiones anteriores se aplicará la ley de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de interposición de la demanda. Nótese que a diferencia del artículo 5, donde se permitía elegir como aplicable la ley de la nacionalidad de cualquiera de ellos, aquí se requiere una nacionalidad compartida para evitar que la norma tenga carácter discriminatorio.

Entre las ventajas que presenta este punto de conexión destacan su carácter estable y su fácil determinación. La nacionalidad no cambia tan fácilmente como pueden hacerlo otros puntos de conexión, proporcionando estabilidad jurídica a las cuestiones de estado y capacidad de la persona, y a sus derechos y deberes de familia. Su carácter jurídico, esto es, que se ostente o no en función de los requisitos legales previstos en un determinado país, hace también que resulte clara su determinación. Si pueden re-

«El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 1, 2010, p. 193.

⁴⁸ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III», *loc. cit.*, p. 59.

sultar problemáticos no obstante los supuestos en que uno o ambos esposos posean doble nacionalidad.

El TJUE ya tuvo que enfrentarse a esta situación en su Sentencia de 16 de julio de 2009, *Laszlo Hadadi (Hadady) v. Csilla Marta Mesko, married name Hadadi (Hadady)*⁴⁹, en relación con la determinación del foro de la nacionalidad común del Reglamento 2201/2003, a propósito de una pareja en la que ambos tenían nacionalidad francesa y húngara. En este caso la solución fue fácil, ya que el TJUE señaló que ambas nacionalidades eran igualmente operativas a efectos de determinar la competencia judicial internacional (apartado 58). Pero no va a ser así en relación con el derecho aplicable.

En el Preámbulo de Roma III se señala que en los casos que el presente Reglamento hace referencia a la nacionalidad como criterio de vinculación a efectos de la aplicación de la ley de un determinado Estado, el tratamiento de los casos de nacionalidad múltiple debe regirse por la legislación nacional, respetando plenamente los principios generales de la UE (Considerando 22). Esta diferencia entre las normas de competencia judicial internacional y las normas de ley aplicable puede entenderse atendiendo a las distintas funciones que cumplen unas y otras: las primeras determinan el tribunal competente, ofreciendo foros alternativos para facilitar el acceso a la justicia; y las segundas están jerárquicamente estructuradas para concretar el derecho aplicable y ofrecer así seguridad jurídica⁵⁰. Pero ello conllevará, lógicamente, la dificultad de tener que depender de las normas internas de los Estados miembros sobre determinación de la nacionalidad prevalente, en España, artículos 9.9 y 9.10 CC.

La nacionalidad también ha sido defendida por los que entienden las normas jurídicas como expresión de la identidad cultural de un pueblo. El derecho a esta identidad cultural exigiría que se aplicara la ley del país

⁴⁹ Sentencia de 16 de julio de 2009, *Laszlo Hadadi (Hadady) v. Csilla Marta Mesko, married name Hadadi (Hadady)* C-168/08, *Rec. p. I-6871*. Para un análisis de esta Sentencia vid. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., «Doble nacionalidad y competencia judicial internacional en materia matrimonial (a propósito de la STJCE de 16 de julio de 2009)», *Diario La Ley*, n.º 7312, 30 de diciembre de 2009, pp. 1 y ss.; MAESTRE CASAS, P., «Doble nacionalidad y forum patriae en divorcios internacionales (Nota a la STJUE de 16 de julio de 2009, Hadadi, AS. C-168/08)», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 2, 2010, pp. 290 y ss.

⁵⁰ Vid. LOPES PEGNA, O., «La proposta di cooperazione rafforzata sulla legge applicabile a separazione e divorzio: profili problematici», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, n.º 2, 2010, pp. 135-136.

con el que las partes estuviesen más vinculadas, considerándose que ésta sería en la práctica generalidad de los casos la ley de la nacionalidad⁵¹.

En cualquier caso, las ventajas que presenta la residencia habitual parecen haber pesado más sobre el legislador europeo, que incorpora el criterio de la nacionalidad común pero relegándolo, como hemos visto, a un tercer escalón. En esa decisión puede haber influido también el debate doctrinal existente en torno a si la aplicación de la ley nacional podría afectar al principio de no discriminación por razón de nacionalidad —artículo 12 TCE, ahora artículo 18 TFUE—⁵².

Como la aplicación de una ley u otra en función de la nacionalidad de los sujetos implicados podría conducir a distintos resultados jurídicos, hay quien se cuestiona su compatibilidad con los Tratados⁵³. Pero más allá de supuestos particulares en que el TJUE ha reconocido su carácter discriminatorio, son numerosos los autores que opinan que el recurso a la nacionalidad está objetivamente justificado en aquellos sectores en los que tradicionalmente ha operado, como son los vinculados al estatuto personal, y que no cabe considerar que resulte discriminatorio pues responde a la búsqueda de un principio de proximidad con el derecho aplicable⁵⁴. Se añade

⁵¹ Vid. GAERTNER, V., «European choice of law rules in divorce (Rome III): an examination of the possible connecting factors in divorce matters against the backgrounds of private international law developments», *Journal of Private International Law*, n.º 1, 2006, pp. 115 y ss.

⁵² En este sentido, BASEDOW, J., señala que el criterio de la nacionalidad en el ámbito de la Unión Europea parece haber sido estigmatizado, «Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union Européenne», *Revue Critique de Droit International Privé*, n.º 3, 2010, pp. 446-447.

⁵³ Vid. BODGAN, M., «The EC Treaty and the use of nationality and habitual residence as connecting factors in international family law», *International family law for the European Union*, cit., pp. 308 y ss.; MARTINY, D., «Objectives and values of private international law in family law», *loc. cit.*, p. 88; MEEUSEN, J., «Instrumentalisation of private international law in the European Union: towards a European conflict revolution», *European Journal of Migration and Law*, n.º 3, 2007, pp. 291 y ss.; RODRÍGUEZ BENOT, A., «El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado», *loc. cit.*, p. 197.

⁵⁴ BASEDOW, J., «Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union Européenne», *loc. cit.*, p. 449; DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Integración europea y Derecho internacional privado», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 2, 1997, p. 440; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., «Relaciones e interacciones entre Derecho comunitario, Derecho internacional privado y Derecho de familia europeo en la construcción de un espacio judicial común», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 4, 2004, p. 128; QUIÑONES ESCÁMEZ, A., «Compatibilidad de la norma de conflicto relativa a los

que este criterio se utiliza con carácter general para todos los sujetos, sea cual sea su nacionalidad, por lo que no hay un tratamiento discriminatorio contra ciertos sujetos por razón de su nacionalidad⁵⁵. Contamos además con el dato de que en el Reglamento 2201/2003 se recurre al foro de la nacionalidad común para fijar la competencia judicial internacional.

C) *Lex fori*

El artículo 8 se refiere en último lugar a la ley del Estado ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda, la *lex fori*.

Esta es la solución que acogen la mayoría de países que han decidido no participar en la cooperación reforzada, por la resistencia que experimentan hacia la aplicación de un derecho extranjero en los supuestos de separación judicial y divorcio⁵⁶. Se añaden consideraciones de tipo histórico, hoy día ya superadas. En la sociedad inglesa, la disolución del matrimonio afectaba a concepciones fundamentales de la moralidad, religión y orden público, era una materia cercana al derecho penal, que se regulaba mediante normas de aplicación necesaria⁵⁷.

efectos del divorcio con el derecho comunitario», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 10, 2001, pp. 656-657; STRUYCKEN, A.V.M., «Les conséquences de l'intégration européenne sur le développement du droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, t. 232, 1992, p. 356.

⁵⁵ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III», *loc. cit.*, p. 63; GAERTNER, V., «European choice of law rules in divorce (Rome III): an examination of the possible connecting factors in divorce matters against the backgrounds of private international law developments», *loc. cit.*, p. 125. BASEDOW, J., matiza en relación con el carácter discriminatorio o no del criterio de la nacionalidad común, que sí podría resultar discriminatorio en el caso de que a uno de los cónyuges se le hubiera atribuido la nacionalidad del otro por razón de matrimonio y sin posibilidad de renunciar a la misma, quedando sometido en virtud de ello a esta nacionalidad común, «Le rattachement à la nationalité et les conflits de nationalité en droit de l'Union Européenne», *loc. cit.*, pp. 446-447.

⁵⁶ JÄNTERA JAREBORG, M., se refiere al caso de Suecia, «Marriage dissolution in an integrated Europe. The 1998 EU Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters (Brussels II Convention)», *loc. cit.*, p. 36.

⁵⁷ Vid. CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III», *loc. cit.*, pp. 68 y ss.; GAERTNER, V., «European choice of law rules in divorce (Rome III): an examination of the possible connecting factors in divorce matters against the backgrounds of private international law developments», *loc. cit.*, pp. 105 y ss. FAWCETT, J.J. y CARRUTHERS, J.M., señalan que hoy día la posición de este país en defensa de la *lex fori* no está justificada: primero, porque la diso-

Como señalábamos anteriormente, la aplicación de las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 2201/2003, en relación con las normas de conflicto del Reglamento 1259/2010, puede conducir en numerosas ocasiones a la aplicación de la *lex fori*. Pero con la plasmación directa de este punto de conexión no se habría dado solución al problema de *forum shopping* que deriva del amplio listado de foros alternativos del Reglamento 2201/2003⁵⁸, lo cual era uno de los principales objetivos del legislador europeo⁵⁹.

4. PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LA NORMA DE CONFLICTO

Las disposiciones finales se dedican a los problemas de aplicación de la norma de conflicto, destacaremos las que presentan más peculiaridades con respecto a otros instrumentos de la UE.

A) *Aplicación de la Ley del Foro y excepción de orden público*

Los artículos 10 y 12 contienen dos excepciones a la aplicación de la ley extranjera designada por la norma de conflicto. El artículo 12 se refiere a la clásica excepción de orden público, enfatizando, como suele ser habitual en las normas de la UE, que deberá aplicarse con carácter restrictivo. El artículo 10 precisa unos supuestos concretos en los que no se apli-

ción del matrimonio ya no se considera que afecte a valores fundamentales de la sociedad inglesa; y segundo, porque antes los tribunales ingleses sólo eran competentes sobre la base del domicilio de los cónyuges, mientras que hoy día aplican los foros alternativos de competencia del Reglamento 2001/2003 (*Cheshire, North & Fawcett Private International Law*, Oxford University Press, 2008, pp. 966-967).

⁵⁸ Los partidarios de la *lex fori* defendían, en pro del mantenimiento de esta solución, que se redujeran los foros en Bruselas II, DE BOER, T.M., «The second revision of the Brussels II Regulation: jurisdiction and applicable law», *European challenges in contemporary family law*, K. BOELE-WOELKI y T. SVERDRUP (eds.), Intersentia, Amberes, 2008, pp. 340-341.

⁵⁹ FIORINI, A., «Rome III – Choice of law in divorce: in the europeanization of family law going too far», *International Journal of Law, Policy and the Family*, n.º 2, 2008, p. 190; LAGARDE, P., «Développements futures du droit international privé dans une Europe en voie d'unification: quelques conjectures», *Rechts Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht*, n.º 2, 2004, p. 238; MARTINY, D., «Objectives and values of private international law in family law», *loc. cit.*, p. 94; PERTEGÁS, M., «Beyond nationality and habitual residence: other connecting factors in European private international law in family matters», *loc. cit.*, pp. 322-323.

cará el derecho extranjero: cuando la ley aplicable no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial.

Esta dualidad de preceptos se inspira en el derecho autónomo español, donde tenemos, por una parte, la excepción general de orden público —artículo 12.3 CC—; y por otra, una disposición específica en materia de separación y divorcio, que establece que se aplicará el derecho español cuando la ley designada no reconociera la separación o el divorcio o lo hiciera de forma discriminatoria o contraria al orden público —artículo 107.2.II.c) CC—. El objetivo que se persiguió en nuestro ordenamiento con esta segunda disposición fue concretar los casos en que debía descartarse la aplicación del derecho extranjero y evitar así las divergencias interpretativas que podían derivar de una cláusula general⁶⁰.

El Reglamento Roma III parece perseguir un objetivo similar. En los supuestos cubiertos por el artículo 10 se considera que lo oportuno es aplicar la ley del foro (Considerando 24), ley que podrá aplicarse de modo directo, automático y veloz, sin tener que atender a las circunstancias del caso concreto⁶¹. Aunque tales ventajas tienen su contrapartida. Tal como ya se había señalado en nuestra doctrina a propósito del artículo 107 CC, el automatismo de esta regla puede llevar a que se descarte la aplicación de un derecho extranjero, que atendiendo a las circunstancias del caso concreto no produce una vulneración del orden público, y a que se genere con ello una decisión claudicante por no ser reconocible en el país de origen de los cónyuges⁶².

⁶⁰ QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Fundación La Caixa, Barcelona, 2000, p. 55; CAMPUZANO DÍAZ, B., «Consideraciones acerca de la reforma del art. 107 del Código Civil», en CALVO CARAVACA, A. L. y CASTELLANOS RUIZ, E. (coords.), *El derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, Ed. Colex, Madrid, 2004, p. 191. ARENAS GARCÍA, R., distingue dos partes en el art. 107.2.II.c) CC: una, la referencia a que el derecho extranjero no contemple la separación y el divorcio; y otra, la referencia a que el derecho extranjero resulte discriminatorio o contrario al orden público. En opinión del autor, la primera parte concreta efectivamente los supuestos en los que no debe aplicarse el derecho extranjero, mientras que la segunda parte resulta superflua al estar cubierta por la excepción general de orden público, *Crisis matrimoniales internacionales. Nulidad matrimonial, separación y divorcio en el nuevo Derecho internacional privado español*, De Conflicto Legum, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 274 y ss.

⁶¹ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «La ley aplicable al divorcio en Europa: el futuro Reglamento Roma III», *loc. cit.*, p. 67.

⁶² QUIÑONES ESCÁMEZ, A., *Derecho e inmigración: el repudio islámico*, *cit.*, p. 188; DIAGO DIAGO, P., «La nueva regulación española de las crisis matrimoniales ante el impacto

B) *Diferencias en las legislaciones nacionales*

El artículo 13 de Roma III, bajo el epígrafe de «diferencias en las legislaciones nacionales», contempla dos situaciones:

La primera se refiere a los Estados miembros participantes cuyas legislaciones no contemplen el divorcio, para señalar que no debe obligarse a sus órganos jurisdiccionales a pronunciar una sentencia de divorcio en virtud de este Reglamento. Se pensaba evidentemente en el caso de Malta⁶³, país tradicionalmente vinculado a la aplicación de la *lex fori*, que al participar en Roma III podía verse en la tesitura de tener que aplicar un derecho extranjero que sí contemplase el divorcio⁶⁴. Pero esta norma, tras el referéndum que se celebró en Malta con resultado favorable al divorcio, ha quedado obsoleta al haberse modificado su Código Civil para la introducción de esta figura⁶⁵.

La segunda situación contemplada en el artículo 13 se refiere a los Estados miembros participantes cuya ley no considere válido el matrimonio en cuestión a efectos de un procedimiento de divorcio. En el Preámbulo del Reglamento se aclara que con ello se quiere decir que el matrimonio no existe según la ley de tal Estado miembro participante, y no debe obligarse por tanto a sus órganos jurisdiccionales a pronunciar una sentencia de divorcio o separación judicial en estas circunstancias (Considerando 26).

El precepto está pensando en los matrimonios entre personas del mismo sexo, que se permiten sólo en algunos Estados miembros. Al no existir un concepto autónomo de matrimonio a efectos de aplicar estas reglas de

de la multiculturalidad», *El derecho de familia ante el Siglo XXI: aspectos internacionales*, cit., pp. 288-289.

⁶³ Vid. SAMMUT, I., «Private international law in family law matters from a maltese perspective», *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, DI FILIPPO, M., CAMPUZANO DÍAZ, B., RODRÍGUEZ BENOT, A. y RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M.^a A. (coords.), Universidad de Sevilla, 2008, pp. 195 y ss.

⁶⁴ Su incorporación al Reglamento fue no obstante polémica, como cabe deducir de las declaraciones anexas a la propuesta prácticamente definitiva del Reglamento, recogida en el Documento del Consejo de 26 de noviembre de 2010, 17046/10, JUSTCIV 214, JAI 1008 (vid. Annex II Declaration of the European Commission on Article 7A; Annex III Declaration of Malta on the Council Regulation implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation).

⁶⁵ El Parlamento de Malta aprobó la ley por la que se modifica el Código Civil para la introducción del divorcio el pasado 25 de julio de 2011. Para una referencia al proceso legislativo de reforma y al contenido de la nueva ley, vid. GARAU SOBRINO, F., *Conflictus Legum*, <http://conflictuslegum.blogspot.com>.

derecho internacional privado, nos encontramos con que en algunos Estados miembro la unión entre personas del mismo sexo puede calificarse como matrimonio y en otros no. En este caso se les permite no tener que pronunciarse sobre una separación o divorcio.

El artículo 13 del Reglamento 1259/2010 se ha acompañado de una Declaración del Consejo pidiendo a la Comisión que elabore una propuesta de reforma del Reglamento 2201/2003, por la que se incorpore un *forum necessitatis* para aquellos casos en que los únicos tribunales competentes correspondan a países que no conocen el divorcio, lo cual como se ha visto ya no será un problema, o que no consideran el matrimonio válido⁶⁶. Se trata de evitar que esta disposición pueda constituir un obstáculo para el acceso al derecho a la tutela judicial efectiva.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La aprobación del Reglamento 1259/2010 en materia de ley aplicable constituye un significativo avance en la progresiva formación de un Derecho internacional privado de la UE, al constituir el necesario complemento del Reglamento 2201/2003. Gracias a estos dos instrumentos se han unificado las normas de competencia judicial internacional, ley aplicable y eficacia extraterritorial de resoluciones en relación con el divorcio y la separación judicial, con lo que ello conlleva de seguridad y certeza jurídica para un número elevado de personas que podrán beneficiarse de este nuevo marco legal.

Las soluciones que ofrece —el reconocimiento limitado de la autonomía de la voluntad y la aplicación en su defecto de una escala de puntos de conexión subsidiarios donde se da preferencia al criterio de la residencia habitual— merecen una valoración positiva, pues se basan en la idea de flexibilizar las normas de derecho internacional privado, buscando al mismo tiempo que conduzcan a la aplicación de un derecho razonablemente conectado con la relación jurídica y que responda al carácter de una sociedad multicultural como es la europea.

No obstante, también hay aspectos negativos que deben señalarse. El hecho de que el Reglamento 1259/2010 se haya tenido que aprobar a través del

⁶⁶ Documento del Consejo de 26 de noviembre de 2010, 17046/10, JUSTCIV 214, JAI 1008 (vid. Annex I Declaration of the Council). El Parlamento Europeo se sumó a esta solicitud en su Resolución legislativa, de 15 de diciembre de 2010, sobre la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial [COM (2010) 0105-C7-0315/2010-20100067 (CNS)].

sistema de cooperación reforzada, entre sólo 14 Estados miembros, nos enfrenta a un panorama jurídico incierto. Las soluciones que acoge este Reglamento, favorablemente orientadas hacia la aplicación final de la ley del foro, no han conseguido atraer a los Estados tradicionalmente vinculados a esta solución. Está por ver que pasará con las Propuestas que actualmente se negocian en la UE en materia de derecho de familia y sucesiones, no siendo deseable que los avances en la unificación del Derecho internacional privado se consigan sobre la base de ahondar en esta fragmentación.

Por otra parte, el Reglamento 1259/2010 se limita, tal como hemos visto, a la determinación de la ley aplicable a la separación judicial y divorcio. La política del legislador europeo, basada en la regulación de sectores o parcela muy concretas, obligará al operador jurídico a aplicar esta norma en relación con muchas otras, teniendo en cuenta las cuestiones normalmente vinculadas a la crisis matrimonial —considérese la consiguiente liquidación del régimen económico matrimonial, las cuestiones de responsabilidad parental o los alimentos—. El complejo panorama jurídico resultante puede animar en el futuro a una codificación de los diversos instrumentos sectoriales, pero entretanto queda a las instituciones europeas una importante tarea por desarrollar: en primer lugar, debe velar porque las normas aún pendientes de aprobación, como las que se recogerán en la Propuesta en materia de régimen económico matrimonial, puedan coordinarse eficazmente con las ya adoptadas; en segundo lugar, habrá de desarrollarse una importante labor explicativa de los instrumentos aplicables si queremos que se asimilen correctamente por la generalidad de operadores jurídicos, tarea en la sin duda podrán ayudar los especialistas en Derecho internacional privado.

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

RESUMEN: Este artículo analiza el procedimiento para la aprobación del Reglamento 1259/2010 sobre ley aplicable al divorcio y separación judicial a través de cooperación reforzada, así como su contenido. A fin de favorecer la libre circulación de personas y la seguridad jurídica, el Reglamento refuerza la autonomía de las partes dando a los cónyuges una posibilidad limitada de elección de ley. En su defecto, el Reglamento determina la ley aplicable en base a una serie de puntos de conexión subsidiarios, que atienden a la residencia habitual, la nacionalidad y la *lex fori*.

PALABRAS CLAVE: Reglamento sobre divorcio y separación judicial; cooperación reforzada; ley aplicable.

THE COUNCIL REGULATION (EU) N.º 1259/2010 OF 20 DECEMBER 2010
IMPLEMENTING ENHANCED COOPERATION IN THE AREA
OF THE LAW APPLICABLE TO DIVORCE AND LEGAL SEPARATION

SUMMARY: This article analyzes the procedure for the approval of Regulation 1259/2010 on the applicable law to divorce and legal separation via enhanced cooperation, and its content. In order to favour the mobility of citizens and legal certainty, the Regulation enhances the parties' autonomy by giving the spouses a limited possibility to choose the applicable law. When no applicable law has been chosen, the Regulation contains a scale of successive connecting factors to determine the applicable law, based on the habitual residence, the nationality and the *lex fori*.

KEY WORDS: Regulation on divorce and legal separation; enhanced cooperation; applicable law.

LE RÈGLEMENT (UE) N.º 1259/2010 DU CONSEIL DU 20 DÉCEMBRE 2010
METTANT EN OEUVRE UNE COOPERATION RENFORCÉE
DANS LE DOMAINE DE LA LOI APPLICABLE AU DIVORCE
ET À LA SEPARATION DE CORPS

RESUME: L'article analyse la procédure pour l'approbation du Règlement 1259/2010 sur la loi applicable au divorce et separation de corps à travers de coopération renforcée, et son contenu. A fin de accroître la mobilité des citoyens et la sécurité juridique, le Règlement renforce l'autonomie des parties en laissant aux époux une possibilité limitée de choisir la loi applicable. À défaut de choix, le Règlement détermine la loi applicable sur la base d'une échelle de critères de rattachement successifs fondés sur la résidence habituelle, la nationalité et la *lex fori*.

MOTS CLÉS: Règlement sur le divorce et la separation de corps; coopération renforcée; loi applicable.

